U.PORTO

TERCEIRO CICLO DE ESTUDOS

DOUTORAMENTO EM DIREITO – Direito Administrativo

Dimensões da Privatização dos Serviços Públicos de Saúde

Vinicius Castro da Silva

D

2015

Vinicius Castro da Silva

DIMENSÕES DA PRIVATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau académico de Doutorado em Direito, área de especialização em Ciências Jurídicas Administrativas, elaborada sob orientação científica do Professor Doutor João Pacheco de Amorim e coorientação científica Professor Doutor Pedro da Costa Gonçalves.

Porto, 2020

Resumo:

A presente obra cientifica versa sobre os serviços públicos de saúde em Portugal, concretamente, sobre os diversos fenómenos concretos e amplos de privatização. Por forma a facilitar o estudo analítico e sistemático da mesma, a obra científica encontra-se dividida em quatro partes.. Numa primeira parte, trataremos a estrutura funcional do sistema de saúde nacional, através de um modelo de mercado selecionado para financiar e custear os serviços públicos dentro da reestruturação administrativa do Serviço Nacional de Saúde. Por sua vez, a privatização é explorada na parte dois. Como resulta claro do texto da dissertação, a juridicização dos fenómenos de privatização - conceito inicialmente de natureza económica -pressupõe bases dogmáticas claras e definidas, para que o legislador construa conceitos jurídicos amplos ou restrito, identificando os fatos jurídicos enquanto dimensões de privatização. Por outro lado, as formas jurídicas de compreender a privatização exigem o estudo hermenêutico da teoria das organizações do direito administrativo, no que concerne à desregulação, descentralização, despublicização, desestatização, entre outros. As categorias de privatização são propostas doutrinárias. Por esse motivo, o presente trabalho irá desenvolver uma proposta alternativa relativamente às dimensões de privatização dos serviços públicos de saúde em Portugal. Na terceira parte do presente trabalho será abordado o processo de rupturas epistêmicas da Constituição Portuguesa, mostrando que o país se adaptou ao longo de vigência da Constituição de 1976, admitindo uma maior interação entre os operadores públicos e privados, com o desiderato de reestruturar o modelo tradicional administrativo de estabelecimentos públicos prestadores de serviços por empresa públicas (ex.: Hospitais, E.P.E.). Por fim, na última parte do trabalho, abordaremos uma concepção de regime estrutural distinta dos serviços públicos de saúde – dentro dos fenómenos funcionais de privatização -, na qual se priveligia a redução ou flexibilização da atuação do Estado enquanto prestador de cuidados de saúde.

Palavras-chave: constitucionalismo; direito administrativo; privatização; serviço nacional de saúde.

Abstract:

The present scientific work deals with public health services in Portugal, specifically, about the various concrete and wide-ranging privatization phenomena. In order to facilitate its analytical and systematic study, the scientific work is divided into four parts. In the first part, we will deal with the functional structure of the national health system, through a market model selected to finance and fund the public services within the administrative restructuring of the National Health Service. In turn, privatization is explored in part two. As is clear from the text of the dissertation, the legalization of privatization phenomena - a concept initially of an economic nature - presupposes clear and defined dogmatic bases, so that the legislator builds broad or restricted legal concepts, identifying legal facts as dimensions of privatization. On the other hand, the legal forms of understanding privatization require the hermeneutical study of the theory of administrative law organizations, with regard to deregulation, decentralization, depublicization, privatization, among others. The privatization categories are doctrinal proposals. For this reason, the present work will develop an alternative proposal regarding the dimensions of privatization of public health services in Portugal. In the third part of the present work, the process of epistemic ruptures of the Portuguese Constitution will be addressed, showing that the country has adapted over the validity of the 1976 Constitution, admitting a greater interaction between public and private operators, with the aim of restructuring the traditional model administration of public establishments providing services by public companies (eg Hospitals, EPE). Finally, in the last part of the work, we will approach a conception of a structural regime distinct from public health services - within the functional phenomena of privatization -, in which the reduction or flexibility of the State's performance as a health care provider was privileged.

Keywords: constitutionalism; administrative law; privatization; national health service.

Abreviaturas

ACES – Agrupamento de Centros de Saúde
ACSS – Administração Central do Sistema de Saúde, I.P
ADSE – Direção-Geral de Proteção Social aos Trabalhadores em Funções Públicas
AP-DRG – All patient diagnosis-related group
ARS, IP – Administração Regional de Saúde, Instituto Público
CAHIMS – Certified Associate em Healthcare Information and Management Systems
CCGs – Clinical Commissioning Groups
CE – Comissão Europeia
CNS – Conselho Nacional de Saúde
CPHIMS – Certified Professional in Health Information & Management Systems
CRP – Constituição da República Portuguesa
CSP – Cuidados de Saúde Primários
DBOFT – Desing Built Operate Finance and Transfer
DGS – Direcção-Geral de Saúde
E.P.E. – Entidade Pública Empresarial (singular e plural)
ERS – Entidade Reguladora da Saúde
FMI – Fundo Monetário Internacional
FSC – Forest Stewardship Council
GP – General Practitioner
IGAS – Inspecção-Geral das Actividades em Saúde
INEM – Instituto Nacional de Emergência Médica
INEM – Instituto Nacional de Emergência Médica, I.P
INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P
INSA – Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge
INSA – Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, IP
IP – Instituto Público (singular e plural)
IPST – Instituto Português do Sangue e da Transplantação
IPST – Instituto Português do Sangue e da Transplantação, I.P
LBS – Lei de Base da Saúde
MS – Ministério Público
NHS – National Health Service
NICE – National Institute for Clinical Excellence
OMS/WHO – Organização Mundial da Saúde
ONGs – Organização não Governamental
PAEF – Programa de Ajustamento Econômico e Financeiro
PIB – Produto Interno Bruto
PNS – Plano Nacional de Saúde
PNS – Política Nacional de Saúde
PPP – Parceria Público-Privada (singular e plural)
RNCCI – Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados
RNCP – Rede Nacional de Cuidados Paliativos
S.A. – Sociedade Anónima
SG – Secretaria-Geral
SICAD – Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências
SINAC@Hospitais – Sistema Nacional de Avaliação em Saúde
SINAS – Sistema Nacional de Avaliação em Saúde
SiNATS – Sistema Nacional de Avaliação de Tecnologias de Saúde
SNS – Serviço Nacional de Saúde
SPA – Setor Público Administrativo
SPE – Setor Público Empresarial

SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE

TC – Tribunal Constitucional

UCC – Unidade de cuidados na comunidade

UCSP – Unidade de cuidados de saúde personalizados

UE – União Europeia

ULS – Unidades Locais de Saúde, E.P.E.

URAP – Unidade de recursos assistenciais partilhados

USF – Unidade de saúde familiar

USP – Unidade de saúde pública

Sumário

APRESENTAÇÃO 9

INTRODUÇÃO 13

1. Considerações prévias 13

2. Objeto e metodologia da investigação 18

3. Conjuntura dogmática do estudo da Organização Administrativa da Saúde 23
3.1. Direito Constitucional à Saúde em Portugal 23
3.2. A Organização Administrativa da Saúde em Portugal 28

4. Aspectos estruturais 39

PARTE 1 – SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE 43

1. Que saúde se pode exigir do Estado? 43

2. Os Modelos de Sistemas de Saúde 50
2.1. Modelo Bismarckiano e Modelo Beveridgiano 51
2.2. Evolução do NHS, a *stem cell* do SNS 56
2.3. Quem vai pagar a conta da saúde? 70

3. O Sistema de Saúde Português 77
3.1. Serviços Centrais da Administração Direta do Estado na Saúde 86
3.2. Organismos da Administração Indireta do Estado na Saúde 89
3.2.1. Os departamentos da Administração Central da Saúde 91
3.2.2. Os departamentos da Administração local da Saúde 96
3.3. Entidade Reguladora de Saúde 102
3.4. Conselho Nacional de Saúde 107
3.5. O Serviço Nacional de Saúde – SNS 109
3.5.1. Gestão descentralizada e participativa 112
3.5.2. Os serviços e os estabelecimentos do SNS 115
3.5.2.1. Os cuidados de saúde primários 116
a.) Agrupamento Centro de Saúde 117
b.) Unidades de Saúde Familiar 123
c.) Unidades de Cuidados de Saúde Personalizados 125
d.) Unidades de Cuidados na Comunidade 126
e.) Unidades de Saúde Pública 126
f.) Unidades de Recursos Assistenciais Partilhados 126
g.) Unidades Locais de Saúde 128
3.5.2.2. Os cuidados de saúde hospitalares 130
3.5.2.3. Os cuidados continuados integrados da saúde 162

PARTE 2 – DIMENSÕES DAS PRIVATIZAÇÕES 164

1. Privatização como fenómeno concreto 164

2. Definir a privatização e o Setor Privado na saúde 166
2.1. Propósitos da privatização 177
2.2. Privatização ativa e passiva 180
2.2.1. Estratégias de privatização ativa 184

2.2.1.1. Alienação de bens públicos 185
a.) Acesso Equitativo ao Atendimento 187
b.) Uso eficiente de recursos 188
c.) Qualidade do cuidado 189
2.2.1.2. Contratação pública para prestação de serviços do setor privado 190
2.2.1.2.1. Contratação com o subsetor privado com fins lucrativos (*for-profit*) 191
a.) Equidade 193
b.) Eficiência 193
c.) Qualidade 194
2.2.1.2.2. Contratação com o subsetor privado sem fins lucrativos (*not-for-profit*) 196
a.) Equidade 197
b.) Eficiência 198
c.) Qualidade 198
2.2.1.3. Incentivo e estímulo regulatório ao crescimento do setor privado 199
a.) Equidade 201
b.) Eficiência 201
c.) Qualidade 202
2.2.2. Privatização Passiva 202
2.3. Mecanismos de mercado público (ou interno) 203
a.) Equidade 205
b.) Eficiência 207
c.) Qualidade 207
2.4. Privatização: Os objetivos sociais estão em risco? 208
2.4.1. Razão pela qual os governos são necessários na saúde 210
2.4.2. Gestão pública da privatização 211

3. Conceitos de Privatização 212
3.1. Privatização da Regulação Administrativa da Sociedade 212
3.2. Privatização do Direito Regulador da Administração 214
3.3. Privatização das Formas Organizativas da Administração 216
3.4. Privatização da Gestão ou Exploração de Tarefas Administrativas 219
3.5. Privatização do Acesso a uma Atividade Económica 220
3.6. Privatização do Capital Social de Entidades Públicas Empresariais 221

4. Compreender as dimensões da privatização 221
4.1. Desregulação 231
4.2. Descentralização 232
4.3. Terceirização 233
4.4. Despublicização 234
4.5. Associação 235
4.6. Desestatização 237
4.7. Estrutura Integrada 239

5. Formas de Privatização 240
5.1. Privatização Patrimonial 242
5.2. Privatização Material ou Substancial de Atividades 242
5.3. Privatização Instrumental ou Formal das Atividades 243
5.4. Privatização Funcional da Atividade 245

6. Representação Ilustrativa das categorias da Privatização 246

7 . Dimensões da Privatização nos Serviços de Saúde Portugueses 251
7.1. Processo de privatização orgânico-formal (empresarialização na forma) 254
7.2. Processo de privatização formal dos métodos de gestão (empresarialização no plano da atividade) 257
7.3. Processo de privatização funcional 269

PARTE 3 – RUPTURA EPISTÉMICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA 285

1. O Processo de transformação da Constituição de 1976 (dirigente e autoritária) e a perspectiva de uma (nova) constituição 285

2. Transformações substanciais da (nova) Constituição 302
2.1. Cronologia de transformações da Constituição da República Portuguesa 308
2.1.1. Democratização portuguesa e posterior desestatização da economia 309
2.1.2. A introdução da interação da sociedade civil com o Estado Português 314
2.1.3. As transposições de Portugal como Estado-Membro da União 322

PARTE 4 – UM REGIME ESTRUTURAL DIFERENTE PARA OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE 344

1. Perceção da viabilidade de reestruturação dos serviços públicos de saúde 344

2. Uma revisão necessária do art. 64.º da CRP – Constituição da Saúde 356

3. Prestadores de cuidados de saúde com dimensionamentos amplos da privatização 374
3.1. Entidades Públicas Empresariais do Setor Público Empresarial da Saúde, retorno ao tipo sociedade anónima – S.A. 378
3.1.1. As Entidades Públicas Empresariais da Saúde 378
3.1.2. É imprescindível romper as barreiras normativas recentemente criadas para retomar a reestruturação administrativa das entidades públicas prestadoras dos serviços do SNS, com base na empresa e não enquanto estabelecimentos públicos. 389
3.1.3. Uma proposta de tipo societário às Entidades Públicas como Sociedade Anónima do Setor Público Empresarial da Saúde 391
3.1.3.1. Modelo de sociedade de economia mista S.A. nas empresas do SPE da Saúde 397
3.1.3.2. O Estatuto da sociedade de economia mista S.A. do SPE da Saúde 403
3.1.3.2.1. A formação do capital social da sociedade de economia mista, S.A. 405
3.1.3.2.2. A administração da sociedade de economia mista, S.A. 406
a.) Assembleia Geral – Ordinária e Extraordinária 407
b.) Conselho de Administração 408
c.) Direção Executiva 410
d.) Conselho Fiscal 411
E. Funcionários 415
3.2. Dimensão da privatização funcional dos serviços públicos da saúde 415
3.2.1. Premissas dogmáticas de categorização do fenómeno funcional de privatização dos serviços públicos de saúde 419
a) A análise das exigências de legalidade das medidas de privatização 419
b) O exame da vinculação da entidade privada ao direito administrativo 420
c) A observação do controle público 421
d) O controle da responsabilidade civil decorrente dos atos praticados pela entidade privada 423
3.2.2. Outra proposta de categorização do fenómeno funcional de privatização dos serviços públicos de saúde 431
3.2.2.1. Unidades de Saúde em Parcerias Público-Privadas Institucionais 431
3.2.2.2. Unidades de Saúde em regime jurídico de Parceria Público-Privada Contratual 435
3.2.2.2.1. Contrato de prestação de serviço 436
3.2.2.2.2. Contrato de concessão de serviços públicos 436

CONSIDERAÇÕES FINAIS 440

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 459

APRESENTAÇÃO

O conteúdo do presente trabalho científico de investigação incide sobre a estrutura dos serviços públicos de saúde, em especial, no que diz respeito às dimensões da privatização. O presente trabalho insere-se, fundamentalmente, nos ramos de Direito Administrativo e Direito Constitucional, mais precisamente, no tratamento das proposições jurídicas do Direito da organização administrativa dos serviços públicos de saúde.

O tema a tratar tem uma relevância inegável perante o progresso do século XXI, vivenciado pelo mundo de crises económicas e sociais, dentro de um contexto de sociedade com profundas exigências de massa, em termos de eficiência e de eficácia das tarefas públicas[1].

Não é pertinência temática do trabalho debater a função do Estado quanto à sua responsabilidade na tarefa da saúde, uma vez que a mesma se encontra inserida nos direitos sociais da Constituição da República Portuguesa (CRP), enquanto direito fundamental. Apesar do texto constitucional não apresentar um conceito de saúde, prevê expressamente a sua garantia através da expressão jurídica *direito à proteção da saúde*.[2] A tutela constitucional possibilita que os cidadãos procurem os cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação (art. 64º.3, alínea a), sendo a concessão de saúde pública uma opção política.

É a vontade do constituinte originário português dar proteção ao bem jurídico saúde, conferindo-lhe uma aceção ampla como segurança social.

O Sistema Nacional de Saúde Português pauta-se pelos princípios do modelo do Sistema de Saúde de Beveridge (art. 64.º, N.º 2, alínea *a* da CRP, direito

---

1 . COUTINHO, Juliana Ferraz. O público e o privado na organização administrativa: da relevância do sujeito à especialidade da função. Coimbra: Almedina. 2017. p. 19.

2 . ARNAUT, António. Serviço Nacional de Saúde. 30 anos de resistência. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 119-178.

universal, geral e tendencialmente gratuito), refutando o modelo laboral do Sistema de Saúde de Bismarck, que consiste na atribuição de *seguros-doenças* para as assistências dos trabalhadores[3].

A escolha do constituinte português foi a de aderir ao dever do Estado custear e executar as políticas públicas de saúde, prevendo, em contrapartida, o direito dos utentes a prestações positivas por parte do mesmo.

O artigo 64.º da CRP é uma norma constitucional de natureza programática que procura agregar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos. O seu conteúdo é influenciado por fatores económicos e sociais e a sua eficácia exterioriza-se através da Política Nacional de Saúde (PNS)[4]. Por sua vez, é da PNS que se retira a premissa da tarefa pública de saúde, que não se confunde com a atividade administrativa de saúde.

A constituição de um Serviço Nacional de Saúde (SNS) em Portugal é imposição constitucional, estabelecendo a Lei Fundamental as diretrizes de *gestão descentralizada e participativa* (art. 64.º, N.º 4, CRP). A tarefa pública da saúde obtém a necessária densificação prática através da Lei de Base da Saúde (Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro; Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto; e atualmente Lei n.º 95/2019, de 4 Setembro).

Neste âmbito, o direito constitucional português atribuiu ao Ministério da Saúde (MS) - órgão de Governo - competência para a conformação dos objetivos políticos nesta área. Por outra banda, o poder legiferante atribuído ao MS conferiu-lhe liberdade e flexibilidade para concretizar em várias dimensões organizativas a atividade administrativa da saúde[5].

---

[3] . OTERO, Paulo. Tratado de Direito Administrativo Especial. Volume 3. Coimbra: Almedina. 2010. p. 226-227.

[4] . PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Brasília a. 49 n. 193 jan./mar. 2012. p. 7-20.

[5] . MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1317.

É através da autorização constitucional específica de adaptação, concretamente, adotando o princípio mais abrangente da descentralização (art. 64.º, N.º 4 e art. 267º, N.º 1, CRP) que se pode debater várias dimensões das privatizações dos serviços públicos de saúde.

O presente trabalho académico irá focar-se na criação dos subsistemas orgânicos com personalidades jurídicas próprias e autonomias administrativas, bem como no grau de extensão permissiva da CRP, aoautorizar a existência de atividades administrativas de saúde entregues efetivamente aos entes privados (privatização substancial ou material).

Ainda que a tarefa de garante da saúde pública pertença ao Estado, por opção político-constitucional , a atividade administrativa da saúde procura soluções organizatórias e funcionais com o desiderato de desenvolver uma estrutura menos onerosa para o erário público e mais eficaz e eficiente para os utentes.

Das reformas do SNS resulta a criação de personalidades jurídicas atípicas no universo do Direito Administrativo, aglutinando características de entes privados e públicos num único ente, originando figuras jurídicas híbridas[6]. A título de exemplo, refira-se - os Hospitais Entidades Públicas Empresariais (EPE), criados pelo Decreto-Lei nº 50-A/2007 do MS. Tal reestruturação, que visa, essencialmente, respostas concretas para a administração pública na área da saúde, obriga a uma mudança de paradigma quanto aos padrões de interferência do direito público como instrumento de sistematização da saúde pública.

A atividade administrativa de saúde em Portugal tem desenvolvido um processo de *empresarialização* e de parcerias público-privadas (PPPs) de saúde pública. A confiança dos serviços públicos de saúde aos entes privados é uma nova manifestação da dimensão orgânico-público e privado, compreendendo instituições públicas, privadas e mistas[7].

---

[6] . GONÇALVES, Pedro. Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina. 2008. p. 334-4219.

[7] . MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1319.

O tópico de estudo coloca-se dentro do Terceiro Ciclo de Estudos de Doutoramento em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, tendo como área científica predominante a ciência jurídica, classificada em Portugal como educação e formação em Direito.

A área de concentração de Direito Administrativo é a modernização administrativa dos serviços públicos de saúde, dentro do processo de *empresarialização,* através das dimensões de privatização das formas organizativas da Administração Pública[8].

Trata-se de um ensaio teórico importante, que estabelece um diálogo entre as reformas práticas da *empresarialização* dos serviços públicos da saúde e os fundamentos teóricos, procurando uma harmonização e sintonia na nova aceção de Direito Administrativo.

8 · OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública (O sentido da vinculação administrativa à juridicidade). Coimbra: Almedina. 2003. p. 305.

INTRODUÇÃO

1. Considerações prévias

A saúde é um setor social fundamental e, perante as suas especificidades, não pode ser tratado como um setor económico, tal como aconteceria se os utentes fossem consumidores. Pelo menos, enquanto a Constituição da República Portuguesa (CRP) assim o entender, o Estado é responsável em garantir a saúde dos cidadãos. Este desígnio é um direito fundamental, densificado nos princípios da universalidade e da igualdade (art. 64.º, N.º 2, alínea a e art.64.º, N.º 3, alínea *a*, CRP).

Analisando o contexto histórico, durante a vigência da CRP de 1976, é possível distinguir cinco fases cronológicas[9] de transformações do sistema de saúde[10]. Neste sentido, é importante referir que a segunda Lei de Base da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto), após a alteração efetivada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, conferiu uma maior abrangência ao sistema de saúde, admitindo a participação de entidades privadas através de colaborações com o Sistema Nacional de Saúde (SNS).

Entre a 1ª fase do sistema de saúde Português, que envolveu o período entre 1976 a 1989, em que vigorava a ideia do Estado como financiador exclusivo na área da saúde pública (Decreto-Lei n.º 707, de 7 de dezembro de 1974, e Lei dos Serviços Nacionais de Saúde, Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro), até à 2ª fase, a partir de 1989, com a Segunda Revisão Constitucional, até 2002, é possível observar o fim progressivo da política social humanista do SNS.

---

9 . ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. Direito da Saúde. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2014. p. 73-74.

10 . O sistema de saúde é mais abrangente do que o Serviço Nacional de Saúde. De acordo com a Lei de Base da Saúde, Lei nº 48/90 (Base XII Sistema de saúde, nº 1), *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.* (nº. 2) *O Serviço Nacional de Saúde abrange todas as instituições e serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde dependentes do Ministério da Saúde e dispõe de estatuto próprio.*

Em 1989, a Segunda Revisão Constitucional abriu economicamente o Estado Português, dando ensejo a flexibilização da gratuidade do acesso à saúde pública[11].

A Lei de Base da Saúde (Lei n.º 48/90) e o Decreto-Lei de instituição do Estatuto do SNS (Dec.-Lei n.º 11/93) autorizam incipientemente os *contracting out*[12]. Este tipo jurídico é uma espécie de *contrato público* nos moldes do modelo de ordenamento jurídico do *common law* onde as bases epistêmicas do Direito não se pautam na distinção dos regramentos de direito público ou privado[13].

A partir de então, surgiram as primeiras construções jurídicas de flexibilização na seara administrativista portuguesa de intervenção da iniciativa privada na área pública como, *por ex.*, os hospitais públicos com gestão privada por via de contratos públicos de gestão. É o caso do Hospital de Amadora de Sintra, criado pelo Decreto-Lei n.º 382, em 9 de Outubro de 1991, cuja intenção era a gestão pública. Num lapso exíguo de cerca de quatro anos, o Hospital foi entregue à gestão privada[14] (Decreto-Lei n.º 203 de 2008).

A 3ª fase dá-se com a autorização das parcerias públicos privadas (PPPs) na área da saúde, pois estavam escassos os recursos públicos para manutenção do modelo ideológico dos *Anos de Ouro* que obrigava o Estado custear exclusivamente a saúde pública. Então, surge o Decreto-Lei n.º 185, de 20 de Agosto de 2002, definindo um regime jurídico das parcerias em saúde com gestão e financiamentos privados. Foi nítida a missão do Governo Português, construir uma base normativa fundada em necessidades práticas de crise econômica e financeira. Assim, as entidades privadas e os profissionais liberais (setor privado) antes integrantes do sistema de saúde, mas não

---

11 . PORTUGAL. Parlamento Português. Segunda Revisão da Constituição da República de Portugal. Disponível em: http://www.parlamento.pt/RevisoesConstitucionais/paginas/default.aspx. Acesso em: 11.6.2018.

12 . *Contracting out*: é o processo, por parte de um empregador, de retirar funcionários do Regime de Aposentadoria por Ganhos do Estado do Reino Unido e matriculá-los em um plano de aposentadoria ocupacional que atenda aos padrões especificados ("privado"). Business Dictionary [on-line]. Disponível em: http://www.businessdictionary.com/definition/contracting-out.html. Acesso em: 11.6.2018.

13 . MONAGHAN, Christopher. Constitucional and administrative law. United Kingdom: Pearson. 2015. p. 214-215.

14 . PORTUGAL. Diário da República Eletrônico. Preambulo do Decreto-Lei 203/2008. Disponível em: http://data.dre.pt/eli/dec-lei/203/2008/10/10/p/dre/pt/html. Acesso em: 11.6.2018.

inseridos no SNS (setor público), passaram a poder ser inseridos no SNS por meio de contratos públicos para fins de racionalização financeira.

Através da Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, ocorre a primeira alteração da Lei de Base da Saúde (Lei n.º 48/90). De acordo com o N.º 1 da Base XXXIII, o SNS era financiado pelo orçamento do Estado através de subvenção de receitas especificadas nas alíneas do n.º 2 e, após a alteração, passou a ser financiado pelo orçamento do Estado, através do pagamento dos atos e atividades efetivamente realizados por meio de tabela de preços. Outro ponto interessante foi o acrescido do n.º 3 na Base XXXVI da Lei de Base da Saúde, que trata da gestão dos hospitais e centros de saúde, passando a admitir a criação de unidades de saúde como sociedades anônimas de capital público. Em anexo, a Lei trouxe diversidade de regimes jurídicos de gestão hospitalar, cujo fim era dar maior capacidade de desburocratização do exercício das práticas na saúde pública.

Vale mencionar ainda que, o art. 2º do Anexo da Lei n.º 27/2.012 admitiu novas naturezas jurídicas para os hospitais, integrados a rede de prestação de cuidados de saúde pública, quais sejam, os Estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, com ou sem autonomia patrimonial; os Estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e natureza empresarial; as Sociedades Anônimas de capitais exclusivamente públicos; e os Estabelecimentos privados, com ou sem fins lucrativos, com quem sejam celebrados contratos públicos.

A partir de 2005, inicia-se a 4ª fase com as transformações dos hospitais Sociedades Anônimas (S.A.) em Entidades Públicas Empresariais (E.P.E.) por meio do Decreto-Lei n.º 93, de 7 de Junho de 2005. Foi instituído ainda o Regime da criação, estruturação e funcionamento dos agrupamentos de Centros de Saúde do SNS, através do Decreto-Lei n.º 28, de 22 de Fevereiro de 2.008, passando a considerar os cuidados de saúde primários como a coluna central do sistema de saúde. O Governo criou Agrupamentos de Centros de Saúde (ACES) do SNS, sendo serviços de saúde com autonomia administrativa que se originam por meio de desconcentração da Administração Regional de Saúde. A ideia de o SNS ser mais fragmentado na via organizacional é evidente, mas a opção de descentralização não foi a única técnica

jurídica utilizada, mostrando o receio da evolução do rito de transformações legislativas alcançarem a despublicização e a desestatização do serviço público de saúde.

A Lei Orgânica do Ministério da Saúde, instituída pelo Decreto-Lei n.º 124, de 29 de Novembro de 2011, inaugura a 5ª fase do sistema de saúde, cuja estrutura organizativa admite tanto entes da Administração Pública direta e indireta, como também Entidades Administrativas Independentes e o Setor Empresarial do Estado.

A entidade administrativa independente de saúde é responsável pela supervisão e pela regulação do SNS, denominada Entidade Reguladora da Saúde (ERS). A competência de regulação da ERS abrange todos os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde de Portugal, desde o setor público, privado e social, exceto a área farmacêutica (Lei n.º 67/2.013, de 28 de Agosto, e Decreto-Lei nº 126, de 22 de Agosto de 2.014). É a amostra de que a ideia do SNS contida no sistema de saúde, trazida pela Lei de Base da Saúde (Lei nº 48/90, Base XII, nº 1), não subsiste mais, uma vez que o SNS passou a interagir com o setor privado e social por meio de um novo sistema de saúde capaz de emprestar conceito idêntico ao SNS, construído com a abertura da organização administrativa.

O Setor Empresarial do Estado na área da saúde é composto atualmente pelos Serviços Partilhados do Ministério da Saúde E.P.E.; Unidades Locais de Saúde, E.P.E.; Centros Hospitalares, E.P.E.; e Hospitais, E.P.E. Não obstante, é a partir da Resolução do Conselho de Medicina n.º 41/2002, de 7 de Março, e, sucessivamente, da Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, que foi dado o *start* de solidificação da denominada *empresarialização* da saúde pública em Portugal, admitindo a constituição de personalidade jurídica de sociedades anônimas aos hospitais públicos.

Apesar de já ter havido o ensaio de *empresarialização* da gestão hospitalar, em 1998, através do XIII Governo Constitucional, com a criação do Hospital de São Sebastião, em Santa Maria da Feira, cujo objetivo, na ótica dos administradores público, era melhorar desempenho, eficiência e qualidade na prestação dos serviços no SNS. Em 2002, houve a transformação de trinta e seis hospitais em trinta e um com personalidade jurídica de sociedade anônima, iniciando a *empresarialização* sob a forma jurídico-privada.

Entre a 3.ª fase até a 4.ª fase, observa-se que havia a intenção de dar o máximo de autonomia de gestão aos executores dos serviços de cuidados de saúde do SNS, tanto que optaram por regime jurídico-privado para as entidades. É notório que o Governo e a maioria parlamentar ao transformar os hospitais sociedades anônimas em E.P.E. (Decreto-Lei n.º 93, de 7 de Junho de 2.005) quiseram retomar os poderes dos Ministérios da Saúde e das Finanças perante os hospitais de origem histórica pública, pois a forma jurídico-privada dava ao Estado o papel de mero acionista (art. 6º, n.º 3 do Decreto-Lei nº 207, de 19 de Agosto de 2.004)[15].

A partir da alteração dos hospitais S.A. em E.P.E., passou-se a ter novamente entidades de saúde com formatação jurídico-público, aumentando o poder do Governo intervir nos atos sujeitos a aprovação tutelar (poderes de tutela e de superintendência). Assim, a dita autonomia, aventada pelo dimensionamento de privatização na área da saúde, não se efetivou. Ao contrário, a forma E.P.E. passou a se submeter à obediência dos comandos de Governo, por meio dos desígnios dos Ministérios da Saúde e das Finanças, direcionando as operações de execução dos cuidados da medicina e das decisões de investimentos econômicos.

O surgimento da 5.ª fase talvez esteja relacionada ao movimento de retrocesso ao processo que se consubstanciou na construção do mercado interno de saúde em Portugal com *players* públicos e privados concorrentes nas atividades de execução dos serviços públicos de saúde, retornando a uma estrutura estatizada mais próxima ao contexto dependente de entidades públicas subordinadas hierarquicamente ao Governo. Existem diferenças consideráveis do regime geral E.P.E., tutelado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, em relação às entidades públicas, integradas ao SNS, atualmente normatizada pelo Decreto-Lei n.º 18/2017. Estas estão mais próximas de institutos públicos do que entidades públicas independentes no desempenho da prestação dos serviços públicos de saúde. A nova Lei de Base da Saúde – Lei n.º 95/2019 veio a corroborar a intenção de refutar o modelo de mercado e o caráter de empresarialidade das

[15] . ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. Direito da Saúde. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2014. p. 126-127.

entidades públicas empresariais do SNS como empresas, dando o caráter de verdadeiros estabelecimentos públicos (Base 20, N.º 1)[16].

Em essência, o modelo empresarial de gestão hospitalar público não se reveste em real fuga para o direito privado, mas a construção de instrumento jurídico de evasão dos controles do Direito Público pelo próprio Estado. Esta aposta tem por objeto ganhar eficiência nos mesmos termos das entidades privadas no mercado. Não obstante, a aparente separação entre as entidades de saúde E.P.E., prestadoras dos serviços, com a Administração Pública direta, financiadora dos custos, não reflete numa autonomia etimologicamente de gestão. Esta figura imbricada da E.P.E. assevera um ônus ao gestor das entidades de saúde, pois lhe responsabiliza por resultados impostos pelos interesses do Governo.

A nova Lei de Base da Saúde, Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro, retrocedeu nos avanços estruturais de dimensionamentos de privatizações dos serviços públicos de saúde até então desenvolvidos no país. A nova Lei opta pela estatização do modo de execução da tarefa pública, ampliando o monopólio do Estado. Assim, parece haver um novo paradigma interpretativo dos objetivos, traçados pela atual Constituição portuguesa, no que diz respeito à saúde pública. No entanto, a lei infraconstitucional parece confundir a titularidade do bem jurídico saúde pública com a competência no que diz respeito as atribuições ou atividades materiais serem conferidas a apenas ao rol taxativo de entidades públicas, que são insuficientes, para suprir as finalidades específicas de prestação dos cuidados de saúde.

2. Objeto e metodologia da investigação

[16] . Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro, Lei de Base da Saúde. Base 20. Serviço Nacional de Saúde. 1 - O SNS é o conjunto organizado e articulado de estabelecimentos e serviços públicos prestadores de cuidados de saúde, dirigido pelo ministério responsável pela área da saúde, que efetiva a responsabilidade que cabe ao Estado na proteção da saúde.

É importante referir o contexto histórico do surgimento do SNS em Portugal. Em 1899, os serviços de saúde e beneficência pública tinham a prestação de cuidados de saúde de natureza privada, sendo atribuição do Estado o auxílio aos pobres.[17]

O direito à proteção da saúde passou a ter natureza pública por consignação no art. 64.º, N.º 2, alínea *a*, da CRP. A índole programática da norma constitucional criou poder-dever político ao Governo, determinando a criação de meio viável para concretizar o direito subjetivo de tutela dos cuidados de saúde (medicina preventiva, curativa e de reabilitação) dos cidadãos portugueses (e equiparados) em face ao Estado. O SNS é uma meta constitucional, cabendo ao Estado desenvolvê-lo. A Constituição da Saúde e, mais precisamente, o SNS é oriundo de tempos de política legislativa constitucional dirigente, onde a lei fundamental, pouco aberta e flexível, impôs determinados comportamentos legislativos cogentes.

Ainda sobre a égide do texto originário da CRP, a Assembleia da República criou o SNS através da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro, não trazendo um conceito jurídico, mas definindo como é constituído. Incipientemente, o SNS foi *constituído pela rede de órgãos e serviços prevista neste diploma, que, na dependência da Secretaria de Estado da Saúde e actuando de forma articulada e sob direcção unificada, gestão descentralizada e democrática, visa a prestação de cuidados globais de saúde a toda a população* (art. 2.º). Vale referencia que, à época, o art. 167.º da CRP tratava da reserva de competência legislativa exclusiva da Assembleia da República e não havia, naquele momento histórico, qualquer *trava mestra*[18] do estatuto jurídico ao SNS. Somente, após a alteração do art. 164.º por meio do art. 109.º da Lei Constitucional n.º 1/97, de 5 de Outubro, foi acrescido o N.º 1, alínea *f*, que expressamente deu competência exclusiva à Assembleia da República para estabelecer as bases, ou seja, os princípios e as regras gerais que devem direcionar o Governo instituir o regime jurídico por meio de Decreto-Lei.

---

17 . CABRAL, Ana Paula. Reforma do Sector da Saúde – o Serviço Nacional de Saúde e o Novo Paradigma na Proteção da Saúde. *In*. CABRAL, Nazaré da Costa; AMADOR, Olívio Mota; MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira (Orgs.). A reforma no sector de saúde: uma realidade iminente? Coimbra: Almedina. 2010. p. 43.

18 . ESTORNINHO, Maria João; MACIERIRINHA, Tiago. Direito da Saúde. Lisboa: Universidade Católica editora. 2014. p. 37.

Antes mesmo da Revisão Constitucional de 1997, a Assembleia da República alterou as bases e as regras gerais do SNS através da primeira Lei de Base da Saúde – Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, que diferentemente da lei anterior, que focava especificamente na criação e organização do SNS, tratou do setor da saúde como um todo. Em outros termos, a Assembleia da República abordou a matéria como um sistema (único) de saúde, usando analogia ao *sistema de ensino* do, então vigente, art. 167.º, alínea *n,* da CRP.

A nova Lei de Base da Saúde – Lei n.º 95, de 4 de Setembro, de igual modo como a anterior Lei n.º 48/90, acabou indo além do SNS, pois a Base 1, N.º 4, traz expressamente que o Estado promove e garante o direito à proteção da saúde não só através do SNS, incluindo serviços regionais de saúde e de outras instituições públicas (centrais, regionais e locais). Mais uma vez, a Assembleia da República trata do sistema único de saúde, tendo como diferencial da primeira Lei de Base da Saúde, que a novíssima base principiológica está direcionada aos *players* públicos, dando ao Estado um ônus a mais da lei fundamental, qual seja, ter que constituir um conjunto de entes públicos preparados para atender todas as necessidades de saúde no país.

Atualmente, o conjunto de princípios e de fundamentos que regem as bases da saúde em Portugal colocam o compromisso no Estado para execução do direito à proteção da saúde através *do SNS e de outros serviços públicos*. Somente, supletivamente e temporariamente, serão negociados contratos com *players* privados, incluindo aqui o setor social (ex.: Misericórdias) ou profissionais em regime de trabalho independente (Base 6, N.º 1).

Daí surge o primeiro questionamento. A natureza pública do direito à proteção da saúde e do Serviço Nacional de Saúde, como instrumento de concretização da saúde pública, determinou ao legislador infraconstitucional a elaboração da organização administrativa centralizada ou descentralizada nos moldes clássicos do direito administrativo?

Parte-se da hipótese que não. O art.64.º, N.º 4 da CRP traz à tona que o SNS tem gestão descentralizada e participativa. Esta é a norma primária, ou seja, é

suficiente por si mesma ao ser direta[19], quando diz que o SNS não pode fazer parte da Administração Pública direta do Estado Português (Governo)[20].

A liberdade ofertada pelo constituinte português dá ao legislador infraconstitucional a viabilidade de concretizar por várias formas organizacionais o direito à proteção da saúde. Em outros termos, o art. 64.º, N.º 4 da CRP flexibiliza o manuseio de estruturas de organização administrativa, pois não impõe um modelo específico para viabilizar a estrutura do SNS.

Outra suposição aventada é que após três alterações no art. 267.º da CRP, através do art. 181.º da Lei Complementar n.º 1/97, do art. 174.º da Lei Complementar n.º 1/89 e do art. 199.º da Lei Complementar n.º 1/82, a técnica jurídica administrativa constitucionalizada da descentralização passou abarcar maior extensão conceitual. A partir de um comando constitucional que indica a constituição do SNS mediante os processos de descentralizadores de criação de personalidades jurídicas para as entidades de saúde e de garantia de autonomia[21], está autorizado o processo de criatividade para a formação de um arranjo organizacional capaz de envolver entidades públicas e privadas num procedimento de iteração para consecução dos serviços públicos de saúde.

A amostra disso é o rito de *empresarialização* e da constituição de Parcerias Público e Privadas (PPP) na área da saúde pública de Portugal.

Apoia-se também na suposição de autorização constitucional para formação de uma dimensão orgânica público-privada ou, até mesmo, substancialmente privada dos serviços públicos sem retirar a natureza pública do Serviço Nacional de Saúde em Portugal.

---

19 . DEL VECCHIO, Giogio. *Philosophie du droitp*. Dalloz: Bibliothèque Dalloz. 2003. p. 206

20 . MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. 2ª ed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1317.

21 . CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Revista atualizada por Diogo Freitas do Amaral. 10ª ed. Tomo I. 10ª Reimpressão. 2015. p. 249.

As etapas da tese serão elaboradas dentro do método hipotético-dedutivo, pois se tem o conhecimento prévio dos processos de alterações no SNS e suas mudanças organizacionais administrativas.[22]

O problema surge do exato conflito das expectativas das medidas adotadas de dimensionamentos de privatizações dos serviços públicos de saúde e as teorias existentes, que acabam por confundir as missões políticas de Governo com as atribuições executórias (descentralizadas e autônomas) das entidades de saúde.

Então, diante da realidade atual do público e do privado, inseridos na organização administrativa do SNS, será averiguado a trajetória das dimensões atuais da privatização administrativa dos serviços públicos de saúde. Desse momento estrutural do SNS, a privatização formal ou instrumental tem sido a forma alternativa de provisão dos serviços públicos através da criação de personalidade jurídicas *sui generis*, que não se adequam ao contexto público ou privado (ex.: hospitais S.A. ou hospitais EPE)[23].

Talvez a proposição de harmonização da contenda seja abdicar da utilização exacerbada da liberdade de criação de dimensões organizativas administrativas através da constituição do fenômeno da privatização formal ou instrumental, partindo assim para o processo menos complexo de privatização substancial ou material dos serviços de saúde no SNS, assumindo o Estado função de regulador e de financiador parcial da assistência à saúde.

O enquadramento da privatização num sistema *civil law*, como o de Portugal, apresenta certa dificuldade na contextualização hermenêutica de direito público, admitindo um grande número de significados.[24] Alguns destes significados acabam por se dissociar do fenômeno de constituição casuística das privatizações do sistema *comonn law*. A abertura criativa, admitida nos países anglo-saxónicos, *por ex.* o Reino Unido, dá-

[22] . LAKATOS, Eva Maria. Metodologia cientifica. São Paulo: Atlas. 1991. p. 66-67.

[23] . COUTINHO, Juliana Ferraz. O público e o privado na organização administrativa: da relevância do sujeito à especialidade da função. Coimbra: Almedina. 2017. p. 709.

[24] . OTERO, Paulo. Privatizações e Transferências e Participações Sociais no Interior do Sector Público. Coimbra: Coimbra Editora. 1999. p. 11.

se pela menor preocupação de atender bases normativas estáticas de formação de regras e de conceitos dentro da legalidade estrita.[25]

Portanto, é campo fértil para investigação proposta os programas de reestruturação organizacional e de fiscalização da Administração Pública em Portugal na área dos prestadores de cuidados de saúde.

3. Conjuntura dogmática do estudo da Organização Administrativa da Saúde

3.1. Direito Constitucional à Saúde em Portugal

O conceito de Direito à Saúde está condicionado a exteriorização da opção política por meio do artigo 64.º, N.º 1 da CRP, levando as complexas interações biopsicossociais que abrangem múltiplos níveis dos conhecimentos (socioeconômico, político, histórico e cultural)[26]. A CRP escolhe por assegurar o resguardo da saúde ao inserir no ordenamento jurídico português uma determinação de não fazer algo que prejudique à saúde por meio de comportamentos estatais ou de particulares, mas também a indicação de obrigação do Estado agir ativamente com prestações de assistência à saúde.

Esta percepção sistematizada do direito à proteção da saúde mostra sua caraterística dúplice, sendo negativa quando limita as intervenções prejudiciais à saúde e positiva quando exige que o Estado execute a tarefa de tutela da saúde de modo coletivo.[27]

O Direito à Saúde foi apresentado pela CRP de 1976 como norma de natureza programática, inserindo nos direitos sociais fundamentais. Coloca a saúde de

---

[25] . AZEVEDO, Maria Eduarda. Temas de Direito da Economia. Coimbra: Almedina. 2013. p. 134.

[26] . COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas e ALMEIDA FILHO, Naomar de. *Health concepts in current science-oriented discourse.* História, Ciências, Saúde – Manguinhos. Rio de Janeiro. Vol. 9(2). Maio-ago. 2002. p. 329.

[27] . CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Vol.1. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4ª ed. Coimbra, PT: Coimbra Editora. 2007. p.825.

modo sistemático e dinâmico em posições distintas dentro da estrutura interna dos direitos públicos subjetivos através da relação do Estado com o cidadão.

Na análise estrutural ontológica-normativa dos direitos sociais, a categorização teórica dos quatro *status* do individuo perante o Estado, criada por Georg Jellinek, simplifica a função problemática desenvolvida pelo direito fundamental à proteção da saúde em Portugal[28]. A alteração comportamental da sociedade em geral a partir do final do século XX mostrou que o individuo coletivo observou o colapso na concretização satisfativa do direito a exigir do Estado uma prestação de serviço efetiva nos direitos sociais (*status civitatis* – positivo), incluindo à saúde.

O problema está focado então na positivação de exigir do Estado que atue ao favor do utente na prestação dos serviços de saúde no SNS.

Não se trata de avaliar a subordinação do utente ao poder público do Estado (*status subjectionis* – passivo); nem o direito de liberdade do utente relativamente às ingerências do Poder Público (*status libertatis* – negativo), mesmo que se entenda uma nova fase de tutela do Direito Administrativo de preservação da autonomia do utente em sobreposição da legalidade dogmática; não se questiona também a legitimidade de participação do utente do serviço público na formação da vontade política do Estado (*ativae civitatis* – cidadania ativa).

O artigo 64º, N.º 1 da CRP expressa a positivação da obrigação do Estado constituir uma estrutura de prestação de serviços de saúde para sua população[29]. A concepção do SNS vem, pois, corroborar a concretização do texto constitucional. Assim, a única disposição constitucional que versa sobre a saúde manifesta os ideais do Estado Social de Direito em Portugal, apresentando metas, programas de ação e objetivos para a atividade de proteção da saúde no país[30].

---

28 . ALBERNAZ, Jorge Luiz Morales. Breve Classificação dos Direito Fundamentais. Revista *online*. Publicado 14.4.2011. p.3. Disponível em: http://www.diritto.it/docs/31450-breve-classifica-o-dos-direito-fundamentais. Acesso em: 9.1.2016.

29 . PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Tribunal Constitucional Português. Acórdão nº 39/84. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/384993/details/maximized. Acesso em: 24.6.2018.

30 . MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 10ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2015. p.63.

O SNS é um instrumento desenvolvido para viabilizar o exercício do serviço público de saúde português, tendo o Estado como ator principal na sua criação, mas não exclusivo na execução dos serviços de saúde do país.

As características do SNS encontram-se previstas na alínea *b* do artigo 64.º, N.º 2 da CRP, concretamente, os desígnios da *universalidade*, *generalidade* e *tendencial gratuitidade*. Porquanto, estamos perante um sistema acessível a todos cidadãos portugueses, com o intuito de abranger desde a assistência básica de saúde até alta-complexidade, não existindo, regra geral, uma barreira fática de acesso aos cuidados de saúde por questões individuais socioeconómicas do cidadão/utente.

É importante frisar que, após a Segunda Revisão Constitucional em 1989, a característica da gratuidade foi mitigada para *tendencialmente gratuita*, exigindo dos cidadãos comparticipação no custo dos serviços de saúde. Não obstante, desde 1984, o Tribunal Constitucional português já tinha utilizado uma interpretação normativa do termo gratuito, de modo a *racionalizar* o uso dos serviços públicos através da gradação da capacidade económica estatal (TC n.º 39/84)[31].

Neste sentido, Portugal vivenciou uma mudança de paradigma na interpretação dos princípios definidores dos fins do Estado, quanto à sua *agenda política de saúde,* no que concerne aos fundamentos constitucionais de regulação da prestação social de saúde pública. A Revisão Constitucional, que passou a prever a expressão *tendencialmente gratuita*, revela a transposição do princípio da gratuidade aos padrões conscientes de capacidade económica do Estado, a fim de mitigar as pressões sociais de procura por políticas públicas insustentáveis.

A natureza programática do artigo 64.º da CRP autorizou que, através da sua alteração, o Estado revelasse a transmutação dos princípios conformadores

[31] . PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Tribunal Constitucional Português. Acórdão nº 39/84. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/384993/details/maximized. Acesso em: 24.6.2018.

e dinamizadores do *Programa Constitucional de Saúde* de Portugal, com o objetivo de concretizar políticas sociais.

Tendo em conta o seu caráter de direito subjetivo do cidadão, o direito social à saúde exterioriza-se no sistema jurídico português através de dimensões objetivas: em primeiro lugar, através do imperativo de legislar quanto à criação dos meios de concretização do direito como, *por ex*., a criação do SNS, nos termos do artigo 64º, N.º 3 da CRP, e por outro lado, a mais complexa das tarefas, assegurar as *prestações* necessárias ao exercício desse direito.[32]

O Direito à Saúde (pública) não se consubstancia de forma automática, mas antes através de atividades estatais, que geram impactos expressivos nos cofres públicos.

A limitada capacidade económica para a realização da política de imposição constitucional do Estado português fez com que este revestisse as suas características de efetivação do direito fundamental à saúde[33]. Em relação aos cidadãos portugueses, há um desentranhamento do axioma popular de que *a saúde não tem preço*, partindo para um novo aforismo popular de *trade off* que equaciona eficiência e distribuição dos recursos públicos aos múltiplos deveres sociais do Estado (saúde, educação, segurança pública, etc.).[34]

O direito social da saúde não é *self-executing*, estando sujeito a um juízo de bom senso[35], sendo manifestamente impossível satisfazer todas as pretensões de todos os cidadãos, sob pena de se gerar incapacidade financeira do Estado para atender a coletividade de modo igualitário nos termos de justiça social. No período de crise económica que o país atravessou, o Tribunal Constitucional português recebeu influência das intenções formais do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro (PAEF),

---

32 . CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 16 reimp. Coimbra-PT: Editora Almedina. 1941. p.476-477.

33 . PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7. Nº1. Jan./jun. 2014. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Público. p.168.

34 . DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Fontes. 2005.

35 . BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p.461.

assinado em 2.011, envolvendo Portugal e órgãos internacionais como a Comissão Europeia (CE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), cujo fim era a redução do déficit orçamental para a política económica do país.

As medidas de austeridade económica impostas ao país foram fonte de interpretação das normas constitucionais, ao lado dos princípios jurídicos, como a igualdade, a proporcionalidade e a proteção da confiança.

A garantia jurídica constitucional da proteção da saúde agrega-se à intervenção de construção legislativa infraconstitucional do país. A sua eficácia prática está diretamente relacionada com os custos públicos e a necessidade de se fazerem escolhas a partir da perspectiva das finanças públicas do país[36].

O Direito à Saúde tem um conteúdo concreto por força do artigo 64.º da CRP e das normas infraconstitucionais de regulamentação do SNS (Lei n.º 56/79, Decreto-Lei n.º 357/82, Decreto-Lei n.º 344-A/83, etc.), não existindo direitos fundamentais além dos que se encontram previstos expressamente nas leis de legitimação dos serviços de saúde[37]. Deste modo, a tutela jurisdicional portuguesa tende a assegurar o *mínimo social*, resguardando a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade[38].

O SNS foi construído para funcionar de modo descentralizado, através de uma rede de instituições e serviços prestadores de assistência e cuidados de saúde aos utentes portugueses, financiada através de receitas derivadas arrecadadas pelo Estado (impostos, taxas moderadoras).

Passados mais de quarenta anos, o SNS sofreu uma reestruturação na organização dos serviços de saúde. As referidas mudanças são resultado das opções políticas, económicas e sociais, oriundas de processos dinâmicos de evolução social. A

---

36 . HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of right: Why liberty depends on taxes.* Nova Iorque: Norton & Company. 1999.

37 . ALEXI, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. [trad.] Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p.500.

38 . CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 16 reimp. Coimbra-PT: Editora Almedina. 1941. p.481.

perspectiva leva a crer que o Direito à Saúde, como norma programática de direito social, não se reveste de direito subjetivo individual dos cidadãos (utentes) portugueses, mas *de um direito* ao modelo de sistema de saúde com qualidade e eficiência para o acesso dos utentes, que se paute pela equidade e a sustentabilidade financeira.[39]

Nesta medida, está a considerar-se que o Direito à Saúde, visto como setor público de saúde, é a estrutura capaz de prestar os serviços.

A reforma do SNS por intermédio da reestruturação do setor público de saúde tem íntima relação com a evolução da Administração Pública no decorrer da criação de outro papel do Estado e das tarefas da administração. Daí a importância de segregar a obrigação do Estado como garante do direito fundamental (art. 64.º CRP) e do conceito funcional de serviço público de saúde (art. 64.º, N.º 4 e art. 267.º CRP).

É relativamente a este conceito funcional de serviço público de saúde que iremos trabalhar o Direito à Saúde no que concerne à Teoria da Organização Administrativa.

3.2. A Organização Administrativa da Saúde em Portugal

As reformas estruturais do sistema público de saúde em Portugal estão intimamente relacionadas com o Direito Administrativo e, mais precisamente, com a Teoria da Organização Administrativa.[40]

Atualmente, está ultrapassada a ideia do SNS como *unidade do serviço de saúde,* como anteriormente tinha manifestado o Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão n.º 39/84 e Acórdão n.º 731/95)[41]. Se as dimensões das privatizações

[39] . ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. p.385.

[40] . ESTORNINHO, Maria João. Organização administrativa da saúde: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino. Coimbra: Almedina. 2008. p. 16.

[41] . PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/384993/details/maximized. Acesso em: 10.1.2018.

são entendidas como um processo de procura de independência e de autonomia das entidades de saúde, a interpretação extensiva da descentralização prevista no art. 64.º, N.º 4 da CRP, pode corresponder à separação dos serviços do Estado ao ponto de existirem serviços prestadores de cuidados de saúde com natureza jurídica privada propriamente dita, criando assim um efetivo mercado de concorrência das entidades de saúde.

A criação de Entidades Públicas Empresariais (E.P.E.) de Saúde não se mostra suficiente para estas assumirem verdadeiramente a natureza privada, uma vez que seguem integradas numa estrutura unitária e são submetidas ao poder de regulação administrativa do Governo e da Entidade Reguladora da Saúde, cuja percepção é manter a dependência das opções políticas de Governo. Em nosso entendimento, o avanço para as dimensões de privatizações substanciais talvez seja o meio mais eficaz de o Estado Português passar a realizar as suas atribuições principais de organização da saúde pública e de fiscalização das entidades de saúde que operam no SNS. Desta forma, os serviços prestadores de cuidados de saúde sairiam efetivamente das atribuições materiais do Estado, cabendo a este o papel de garante da saúde pública.

Porventura, terá sido este o entendimento do Tribunal Constitucional, no Acórdão nº. 39/84, num registo menos arrojado para o período estruturante da formatação da estatalidade. Não obstante, deixou em aberto a possibilidade de o legislador infraconstitucional criar estruturas administrativas capazes de servirem de meio para realização do direito à saúde.

> Torna-se necessário analisar o alcance dessa imposição constitucional. O Serviço Nacional de Saúde, cuja criação a Constituição determina, não é apenas um conjunto de prestações - é uma estrutura organizatória; não é apenas um conjunto mais ou menos avulso de serviços (hospitais, etc.) -, é um serviço em sentido próprio. É, portanto, uma estrutura a se, um complexo de serviços, articulado e integrado.
> Todos os elementos de interpretação convergem no sentido de confirmar este entendimento do que deverá ser o Serviço Nacional de Saúde previsto na Constituição.
> Desde logo, e sobretudo, o preceito constitucional fala em «serviço nacional de saúde», não havendo qualquer razão para não se realizar uma interpretação literal; depois, a comparação com a estrutura de outros direitos sociais, onde se não refere a criação de idênticos serviços nacionais, demonstra que a Constituição da República Portuguesa pretendeu, no caso da saúde, acentuar especificamente este aspecto (note-se que se não impõe a criação de um «serviço nacional de habitação», ou de um «serviço nacional de ambiente», nem sequer de um «serviço nacional de ensino»); finalmente, **a revisão constitucional de 1982 veio confirmar este entendimento. Ao determinar que o**

> **«serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada» (n.º 4 do artigo 64.º, aditado pela Lei Constitucional n.º 1/82), deixa claro que o Serviço Nacional de Saúde há-de ser um serviço público unitário, embora de gestão descentralizada, ou seja, integrado não na administração directa do Estado, enquanto serviço directo do mesmo, mas sim na administração mediata, dotado de identidade própria e de autonomia.** Enfim: enquanto em relação à generalidade dos direitos sociais, **a Constituição da República Portuguesa não impôs ao Estado a criação de estruturas determinadas, deixando livre, nesse aspeto, a escolha dos meios e formas de realização desses direitos, no caso do direito à saúde** - tal como, aliás, no caso do direito à segurança social, em que a Constituição impõe a criação de um «sistema de segurança social unificado e descentralizado», nos termos do artigo 63.º, n.º 2 -, a Constituição da República Portuguesa não se bastou com a consagração genérica do direito à saúde, antes impôs a criação de um serviço próprio, de uma estrutura específica, que, assim, se torna em condição imprescindível e garantia necessária do direito à saúde.
> Ao criar um serviço nacional de saúde, a Lei n.º 56/79 limitou-se a dar cumprimento a uma obrigação constitucional do Estado. Caso contrário, o Estado teria incorrido em inconstitucionalidade por omissão. Resta saber se, uma vez instituído um serviço nacional de saúde, é lícito ao Estado aboli-lo, sem com isso atentar contra o próprio direito fundamental por ele garantido. Nisto consiste o acima mencionado problema da inconstitucionalidade material do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 254/82.[42]

As reformas do sistema de saúde pública em Portugal fazem parte de um processo de integração económica internacional do bloco económico da União Europeia, visando a reforma orgânica e estrutural das antigas entidades administrativas de saúde. Nesta medida, foram criados novos modos de gestão dos serviços de saúde pública, cujo fim é atingir índices de eficiência e de qualidade mais facilmente alcançados pela iniciativa económica privada.

O paradigma tradicional do desempenho da tarefa de serviços públicos apenas por entidades públicas da Administração Pública direta ou indireta com natureza pública não mais subsiste. As entidades privadas têm, atualmente, um papel muitíssimo importante na reestruturação da reforma do sistema de saúde. Por outro lado, a entidade autónoma de regulação e de fiscalização é outra importante personificação jurídica, denominada Entidade Reguladora de Saúde (ERS), cujo fim é distanciar as opções políticas dos planos estratégicos de gestão da saúde pública.

---

42 . PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/384993/details/maximized. Acesso em: 10.1.2018.

Atualmente, o sistema de saúde pública português convive com um universo de entidades com características públicas e privadas responsáveis pela prestação de cuidados de saúde. O papel do Direito Administrativo é tutelar, dentro da pluralidade enfrentada, a forma de cooperação e de coordenação entre as entidades de saúde. Trata-se de um sistema que se forma através de interações de uma ligação estrutural que acaba por redefinir as tarefas da Administração Pública, tornando obsoleta a visão orgânica clássica das pessoas coletivas públicas, partindo para pluralidade estrutural.

A criatividade do legislador Português deu origem a institutos públicos com regimes jurídicos híbridos como as E.P.E., alterando a natureza jurídica dos hospitais públicos e estabelecendo um novo ambiente de *empresarialização* dos serviços de saúde pública.

Uma parcela da doutrina portuguesa defende a desorganização da técnica jurídica administrativa com as novas transformações legislativas, resultando numa lacuna na ordem jurídica administrativa.[43]

A influência das disposições normativas da União Europeia ocasionou uma remodelação do SNS Português. O objetivo será obter um funcionamento mais satisfatório para o utente, bem como uma maior poupança para os cofres públicos. Ocorre, assim, a aproximação dos operadores privados na tarefa dos interesses e dos fins públicos.

A criação de mecanismos legais destinados a captar os interesses dos operadores particulares em laborar com o encargo público - através das dimensões de privatização da execução de tarefas públicas e da delegação de funções administrativas e de poder público - foi uma tentativa de saída, por forma a evitar retrocessos do direito de prestação concreta dos serviços de saúde pública emPortugal.

[43] . COUTINHO, Juliana Ferraz. O público e o privado na organização administrativa. Coimbra: Almedina. 2017. p. 21.

Por outra banda, existem autores nacionais que entendem não existir prejuízo na relação do Estado com a Sociedade[44].

De qualquer forma, Portugal estruturou o seu sistema de saúde pública de modo a criar uma interação entre a Administração Pública direta e indireta, bem como um Setor Público Empresarial, salientando as figuras jurídicas *sui generis* das bases epistemológicas clássicas do Direito Administrativo.

A reestruturação da administração da saúde nacional portuguesa é conteúdo legítimo, nos termos do texto constitucional, regulando o exercício do poder político na construção das missões do SNS[45].

Os números 2, 3 e 6 do art. 267.º da CRP autorizam normas infraconstitucionais a flexibilizar a hermenêutica geral clássica relativamente às entidades de natureza pública com poderes públicos, atribuindo ao legislador ordinário a tarefa de adequar a estrutura organizacional, de constituição de entidades independentes e de delegação do poder-dever de natureza pública a um ente privado.

O Ministério da Saúde (MS) é o órgão central da Administração Pública direta e o braço do governo português (art. 183.º, N.º 3 da CRP), tendo como encargo deliberar e regulamentar a Política Nacional de Saúde (art. 201.º, N.º 2, alínea *a* da CRP).[46]

O apoio organizacional do Ministério da Saúde é composto por uma complexa estrutura administrativa, incluindo o Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, o Secretário de Estado da Saúde, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) e a Entidade Reguladora da Saúde (ERS). Entre as atribuições gerais do MS destacam-se o desempenho das funções de regulamentação, de planeamento, de financiamento, de

---

44 . GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. Entidades Privadas com Poderes Públicos. O exercício de poderes de autoridade por entidades com funções administrativas. Coimbra: Almedina. 2005. p. 16.

45 . BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e Eficácia das Normas. São Paulo: Renovar. 9ª ed. 2009. p. s/n

46 . PORTUGAL. Parlamento. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art140. Acesso em: 10.2.2016.

orientação, de acompanhamento, de avaliação, de auditoria e de inspeção dos Serviços Nacionais de Saúde, estando ainda incluída a mesma monitorização do setor privado em geral. Trata-se de um poder-dever de tutela geral de um órgão do governo com incumbência de gerir o uso dos recursos financeiros por forma a gastar o mínimo possível e de garantir elevados índices de eficiência nos resultados dos serviços de saúde (artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 124/2011, de 29 de Dezembro).[47]

É através do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 124/2011 que se apresenta a constituição da estrutura orgânica do SNS português.

A escolha organizacional administrativa portuguesa trabalha com técnicas jurídicas administrativistas clássicas do tipo desconcentração e descentralização, mas ousa com a criação de viabilidade do exercício privado de tarefa administrativa.

É nesta medida que o SNS português é arrojado ao ponto de admitir a administração de tarefas por particulares, antes admitidas apenas aos entes de natureza pública.

No âmbito do direito da organização administrativa, o estudo do SNS português não estabelece os melhores encaixes das entidades da saúde nas categorias jurídicas organizacionais. Contudo, mostra-se claro que Portugal conseguiu desenvolver um fenómeno *sui generis* de dimensões da privatização, tentando expandir as perspectivas dogmáticas com a *empresarialização* dos serviços públicos de saúde.

Por via de desconcentração, a Administração Pública direta na área da saúde do Estado compõe-se pela Secretária-geral; a Inspeção-Geral das Atividades em Saúde; a Direção-Geral da Saúde; o Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências; e a Direção-Geral de Proteção Social aos Trabalhadores em Funções Públicas.

---

47 . PORTUGAL. Serviços Nacionais de Saúde. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/institucional/entidades-de-saude/. Acesso em: 10.2.2018.

Paralelamente, através da descentralização técnica funcional ou por serviços (devolução dos poderes) - Administração Pública indireta na área da saúde -, existe a Administração Central do Sistema de Saúde, IP; o INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, IP; o Instituto Nacional de Emergência Médica, IP; o Instituto Português do Sangue e da Transplantação, IP; e o Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, IP.

Por outro lado, através do fenómeno da descontração personalizada, regionalizada do Ministério da Saúde, a Administração Pública indireta na área da saúde do Estado constitui-se por organismos periféricos, tais como a Administração Regional de Saúde do Norte, IP; a Administração Regional de Saúde do Centro, IP; a Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, IP; a Administração Regional de Saúde do Alentejo, IP; e a Administração Regional de Saúde do Algarve, IP.

Mais a mais, a Lei Orgânica do MS trata também do Setor Público Empresarial no art. 9.º, N.º 1 e n.º 2, do Decreto-Lei n.º 124/2011. Inicialmente, é possível perceber que não há independência efetiva dos operadores particulares na tarefa pública, uma vez que o MS emite orientações estratégicas de implementação dos respectivos planos estratégicos de atuação e de análise dos relatórios de execução financeira pelo ente da Administração Pública direta do Estado da área das finanças. Além disso, o MS acompanha a execução das tarefas públicas desempenhadas pelos particulares, através da Administração Pública Direta do Estado da área da saúde.

Deste modo, cumpre patentear que a estrutura do SNS português não efetuou uma reformulação simples através de privatizações puras, entregando aos operadores económicos privados a tarefa pública e desobrigando-se do ónus de garante do direito fundamental de proteção da saúde (art. 64.º, CRP). A administração pública portuguesa procura salvaguardar a necessidade coletiva instrumental[48] da tutela da saúde pública, afigurando-se indispensável para os utentes o processamento, contínuo e regular das prestações dos serviços públicos de saúde. Por outras palavras, não existe alteração no conceito epistemológico de Direito à Saúde. O que mudou foi o funcionamento das

[48] . CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Vol. 1. Tomo 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina. 2015. p. 4.

engrenagens estruturais administrativas, para efeitos de manutenção da saúde pública e da tentativa de suprir as necessidades da população portuguesa.

A reconstrução da estrutura da Administração Pública na área da saúde é uma reação ao inapto sistema burocrático anterior, visando alcançar desígnios hermenêuticos gerais de Direito Administrativo do tipo capacidade, efetividade e eficácia na prestação do serviço público de saúde.

A atração do Direito Administrativo com o Estado desenvolveu-se no eixo do direito positivo do Estado de caráter liberal. O referido ramo do direito afastou a normatividade da constituição e criou um corpo normativo próprio e suficiente para suprir a construção de entes administrativos para o funcionamento de área específica e autónoma tutelada pela justiça administrativa.[49]

As noções técnico-jurídicas do Direito Constitucional organizatório português oferecem regras jurídicas de viabilidade da constituição de uma estrutura organizatório-funcional de saúde pública. Esta perspectiva pode ser vista como solução para a concretização do direito fundamental de proteção à saúde, através de uma estrutura formalmente legitimada.

Perante a estrutura jurídico-positiva do SNS é possível compreender a articulação das normas de competência e de responsabilidade das entidades de saúde, entendendo as suas atribuições de execução de tarefas de natureza pública.

De entre os órgãos de soberania, temos o Governo com o poder político basilar na consecução da política geral do país e o Ministro da Saúde que funciona como órgão superior da administração pública portuguesa (art. 110.º, N.º 1 e art. 182.º, CRP). Entre as competências administrativas, o Governo exerce funções administrativas, tais como a elaboração do plano de Política Nacional de Saúde e a sua execução por intermédio do MS (art. 199.º c/c art. 201.º, CRP).

[49] . CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. p. 123.

A competência do MS está centrada no poder constitucional de ação e de atuação com o desiderato de alcançar os fins da Política Nacional de Saúde.[50] A tarefa de proteção da saúde está delimitada pelas atribuições ínsitas no direito constitucional à saúde (art. 64.º, CRP). Entre as funções do MS encontra-se a atividade legislativa de emissão de Decretos-Lei, no que concerne à própria organização do SNS (art. 198.º, N.º 2, CRP). Parte-se de uma opção política, a criação de uma ordenação material da função estatal de prestar assistência à saúde. É de tal opção política que se retira o fundamento da ligação do órgão estatal da saúde ao quadro normativo constitucional de definição do Direito à Saúde e da sua competência para alcançar os fins almejados no plano abstrato do sistema jurídico.

A CRP é o ponto de partida da análise da ordenação da função estatal em relação à saúde. É através dos desígnios constitucionais positivados de tutela da saúde que se estabelece o ponto de partida da organização constitucional do SNS e a real delimitação de competências de atuação do Estado no âmbito da proteção da saúde. É interessante salientar o facto de, em Portugal, a função legislativa e administrativa *por vezes* poder estar associada a um único órgão, verificando-se a distribuição das funções ligadas à caracterização material ou pertinência temática. De qualquer modo, a legitimidade de criação de atos normativos em Portugal é excessivamente aberta, prevendo a possibilidade de edição da fonte formal do Direito positivo por várias entidades.[51]

O modelo de *cheks and balances* é norte hermenêutico organizatório estrutural de formação do Estado Constitucional Português, distribuindo o poder estatal entre órgãos soberanos na dinâmica de freios e contrapesos recíprocos (art. 111.º, CRP). Ao Governo cabe a execução e a administração do SNS, beneficiando este de uma presunção normativa de idoneidade e de adequação para o exercício das funções relacionadas com o Plano Nacional de Saúde. A adoção de uma estrutura de organização constitucional dotada de órgãos e de forma ampla é a escolha do legislador constitucional (art. 163.º, alínea *g* e art. 164.º, N.º l, CRP). Por sua vez, o texto constitucional português admite que os órgãos de Governo, como o MS, possuam funções de soberania e, desse

[50] . MIRANDA, Jorge. Funções, órgãos e actos do Estado. 1990. p. 62.

[51] . CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. p. 554.

modo, tratamento paritário, não podendo ser considerados subordinados de outro órgão de soberania (ex.:o Ministério da Saúde não se encontra subordinado ao Presidente da República). Deste modo, a função de direção política do MS na prossecução da Política Nacional de Saúde, com vista à capacitação do SNS português, admite a adoção de meios e instrumentos para efetivação das suas atribuições, mesmo que contrariem posições políticas do próprio plano de governo.

Além disso, Portugal inova ao mitigar as atribuições administrativas centralizadas na Administração Pública direta, autorizando a constituição de Entidades Administrativas Independentes (Lei Complementar 1/97 – art. 267.º, N.º 3, CRP). Trata-se de uma personalidade jurídica de caráter *sui generis*, uma vez que, ao mesmo tempo que goza de independência orgânica e de ausência de controle político, só se encontram sujeitas a controle no que diz respeito a assuntos de caráter financeiro e patrimonial.

Por esta razão, é importante não confundir a organização constitucional com a organização administrativa propriamente dita, já que esta trata da Administração Pública como objeto de ordem do serviço administrativo.

É por intermédio dos instrumentos das Entidades de Saúde que se desenvolve a estrutura jurídica do SNS, a fim de cumprir a obrigação de prestação dos serviços públicos de saúde estabelecidos na organização constitucional de Portugal.

A organização das Entidades de Saúde em Portugal pressupõe a determinação dos fins a atingir, o *status civitatis* (positivo) do Estado Português na prestação dos serviços públicos de saúde.[52]

A partir daqui, tudo o que se analisar juridicamente relativamente à organização do SNS terá de levar em conta a procura de meios jurídicos e materiais para concretizar o direito fundamental de proteção da saúde (art. 64.º, CRP), através de

---

52 . JELLINEK. G. *System der subjektiven Rechte.* Freiburg: Mohr. 1892. (trad.) *Sistema dei diritti pubblici subiettivi.* Milano: Società Editrice Libreria. 1912. p. 10. *Apud.* TEIXEIRA, A. V. O sistema dos direitos públicos subjetivos de Georg Jellinek: reconstruindo as origens dos direitos fundamentais na teoria dos quatro *status. In.* STRECK. L. *et al.* (org.) Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

Entidades de Saúde capazes de exercerem funções eficazes, em função dos objetivos constitutivos.

A função de prestação social do Estado é algo pouco compreendido e muito discutido no contexto teórico do direito administrativo, uma vez que exige da Administração Pública a disposição de meios para a prestação de serviços de saúde. Concretizando tais serviços de saúde, o utente tem o direito de obter a prestação do serviço de saúde através do Estado e dos seus meios, consolidando o direito fundamental através de políticas sociais ativas. Por outras palavras, o Estado tem o ónus objetivo de criar uma estrutura organizacional administrativa com a constituição de Entidades de Saúde capazes de satisfazerem os direitos subjetivos ou as pretensões subjetivas dos indivíduos.

Os serviços administrativos de saúde estão relacionados com a organização permanente das atividades ordenadas e reguladas pelas Entidades de Saúde. Porquanto, de acordo com a criação normativa, os serviços de saúde são assim caracterizados pelo seu objeto ou pela natureza da atividade executada pela Entidade de Saúde[53]. A sistematização do sistema de saúde está pensada na unidade funcional do Governo Português através do MS, cujas unidades de trabalho se diferenciam de acordo com a atividade executada. As Entidades de Saúde podem ter tarefas múltiplas, atendendo os interesses coletivos. Estes atores podem ter natureza pública ou privada, usando a premissa de partilha de responsabilidades, de parceria público-privada e de administração mista na nova ótica do Direito Administrativo.

As Entidades de Saúde de natureza privada exercem as suas funções na premissa de delegação estadual na prossecução da função pública de saúde, mesmo que para tal estejam a exercer atividade privada. É o caso, *por ex*., dos trinta e um Hospitais, transformados em entidades públicas empresariais (E.P.E.) por meio do Decreto-Lei n.º 50-A/2007, retirando os hospitais do setor público administrativo, adequando tais entidades ao novo modelo de gestão das unidades de cuidados de saúde.

53 . CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Vol. 1. Tomo 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina. 2015. p. 237.

De certa forma, tal circunstância garantiu autonomia administrativa na gestão dos Hospitais, sujeitando-a, ainda assim, a fiscalização governamental.

A organização administrativa da saúde em Portugal desenvolveu uma rede de cuidados de saúde que engloba várias entidades para além das que estão inseridas no SNS. Nos dias que correm, mostra-se viável a circunstância de entidades privadas de saúde prestarem serviços de saúde através de ajustes públicos.

Por esta razão, afigura-se lícito equacionar se não seria mais simples adotar a privatização substancial do setor empresarial público na área da saúde, uma vez que a sua constituição foi objetivada para se eximir dos encargos públicos de inviabilização do exercício da atividade de saúde.

No que diz respeito à alteração da natureza jurídica dos hospitais públicos transformados em S.A., de caráter privado, posteriormente transformados novamente para *empresas públicas* E.P.E., retornando ao caráter público, está patente a intenção de Portugal de permitir uma maior intervenção da tutela e da superintendência operacional do Governo.

4. Aspectos estruturais

O presente trabalho de investigação encontra-se dividido em quatro parte, a saber: a primeira parte trata dos serviços públicos de saúde, a segunda parte ocupa-se das dimensões da privatização, a terceira das rupturas epistémicas da Constituição Portuguesa e a quarta e última parte versa sobre um regime estrutural diferente dos serviços públicos de saúde.

A primeira parte do trabalho aborda a natureza constitucional do conceito jurídico de saúde e as consequências desta construção jurídica na lei fundamental portuguesa. Os modelos de sistemas de saúde usualmente utilizados pelos diferentes países são examinados na percepção Bismarckiano e Bevereridgiano. Sem prejuízo do exposto, a evolução do modelo Bevereridgiano no *National Health Service* – Inglês foi

mais amplamente explorado, tendo em conta que é o modelo de inspiração para a constituição do SNS em Portugal. Estes modelos de sistemas de saúde estão diretamente relacionados com os métodos de financiamento da assistência dos serviços públicos de saúde. Deste modo, nos vários subitens do trabalho é patenteada a importância de qualificar o bem jurídico saúde como um bem económico ou de efeitos económicos concretos. Em seguida, passar-se-á ao exame do sistema de saúde português, salientando a sua forma organizativa fragmentada no que diz respeito à estrutura regulatória com os Serviços Centrais da Administração Direta do Estado na Saúde; os Organismos da Administração Indireta do Estado na Saúde, subdivididos em Departamentos da Administração Geral da Saúde e da Administração Local da Saúde. Paralelamente, a instituição da Entidade Reguladora de Saúde representa uma inovação estrutural da administração pública, em que pese não receba do legislador sua atribuições precípuas de atuação. O Conselho Nacional de Saúde é o órgão político do Governo, abordado no âmbito do Ministério da Saúde. O SNS está estruturado através da gestão descentralizada e participativa, explicando-se a abrangência das duas expressões no contexto jurídico-político na acepção de norma constitucional de natureza programática. Por fim, percorrer-se-á os serviços e os estabelecimentos do SNS, subdividindo-os em cuidados de saúde primários, hospitalares e continuados integrados.

A segunda parte do trabalho versa sobre as dimensões da privatização, retratando-a como fenómeno concreto com efeitos económicos que levam à criação de preceitos teóricos para formulação de estratégias com a tutela do ordenamento jurídico estadual. Faremos também uma explicitação do sentido da expressão privatização nas suas diversas vertentes, uma vez que cada uma destas categorias doutrinariamente categorizadas objetiva fins de mudança concretas no modo de desempenhar atividades públicas através de privados. Dependendo da estratégia do Governo, a privatização pode ser ativa ou passiva. A privatização ativa está subdividida em diversos métodos, desde a alienação de bens públicos, a contratação pública para prestação de serviços do setor privado, podendo a relação jurídica contratual envolver o subsetor privado com fins lucrativos (*for-profit*) ou o subsetor privado sem fins lucrativos (*not-for-profit*); e, ainda, o incentivo e o estímulo regulatório ao crescimento do setor privado. Por outro lado, a privatização passiva é um fenómeno de crescimento espontâneo do setor privado, não existindo qualquer política governamental que incentive tal fuga do setor público para o setor privado. O *new public management* impulsionou também a criação do mercado

público (interno), definindo outro fenómeno amplo de dimensão da privatização. Tais dimensões de privatização podem ser aplicadas em atividades sociais, sendo apreciados os riscos com a maior ou menor atuação dos operadores privados. Posteriormente, iremos analisar também a imprescindível necessidade de gestão pública para a construção de processos estruturantes de dimensionamento da privatização, sobretudo quando o serviço público está relacionado ao interesse geral não económico, como a saúde. A privatização é examinada através de conceitos jurídicos doutrinários, assim acatados de regulação administrativa da sociedade; de Direito regulador da Administração; das formas organizativas da Administração; da gestão ou exploração de tarefas Administrativas; do acesso a uma atividade económica; e do capital social de Entidades Empresariais Públicas (E.P.E.). No que diz respeito às diferentes dimensões de privatização, é importante compreender os fenómenos de desregulação; de descentralização; de terceirização; de despublicização; de associação; de desestatização e de estrutura integrada. As formas de privatização também são apreciadas nas várias formas, a saber: a patrimonial; a material ou substancial de atividades; a instrumental ou formal das atividades e a funcional da atividade. Será ainda apresentada uma representação ilustrativa das diferentes categorias de privatização.

Na segunda parte percorrer-se-á as dimensões da privatização nos serviços de saúde portugueses através de processos concretos de privatização orgânico-formal (empresarialização na forma); de processos de privatização formal dos métodos de gestão (empresarialização no plano da atividade); e, por fim, de processos de privatização funcional.

A terceira parte examina as rupturas epistémicas da Constituição da República Portuguesa. As transformações do texto original, por intermédio das sucessivas revisões constitucionais, entre outras irritações hermenêuticas, revelam uma mutação constitucional originariamente caracterizada por ser dirigente e autoritária. As substanciais mudanças epistémicas apontam, nos dias de hoje, para a existência de uma nova Constituição, com uma cronologia de democratização do país e posterior desestatização da economia; de introdução da iteração da sociedade civil com o Estado Português; e das transposições das disposições normativas da União Europeia (UE).

Por fim, a quarta parte do presente trabalho explora um regime estrutural diferente dos serviços públicos de saúde. Numa primeira fase, analisar-se-á a viabilidade de reestruturação dos serviços públicos de saúde, com a possibilidade de uma revisão do art. 64.º da CRP – Constituição da Saúde. Avaliar-se-á os atuais prestadores de cuidados de saúde por intermédio dos dimensionamentos amplos da privatização, bem como a possibilidade de Entidades Públicas Empresariais (E.P.E.) do Setor Público Empresarial da Saúde voltarem ao tipo sociedade anónima – S.A. Antes disso ocorrer, propõe-se o rompimento de barreiras normativas recentemente criadas para retomar a reestruturação administrativa das entidades públicas prestadoras dos serviços do SNS com base na empresa e não como estabelecimentos públicos, para que seja possível sugerir o tipo societário às entidades prestadoras dos serviços, como sociedades de economia mista do setor público empresarial da saúde. Por fim, delimitaremos os métodos de privatização funcional do SNS, que inicialmente foram experiências bem sucedidas no processo de empresarialização dos serviços públicos de saúde, com as primeiras vagas nos contratos em regime jurídico de Parceria Público-Privada.

Parte 1 – Serviços Públicos de Saúde

SUMÁRIO: 1. Que saúde se pode exigir do Estado? 2. Os modelos de Sistemas de Saúde. 2.1. Modelo Bismarckiano e Modelo Bevereidgiano. 2.2. Evolução do modelo Bevereidgiano no NHS – Inglês, a stem cell do SNS. 2.3. Quem vai pagar a conta da saúde? 3. O Sistema de Saúde Português. 3.1. Serviços Centrais da Administração Direta do Estado na Saúde. 3.2. Organismos da Administração Indireta do Estado na Saúde. 3.2.1. Os Departamentos da Administração Geral da Saúde. 3.2.2. Os Departamentos da Administração Local da Saúde. 3.3. Entidade Reguladora de Saúde. 3.4. Conselho Nacional de Saúde. 3.5. O Serviço Nacional de Saúde (SNS). 3.5.1. Gestão descentralizada e participativa. 3.5.2. Os serviços e estabelecimentos do SNS. 3.5.2.1. Os Cuidados de Saúde Primários. 3.5.2.2. Os Cuidados de Saúde Hospitalares da Saúde. 3.5.2.3. Os Cuidados Continuados Integrados da Saúde.

1. Que saúde se pode exigir do Estado?

A saúde é definida como direito social por mera opção constitucional. O seu conteúdo é proporcional ao grau de normatização da lei fundamental, direcionando de forma mais ou menos vinculativa. O maior impacto da consolidação do direito à saúde diz respeito ao seu caráter positivo, ou seja, à construção de mecanismos de garantia e de proteção do bem jurídico tutelado. Assim, de acordo com a formatação social originária da Constituição da República de 1976, o caráter positivo do direito em apreço implica a possibilidade dos utentes exigirem do Estado os encargos relacionados com o respeito, a proteção e a promoção do bem jurídico com *status* constitucional de efeito imediato.

Neste sentido, é importante reconhecer a existência de obrigações negativas e positivas do Estado. A obrigação negativa está relacionada com o dever de não fazer do Estado, ou seja, o Estado não pode dificultar ou limitar o acesso dos bens e serviços públicos essenciais (saúde). É exemplo disso a judicialização da exigência do cartão de identificação de utente do SNS, cuja constitucionalidade o Tribunal Constitucional foi discutida pelo art. 2º, N.º 3 do Decreto-Lei n.º 198/95, de 29 de Julho, entendendo o eminente magistrado João Cura Mariano, nas suas razões de voto, pela

inconstitucionalidade, por interpretação conforme ao art. 64.º da CRP. De acordo com o seu entendimento, a exigência da apresentação do cartão não pode ser uma forma de barreira ao acesso da saúde gratuita, estando preenchida a condicionante da lei fundamental de vulnerabilidade económica e social[54]. A segunda vertente diz respeito à providência ou ao dever fazer do Estado, estando aqui inseridos os encargos de proteção e de promoção. Neste âmbito, o Estado assume papel de protagonista, isto é, apresenta-se como prestador e fornecedor de bens e serviços de saúde. A saúde pública está relacionada com a tutela do bem jurídico no seio da coletividade. Isto significa que, o papel assistencial está vinculado ao caráter de proteção da saúde dos utentes individualmente considerados, porém, esta tutela individual não se sobrepõe à missão primordial de prevenção, promoção e proteção da saúde coletiva da população. Por outras palavras, a saúde pública está direcionada com a tutela dos riscos de propagação de doenças e ao bem-estar da coletividade.

As medidas de pré-doença são consubstanciadas em atividades de educação da população para a prevenção dos riscos de saúde coletiva. Informar ativa e corretamente a população é uma importante medida de caráter preventivo, podendo ser referenciadas as seguintes mensagens publicitárias: *Juntos pela Alimentação Saudável* - visa promover a alimentação saudável do povo português, e *Juntos pela Atividade Física*. Tais medidas estão vinculadas à estratégia integrada de *Promoção da Alimentação Saudável*, anunciada em 2017, com o desiderato de consciencializar e habilitar os cidadãos a tomarem escolhas alimentares saudáveis. É importante educar e consciencializar a população através de evidências científicas dos efeitos danosos de determinados produtos, como, *por ex.*, o *Açúcar Escondido nos Alimentos*. De acordo

---

54 . *(...)Admitindo que a exigência da exibição de cartão de utente do S.N.S. seja em princípio, um mero condicionamento de natureza procedimental ao direito à prestação de cuidados públicos de saúde sem encargos, ela pode resultar numa verdadeira restrição a este direito, caso os termos do seu funcionamento se revelem desadequados e desproporcionados aos seus fins existenciais. Visando esta exigência promover a generalização do uso do cartão de utente do sistema público de saúde, de forma a facilitar a identificação dos titulares daquele direito, a aplicação desta medida, nos termos em que foi entendida pela decisão recorrida, revela-se desadequada e desproporcionada à importância dos seus objectivos, uma vez que, para promover a utilização do cartão de utente, se obriga a pagar o custo real dos cuidados de saúde a quem, apesar de ter o direito à prestação gratuita desses cuidados, não cumpriu um ónus de que não lhe foi dado específico conhecimento, nem se lhe permitiu justificar o incumprimento(...)*. PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Processo n.º 382/08 Plenário Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Acordam no Plenário do Tribunal Constitucional. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=cadilha&ficha=663&pagina=25&exacta=&nid=8966. Acesso em: 28.2.2020.

com o espaço virtual do SNS, estudos epidemiológicos aconselham estas medidas preventivas, uma vez que as mesmas têm significativos impactos coletivos na saúde da população educada, a saber, a redução da diabetes, de hipertensões arteriais e de excesso de peso. Tais medidas estimulam diretamente a redução do gasto público com doenças individuais causadas por maus hábitos comportamentais.[55]

Assegurar a existência real da saúde pública é a obrigação do Estado, de promover a saúde. Neste ponto, é amplo o papel do Estado, que abarca as três categorias de cuidados de saúde, desde o primário, diferenciados e continuados. Isto significa que o Estado é obrigado a atentar no mercado da saúde, por forma a verificar os serviços e os produtos disponíveis, alcançando os fármacos ou os tratamentos médico-cirúrgicos existentes. Desta forma, partindo dos tratamentos mais simples da categoria primária - relacionados com os procedimentos clínicos em centros de saúde, misericórdias ou clínicas -, até à disponibilização da medicina especializada e hospitalar de alta complexidade, o Estado tem o dever de ter uma estrutura capaz de efetivar a tutela jurídica da saúde, em prol de toda a população. Mesmo que o tratamento se prolongue no tempo, é atribuição do Estado manter um *status* viável de saúde ao doente.

A saúde diferenciada é a que representa maior custo financeiro para os cofres públicos, estando direcionada para os tratamentos hospitalares, onde, aliás, se verifica um maior aumento de tecnologia e, consequentemente, maior especialidade[56]. Nesta categoria estão incluídos os procedimentos mais complexos, como cirurgias, operações e terapias de maior dificuldade. Por outro lado, a saúde continuada exige a assistência e supervisão de um estado clínico duradouro do paciente, existindo casos de não ocorrência de recuperação total e, consequentemente, a continuidade dos serviços

---

55 . PORTUGAL. Serviço Nacional de Saúde. Prevenção e promoção da saúde. 11.7.2018. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/noticias/2018/07/11/prevencao-da-doenca-e-promocao-da-saude/. Acesso em: 20.12.2018.

56 . *(...)Porém, o aumento da despesa pública com saúde deve ser visto com cautela, faz notar Pedro Pita Barros, economista, especializado em saúde, e professor na Nova SBE – School of Business and Economics. "Nos últimos anos, desde 2012, têm existido alterações de despesa associadas com os elementos preço ou salários, em que, numa primeira fase se mantinham os mesmos recursos, mas com menores custos", menciona Pita Barros, frisando que, entretanto, o panorama mudou, "com a reposição de salários" e deu-se "a subida da despesa para os mesmos recursos usados"*. Em todo o caso, segundo Pita Barros, esta despesa também terá subido fruto de mais recursos humanos e de mais equipamentos adquiridos pelas unidades públicas.(...). SANTOS, Ana Sofia. Gasta-se mais com saúde em Portugal. Economia (on-line). 4 de jul. 2019. Disponível em: https://expresso.pt/economia/2019-07-04-Gasta-se-mais-com-saude-em-Portugal. Acesso em: 14.12.2019.

enquanto estiver vivo o utente. É importante referir o impacto económico inerente à consolidação do direito à saúde, salientando-se os dados extraídos da Conta Satélite da Saúde em Portugal. No período entre 2016 a 2018, o Instituto Nacional de Estatística divulgou os principais resultados da saúde no país, considerando dados finais para 2016, provisórios para 2017 e preliminares para 2018. Em síntese, as despesas correntes no ano de 2018 aumentaram em 5,1%, sendo que, em 2017, existia um aumento nominal de 3,6%, sendo que a despesa corrente pública[57] foi de 5,3% e privada[58] de 4,6%. O estudo mostrou um aumento de despesas dos hospitais públicos e dos prestadores públicos de cuidados de saúde em ambulatório no ano de 2017, relacionado à elevação do consumo de produtos farmacêuticos e de material de consumo clínico e dos custos com o pessoal, pelo aumento do número de trabalhadores. Ora, tais dados estatísticos estão relacionados com a tendência da atual política governamental de estatizar toda a estrutura dos prestadores dos serviços públicos. Em 2016, os dados definitivos mostraram que 39% da despesa se centralizou nos prestadores públicos, tendo sido considerados os hospitais, os prestadores em ambulatório e os prestadores de serviços auxiliares. Por outro lado, os hospitais com Contrato de Parceria Público-Privada (PPP) representaram 20,1% do gasto corrente dos hospitais privados.[59]

Portugal é signatário do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, assinado em 7 de Outubro de 1976, aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11 de Julho[60], que inclui o direito à saúde, para diminuição da mortalidade materna e infantil; melhoria de higiene do meio ambiente e da indústria; profilaxia, do tratamento e do controlo das doenças epidémicas, endémicas, profissionais entre outras, bem como a garantia dos serviços médicos e auxílio médico

[57] . A despesa corrente pública corresponde à despesa suportada pelos agentes financiadores públicos que gerem e administram os regimes de financiamento das Administrações Públicas e os regimes de financiamento contributivos obrigatórios. Os agentes financiadores públicos integram o Serviço Nacional de Saúde (SNS) e os Serviços Regionais de Saúde (SRS) dos Açores e da Madeira, os subsistemas de saúde públicos, as outras entidades da administração pública e os fundos de Segurança Social.

[58] . A despesa corrente privada corresponde à despesa suportada pelas famílias e pelos agentes financiadores privados que gerem e administram os regimes de financiamento voluntários. Os agentes financiadores privados integram as sociedades (de seguros e as outras), as Instituições sem fim lucrativo ao serviço das famílias (ISFLSF) (subsistemas de saúde e outras) e as famílias.

[59] . PORTUGAL. Instituto Nacional de Estatística. Conta Satélite da Saúde – 2016 a 2018. Disponível em: https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=380662129&att_display=n&att_download=y. Acesso em: 5.12. 2019.

[60] . PORTUGAL, Lei n. 45/78, de 11 Julho, Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Disponível em: https://dre.pt/application/file/a/297973. Acesso em: 10.2.2017.

com doenças (art.º 12.º)[61]. Portugal também se encontra inserido no âmbito do desiderato europeu de integração económica, submetendo-se aos desígnios da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo artigo 35.º se debruça na proteção da saúde, *in verbis*, *todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e ações da União, será assegurado um elevado nível de proteção da saúde humana*[62].

Ainda enquanto Estado Membro da UE, Portugal terá de respeitar o direito à integridade do ser humano nos termos do art. 3.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que se refere à intangibilidade, física e mental, das pessoas por efeito abstrato (normativo – *obrigação negativa*). A referida disposição normativa trata também da tutela da resistência ou oposição de comportamentos comissivos ou omissivos dos Estados Membros perante o domínio da medicina ou da biologia, exigindo o exercício da faculdade das pessoas (indivíduos) escolherem, praticando o exercício da subjetividade, ou melhor, da liberdade de escolha através do consentimento da pessoa[63]. Como é bom de ver, estamos perante um clássico direito de primeira geração de *status* negativo que retrata normativamente o direito de liberdade de caráter antiestatal ao valorizar o homem-singular. Estão aqui em causa valores de cunho axiológico que apresentam uma morfologia dinâmica conforme a situação social vivida.[64] Tal circunstância é cada vez mais patente, sobretudo quando a humanidade vive uma conjuntura de pandemia pelo Coronavírus (COVID-19), a inviolabilidade da dignidade

---

61 . PORTUGAL. Ministério Público. Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC): Conteúdo. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/faq/pacto-internacional-sobre-os-direitos-economicos-sociais-e-culturais-pidesc-conteudo. Acesso em: 9.7.2018.

62 . UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000C/ 364/01). Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 18.12.2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 29.1.2017.

63 . Artigo 3.º - Direito à integridade do ser humano 1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental. 2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei, a proibição das práticas eugênicas, nomeadamente das que têm por finalidade a seleção das pessoas, a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro, a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 29.1.2017.

64 . BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo. 28ª ed. 2013. p. 581-582.

humana individualizada acaba por ser mitigada por razões práticas pouco relacionadas com um mundo idealizado por princípios e valores[65].

O aparato normativo constitucional Português deu ao direito fundamental da saúde característica de segunda geração, vinculando os direitos sociais, culturais e económicos. Desta forma, revelou a sua natureza de direito coletivo e não individual (do utente), transferindo o ónus de custeio ao Estado e admitindo a sua limitação de extensão através de lei infraconstitucional, em vista do conteúdo programático (*obrigação positiva*). Todavia, com o passar dos anos do Estado Social, esta hermenêutica relativa ao conteúdo da norma constitucional passou a ser interpretada como preceito de aplicabilidade imediata do direito fundamental. Por outras palavras, o Estado não poderia descumprir ou recusar a eficácia *in concreto* do disposto no art. 64.º da CRP. Deste modo, não só os direitos de liberdade têm aplicabilidade imediata como também passou a entender-se que o direito social da saúde possui a mesma aplicabilidade imediata. A saúde, então, é uma garantia institucionalizada, intrínseca às instituições de direito público, compondo assim parte da administração de assuntos públicos. Isto posto, o direito fundamental da saúde passa a ter uma liberdade objetiva, ou seja, a sua liberdade está mitigada aos vínculos normativos e institucionais de direito público. Nesse caso, a concretização da saúde (pública) depende de pressupostos normativos de direito público, instituídos pelo próprio Estado, ou seja, este é o agente materializador do direito à proteção da saúde.[66] Talvez por esta razão teórica funcionalista, o art. 64.º, N.º 2, alínea *a*, da CRP, apresente a redação *o direito à proteção da saúde é realizado através de um serviço nacional de saúde*. Pois bem, o Estado tem o papel de criar um meio ou uma forma de materializar a saúde pública, como direito fundamental, através de pressupostos fáticos, ou seja, a concepção objetiva organizatória de concretização efetiva do direito está relacionada ao processo dinâmico prático e não estático de um serviço nacional de saúde estatizado pelo Estado. Os deveres de apoiar a prevenção da doença (preexistência),

---

65 . (...)o Colégio Italiano de Anestesia, Analgesia, Ressuscitação e Cuidado Intensivo (SIAARTI, na sigla em italiano) divulgou um documento em que prevê que a falta de recursos suficientes para tratar todos os pacientes graves pode fazer com que médicos e enfermeiros tenham de escolher quem será admitido nas unidades de tratamento intensivo (UTI) de acordo com suas possibilidades de sobreviver.(...) BARIFOUSE, Rafael. Coronavírus: Médicos podem ter de fazer 'escolha de Sofia' por quem vai viver na Itália. BBC News Brasil em São Paulo. 13 Março 2.020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51864814. Acesso em: 30.3.2020.

66 . SCHMITT, Carl. Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassungs. 1931. In Verfassungsrechtliche Aufsätze. p. 149-154.

de certificar a garantia da saúde (concomitante) e de proporcionar a assistência dos cuidados da doença (concomitante e superveniente) são exigências de comportamentos proativos do Estado, direcionados à composição de um sistema gerencial de informações de saúde pública capaz de captar dados científicos, por forma a se desenvolverem concretamente os objetivos a serem atingidos em relação às expressões saúde[67] e doença[68].

A posição do Estado em relação à política constitucional, para encarar a concretização do direito à proteção dos cuidados de saúde (carácter de satisfação de ordem eminentemente coletiva), está diretamente direcionada com a sua postura perante o bem jurídico tutelado. Claro que tal postura sempre dependerá do momento histórico em que se encontra inserido, podendo, por vezes, ter uma exigência mais proativa de construção de mecanismos para o alcance da saúde e do efetivo combate à doença e noutros momentos um carácter meramente regulatório e fiscalizador. Ao passo que, a percepção de um modelo de Estado mínimo, entregando aos utentes beneficiários e às entidades privadas o custo da prestação, ou de Estado assistencial, que chama para si toda responsabilidade pelo financiamento e pela prestação, é um procedimento dinâmico diante das necessidades práticas da população. Sem prejuízo do exposto, a visão binomial do modelo de Estado prevaleceu no âmbito doutrinário. Na prática, a evolução do modelo de Estado social veio criar um meio termo ou forma mista, que visa suprir as necessidades básicas da coletividade de acordo com a realidade económica dos Estados. A partir daí, passou a vivenciar-se a interação do setor público e privado, assumindo alta complexidade nos instrumentos jurídicos, uma vez que parte das atribuições prestacionais foram entregues à sociedade civil. Surge, então, uma nova configuração de sistema de saúde, antes visivelmente dividido entre público e privado, passando a desenvolver-se em regime misto.

---

67 . Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Preâmbulo traz um conceito doutrinário. *Os Estados Membros desta Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são basilares para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança;* ***A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.*** Biblioteca virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: 20.6.2019.

68 . SABROZA, Paulo Chagastelles. Concepções sobre Saúde e Doença. Disponível em: http://www.abrasco.org.br/UserFiles/File/13%20CNS/SABROZA%20P%20ConcepcoesSaudeDoenca.pdf. Acesso em: 20.6.2019.

2. Os Modelos de Sistemas de Saúde

Antes de nos debruçarmos sobre o sistema de saúde português propriamente dito, é pertinente apresentar as matrizes tradicionais dos modelos de saúde pública. Inicialmente, um sistema de saúde é uma espécie dentro dos múltiplos modelos de sistemas sociais, cujo fim geral é a proteção do bem jurídico social tutelado. No caso, a saúde coletiva, no que diz respeito aos sistemas públicos de saúde dos países.

Do ponto de vista coletivo, a saúde é um bem jurídico que está associado diretamente à vertente económica. Os diferentes modelos adotados pelos países têm em conta não só a concretização dos meios de cuidados da saúde, como também as fontes de financiamento. Ora, tal circunstância é reveladora da natureza interdisciplinar inerente ao tema saúde pública, pois a prestação da saúde não deixa de ser uma análise econômica. Os avanços na área da saúde são crescentes em progressão geométrica, enquanto as receitas públicas (originárias ou derivadas) dos Estados são crescentes apenas em ordem aritmética, não alcançando uma conta linear entre receita e despesas em virtude das restrições financeiras.

Ao estudar os modelos de sistemas de saúde, parte-se da análise de uma opção económica administrativa de obtenção de fontes de financiamento para o pagamento da saúde coletiva. Isto é, a estrutura da Administração Pública está influenciada diretamente pelo modo através do qual se organizaram as fontes de financiamento prevalentes do Estado. Embora exista um plano de fundo de debate político e sociológico entre os tipos de modelos a serem adotados, a questão estrutural de funcionamento do sistema de saúde está correlacionada com a fonte de financiamento adotada pelo Estado. A fonte de receita pode ser oriunda de receitas derivadas não vinculativas dos impostos; de receitas derivadas vinculativas por contribuições sociais securitárias; de contribuições voluntárias através de seguros privados e de pagamento direto pelos utentes (doentes). Portanto, é possível verificar pelo menos quatro possíveis fontes de receitas para o subsídio dos cuidados de saúde. Contudo, observando os

sistemas de cuidados de saúde através do espaço virtual da *Commonwealth Fund*[69], é possível mencionar que, nos dias atuais, não existem sistemas de saúde adeptos de apenas uma fonte de financiamento da saúde, razão pela qual se pode dizer que hoje não existe um modelo puro em relação aos moldes normativos e conceituais Bismarckiano ou Beveridgiano. Porém, cumpre fazer menção a estes modelos, em virtude dos seus valores históricos e da sua utilização enquanto partes das espinhas dorsais dos diversos modelos mistos espalhados pela Europa e pelo mundo.

2.1. Modelo Bismarckiano e Modelo Beveridgiano

Dentro deste contexto, a criação dos sistemas de segurança social está vinculada aos modelos Bismarck ou Beveridge. O sistema capitalista do séc. XIX de forte industrialização não tinha proteção social dos trabalhadores. Não existia assistência médica, aposentação ou pensões por acidente de trabalho. Em regra, os trabalhadores recebiam salários insuficientes, executando atividades precárias. As manifestações informais de resistência foram uma dinâmica de obtenção dos direitos sociais, nomeadamente da saúde[70].

Em 1883, na Alemanha, o modelo de Chanceler Otto Von Bismarck foi instituído através de uma norma de segurança social. Cite-se o seguro-doença de 1883, o seguro contra acidente de trabalho de 1884 e o seguro contra a invalidez e a velhice de 1889. Para ter acesso às políticas sociais, os utentes necessitavam previamente de contribuir com o seguro social através de pagamento. As fontes de financiamento eram as quotas contributivas dos trabalhadores e dos empregadores. Quem geria os recursos era o Estado. É importante referir que a instituição dos seguros sociais como a saúde deu-se em razão da mitigação dos conflitos sociais informais, que poderiam chegar ao ponto

[69] . O *Commonwealth Fund* é uma fundação privada sem fins lucrativos que apoia pesquisas independentes sobre reforma de políticas de saúde e um sistema de saúde de alto desempenho. Disponível em: https://www.commonwealthfund.org/about-us/newsroom. Acesso em: 1º.3.2017.

[70] . PACHECO FILHO, Calino. Déficit da previdência: a verdade que se encerra. Indicadores Económicos FEE. Porto Alegre. v. 35. N.º 3. 2008. p. 67.

de uma revolução civil na Alemanha[71]. Dentro desta estrutura política articulada através de seguros de saúde social, não importa a natureza jurídica das entidades (públicas, privadas ou sociais) na prestação de cuidados de saúde.

Esta dinâmica do seguro social para a concessão de saúde difundiu-se na Europa e nos Estados Unidos da América, existindo evoluções ao longo dos anos. Contudo, o modelo de Bismarck funciona apenas quando se tem um número elevado de emprego, sendo insuficiente para suprir a exigência de saúde coletiva quando boa parte da população está desempregada. Deste modo, as crises económicas mostram a falibilidade dos seguros sociais de saúde.

Em 1929, a crise económica capitalista revelou precisamente o que acabamos de expor. Como solução para o problema surgiu o modelo keynesiano, cuja intenção era procurar o equilíbrio entre a oferta e a demanda, reduzindo as percentagens de desemprego. O corolário disso seria a superação da crise económica, bem como a harmonia social. Ainda assim, as atribuições dos Estados estão direcionadas para o funcionamento dos seguros de saúde e, consequentemente, dos sistemas de prestação de cuidados. O papel do Estado está focado na contenção de custos com a saúde, no reconhecimento formal de um organismo (independente) especializado em regras técnicas do setor de saúde, com intuito das instituições prestadoras dos cuidados de saúde (públicas, privadas ou sociais) atenderem aos requisitos definidos para o exercício das atividades de forma segura (certificada). É importante ressalvar que o Estado atua não só no controle da qualidade dos serviços, avocando para si a responsabilidade de gestão dos hospitais públicos (em regra responsáveis pelos cuidados de saúde de alta complexidade), mas também no auxílio dos cidadãos desassistidos pelos seguros sociais (em regra pessoas mais pobres).

Em meados de 1941, na Inglaterra, Sir William Beveridge, economista reformista, criou o relatório *Report on Social Insurance and Allied Services*, propondo a alteração no sistema de proteção social. Dentro do contexto económico, a grande alteração foi a criação de uma contribuição compulsória de caráter social e

71 . PEREIRA JÚNIOR, Aécio. Evolução histórica da previdência social e os direitos fundamentais. Teresina, 2005. Disponível em: http//jus2.uol.com.br. Acesso em: nov. 2011. p. 2.

tributária, cujo fim era arrecadar recursos financeiros, escolhendo como contribuintes pessoas com faixa etária apta ao trabalho, para que posteriormente o Estado pudesse oferecer subsídio para os doentes, desempregados, reformados e viúvas. Observe-se que, a compreensão social da saúde pública estava além do papel de intervenção da manutenção da saúde e do combate à doença, tendo sido procurado um nível de padrão mínimo assistencial dos cidadãos através de critérios de bem-estar social. No quesito económico, é possível sugerir que o modelo de Beveridge é uma adaptação do seguro doença de Bismarck, mas o inglês deu natureza compulsória à contribuição social, concedendo-lhe nítida natureza tributária, mas com uma destinação específica para os gastos de saúde coletiva. A questão que se colocou foi a de encontrar outra forma para financiar os cuidados de saúde.[72] O Plano de Beveridge uniformizou os benefícios existentes na Inglaterra e acrescentou outros, tais como o seguro de acidente de trabalho, o salário-família, o seguro-desemprego, além de auxílios assistenciais (ex.: funeral, auxílio-maternidade, auxílio às donas de casa enfermas)[73].

Em 1946, Sir William Beveridge tornou-se líder dos liberais na Câmara dos Lordes, facilitando a implementação das suas ideias através de constituição de ato parlamentar. Nasce daí o *National Health Service* (NHS), o Serviço Nacional de Saúde do Reino Unido, através do Chapter 81 Act 1946[74], com base nas recomendações

---

72 . BBC. História. William Beveridge (1879-1963). *(...)Quando, em 1941, o governo encomendou um relatório sobre como a Grã-Bretanha deveria ser reconstruída após a Segunda Guerra Mundial, Beveridge era uma escolha óbvia para assumir o comando. Ele publicou o seu relatório em 1942 e recomendou que o governo encontrasse maneiras de combater os cinco 'males gigantes' de 'Deseja, Doença, Ignorância, Esqualidez e Ociosidade'. Em 1945, o Partido Trabalhista derrotou o Partido Conservador de Winston Churchill nas eleições gerais. O novo primeiro-ministro, Clement Attlee, anunciou que apresentaria o estado de bem-estar social descrito no Relatório Beveridge de 1942. Isso incluiu o estabelecimento de um Serviço Nacional de Saúde em 1948, com tratamento médico gratuito para todos. Um sistema nacional de benefícios também foi introduzido para fornecer 'segurança social', de modo a proteger a população do 'berço ao túmulo'. O novo sistema foi parcialmente construído no esquema nacional de seguro criado por Lloyd George em 1911. As pessoas que trabalhavam ainda tinham que fazer contribuições a cada semana, assim como os empregadores, mas os benefícios oferecidos agora eram muito maiores. Em 1946, Beveridge tornou-se colega e líder dos liberais na Câmara dos Lordes.(...)*. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/history/historic_figures/beveridge_william.shtml. Disponível em: 1º.3.2018.

73 . SALVADOR, Evilásio. Quem financia e qual o destino dos recursos da seguridade social no Brasil. *In* SEMINÁRIO da ANFIP. Sonho ou realidade: 20 anos da seguridade social na constituição. Brasília – DF. 2008. p. 98.

74 . A Lei do Serviço Nacional de Saúde entrou em vigor em 5 de julho de 1948. A Lei previa o estabelecimento de um serviço abrangente de saúde para a Inglaterra e o País de Gales. Foi produzida legislação separada para a Escócia e a Irlanda do Norte. O Ministro da Saúde foi o deputado Aneurin Bevan. A lei declarou que deve ser dever do Ministro da Saúde promover o estabelecimento de um serviço de saúde que garanta a melhoria da saúde física e mental das pessoas e a prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças. A lei declarou que os serviços devem ser gratuitos. A lei reuniu uma ampla gama de serviços médicos numa organização, incluindo hospitais, médicos, enfermeiros, farmacêuticos, oculistas e dentistas.

do relatório de Sir William Beveridge[75]. O NHS é precursor da saúde universal, financiada publicamente. É creditado ao NHS a melhoria da saúde da população britânica. O relatório de Beveridge de 1941 é uma espécie de preâmbulo doutrinário do ato parlamentar de criação do NHS, justificando a instituição de um serviço nacional para prestar os serviços de saúde pública. Algo muito parecido feito pelo novo livro de António Arnaut e João Semedo, denominado *Salvar o SNS: Uma nova Lei de Bases da Saúde para defender a Democracia* em 2018, surgindo posteriormente a nova Lei de Base da Saúde em Portugal (Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro)[76]. Existe uma enorme sintonia dos ideais políticos entre o relatório de Beveridge e o novo livro de Arnaut e Semedo. Ambos falam de princípios (universalidade, integralidade e participação social) e fazem uma abordagem perfunctória em relação ao exercício contabilístico para a concretização da prestação da saúde, não estabelecendo uma equação capaz de explicar como saldar os custos dos cuidados de saúde.

Vale referir que, o relatório de Beveridge não refere expressamente como os serviços de saúde podem ser organizados, não se debruçando sobre as técnicas-jurídicas da teoria da organização administrativa. Ao contrário do que propõe o raciocínio reiterado pelo ex-Ministro dos Assuntos Sociais do II Governo Constitucional de 1978 Português, o político António Arnaut procura uma estrutura de prestadores de serviços de saúde pública completamente estatizada[77]. Por outra banda, o político inglês apresenta a missão organizacional e o alcance em termos populacionais, racionalizando que a provisão e o financiamento devem ser considerados em conjunto e que as diferentes formas de organizar os serviços e pagar os provedores podem afetar os seus custos de serviço e a própria viabilidade financeira. Isto significa que não há imposição de uma estrutura estatizada para o futuro NHS.

Disponível em: https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/coll-9-health1/health-01/nhs-act-page-2/. Acesso em: 9.4.2018.

[75] . BEVERIDGE, Sir William. (2000). Social insurance and allied services : report / by Sir William Beveridge. Bulletin of the World Health Organization : the International Journal of Public Health 2000 ; 78(6) : 847-855 https://apps.who.int/iris/handle/10665/57560. Acesso em: 1º.8.2019.

[76] . ARNAUDT, António; SEMEDO, João. Salvar o SNS – Uma nova Lei de Bases da Saúde para defender a Democracia. 1ª ed. Porto: Porto Editora. 2017. E-Book (wood.pt/Biblioteca).

[77] . A nova Lei de Base da Saúde (Lei n.º 48/90) deve ser substituída, porque inverteu a filosofia constitucional da Lei n.º 56/79, ao prever que o direito à saúde é garantido pelo "sistema de saúde" e não pelo SNS (Base IV e XII), equiparando, para esse efeito, o sector público ao privado. ARNAUT, António. Serviço Nacional de Saúde – SNS: 30 anos de resistência. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 80.

É importante trazer à colação o facto de o relatório de Beveridge não tratar especificamente de intervenções em saúde. Estas são apenas uma espécie, ou melhor, um dos *serviços aliados*, incluído num planeamento estratégico social abrangente, focado na manutenção do emprego e do rendimento da população. Pode dizer-se que o modelo de Beveridge está balizado na satisfação de necessidades económicas em razão do contexto histórico da época, de medo do colapso económico com o fim dos estímulos da guerra. Os cuidados de saúde eram imprescindíveis para o ambiente social inglês, por forma a proteger e restaurar a capacidade das pessoas trabalharem. A prova do que se acaba de expor está na ênfase dada aos cuidados pós-médicos e de reabilitação. Importa salientar que Sir William Beveridge foi presidente da *Royal Statiscal Society* e diretor da *London School of Economics*, revelando a sua percepção económica aos temas sociais. Contudo, o texto do relatório é essencialmente político e social. Não obstante, demonstra preocupação com o custo da permanência excessiva dos utentes em reabilitação em hospitais e o quanto isso poderia gerar lucro para aqueles inseridos em programas sociais.

A lógica é o financiamento da saúde gerar aumento de despesa pública, uma vez que os gastos realizados pelo Estado nos serviços públicos de saúde têm um enorme impacto nas contas públicas. Então, a discussão em relação ao modelo de saúde passa pela abordagem da despesa pública, ou melhor, como será paga a conta. No caráter económico, o dispêndio, a saída de riquezas do Estado e a repercussão na vida econômica privada do cidadão, decorrente da arrecadação das receitas, é um ponto importante a ter em conta para o sucesso de um sistema nacional de saúde. A sua essência, no entanto, deve ser construída juridicamente, sendo a autorização legal, dada ao poder competente (em regra, o Ministério da Saúde responsável pelo orçamento da saúde), e a adequação da lei (em regra, Lei de Base da Saúde) com as demais normas de criação da estrutura de organização dos serviços (ex.: Hospitais S.A ou E.P.E; PPPs; etc.). Todavia, a natureza política da despesa pública de saúde tem um carácter político latente, sendo a finalidade a satisfação das necessidades públicas e, sem sombra de dúvida, a decisão de gastar é basicamente uma decisão política.[78]

[78] . PETTER, Lafayete Josué. Direito Financeiro. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2012. p. 105-106.

O modelo de Beveridge propôs premissas à criação de um sistema de financiamento que não estabelecesse discriminação entre os utentes, de acordo com os seus riscos de saúde, adotando o principio da igualdade de acesso aos serviços de saúde. Entretanto, adotou o princípio isonômico, no que concerne à obtenção de receita derivada da tributação, defendendo uma metodologia mista de obtenção de recursos para o financiamento. A visão do relatório de Beveridge tinha mais característica de formação de um fundo público, capitalizado por contribuições dos utentes e, também, do Estado de forma complementar (receitas originárias e receitas derivadas de outros impostos não vinculativos). O conjunto destes recursos era vinculado e alocado à área específica da segurança social, que teria a responsabilidade de cumprir os objetivos específicos, atendendo à execução dos programas sociais vinculados.

Da exposição dos motivos do texto doutrinário de Beveridge, pode sugerir-se que, de forma visionária, tentou antecipar a desnecessidade da classificação de práticas médicas privadas ou públicas. Isto porque a sua proposta genérica era instituir um sistema social (de saúde) único, que seria alimentado financeiramente de forma mista através de contribuições sociais dos utentes e, transversalmente, pelo Estado, mas a gestão dos gastos seria estadual, para destinação de acordo com o acesso aos cuidados de saúde pelos utentes. E, talvez, haja um equívoco interpretativo na doutrina, pois, dentro do sistema *common law*, a percepção da figura de agente público não tem a mesma conotação do servidor público do sistema *civil law* submetido ao regime estatutário.

2.2. Evolução do NHS, a *stem cell* do SNS

A concretização dos ideais sociais de Beveridge, transpostos para a área específica da saúde pública, através da instituição do NHS, não atendem por completo aos pensamentos do líder dos liberais na Câmara dos Lordes em 1946. De início, este perdeu apoio político para aprovação de um fundo público ou de uma seguradora custeada por uma contribuição social definitiva. O NHS estabeleceu-se através de financiamento exclusivo do Estado, com a captação de receitas públicas derivadas de impostos não vinculativos. Deste modo, afasta-se por completo a ideia de contribuições sociais para custear a segurança social. Assim, o modelo proposto por Beveridge

assemelha-se mais a um sistema de segurança social do que realmente se tornou o NHS, diferenciando-se do modelo de Bismarck´na medida em que, para o político inglês, deveria existir apenas uma seguradora.

Adotando o NHS como a *stem cell* dos demais serviços nacionais de saúde, adeptos do modelo de Beveridge, cumpre demonstrar a necessidade prática de constantes alterações legislativas para a adequação social. Em pesquisa no espaço virtual legislativo do Parlamento do Reino Unido, é possível constatar mais de duzentos resultados legislativos com o título *National Health Service*.[79] A doutrina portuguesa avisada sobre o tema indica que o sistema de saúde do Reino Unido foi modelo para o SNS português, tendo este adotado os princípios definidores da universalidade, da integralidade e da gratuidade[80]. Contudo, à semelhança do que aconteceu com o SNS português, existiram reformas severas. A partir de 1989, o NHS foi liberalizado, focando-se no mercado. Os médicos das clínicas gerais passaram a receber fundos públicos, descentralizados do erário público. Desta forma, o dinheiro público passou a ser pago a provedores privados com o papel de prestação dos cuidados primários e secundários de saúde e, também, passaram a fazer a seleção dos utentes a serem encaminhados para especialistas.

> Beveridge not only assumed such a role for government, but anticipated that private medical practice might entirely disappear. However, even before market-based reforms were introduced into the NHS in 1989, making general practitioners into fundholders, public money was paid to private providers.[81]

Ao comando da conservadora Margaret Thatcher, mas implementado após pelo Partido Trabalhista, foram negociadas alterações estruturais para o NHS no Parlamento Britânico, ocorrendo a reforma por meio do *National Health Service and Community Care Act,* 1990, N.º 19, dividindo o texto normativo em cinco

---

79 . UNITED KINGDOM. Legislation.gov.uk. Legislation by Type: UK Statutory Instruments (3390), Scottish Statutory Instruments (370), Wales Statutory Instruments (229), UK Public General Acts (18), Northern Ireland Statutory Rules and Orders (9), Acts of the National Assembly for Wales (2), Northern Ireland Statutory Rules (1), Acts of the Scottish Parliament (1)

80 . ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. Direito da Saúde. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2014. p. 55-58.

81 . BULLETIN, Philip Musgrove. Health insurance: the influence of the Beveridge Report. Bulletin of the World Health Organization. 2000. 78 (6). p. 846. Disponível em: https://www.who.int/bulletin/archives/78(6)845.pdf. Acesso em: 1º.12.2019.

partes, aborda a reestruturação organizativa do serviço nacional de saúde. A primeira parte trata da gestão local, versando sobre as autoridades regionais e distritais da saúde, que segregam funções em áreas específicas como Autoridades de Serviços de Saúde da Família, tratando dos contratos do NHS e a prestação dos serviços através destes (contratualização); regula as práticas de captação dos recursos, tratando do financiamento, do controle externo e etc. A segunda, a terceira e a quarta partes dizem respeito às peculiaridades dos SNS de cada país contido no Reino Unido: Escócia, Inglaterra e País de Gales. A quinta parte trata das disposições gerais.[82]

Inicialmente, o NHS foi estruturado administrativamente por intermédio da descentralização territorial, constituído por quatorze autoridades sanitárias regionais e três escritórios provinciais (País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte). Apesar de levantar a bandeira da integralidade no plano abstrato normativo, o NHS não oferecia aos utentes os serviços odontológicos, oftalmológicos e tinha muita dificuldade no fornecimento de medicamentos. A base estrutural do sistema público de saúde é o *General Practitioner* (médico clínico geral), mais conhecido mundialmente pela abreviação GP, que é responsável pela atenção dos cuidados de saúde primária e cuja remuneração se afere pelo número de pacientes que compõe a sua carteira (clientes/concorrência). Os clínicos gerais mantêm uma estrutura ambulatória e em muitos casos, as clínicas ou consultórios situam-se nas suas próprias residências, tornando-se a figura referencial de saúde da família (atenção básica de saúde) na região de residência dos utentes. Através destes médicos, os utentes recebem prescrições para os procedimentos hospitalares não emergentes. Boa parte dos hospitais eram públicos, tendo uma infraestrutura de recepção dos utentes correspondente às camas disponíveis. Os hospitais regionais e os serviços locais eram remunerados através de transferências de dotações orçamentais pelo *District Health Authorities*, espécie de autarquia que funcionava como autoridade distrital sanitária.

Importa salientar que, antes da reforma de 1990, o NHS já se mostrava insuficiente para alcançar a sua missão idealizada de gratuidade total, passando por emenda no ato parlamentar do NHS (ex.: *National Health Service – Amendment,* Act

[82] . UNITED KINGDOM. Legislation.gov.uk. National Health Service and Community Care Act 1990. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/19/contents. Acesso em: 2.1.2019.

1949, n.º 93) para inclusão de taxas aos utentes com vista à absorção dos custos dos serviços terceirizados por meio *contract out* com odontólogos e médicos especialistas em oftalmologia, bem como a cobrança de subsídios para fornecimento de medicamentos.[83] Nessa época, o NHS já era alvo de fortes dificuldades derivadas do aumento reiterado das despesas - quanto maior eram os avanços de intervencionismo do Estado.

Cabe referenciar que o aumento dos gastos com a saúde pode estar relacionado com o aumento da população no Reino Unido, mais especificamente na Inglaterra, já que, em 1980, existiam 56,28 milhões de habitantes, 46,79 milhões só na Inglaterra, existindo um crescimento exponencial do aumento do saldo demográfico populacional a cada década, sendo certo que, entre 2000 e 2010, o aumento foi de 3,72 milhões, 3,41 milhões só na Inglaterra[84]. Para além disso, também a evolução da tecnologia na área da saúde é impulsionada no setor privado e posteriormente implementada nos serviços públicos, havendo consequentes aumentos de despesas e ocasionando benefícios à população, que não precisará de pagar os preços cobrados pelos serviços particulares. O corolário do exposto é conclusiva lógica, quanto mais concretização dos desígnios de dignidade da pessoa humana, no âmbito da saúde pública (bem-estar social), maiores serão os encargos para o setor público, que se repercutem no aumento de despesa pública[85].

É por intermédio desta lógica financeira que o discurso político dos Conservadores ganhou força na Reforma de 1990 do NHS. As despesas públicas com a saúde absorviam mais da metade do PIB (1960-1970). Por este motivo, a estrutura microeconómica no âmbito da saúde pública era ineficiente e necessitava de uma reforma para construção jurídica de mecanismos de gestão e de criação de concorrência para redução de custos dos gastos com os operadores. A partir daí surgiram as primeiras

---

83 . UNITED KINGDOM. Nuffieldtrust. Health & social care explained. An entry point into the many facets of the health and social care system in the UK. This interactive timeline brings 70 years of reform and change in the National Health Service to life, charting the evolution of this public institution from its inception in the post-war years through to the present day. Scroll down to view the entries chronologically, or use the menu on the left-hand side to jump to a specific decade. Disponível em: https://www.nuffieldtrust.org.uk/health-and-social-care-explained/nhs-reform-timeline/. Acesso em: 1º.2.2019.

84 . UNIÃO EUROPEIA. Alteração da população - Saldo demográfico e taxas brutas em nível nacional (demo_gind). Metas de referência na estrutura de metas do Euro SDMX (ESMS). Agência compiladora: Eurostat, o escritório de estatística da União Europeia. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/cache/metadata/en/demo_gind_esms.htm. Acesso em: 11.4.2020.

85 . PETTER, Lafayete Josué. Direito Financeiro. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2012. p. 104.

construções de estruturas jurídicas no âmbito da saúde com o foco na empresarialização do setor público. No final da década de oitenta, a reforma procurou apostar no mercado, ou melhor, mercantilizar o setor da saúde pública. Assim, através das exposições de motivos publicada em 1989 pelo Governo, denominada *White Paper Working for Patients*, foram apresentados os objetivos de oferecer aos utentes melhores cuidados de saúde e garantir-lhes poder de escolha dos prestadores disponíveis e, ao mesmo tempo, garantir a estes maior satisfação e recompensa para que continuassem a trabalhar no NHS através das suas preferências locais[86].

Na verdade, a intenção de reformar o NHS foi aumentar o desempenho de todos os hospitais e consultórios médicos. Para atingir tal desiderato, procuraran alterar a forma, ou seja, a estrutura de *como prestar* os serviços. Esta foi a razão da importância do *National Health Service and Community Care Act 1990,* N.º 19, que consubstancia um ato parlamentar remodelador da organização administrativa, utilizando os fenómenos de privatização como mecanismo de implementação destas mudanças[87]. O pensamento foi construir instrumentos jurídicos de delegação de responsabilidade, fracionando o máximo possível e deslocando para os municípios e para as suas regiões a incumbência de identificar e intervir nas necessidades locais. Porquanto, aplicando o princípio da especialidade, os clínicos gerais e os hospitais locais devem adaptar-se às suas exigências de serviços.

Por outro lado, os utentes passaram a ser vistos como clientes, cabendo aos prestadores de serviços atraí-los pela qualidade e pelo desempenho. Estava criado o *mercado interno* da saúde, identificados os *stakeholders* e os seus interesses, os utentes como consumidores e os prestadores como provedores dos serviços. A competição decorre da eliminação da setorização dos clínicos gerais, fugindo do contexto dos *médicos de família ou comunidade*[88] que monitorizavam o quotidiano da saúde

---

86 . The Health Fundation. Working for patients (1989) Department of Health. Disponível em: https://navigator.health.org.uk/content/working-patients-1989. Acesso em: 10.2.2019.

87 . UNITED KINGDOM. National Health Service and Community Care Act 1990. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/19/contents. Acesso em: 15.4.2019.

88 . A Medicina Geral e Familiar (Clínica Geral / Medicina Familiar) é uma disciplina académica e científica, com os seus próprios conteúdos educativos, investigação, base de evidência e atividade clínica; é uma especialidade clínica orientada para os cuidados primários. ALLEN, Justin *et al.* A definição europeia de Medicina Geral e Familiar. World Family Doctors Caring for People. WONCA EUROPE. 2.002. p. 6. Disponível em: https://www.woncaeurope.org/file/b662cccc-6ad6-4d34-a9a2-fd02d29fae5b/European%20Definition%20in%20Portuguese.pdf. Acesso em: 2.10.2019.

básica, em regiões delimitadas dos municípios. O que se esperava era que a competição promovesse a concorrência, potenciando um aumento de procura por parte dos utentes ou clientes, gerando, deste modo, um benefício para estes com a agilização dos atendimentos. É importante mencionar que a definição de *mercado*, utilizada para esta reestruturação da saúde pública do NHS, não prestava o perfeito encaixe ao conceito empreendedor para o Estado, no papel de administrador dos serviços públicos de saúde. Se *o mercado* é um grupo de utentes ou consumidores que têm necessidades e interesses similares, com poder aquisitivo e disposição para escolher e comprar os serviços ou os produtos, nesse sentido, ter-se-ia que pensar *o mercado da saúde pública* como um mercado de consumidores finais[89], o que obviamente não era o caso, em razão do monopólio estatal do poder de compra dos serviços dos GPs, através dos *contract out* pelo *District Health Authorities*.

É importante ressaltar que a proposta de dimensionar as privatizações no NHS, ao que tudo indica, se focava na prestação do serviço em si, não tocando na natureza pública do bem saúde. Isto é, quem prestava o serviço podia ter qualquer natureza jurídica (pública, privada ou social), uma vez que ao executar a atividade de cuidados de saúde através do NHS estaria a executar uma atividade privada com fim público. A reforma em apreço tinha proposições práticas, nomeadamente, melhorar qualidade dos serviços, captando mais prestadores de cuidados de saúde para dentro do NHS; reduzir a espera dos utentes para obtenção de vagas em camas e para a disponibilização de profissionais da saúde, a fim de se realizarem as cirurgias eletivas nos hospitais; e, obviamente, controlar as despesas através de mecanismos de diminuição de desperdícios.

De acordo com a Reforma de 1990, quem executava a ordenação de despesas dos serviços de saúde eram *District Health Authorities* e *GP Fundholders*. O primeiro tinha os recursos financeiros descentralizados com destinação específica através da contratualização dos serviços de atenção secundária, de acordo com a procura da população local do prestador. O segundo dizia respeito aos médicos clínicos gerais ou a

89 . MAXIMIANO, Antônio Cesar Amaru. Administração para empreendedores: fundamentos da criação e da gestão de novos negócios. São Paulo: Pearson Pretice Hall. 2006. p. 88.

um grupo deles associados em clínicas médicas da atenção primária, cuja gestão dos recursos financeiros estava vinculada aos Escritórios Regionais do NHS.

Cumpre ainda salientar que a primeira parte do *National Health Service and Community Care Act 1990* acaba por *recognition of fund-holding practices of doctors*, ou seja, os médicos, clínicos gerais, pessoas físicas ou jurídicas privadas poderiam deter fundos com recursos públicos.

> (1)Anyone or more medical practitioners who are providing general medical services in accordance with arrangements under section 29 of the principal Act may apply to the relevant Regional Health Authority for recognition as a fund-holding practice.
> (2)The relevant Regional Health Authority shall not grant recognition as a fund-holding practice, unless the medical practitioner or, as the case may be, each of the medical practitioners concerned fulfils such conditions as may be prescribed.
> (3)Subject to subsection (4) below, in relation to a medical practitioner, any reference in this Part of this Act to the relevant Regional Health Authority is a reference to that Authority which, in relation to the practitioner's relevant Family Health Services Authority, is the relevant Regional Health Authority.
> (4)Where two or more medical practitioners wish to make an application under subsection (1) above and, apart from this subsection, the relevant Family Health Services Authority in respect of one or more of them would be different from that in respect of the other or others, then, for the purposes of this section and any other provisions relating to fund-holding practices, the relevant Family Health Services Authority for each of them shall be determined as if they were all practising in a single partnership.
> (5)In the application of this section to any medical practitioner whose relevant Family Health Services Authority has a locality in Wales, for any reference to the relevant Regional Health Authority there shall be substituted a reference to the Secretary of State.[90]

Para além disto, obtido o fundo ou orçamento anual pelo GP, sendo certo que o ato parlamentar impulsionava a empresarialização dos mesmos no interesse da profissionalização da mercantilização através de criação de clínicas médicas, os recursos serviam para financiar o atendimento da população, medicamentos e investimentos na melhoria dos serviços. Os *District Health Authorities* não fiscalizavam os gastos dos recursos, tão somente os resultados obtidos pelos GPs.Tendo como objetivo a grande autonomia de gestão dos recursos, os GPs eram atraídos pela contratualização

[90] . UNITED KINGDOM. National Health Service and Community Care Act 1990. Fund-holding practices 14 – Recognition of fund-holding practices of doctors. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/19/part/I/crossheading/fundholding-practices/1991-04-01. Acesso em: 20.1.2019.

com o NHS, uma vez que podiam contratar os seus recursos humanos e ainda recebiam incentivos para investir os recursos financeiros excedentes do orçamento anual. A partir desse momento, os GPs passam a pensar como empresários, controlando o acesso dos utentes aos serviços secundários de saúde, tentando solucionar os problemas de saúde na atenção primária, já que, as *Health Clinic* passam a ser atividades de saúde com carácter económico, cujo controle de gastos na produção ou na circulação dos serviços de saúde geraria, no final do exercício financeiro, maior *lucro* para os GPs.

Talvez ainda de forma inicial e com uma dinâmica técnica jurídica distinta entre os modelos quadro *civil law* e o dinâmico *common law*, este momento histórico de reforma do NHS, instituído pelo modelo de Beveridge, tenha encontrado irritação entre a hermenêutica clássica das organizações da Administração Pública e a adequação social dos fenómenos de privatização da empresarialização dos serviços públicos da saúde. Tal circunstância não retirou a forma de ver o NHS como um serviço nacional de saúde, apenas alterou a dinâmica de organização estrutural. É interessante mencionar que, o foco da reforma estava direcionado para a atenção básica, de menor custo (pela baixa complexidade).

A opção de passagem da competência pública para as pessoas de direito privado, através de instrumentos de outorga, fez com que os hospitais públicos tivessem a possibilidade de se tornarem fundações autónomas e independentes do NHS, passando a concorrer com os hospitais privados na contratualização dos serviços públicos. Não obstante, estes eram fortemente fiscalizados em relação, por exemplo, à prática de preços. Desta forma, não se lograva obter a livre concorrência, já que o NHS controlava as ações dos hospitais *trusts*. No entanto, o Governo alcançou o seu objetivo de criar um quase mercado interno com operadores concorrentes, sendo que as obrigações contratuais eram, de certa forma, instrumentos de controle externo dos prestadores de serviços, exigindo padrões de qualidade prévios, para além de que o incumprimento das cláusulas contratuais dava lugar à rescisão unilateral do contrato por parte da *District Health Authorities* ou da *GP Fundholders.*

A gestão dos recursos financeiros passou para cargos públicos de diretores financeiros por Distrito, criando o carácter de profissionalização e retirando esta atribuição dos médicos. Tendo em vista o objetivo da economicidade, estipularam

mecanismos de controle e transparência dos gastos públicos. Ao mesmo tempo, deram liberdade para os prestadores de serviços de saúde procurarem meios capazes de reduzir os custos nos hospitais. Sem prejuízo do exposto, o que é certo é que não obtiveram sucesso com a burocratização de critérios para controlar a faturação. Contudo, é relevante salientar o carácter de fragmentação da reforma do NHS da década de noventa, seja por meio de desconcentração horizontal ou através de descentralização, que deu uma nova aparência ao serviço nacional de saúde - a independência dos diversos órgãos ou a autonomia e a previsão de competências próprias e exclusivas de cada pessoa, reguladora, fiscalizadora ou prestadora do serviço, tornou difícil conexão entre os *stakeholders*, tendo em conta que cada um procurava salvaguardar os seus interesses, fugindo da ideia de criação de políticas públicas na saúde.[91]

Apesar dos esforços iniciais com a empresarialização do NHS, os utentes permaneciam insatisfeitos com os serviços de saúde. Contudo, a população tinha consciência da necessidade da reforma, especialmente para reorganizar e adequar a anterior estrutura deficitária.[92] Neste ponto, importa referir outro efeito político que gerará outra reforma no NHS - a troca da liderança política do Parlamento, saindo os Conservadores e ingressando o Partido dos Trabalhadores pela eleição de 1996.

Na mesma década de noventa, ocorreu a reforma da reforma no NHS, mostrando que a volatilidade estrutural é consequência de dois fatores básicos - as necessidades práticas e a liderança política do momento histórico. Assim, já no ano de 1997 havia um projeto de reforma do NHS, uma vez que a ideia transmitida à população da época a mitigação do acesso universal, sendo que, na verdade, a mudança ocorreu na forma de aceder os serviços no NHS. A possibilidade de todos os cidadãos poderem alcançar as ações ou serviços de saúde de que necessitem sem qualquer barreira de acessibilidade (jurídica, económica, etc.) sempre foi defendida, ou seja, sempre foi defendida a ideia de acesso universal à saúde. O segundo pensamento, proclamado pelo partido dos trabalhadores, era abolir as políticas de controle dos gastos públicos pelas

---

91 . POLLITT, A. Inglaterra. *in.* RAMOS, S.; VINOCUR, P. (Comp.). Sistemas de salud y reformas: diferentes respuestas a la relación entre el Estado y el mercado. Buenos Aires: Centro de Estudios de Estado y Sociedad, FLACSO. 2000. p. 41-79.

92 . Eurobarometer. Public Opinion in the European Union. Report Number 44. October and December, 1.995. Disponível em: https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/eb/eb44/eb44_en.pdf. Acesso em: 10.4.2018.

quais pretendiam os Conservadores, progressivamente, reduzir o custo da saúde por parte do Estado[93], transferindo este custo para a população, por intermédio de mecanismos de dimensionamento das privatizações. Ora, a implementação do processo de contratualização não era bem vista pelo Partido dos Trabalhadores, uma vez que retirava da mão do centro de poder político o domínio da gestão dos recursos financeiros, no que diz respeito à compra dos serviços. A reforma da reforma alterou o modelo de fiscalização da concorrência (quase auto regulação) para o critério de controle pelo desempenho (controle externo). Com esta alteração, a ideia de quase mercado caiu, renascendo a hierarquia burocrática.

O mais importante foi a estabilidade dos aspetos que resultaram, ou seja, os prestadores de cuidados de saúde mantiveram-se com padrões empresariais de natureza privada, tendo autonomia de gestão e de capacidade de captação de recursos financeiros por meio de *contract out*. É aparente, assim, a intenção de desestatização dos prestadores dos serviços, utilizando métodos de descentralização territorial das separações de funções entre os níveis central, regional e municipal; de descentralização funcional com a transformação das autoridades sanitárias em entidades compradoras de cuidados de saúde e do acréscimo da prestação dos clínicos gerais, como gestores de fundos públicos para aquisição de serviços; e, principalmente, de descentralização por colaboração com a transformação dos hospitais públicos em entidades *truts* com autonomia, competindo no mercado pelos recursos públicos.

A metodologia de contratualização dos serviços públicos acabou por remodelar a estrutura dos serviços nacionais de saúde, ocasionando um novo NHS. Os hospitais e as clínicas gerais de saúde eram geridos por empresas independentes, passando a funcionar como *trusts*. Os *trusts* eram um meio flexível e útil para os prestadores de serviços funcionarem como grupos de ativos, podendo administrar e/ou financiar. Contudo, a natureza do *trust* não é de entidade em si considerada, mas sim de relação contratual entre partes, envolvendo entidades públicas e privadas. A partir de 2004, os NHS *trusts* foram transformados em *Foundation Trusts*, passando a ser responsáveis pelos utentes e pelas autoridades locais. Trata-se de uma interação confusa entre a

[93] . COLISTETE, Renato Perim. *Et al*. O que há de novo no Reino? Revista Teoria e Debate. São Paulo. N.º 35. 1997. p. 13-19.

Administração Pública direta e indireta, aqui exemplificada pelas agências executivas e reguladoras.

Os GPs juntaram-se aos Grupos de Atenção Primária, denominados *Primary Care Groups*. Estes Grupos multidisciplinares da área da saúde estavam hierarquicamente subordinados às autoridades locais de saúde. Posteriormente, este modelo foi alterado contratualmente para *Primary Care Trusts*, incluindo nas cláusulas contratuais a gestão e a administração dos prestadores de cuidados de saúde primários.[94] Cumpre salientar a intenção do dimensionamento de privatização no NHS, na atenção básica de saúde, dependendo a contratualização de alguns *GP Fundholders* que podem ter a transferência de competência de gestão orçamental, passando a desempenhar as tarefas de prestadores e financiadores dos serviços de saúde.

Os prestadores dos serviços primários de saúde são entidades privadas com formação jurídica societária que visam o lucro (natureza empresarial), prestando serviços públicos de saúde ao NHS através de contratualização. Pois bem, o NHS utilizou os fenómenos de privatização, em massa, para execução dos serviços primários e também para a gestão de recursos públicos através de terceirizações. Entregou aos clínicos gerais e, depois, aos grupos *Primary Care Trusts,* atribuições antes estatizadas. Assim, os grupos de atenção primária empresarializados contratualizavam com o *Department of Health* – entidade da Administração Pública[95], passando àqueles a competência para adquirir os cuidados de saúde. Por outras palavras, é a iniciativa privada que contratualiza com os outros prestadores de saúde, também eles de natureza privada, para entregar aos utentes dos serviços, *por ex*., de odontologia, farmacêuticos e oftalmologistas.

Quem orienta a nível nacional a qualidade dos serviços prestados pelos *Primary Care Trusts* é uma espécie de agência reguladora com autonomia técnica

---

94 . OLIVEIRA, Maria do Rosário Monteiro da Costa. A Contratualização nos Cuidados de Saúde Primários em Portugal. Dissertação de Mestrado. Secção Autónoma de Ciências Sociais Jurídicas e Políticas. Universidade de Aveiro. 2009. p. 73.

95 . UNITED KINGDOM. Department of Health & Social Care. We support ministers in leading the nation's health and social care to help people live more independent, healthier lives for longer. Disponível em: https://www.gov.uk/government/organisations/department-of-health-and-social-care/about. Acesso em: 10.4.2016.

e científica, estabelecendo regras e vigiando o bom desempenho no atendimento aos utentes, baseada em evidências científicas. A *National Institute for Clinical Excellence*, mais conhecida mundialmente por sua abreviação NICE, é uma entidade pública não personificada da Administração Pública indireta, já que é *non-departmental public body* do *Department of Health.* Contudo, esta entidade tem autonomia relativa, sendo hierarquicamente subordinada às orientações políticas do Ministro da Saúde, tendo sido instituída pelo *UK Statutory Instrument* em 1999, sob o N.º 220, *The National Institute for Clinical Excellence (Establishment and Constitution) Order 1999*, sendo que em 2005, o governo fez uma fusão com o *Health Development Agency.*[96-97] Com o Ato Parlamentar *Health and Social Care Act 2012*, o NICE passou a ser um órgão público departamental, era, aliás, um Instituto Nacional de excelência em Saúde e Assistência sendo hoje um órgão do governo, recebendo a atribuição administrativa da pasta política da assistência social[98].

É muito importante observar a volatilidade das formas de conexão entre os serviços e as pessoas coletivas que lhe servem de base, que revela a força da opção política e as consequentes mudanças de técnicas administrativas para o desenvolvimento do sistema nacional de saúde. Atualmente, a centralização administrativa parece ser a tónica das novas reformas no NHS, eliminando as autonomias de gestão dos serviços locais e das respectivas autoridades, por forma a ingressar num modelo de subordinação aos serviços e às chefias centrais. Contudo, manteve-se a estrutura privatizada dos prestadores de cuidados de saúde através dos *constract out*.

---

96 . UNITED KINGDOM. National Institute for Health and Care Excellence – NICE. Disponível em: https://www.nice.org.uk/about/who-we-are/structure-of-nice. Acesso em: 20.4.2016.

97 . UNITED KINGDOM. The National Institute for Clinical Excellence (Establishment and Constitution) Order 1999. UK Statutory Instrument 1999. N.º 220. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/220/contents/made. Acesso em: 20.4.2016.

98 . UNITED KINGDOM. Health and Social Care Act 2012. Chapter 7. Uma lei para estabelecer e fazer provisões sobre um Conselho de Comissão do Serviço Nacional de Saúde e grupos de comissionamento clínico e para fazer outras disposições sobre o Serviço Nacional de Saúde na Inglaterra; fazer provisões sobre saúde pública no Reino Unido; tomar providências para regular os serviços de saúde e assistência social a adultos; tomar providências sobre o envolvimento do público em questões de saúde e assistência social, análise das questões de saúde pelas autoridades locais e cooperação entre autoridades locais e comissários de serviços de saúde; tomar providências sobre a regulamentação dos profissionais de saúde e assistência social; estabelecer e fazer provisões sobre um Instituto Nacional de Excelência em Saúde e Cuidados; estabelecer e fazer provisões sobre um Centro de Informações de Saúde e Assistência Social e fazer outras provisões sobre informações relacionadas a assuntos de saúde ou assistência social; abolir certos órgãos públicos envolvidos em saúde ou assistência social; fazer outra provisão sobre cuidados de saúde; e para fins conectados. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/introduction. Acesso em: 20.4.2016.

A intenção deste trabalho não é explanar, de forma exaustiva, todas as reformas no NHS, mas tão só salientar que, até mesmo os movimentos de centralização de gestão de políticas públicas de saúde não alteraram a progressão de dimensionamento das privatizações nos serviços, principalmente, de atenção primária de saúde do sistema inglês. O Parlamento do Reino Unido adaptou os aspetos que funcionaram na prática, alterando o que fugiu do controle da Administração Pública, criando mecanismos para redução dos custos e mantendo, ou ampliando ainda mais, o fenómeno prático de entrega da prestação dos cuidados de saúde para o setor privado. Em boa verdade, a lógica da reforma de reestruturação do NHS inglês em 2012 foi atalhar a comunicação entre quem efetivamente financia e quem executa a tarefa dos cuidados de saúde. O *Act* 2012, Chapter n.º 7, cria um princípio regra de competência supletiva da *Secretary of State for Health* em relação à saúde dos utentes, passando a afirmar que qualquer outra pessoa que exerça funções em relação ao serviço de saúde ou forneça serviços para os seus propósitos é livre para exercer essas funções ou prestar esses serviços da forma que considerar mais apropriada, desburocratizando imposições oriundas de regras estáticas e permitindo que se adotem outras regras dinâmicas, de acordo com a conveniência e a oportunidade dos interesses do serviço de saúde[99].

O *Health and Social Care Act 2012* acabou com os contratos *trusts*, perdendo a sua lógica a composição dos grupos *Primary Care Trusts* e também as *Strategic health authorities* ou, ainda, os *GP Fundholders*, colocando fim à descentralização, por colaboração de competência de compra e de gestão do financiamento da saúde. Desta forma, volta-se ao pensamento de gestão da missão nacional e não mais fragmentada. Contudo, tal factualidade não alterou as transformações anteriores do SNS inglês que, desde a década de noventa, abdicou de um modelo de NHS

[99] . UNITED KINGDOM. Health and Social Care Act 2012. Chapter N.º 7. Part 1. The health service: overview. Section 5. The Secretary of State's duty as to promoting autonomy. After section 1C of the National Health Service Act 2006 insert — "*1DDuty as to promoting autonomy (1)In exercising functions in relation to the health service, the Secretary of State must have regard to the desirability of securing, so far as consistent with the interests of the health service— (a)that any other person exercising functions in relation to the health service or providing services for its purposes is free to exercise those functions or provide those services in the manner that it considers most appropriate, and (b)that unnecessary burdens are not imposed on any such person. (2)If, in the case of any exercise of functions, the Secretary of State considers that there is a conflict between the matters mentioned in subsection (1) and the discharge by the Secretary of State of the duties under section 1, the Secretary of State must give priority to the duties under that section.*" Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/section/5. Acesso em: 26.5.2018.

integrado para o modelo contratual. Voltou a adotar-se a estrutura de uma coordenação adepta do clássico modelo de hierarquia da Administração Pública. Todavia, os clínicos gerais (pessoas físicas) passam a receber as atribuições públicas temporárias de organização dos serviços, através de órgãos estatutários no NHS, denominados *Clinical Commissioning Groups* (CCGs), liderados clinicamente pelos GPs, responsáveis igualmente pelo planeamento e pelo comissionamento de serviços de saúde na sua área local. Em síntese, após estudo das necessidades locais pela Comissão, os CCGs adquirem os serviços de saúde através de contratualizações com os prestadores de cuidados de saúde, admitindo-se, inclusive, contratos com provedores de serviços privados. Atualmente, existem cerca de cento e trinta e cinco CCGs na Inglaterra, sendo estes responsáveis por quase dois terços do orçamento total do NHS (aproximadamente oitenta bilhões de libras esterlinas).[100] Trata-se de uma dinâmica interessante de gestão estratégica, uma vez que os CCGs na Inglaterra têm autonomia para adaptarem os serviços de saúde de acordo com o princípio regra da preponderância dos interesses do serviço de saúde da população local[101]. Caso falhe algum CCGs, a *Secretary of State for Health* terá as regras gerais (a missão) para a dinamização da implementação da política de saúde. A criação de uma agência executiva do Departamento de Saúde revelou que, apesar de estar vinculada ao departamento do governo, é descentralizada para ter autonomia de gerência e orçamental, exercendo, porém, uma fração das funções executivas do governo.

A reforma estrutural do NHS, a partir de 2012, colocou os serviços nacionais de saúde ingleses numa trajetória de dimensionamento das privatizações através da terceirização dos prestadores, usando contratos tipo desembolso, ou seja, o Poder Público adquire os serviços instrumentais para a execução das finalidades dos cuidados de saúde da população. E mais. Através da atenção primária cria, por intermédio dos CCGs, uma espécie de estruturação integrada, pois a Administração Pública tem um

---

100 . NHS Clinical Commissioners. Disponível em: https://www.nhscc.org/ccgs/. Acesso em: 25.3.2020.

101 . UNITED KINGDOM. Health and Social Care Act 2012. Section 10 – Clinical commissioning groups. After section 1H of the National Health Service Act 2006 insert – "*Role of clinical commissioning groups in the health service in England* 1I Clinical commissioning groups and their general functions (1)There are to be bodies corporate known as clinical commissioning groups established in accordance with Chapter A2 of Part 2. (2)**Each clinical commissioning group has the function of arranging for the provision of services for the purposes of the health service in England in accordance with this Act.**" Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/section/10. Acesso em: 14.6.2019.

acordo com os GPs, pessoas da iniciativa privada, para que elaborem estudos das necessidades locais, decidindo as prioridades e estratégias, a fim de, posteriormente, adquirirem serviços dos fornecedores para a utilização dos utentes.

Diante dos acontecimentos práticos, é fundamental o fenómeno das privatizações, que levaram a cabo a reestruturação do NHS inglês. Trata-se, aliás, de um exemplo concreto de que o fenómeno das privatizações não retira o caráter público do SNS, apenas lhe imprime uma nova estrutura de como prestar o serviço aos utentes. Diga-se. O conceito de fenómeno de privatização na saúde pode ser extraído de uma norma costumeira da Organização Mundial da Saúde, que define como *um processo no qual atores não-governamentais se envolvem cada vez mais no financiamento e/ou provisão de serviços de saúde*[102]. Mesmo que haja resistência dos próprios ingleses em aceitarem o fenómeno de privatização no NHS, este tem vindo a ocorrer ao longo dos anos, logrando alcançar melhores índices de eficiência na ampliação e na manutenção dos serviços disponíveis para os cidadãos ingleses. Saliente-se que o que muda é apenas a estrutura, permanecendo o NHS a ser financiado essencialmente por receita pública e, ainda, gratuito ao utente, apesar de já existirem mecanismos de *furar a fila,* onde o utente opta por pagar para fazer determinados procedimentos médicos com os GPs em vez de aguardar nas filas de espera para ser atendido por especialistas.

2.3. Quem vai pagar a conta da saúde?

É importante perceber que o processo de contratualização na saúde tornou-se uma realidade dos serviços de saúde na Europa, sendo característica expressiva do anterior modelo integrado de distribuição de recursos.[103] A contratualização é um método de estabelecer relações jurídicas entre o adquirente dos serviços e o prestador, seja este de natureza pública, privada ou social. O objetivo, como já vimos no *stem cell*

---

[102] . MUSCHELL, Jeffrey; Força-Tarefa da OMS para Economia da Saúde . Privatização em saúde. Organização Mundial de Saúde. 1.995. Disponível em: https://apps.who.int/iris/handle/10665/58523. Acesso em: 23.4.2019.

[103] . ESCOVAL, Ana. O processo de contratualização na saúde em Portugal (1996-2005). Revista Portuguesa de Saúde Pública. Volume N.º 10. 2.010. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/4461/1/T-10%20ESCOVAL%20p-7.pdf. Acesso em: 30.1.2018.

dos demais serviços nacionais de saúde (NHS), é procurar a eficiência e eficácia no fornecimento dos serviços de saúde, com a máxima qualidade possível ao menor preço. Porém, não se trata de um contrato bilateral e sinalagmático simples de compra e venda, funcionando antes como ajuste de uma postura comportamental do prestador do serviço perante o serviço público essencial de saúde, executado em prol do interesse público. Trata-se de um típico contrato de desempenho cuja obrigação principal é alcançar as metas contratualmente acordadas. A opção por este método de relação jurídica origina a descentralização, promovendo movimentos centrífugos de distribuição de competências de maior ou de menor intensidade, passando competências de uma pessoa para outra com a intenção de alcançar especialidades.

A contratualização é um instrumento jurídico que agrega as funções do adquirente do serviço e do prestador, passando os recursos a ser utilizados para os resultados pactuados. Pode entender-se que o pagamento pelos serviços pactuados ocasiona a transformação da natureza pública em privada do recurso, cabendo ao prestador a prestação de contas dos resultados finais. Isto acaba por reduzir a burocratização da administração pública, vinculada às disposições normativas rígidas de direito público. Por outro lado, o instrumento contratual admite uma certa concorrência, uma vez que os operadores económicos vão competir entre si para contratarem a prestação dos serviços. A contratualização regula os comportamentos dos prestadores de serviços, os quais, caso não sejam cumpridos, acarretam penalidades contratuais ou até mesmo a rescisão contratual. Se o Estado não utilizar este instrumento como mecanismo de "estrangulamento" dos prestadores, pagando valores aquém dos custos pactuados (realidade habitual no Brasil), os incentivos financeiros decorrentes daí decorrentes poderão promover investimentos na qualidade dos serviços oferecidos, para competirem com os outros concorrentes.[104-105]

Tal como o fenómeno da privatização, a contratualização é oriunda da teoria económica e, de acordo com sua orientação prática, visa estimular a competição

[104] . ESCOVAL, Ana. Evolução da administração pública da saúde: o papel da contratualização. Factores críticos do contexto português. Tese de Doutoramento em Gestão: Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa. Faculdade de Lisboa. 2003.

[105] . CRUZ, Isabel Maria Correia da. Percursos da New Public Management num Hospital EPE. Tese de Doutoramento em Gestão – Especialidade em Contabilidade: Instituto Universitário de Lisboa. Business School. Lisboa. 2013.

entre os operadores prestadores dos serviços. A opção por relações jurídicas contratuais acarreta conhecimento prático dos custos, por parte da Administração Pública compradora, imprimindo transparência e aproximando da realidade as negociações com os prestadores. A gestão descentralizada é consequência da contratualização, existindo efetiva transferência do exercício das tarefas dos cuidados de saúde. Os efeitos positivos dos contratos prendem-se com a potencialização dos resultados práticos eficientes (satisfação dos utentes), quebrando a percepção estática da estrutura burocrática e centralizada estatizada (satisfação das regras jurídicas)[106]. Além disso, é possível usar as diversas facetas da descentralização, desde a entrega da tarefa pública para a entidade da Administração Pública indireta como também para pessoas privadas.

De acordo com a opção de organização administrativa do Estado, podemos ter a responsabilidade pela aquisição dos serviços centralizada no governo central ou descentralizada territorialmente para os municípios e etc., usando a prioridade de interesse local pela técnica da fragmentariedade de competências. De acordo com a forma de financiamento, que pode ser através de receita derivada de tributação ou de seguros sociais, a responsabilidade pode ser de órgãos da Administração Pública direta por intermédio de Ministério da Saúde ou pode ser entregue às entidades públicas ou semi privadas, através da descentralização administrativa, delegando a responsabilidade de assegurar os cuidados de saúde para todos os cidadãos e equiparados ou apenas àquelas pessoas que, após filiação, contribuem para os seguros sociais.

Os processos de pagamento aos prestadores de cuidados de saúde passaram dos ajustes de reembolso retrospectivo, ou seja, os pagamentos de acordo com os volumes de atendimentos efetivamente executados pelos prestadores, para os orçamentos globais, que procuram cobrir as despesas dos prestadores através de um estudo prévio do valor agregado do serviço executado. Atualmente utiliza-se também o preceito de classificação de doentes como, *por ex*., os Grupos de Diagnósticos Homogêneo. A junção de métodos para a obtenção de bases para os orçamentos globais

106 . AFONSO, Rui Pedro Marques. Relatório de Estágio. Centro Hospitalar de Coimbra, EPE. Faculdade de Economia. Universidade de Coimbra. 2010. p. 25-26.

são encontrados em diversos países europeus.[107-108] Em Portugal, desde o enquadramento estratégico das Grandes Opções do Plano para 2008, com intuito de alcançar o desenvolvimento económico e social do país, conforme definição no Programa do XVII Governo Constitucional, foi consolidado o procedimento de contratualização com os prestadores de cuidados de saúde da atenção secundária – os Hospitais e os Centros de Saúde. Através da Lei n.º 37/2007, de 10 Agosto, que trata das Grandes Opções do Plano para 2008, extrai-se a preocupação de assegurar os serviços de saúde pública, racionalizando os gastos públicos e eliminando os desperdícios. A contratualização foi um dos instrumentos jurídicos utilizados, fazendo parte do Capítulo I do Estado de Execução e Principais linhas de atuação política para 2008 com o fim de conter o crescimento das despesas:

> (...) Na área da saúde, deu-se continuidade em 2006-2007 aos Processos de Empresarialização e de Contratualização com os Hospitais, contribuindo ambos para uma melhor definição das responsabilidades e objectivos a atingir por estes, quer em termos de produção, quer em termos de desempenho económico e financeiro.
> (...) Para garantir a sustentabilidade do Sistema de Saúde procedeu-se à consolidação do processo de contratualização com os Hospitais (definindo melhor as responsabilidades e objectivos a atingir com o financiamento público, e aprofundando a empresarialização dos Hospitais), à implementação de medidas de melhoria da eficiência dos Serviços Partilhados no sector hospitalar (nas áreas das Compras e Logística, Contabilidade, Processamento de Salários e Gestão da Frota Automóvel) e à reformulação das convenções do SNS.
> (...) Relativamente à promoção da flexibilidade da organização hospitalar, ir-se-á generalizar a prática da contratualização interna a todos os hospitais do SNS e iniciar experiência de financiamento global, de base capitacional, integrando hospitais e centros de saúde, numa filosofia de Unidades Integradas de Saúde; prosseguir a construção e remodelação de instalações e equipamentos de saúde, a partir do planeamento das necessidades e dos recursos existentes (recorrendo a parcerias público-privadas quando tal favoreça o interesse público); incentivar a reconversão da missão dos pequenos hospitais do SNS, de modo a garantir segurança e qualidade clínica, e adequação às necessidades das populações; apoiar formas mais adequadas e eficientes de prestação de cuidados, como o hospital de dia e a cirurgia do ambulatório; avaliar os centros de responsabilidade integrada dos hospitais e criar novos centros, aprofundando o modelo empresarial de gestão; implementar normas de Orientação e Gestão Clínicas e o desenvolvimento de boas práticas, e incentivar uma efectiva gestão do risco; iniciar a reestruturação dos Serviços de Saúde Mental, aproximando-os dos cidadãos e reestruturando o SNS neste

[107] . SIMÕES, Jorge. 30 Anos do Serviço Nacional de Saúde - Um Percurso Comentado. Coimbra: Almedina. 2010.

[108] . NUNES, Alexandre Manuel Martins Morais. Reformas na gestão hospitalar: análise dos efeitos da empresarialização. Tese de Doutorado do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade de Lisboa. 2010.

> âmbito; reforçar o acompanhamento e controlo financeiro das instituições.[109]

Apesar de não tratar especificamente do bem jurídico saúde, a Lei n.º 37/2007 admitiu a introdução de mecanismos de *contratualização público-privada* no ordenamento do território e política das cidades. Isto refletiu-se igualmente no setor ferroviário e no turismo. Pois bem, Portugal já se viu obrigado a abrir os mercados antes monopolizados pelo Estado, admitindo terceirizações pelo fenómeno de privatização da tarefa do serviço público, em razão da racionalização dos gastos públicos.

A mercantilização é um efeito da realidade da vida social contemporânea, das novas dinâmicas dos sistemas de saúde dos países europeus (cite-se: Alemanha, França e Reino Unido), dificultando concretamente a divisão de gênero e espécie que se estabeleceu doutrinariamente entre um sistema de saúde com duas espécies bem definidas de prestadores privados e públicos, representando estes o SNS, sendo aqueles impermeáveis ao desempenho das atribuições públicas de saúde.[110] O crescimento da adoção de linhas de raciocínio de estruturas privadas nos sistemas públicos de saúde proporcionou um aumento da participação do setor privado, enquanto prestador de serviço, autorizando também a captação de recursos privados no financiamento. Assim, é indubitável reconhecer que hoje os princípios privados de gestão, remuneração e organização dos sistemas de saúde estão associados ao contexto empresarial, cabendo uma reformulação hermenêutica das bases epistémicas do direito administrativo.[111]

Este movimento de reestruturação dos modelos dos sistemas de saúde está associado a dois aspetos de grande preocupação dos gestores públicos desde o surgimento dos modelos de SNS. O primeiro aspeto prende-se com a questão de saber *quem vai pagar a conta* das despesas constituídas com a prestação dos cuidados de saúde, de quem é a responsabilidade pelo financiamento. O Estado será o financiador através da

---

[109] . PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Lei n.º 37/2007, de 10 de Agosto. Disponível em: https://data.dre.pt/eli/lei/31/2007/08/10/p/dre/pt/html. Acesso em: 10.07.2018.

[110] . FERREIRA, Mariana Ribeira Jansen Ferreira; MENDES, Aquilas Nogueira. Mercantilização nas reformas dos sistemas de saúde alemão, francês e britânico. Ciênc. saúde coletiva [online]. 2018. vol.23, n.º 7. p.2159-2170. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1413-81232018237.12972018. Acesso em: 1.2.2019.

[111] . MONCADA, Luís Cabral de. Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação. Coimbra: Almedina. 2.012. p. 82-124.

receita tributária, os utentes por meio dos seguros sociais ou, ainda, a formação mistas entre os dois modelos de financiamento. O segundo aspeto está relacionado com a estrutura organizacional, focando-se na questão de saber quem presta os serviços de saúde.

No que concerne ao segundo aspeto, as mudanças estão associadas à mistura do público com o privado no setor da saúde, sendo esta uma realidade nos países europeus. A opção política irá definir a autorização das amplitudes dos fenómenos de privatização permitidos nos cuidados de saúde. Agora, decorrente de fenómeno de carácter económico-prático, os fatos de dependência na prestação dos cuidados de saúde entre o público e o privado são correntes nos SNS, principalmente quando se trata de especialidades com exigências específicas, tais como a odontologia, oftalmologia, análises clínicas, entre outras. Deste modo, mesmo que seja difícil reconhecer, os cuidados de saúde nos SNS, para atender às novas exigências globais de saúde, com maiores exigências de satisfação do bem-estar, acabaram por se tornar um pouco mais privados. Assim, é lícito concluir que, para se obter cuidados de saúde públicos mais eficientes e eficazes, seja talvez necessário que a prestação dos serviços complete o ciclo de reformas de desestatização.[112]

É nítida a mercantilização proporcionada pelo financiamento, elevando-se constantemente as participações privadas nos gastos totais com a saúde, na maioria dos países europeus. A contratação de seguros privados é algo cada vez mais comum, revelando a intenção de reservar parte dos orçamentos familiares para assegurar vantagens oferecidas pela iniciativa privada, tais como evitar as filas de espera dos SNS.[113] Também é notória a mercantilização pela oferta dos serviços, sendo comum a realização dos serviços por prestadores públicos, privados e sociais. A terceirização dos serviços da atenção primária e secundária da saúde tornou-se uma realidade derivada da contratualização - incorporação do setor privado para prestação dos cuidados de saúde na atenção secundária, aderindo os hospitais privados no exercício da tarefa pública de saúde. Uma outra realidade a apontar é a contratação de gestão privada para efeitos de

[112] . MAARSE, Hans. The Privatization of Health Care in Europe: An Eight-Country Analysis. J Health Polit Policy Law. 2006. Vol. 31. Ed. 5ª. p. 981–1014. Disponível em: https://doi.org/10.1215/03616878-2006-014. Acesso em: 1º.5.2020.

[113] . The Commonwealth Fund. International Health Care System Profiles. Disponível em: https://international.commonwealthfund.org/countries/. Acesso em: 20.1.2020.

administração de entidades públicas. Neste aspecto, vale referir que Portugal não foi o único país a adotar este tipo de privatização formal. A Alemanha alterou o seu aspecto estrutural, permitindo que instituições do setor privado pudessem administrar os hospitais que até então eram públicos[114]. É reconhecida também a privatização substancial, tendo, *por ex.*, a Alemanha alienado os hospitais públicos que não estavam no interesse do planeamento estratégico do sistema público de saúde[115].

A figura das Parcerias Público Privadas (PPP's) é uma outra forma de mercantilização implícita, isto porque o particular financia parcialmente o serviço público. Isto pode até representar um aumento no custo dos serviços, mas, ao mesmo tempo, pode representar uma ampliação e melhora na qualidade dos serviços estatizados. Apesar de serem criticadas, as PPP's são uma alternativa de dimensionamento da privatização, que desonera o Estado de agir proativamente na tarefa dos serviços de saúde.

O novo modelo de sistema de saúde está intrinsecamente relacionado com o novo contexto de mercantilização. Os desígnios de mercado na atuação do setor público estão mais associados à criação de um sistema de gestão, denominado doutrinariamente como *new public management*, do que a uma discussão hermenêutica relativamente à extensão de efeitos de responsabilidade pela publicização ou pela despublicização, ou de técnicas jurídicas administrativas de estatização e de desestatização. O momento é adequado para a criação de novos instrumentos jurídicos, de acordo com as necessidades práticas, adaptando a hermenêutica jurídica tradicional.

Contudo, tal como bem concluiu a professora Juliana Ferraz Coutinho nas reflexões finais da sua tese de doutoramento, urge complementaridade entre funções e abordagens, para se alcançar uma compreensão diferenciada das novas funções da administração pública como atividade administrativa propriamente dita e da

---

114 . Privatization can also be observed in management. Various public hospitals in Germany have completely contracted out their strategic and operational management to private chains or consultancy firms to improve hospital efficiency. Although no official data are available on this type of privatization, it seems to be an expanding phenomenon. MAARSE, Hans. The Privatization of Health Care in Europe: An Eight-Country Analysis. J Health Polit Policy Law. 2006. Vol. 31. Ed. 5ª. p. 981–1014. Disponível em: https://doi.org/10.1215/03616878-2006-014. Acesso em: 1º.5.2020.

115 . SCHULTEN, Nils Böhlke und Thorsten. The Privatisation of Hospitals in Germany:Lowering Confidence of Germans in Their Hospitals? HealthManagement. Vol. 10, Issue 4. 2008. Disponível em: https://healthmanagement.org/c/hospital/issuearticle/the-privatisation-of-hospitals-in-germany-lowering-confidence-of-germans-in-their-hospitals. Acesso em: 05.02.2019.

Administração Pública como entidade personificada direta ou indiretamente em representação do Estado. Atualmente, a efetividade do Direito Administrativo está em alcançar soluções de impasses de ordem prática, necessitando de reposicionamento conceptual dinâmico das ferramentas hermenêuticas clássicas.[116]

3. O Sistema de Saúde Português

O corpo constitucional traz um conjunto de elementos, constituído por normas, instituições, direitos e garantias, que se inter-relacionam, causando elevada complexidade. Ao tratar da Constituição da Saúde, deve compreender-se o universo da saúde no seu conjunto. Trata-se da entropia[117] com as demais Constituições contidas na Carta Constitucional da República Portuguesa de 1976 e, também, da ordem jurídica que a compõe como Sistema de Saúde em si considerado. Os preceitos base do *cosmo normativo* do Sistema de Saúde Português, como denomina J. J. Gomes Canotilho, estão contidos no artigo 64.º da CRP, regulando e disciplinando de forma harmonizada com as demais normas jurídicas que compõem a ordem jurídica de regulação da saúde.[118]

A coerência do Sistema de Saúde está relacionada com a unicidade das normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais que teleologicamente fazem sentido através da interpretação do conjunto. Não obstante, a norma jurídica constitucional não é o desfecho do universo da saúde. Os acontecimentos práticos acabam por criar modelos de comportamento, espaços de interação entre os *stakeholders* e estruturas de socialização e de solidificação de padrões de atuação dos operadores e dos indivíduos. Mais a mais, o Sistema de Saúde é um regime jurídico de direito administrativo *sui generis*, pois, ao mesmo tempo que contem o arcabouço normativo de tutela pública do bem jurídico saúde, disciplinando o funcionamento de atividades e de organizações de interesse coletivo, estas vinculadas, direta ou indiretamente, à

116 . COUTINHO, Juliana Ferraz. O público e o privado na organização administrativa. Coimbra: Almedina. 2017. p. 709.

117 . ALFERES, Eduardo Henrique. Autopoiése do Direito. Revista Âmbito Jurídico (on-line). 1º de maio de 2.010. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/autopoiese-do-direito/. Acesso em: 10.09.2017.

118 . CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 16 reimp. Coimbra-PT: Editora Almedina. 2.003. p. 1.142-1.147.

responsabilidade de pôr em prática o *direito à proteção da saúde*, existem também outras organizações da sociedade civil que desempenham iguais atividades. Como direito fundamental por opção constitucional, o *direito à proteção da saúde* é indisponível e aderente à missão de satisfação dos fins de alcance universal e integral (art. 64.º, N.º 2, alínea *a*, CRP).

Como regime jurídico, o Sistema de Saúde é um subsistema normativo, não se vinculando apenas a um ramo do direito. No que concerne ao bem jurídico que tutela, está integrado por um conjunto normativo que disciplina em género um tipo de atividade social essencial para o bem-estar da humanidade. Assim, apresentamos, a título de sugestão, a seguinte definição de Sistema de Saúde: trata-se de um regime de direito administrativo, estando compreendido por normas de direito público e de direito privado em interação para a prossecução dos fins de cuidados da saúde. Sendo assim, a atividade administrativa da saúde está voltada para a procura de meios viáveis de concretização do *direito à proteção da saúde*. Para isso está subordinada ao regime jurídico do Sistema de Saúde, possuindo normas de direito público e de direito privado.

Diante desta proposição, possui eficácia mitigada a construção hermenêutica de diferenciação do direito público e do direito privado, como se os regimes jurídicos optassem por uma lógica de princípios e de regras jurídicas dentro de um modelo quadro estático aos padrões de raciocínio *civil law*. Ao passo que se tem ambivalência no regime jurídico de saúde pela dinâmica prática de desenvolvimento dos cuidados de saúde. Encontramos no art. 64.º da CRP a disciplina dos poderes, dos deveres e dos direitos envolvidos na primazia e na obrigação do Estado em proteger o direito à saúde. Esta parte do Sistema de Saúde está inserida no direito administrativo público, criando órgãos e funções em âmbito público, atribuindo competências para dar impulso aos cuidados de saúde, visando alcançar a satisfação de interesse público. Não obstante a atividade administrativa estar orientada para o direito fundamental à proteção da saúde, a estrutura de entes e sujeitos, a adesão dos bens e a execução das atividades para alcançar a concretização prática do direito fundamental à proteção da saúde requer a adoção de um regime jurídico administrativo diferenciado, que absorve normas de direito privado, ou melhor, de direito administrativo privado.

Isto quer dizer que, ao trazer para o Sistema de Saúde normas de direito privado, não significa que estas venham com acepção do direito subjetivo de autonomia de vontade, livre de escolha dos valores para exercer comportamentos de satisfação individuais das organizações da sociedade civil. A natureza instrumental da norma, inserida no Sistema de Saúde, está ao serviço da realização do direito fundamental à proteção da saúde. A vinculação do direito administrativo privado da saúde é direcionado para o fim de satisfazer as incumbências delimitadas pelo art. 64.º da CRP, através da constitucionalização do direito administrativo. A eficácia jurídica instrumental de qualquer norma do regime jurídico do Sistema de Saúde está funcionalmente direcionada às tarefas prioritárias de proteção dos cuidados de saúde.[119]

Conforme demonstrou Maria João Estorninho Dentro, dentro deste diapasão existem quatro tarefas prioritárias do país em relação ao Sistema de Saúde. As *tarefas primárias* são a garantia do acesso de todos os cidadãos aos cuidados médicos e a cobertura (racional e eficiente) no território jurídico português com recursos humanos e unidades de saúde (art. 64.º, N.º 3, alíneas *a* e *b*, CRP). As *tarefas instrumentais* são os meios pelos quais serão realizadas as tarefas primárias (art. 64.º, N.º 2, alínea *a* e N.º 3, alínea *d*, CRP). As *tarefas setoriais* estão relacionadas com a regulação e a fiscalização da produção e da comercialização de produtos químicos, biológicos e farmacêuticos, bem como a criação de políticas públicas para prevenção e tratamento de toxicodependência (art. 64.º, N.º 3, alíneas *e* e *f*, CRP). A quarta tarefa não chega a ser uma tarefa propriamente dita. É apenas um propósito epistémico a ser alcançado por intermédio construtivo do aparato normativo infraconstitucional, cabendo ao Estado orientar a ação para o controle dos gastos dos cuidados médicos e medicamentosos (art. 64.º, N.º 3, alínea *c*, CRP).[120]

De entre as tarefas prioritárias do Sistema de Saúde, a iniciativa da instrumentalidade de como realizar, materializar, ou melhor, corporificar os meios para dar acesso aos cuidados de saúde é dimensionado constitucionalmente, mediante duas diretivas de desenvolvimento do sistema normativo da saúde. A primeira diretriz é a necessidade do Serviço Nacional de Saúde (SNS), podendo esta ser considerada

---

119 . JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 44-123

120 . ESTORNINHO, Maria João. Organização administrativa da saúde: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino. Coimbra: Almedina. 2008. p. 51-52.

exigência de existência da *instituição*, ou seja, da presença e do funcionamento do SNS em Portugal, ligado ao subsistema jurídico (ex. Lei de Base da Saúde) que estabelece os modelos de comportamentos, os espaços de ligação dentro do SNS entre os prestadores e os utentes, e a estrutura de socialização mais ou menos estatizada, de acordo com a opção do legislador infraconstitucional.[121] O art. 64.º, N.º 2, alínea *a,* da CRP instituiu de forma cogente a criação desta instituição, exigindo a regulamentação única dos serviços públicos de saúde. A segunda orientação está relacionada com a forma de estabilização da organização administrativa dos serviços públicos de saúde, que, de forma sintética e clara, aponta que *o serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada* (art. 64.º, N.º 4, CRP).

A tentativa do Ministério dos Assuntos Sociais, através do art. 17.º do Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de Junho, de revogar os artigos 18.º a 61.º, 64.º e 65.º da Lei de instituição do Serviço Nacional de Saúde (Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro) colocava um ponto final na *instituição* do SNS, para constituir as administrações regionais de cuidados de saúde, denominado Administração Regional de Saúde (ARS, I.P.). À época, o Conselheiro do Tribunal Constitucional, Vital Moreira, relatou o Acórdão n.º 39/84, no processo n.º 6/83, que declarou inconstitucional tal pretensão. Não obstante, o guardião constitucional introduziu diretrizes importantes para a condução das duas diretivas de desenvolvimento do SNS. *A criação de um serviço nacional de saúde é pois instrumento – o primeiro – de realização do direito à saúde. Constitui por isso elemento integrante de um direito fundamental dos cidadãos, e uma obrigação do Estado*. Trata-se de uma norma organizatória de natureza administrativa constitucionalizada, reconhecendo que o SNS *não é apenas um conjunto de prestações – é uma estrutura organizatória*. Não obstante, o SNS *não é apenas um conjunto mais ou menos avulso de serviços (hospitais, etc.)*, ou seja, não é um complexo orgânico de entidades públicas da Administração Pública direta e indireta. *É um serviço em sentido próprio*. *É portanto uma*

[121] . CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 16 reimp. Coimbra-PT: Editora Almedina. 2.003. p. 1.145-1.146.

estrutura a se, um complexo de serviços, articulado e integrado.[122] Assim, é a exigência de existência da *instituição*[123].

O SNS é a estrutura do regime de direito administrativo, originado pelo art. 64.º, N.º 2, alínea *a* da CRP, e instruído para o desenvolvimento do sistema normativo pelo art. 64.º, N.º 4 da CRP. Estas são as dimensões constitucionais do regime de direito administrativo contidas na Constituição da Saúde. Nada além ou aquém disso. O legislador constituinte atribuiu legitimidade ao legislador infraconstitucional para delimitar a estrutura organizacional dos serviços, escolhendo *os meios* e *as formas* de pôr em prática a *funcionalidade* do sistema único de saúde português. Talvez de forma mais simples, o SNS sempre foi uma garantia constitucional de *instituição* de uma estrutura no território nacional que zela pelos serviços públicos de saúde independente de quem os presta. Como sistema único organizativo da saúde pública, o SNS deve ter *gestão descentralizada e participada* da rede[124] de órgãos e de serviços, direcionados à prestação de cuidados globais de saúde a toda a população (art. 64.º, N.º 4, CRP c/c art. 2.º da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro).

A garantia constitucional em relação ao SNS está focada na existência de diretivas dos serviços públicos de saúde a nível nacional. O planeamento estratégico da saúde pública é desenvolvido para todo território português, cabendo aos órgãos, às pessoas ou às organizações trabalharem em sintonia com esta missão. Neste sentido, o N.º 2 do art. 64.º da CRP é norma programática[125], dependendo de instituição por meio da lei infraconstitucional. Isto significa que, a organização do Estado é matéria constitucional, a criação e a estrutura da Administração Pública é matéria de direito administrativo. Ao tratar da execução dos serviços públicos de saúde, está a tutelar-se a

---

122 . PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 39/84, de 11 de Abril. Plenário. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html. Acesso em: 10.6.2018.

123 . CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 16 reimp. Coimbra-PT: Editora Almedina. 2.003. p. 1.145-1.146.

124 . Dicionário Michaelis. Rede é o conjunto de pessoas, órgãos ou organizações que trabalham em conexão, com um objetivo comum. Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=rede. Acesso em: 29.8.2018.

125 . As normas programáticas são (...) *aquelas em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nela consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente à consecução dos fins sociais pelo Estado*. DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Vol. 3. São Paulo: Saraiva. 1.998. p. 371.

relação jurídica de conexão entre os serviços e as pessoas, que servem de suporte à satisfação da proteção da saúde (art. 64.º, N.º 1 e N.º 2, CRP).[126]

A Lei n.º 56/79, que instituiu o SNS, e as sucessivas Leis de Base da Saúde (Lei n.º 48/90 e Lei n.º 95/2019) não são normas de organização da Administração Pública da saúde. Tratam-se antes de normas de construção do regime administrativo do SNS em Portugal, ou melhor, do sistema único de saúde pública português. A relevância fundamental deste nível de normatização é estabilizar a *instituição* de forma ordenada e sistematizada da estrutura material e humana, que servirá à realização de ações de interesse social ou coletivo, através de regras jurídicas coerentes com a realidade da saúde. As Leis Orgânicas do Ministério da Saúde são normas de organização estrutural da Administração Pública (do Estado), pois, no significado subjetivo, é o corpo de pessoas, públicas e privadas, e de órgãos, que executam atividades administrativas no âmbito do Sistema de Saúde de Portugal, gozando de atividades administrativas que tutelam os serviços de saúde privados e públicos.

A partir da CRP de 76, existiram três Leis Orgânicas do Ministério da Saúde (Decreto-Lei n.º 10/93, de 15 de Janeiro; Decreto-Lei n.º 212/2006, de 27 de Outubro; e Decreto-Lei n.º 124/2011, de 29 de Dezembro). Todos os diplomas normativos referidos são fruto de reformas administrativas que visaram alcançar uma melhoria nas atividades administrativas e a redução de gastos públicos com a manutenção da *máquina pública*.

Ao normatizar os meios e as formas de colocar em prática a funcionalidade do sistema único de saúde português, tem-se como propósito a criação de regras jurídicas que regulem a execução dos serviços públicos de saúde. Já se tornou senso comum, desde a fase dos *Anos de Ouro* europeia, que existe uma facilidade e utilidades públicas por parte dos cidadãos (administrados) e o consecutivo assentimento do Estado a atividades preexistentes de incumbência dos particulares, associados à limitação dos recursos públicos e que guardam uma feição de realidade menos operante com os esforços diretos da Administração Pública, no sentido da própria *máquina pública*

126 . Noção adaptada dos serviços administrativos de Marcello Caetano. CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. 10ª ed. Coimbra: Almedina. 2.015. p. 248.

oferecer aos indivíduos serviços públicos de saúde adequados às expectativas abrangentes da área da saúde. Esta realidade fez com que, na prática, a *funcionalidade* do sistema único de saúde português fosse realizada através da transferência da execução dos serviços a terceiros. Estes podem ser *sui generis* à Administração Pública, tendo o papel de servir os utentes de acordo com o regime jurídico administrativo do SNS.

Ao consagrar um qualquer serviço público, a máquina administrativa apresenta duas técnicas jurídicas para oferecê-lo, a saber, a centralização e a descentralização. O objeto saúde é uma unidade funcional dos serviços administrativos portugueses, mas não se basta nesta percepção. Configura também uma atividade de cuidados de saúde, necessitando de um conjunto integrado de operadores que colaboram na prestação dos serviços à coletividade e aos indivíduos.

A execução centralizada dos serviços de saúde é da competência da administração pública direta. O aparelho administrativo estatal é realizado por intermédio de órgãos que o compõem. Como está em causa a função administrativa, os serviços são executados e explorados pela Administração Pública direta para o administrado, não existindo pessoas intermediárias. Pode visualizar-se na atual Lei Orgânica do Ministério da Saúde que parcela de sua estrutura é formatada por serviços centrais, integrados na administração direta através de órgãos que respeitam os critérios hierárquicos de serviços subordinados e de chefias centrais, instituídos com as denominações Secretaria-Geral; Inspecção-Geral das Actividades em Saúde; Direcção-Geral da Saúde; Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências e Direção-Geral de Proteção Social aos Trabalhadores em Funções Públicas (art. 4.º do Decreto-Lei n.º 124/2011, de 29 de Dezembro). A função do departamento de saúde do Governo é direcionada ao Sistema de Saúde, estando nele contido o SNS com também o setor privado, ambos fazendo parte da política nacional de saúde (art. 2.º).[127]

A atual Lei Orgânica do Ministério da Saúde, Decreto-Lei n.º 124/2011, de 29 de Dezembro, possui quatro capítulos, tratando da missão e atribuições;

[127] . PORTUGAL. Lei Orgânica do Ministério da Saúde. Decreto-lei n.º 124/2011, de 29 de Dezembro. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/115165188/202005080310/exportPdf/maximized/1/cacheLevelPage?rp=indice. Acesso em: 09.12.2019.

da estrutura orgânica; dos serviços, organismos e órgãos consultivos e das disposições transitórias e finais. O capítulo dos serviços, organismos e órgãos consultivos subdivide-se em quatro secções, tratando da administração direta; da administração indireta; da entidade administrativa independente; e do órgão consultivo.

No que concerne ao serviço de saúde como serviço público, a doutrina portuguesa divide-o em três bases conceptuais para desenvolver a hermenêutica do estudo do Direito Administrativo da Saúde. O primeiro é o género Sistema de Saúde, que integra os estabelecimentos e serviços do MS, bem como entidades privadas e sociais através de contratos ou convenções. O segundo é a espécie Serviço Nacional de Saúde, que abarca o conjunto de estabelecimentos e serviços dependentes do MS, com ou sem personalidade jurídica, compondo uma estrutura orgânica submetida ao à regulamentação jurídica específica do SNS. O terceiro é consequência da instituição do sistema funcional para a prestação de cuidados de saúde, é o meio pelo qual se viabiliza o funcionamento do sistema, ou ainda, é a estrutura concreta de entidades públicas ou privadas (com ou sem fins lucrativos), que, nos termos da Lei de Base da Saúde, revogada em 4 de setembro de 2019, se denominava Rede Nacional de Prestação de Cuidados de Saúde.

A Lei n.º 48/90 de 24 de Agosto apresentava no seu Capítulo II (Entidades Prestadoras de Cuidados de Saúde em Geral) a Base XII, que definia os conceitos *ex legis* para o género Sistema de Saúde no N.º 1 e para as espécies SNS no N.º 2 e Rede Nacional de Prestação de Cuidados de Saúde no N.º 4:

> CAPÍTULO II
>
> DAS ENTIDADES PRESTADORAS DOS CUIDADOS DE SAÚDE EM GERAL
>
> Base XII
>
> Sistema de saúde
>
> 1 - 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.
>
> 2 - O Serviço Nacional de Saúde abrange todas as instituições e serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde dependentes do Ministério da Saúde e dispõe de estatuto próprio.

> 3 - O Ministério da Saúde e as administrações regionais de saúde podem contratar com entidades privadas a prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde sempre que tal se afigure vantajoso, nomeadamente face à consideração do binómio qualidade-custos, e desde que esteja garantido o direito de acesso.
>
> 4 - A rede nacional de prestação de cuidados de saúde abrange os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde e os estabelecimentos privados e os profissionais em regime liberal com quem sejam celebrados contratos nos termos do número anterior.
>
> 5 - Tendencialmente, devem ser adoptadas as mesmas regras no pagamento de cuidados e no financiamento de unidades de saúde da rede nacional da prestação de cuidados de saúde.
>
> 6 - O controlo de qualidade de toda a prestação de cuidados de saúde está sujeito ao mesmo nível de exigência.

Atualmente, a nova Lei de Base da Saúde - Lei n.º 95/2019 de 4 de Setembro - não estabelece um conceito *ex legis* em relação ao Sistema de Saúde. A política legislativa atual preocupou-se mais em focar na construção de princípios-regra de estatização do serviço, do que com a organização administrativa propriamente dita. O serviço administrativo é apenas uma unidade básica da organização, como já dizia Marcello Caetano. *Os serviços são simples instrumentos das entidades que participam da vida jurídica, assumindo obrigações e exercendo direitos*[128]. A organização administrativa do Sistema de Saúde e do SNS é fruto da criação da ordem jurídica e, ao se optar por uma nova Lei de Base da Saúde, arrisca-se dizer que, a atuação do sistema funcional dos prestadores de cuidados de saúde sob a ótica da revogada Lei n.º 48/90 tornou-se disfuncional em relação à realidade estrutural dos serviços de saúde em Portugal.

As Bases 6, 19, 20 e 22 referem o microssistema de intenção organizacional do Sistema de Saúde e, obviamente, do SNS, pois, o N. 1º da Base 6 deixa evidente que a *realização do direito à proteção da saúde efetiva-se primeiramente através do SNS e de outros serviços públicos*, ou seja, por estabelecimentos públicos, voltando a ideia de estatização das funções públicas[129]. O legislador enfatizou o princípio-regra através do N.º 1 da Base 19 - *o funcionamento do sistema de saúde não pode pôr*

---

[128] . CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Vol 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina. 2015. p. 176.

[129] . LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. Paulo Alberto Pasqualini (Rev.). 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 208.

em causa o papel central do SNS enquanto garante do cumprimento do direito à saúde. Não se imputa erro técnico jurídico na opção de política legislativa da nova Lei de Base da Saúde. Existe apenas uma incongruência com as evoluções da primeira revisão constitucional económica e com as sucessivas alterações legislativas infraconstitucionais que direcionavam o país para o novo papel do Estado regulador, que não deixou, obviamente, de se preocupar com as questões sociais[130]. A figura jurídica de serviço público de saúde voltou a direcionar-se para um complexo de fins sociais de saúde pública a que os entes administrativos se detêm a oferecer[131]. E isto coloca em contraposição escolhas até então feitas no país, de criação de mecanismos jurídicos permissivos a um retorno ao modelo hermenêutico de satisfação da ordem pública através de uma organização pública, retomando as bases epistémicas da doutrina francesa[132].

Adotando o atual conceito, o *SNS é o conjunto organizado e articulado de estabelecimentos e serviços públicos prestadores de cuidados de saúde, dirigido pelo ministério responsável pela área da saúde, que efetiva a responsabilidade que cabe ao Estado na proteção da saúde* (Base 20, N.º 1 da Lei n.º 95/2019). Atualmente, os serviços públicos de saúde em Portugal são assim considerados por consequência da titularidade estatal e não pela razão de ser do sistema único de saúde português de destinação da satisfação do direito à proteção dos cuidados de saúde. Tal factualidade rompe o aspecto material ou objetivo de serviço público de saúde consistente em cumprir as necessidades individuais ou transindividuais dos cuidados de saúde, em prol de uma conceptualização subjetivista de caracterização de um serviço público de saúde pela atuação desenvolvida pelo Estado ou entidade pública propriamente dita[133].

3.1. Serviços Centrais da Administração Direta do Estado na Saúde

130 . ANTÓNIO, Isa. As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde. Coimbra: Almedina. 2015. p. 16.
131 . ROMANO, Santi. *Principi di Diritto Amministrativo Italiano.* 3ª ed. Livro VI. N.º 312. Milão. 1912. p. 357.
132 . HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public.* 10ª ed. Paris. 1923. p. 25.
133 . JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo. 2009. p. 600-602.

Os serviços centrais da Administração direta do Estado na saúde são serviços centralizados. O Poder Público presta serviços através de órgãos em nome do Estado e sob sua exclusiva responsabilidade. Isto significa que, por opção de política legislativa, o Estado é o titular e, ao mesmo tempo, o prestador do serviço. Os órgãos estão interligados na Administração direta, ou melhor, são partes ou tentáculos do Ministério da Saúde. A distribuição entre os vários órgãos do nítido domínio do MS é uma manifestação da desconcentração, ou melhor, é uma estrutura dos serviços centralizados, mas executados indiretamente com o fim exclusivo de tentar simplificar e acelerar a gestão do Sistema de Saúde em Portugal.

A Secretaria-Geral (SG) tem incumbência de garantir auxílio técnico e administrativo aos gabinetes dos membros do Governo, integrados no MS e aos demais órgãos, serviços e organismos deste ministério que não integram o SNS, nos comandos da gestão de recursos internos, do apoio técnico-jurídico e contencioso, da documentação e informação e da comunicação e relações públicas (art. 10.º, N.º 1).

A Inspecção-Geral das Actividades em Saúde (IGAS) possui atribuição de auditar, inspecionar, fiscalizar e desenvolver a ação disciplinar no setor da saúde, assegurando o cumprimento da lei e elevando os níveis técnicos de atuação em todos os domínios da atividade e da prestação dos cuidados de saúde, desenvolvidos quer pelos serviços, estabelecimentos e organismos do MS, ou por este tutelados, bem como pelas entidades privadas, pessoas singulares ou coletivas, com ou sem fins lucrativos (art. 11.º, N.º 1).

A Direcção-Geral de Saúde **(**DGS) é órgão incumbido de regulamentar, orientar e coordenar os atos de promoção da saúde e prevenção da doença, definir as condições técnicas, adequando a prestação de cuidados de saúde, planeando e programando a política nacional de saúde, procurando formas de melhorar a qualidade no Sistema de Saúde e assegurando a elaboração e a execução do Plano Nacional de Saúde e a coordenação das relações internacionais do MS (art. 12.º, N.º 1).

O Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências (SICAD) é o órgão talvez com maior especificidade de responsabilidade,

tendo a seu carga a tarefa de promover a redução do consumo de substâncias psicoativas, prevenindo os comportamentos aditivos e diminuindo as dependências (art. 13.º, N.º 1).

A Direção-Geral de Proteção Social aos Trabalhadores em Funções Públicas (ADSE) tem o encargo de assegurar a proteção dos beneficiários nas atribuições de promoção da saúde e de prevenção da doença, no que concerne ao tratamento e à reabilitação (art. 13.º-A, N.º 1).

O Poder Público deixa claro que é sua a responsabilidade de estabelecer a missão do Sistema de Saúde em Portugal. É a pessoa pública da Administração Pública direta, por intermédio do Ministério da Saúde e dos seus órgãos fracionados, que estabelece os princípios básicos, ditos fundamentais e norteadores da estrutura e das atividades por si desenvolvidas.

Mesmo que seja imposto pela Constituição da Saúde um serviço nacional de saúde, ou melhor, um sistema único de saúde pública, o setor privado não está livre da ordem jurídica estatal da saúde, pois qualquer *reforma administrativa,* qualquer tipo de pessoa, com caraterísticas privadas ou públicas, terá de se submeter à intervenção do Estado no domínio social, onde se insere a saúde na primeira parte dos direitos e dos deveres fundamentais - Título III -, tratando dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, especificando no Capítulo II a formatação da Constituição da Saúde através do art. 64.º da CRP[134-135].

As incumbências centralizadoras do Estado, fracionadas nos órgãos da Administração Pública direta, podem caracterizar-se por assegurar cinco princípios-regra do Sistema de Saúde. O princípio do planeamento concretiza-se no encargo de elaborar planos e programas, visando o desenvolvimento de qualidade de bem-estar, no que concerne à saúde. O princípio de coordenação manifesta a obrigação de tornar concertadas as ações administrativas, assegurando as fronteiras do planeamento estratégico, evitando, desta forma, a dispersão e os gastos públicos desnecessários,

134 . ANDRADE, José Carlos Vieira de. Lições de Direito Administrativo. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2.017. p. 93-103.

135 . CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. 10ª ed. Coimbra: Almedina. 2.015. p. 280-283.

visando o correto desempenho das tarefas certas de saúde (são desdobramentos dos princípios da economicidade, da eficiência e da eficácia). Por outro lado, o princípio da descentralização administrativa visa assegurar que existirão pessoas distintas do Estado com capacidade para desenvolver as atividades de cuidados de saúde, podendo atuar por sua conta e risco mas sempre sob o controle da ordem estatal do Sistema de Saúde, uma vez que estarão a desempenhar uma atividade pública ou de utilidade pública. O princípio da delegação de competência é manifesto na estrutura geral do Ministério da Saúde através da transmissão de poderes decisórios atribuídos genericamente à autoridade superior para órgãos ou para pessoas subordinadas. O princípio do controle concretiza-se no encargo de acompanhar quotidianamente a execução dos planos e dos programas governamentais na área da saúde pelos órgãos, pessoas e chefias competentes, submetidos aos critérios do princípio da legalidade e da hierarquia.

Os princípios-regra acabados de expor demonstram a adoção da teoria do órgão, sendo que os serviços centrais da Administração direta do Estado são órgãos que fazem parte do corpo do Ministério da Saúde, e, por isso, as suas manifestações de vontade são representações dessa entidade[136].

3.2. Organismos da Administração Indireta do Estado na Saúde

Passemos agora para a análise da Administração indireta do Estado na área da saúde. Pois bem, a estrutura orgânica do Ministério da Saúde utiliza também a execução descentralizada por serviço, admitindo organismos integrados na administração indireta. Portanto, tratam-se de entidades estatizadas com personalidade jurídica pública do tipo *instituto público* (I.P.)[137], que têm a seu cargo um conjunto de serviços personalizados do Estado, mais especificamente *serviços departamentos* na categorização

[136] . JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 92-93.

[137] . PORTUGAL. Lei-quadro dos institutos públicos. Lei n.º 3/2004 de 15 de Janeiro. Artigo 2.º Âmbito de aplicação. 1 - Os institutos públicos integram a administração indirecta do Estado e das Regiões Autónomas. (...) 3 - Não se consideram abrangidas nesta lei as entidades públicas empresariais previstas no Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro. 4 - As sociedades e as associações ou fundações criadas como pessoas colectivas de direito privado pelo Estado, Regiões Autónomas ou autarquias locais não são abrangidas por esta lei, devendo essa criação ser sempre autorizada por diploma legal. (...) TÍTULO II - Princípios fundamentais. Artigo 4.º Conceito. 1 - Os institutos públicos são pessoas colectivas de direito público, dotadas de órgãos e património próprio.

de Marcello Caetano[138], dividindo-se em dois grandes grupos de personalidades jurídicas - sendo a primeira focada na Administração Central e a segunda na Administração Local, por conveniência da realidade e limitada aos critérios vinculativos das leis *lato sensu* de instituição das personalidades coletivas.

O primeiro grande grupo de personalidades coletivas, como departamentos da Administração Central, compõe-se pelas seguintes entidades: a Administração Central do Sistema de Saúde, I. P.; o INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I. P.; o Instituto Nacional de Emergência Médica, I. P.; o Instituto Português do Sangue e da Transplantação, I. P.; e o Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, I. P. Todas estas entidades trabalham de forma integrada por forma a aplicar o plano nacional de saúde. O segundo grupo de personalidades coletivas, como departamentos da Administração Local, forma-se pelas seguintes entidades: a Administração Regional de Saúde do Norte, I. P.; a Administração Regional de Saúde do Centro, I. P.; a Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, I. P.; a Administração Regional de Saúde do Alentejo, I. P.; a Administração Regional de Saúde do Algarve, I. P. Todas estas entidades trabalham através da aplicação dos seus planos locais de saúde (princípio da preponderância do interesse local[139]).

Os *institutos públicos*, I.P., ganham personalidade jurídica coletiva de acordo com o ato legislativo que os instituiu, conforme preconiza o art. 9.º, N.º 1 e N.º 2 da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro. De acordo com os padrões de legalidade, o diploma legal que criar um instituto público ou a sua lei orgânica definem *a sua designação, sede e jurisdição territorial, fins ou atribuições, ministro da tutela, a opção do regime de pessoal, os meios patrimoniais e financeiros atribuídos e incluirá as disposições legais de carácter especial que se revelem necessárias, em especial sobre matérias não reguladas nesta lei quadro e nos diplomas legais genericamente aplicáveis ao novo instituto*.

---

138 . CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. 10ª ed. Coimbra: Almedina. 2.015. p. 372.

139 . ROCA, Javier García. El concepto de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad. Reala – Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, Madrid: MAP – Ministerio de Administraciones Públicas / INAP – Instituto Nacional de Administración Pública, n. 282, p. 23-70, ene./abr., 2000.

Cada serviço personalizado do organismo da Administração Pública indireta da saúde terá normatividade específica aos fins a que se propõe levar a cabo. Deste modo, o esgotamento da sua utilidade pública leva igualmente à sua extinção. Os institutos públicos de saúde possuem um regime especial, sendo detentores de autonomia administrativa e financeira e usufruindo de património próprio. Ao usar a técnica administrativa de *devolução de poderes*, o Ministério da Saúde descongestiona as funções da administração pública direta, criando um conjunto integrado ou colaborativo de entidades públicas, subordinadas ao comando político Ministerial.

3.2.1. Os departamentos da Administração Central da Saúde

Os Departamentos da Administração Central da Saúde são pessoas coletivas públicas com natureza jurídica de institutos públicos (I.P.), organizadas de forma desconcentrada, por personificação. As suas missões institucionais na área da saúde são de direção-geral, abrangendo todo território jurídico português.

A Administração Central do Sistema de Saúde – ACSS, I.P., normatizada pelo Decreto-Lei n.º 35/2012 de 15 de Fevereiro, tem atribuição ambivalente, pois, ao mesmo tempo que assegura a gestão dos recursos financeiros e humanos do MS, também cuida de tais interesses para o SNS e instalações e equipamentos da saúde pública. Para além disso, interage com os *institutos públicos* das Administrações Regionais de Saúde, I.P., contratando prestadores de serviços para os cuidados da saúde. Como departamento da Administração Central, subordinado ao MS, procura alcançar melhores índices de capacitação, por forma a imprimir eficiência e sustentabilidade ao SNS; aperfeiçoar a governação do Sistema de Saúde (públicos ou privados); garantir a política de financiamento equitativa e sólida, a política nacional de saúde; otimizar o capital humano, qualificando os profissionais de saúde; e simplificar o funcionamento do SNS[140].

[140] . PORTUGAL. Serviço Nacional de Saúde. Administração Central do Sistema de Saúde (ACSS), I.P. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/entidades-de-saude/administracao-central-do-sistema-de-saude/. Acesso em: 10.2.2019.

O INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P., concebido pelo Decreto-Lei n.º 46/2012 de 24 de Fevereiro, tem atribuição de regulamentação e de supervisão dos setores de medicamentos para humanos e dos demais produtos de saúde. Procura também encontrar meios para garantir a acessibilidade aos medicamentos e aos produtos, garantir a qualidade comprovada cientificamente, não expondo a riscos os utentes e dando segurança aos profissionais da área médica para prescrevê-los (art. 3.º, N.º 1). Atentos os desígnios da evidência científica, que se alcançam através de um conjunto de elementos de avaliação, utilizados para apoiar ou refutar uma hipótese ou teoria científica, submetido ao regime jurídico específico criado pelo Ministério da Saúde, denominado Sistema Nacional de Avaliação de Tecnologias de Saúde (SiNATS)[141], através do Decreto-Lei n.º 97/2015 de 1º de Junho, o INFARMED, I. P., tem um papel legislativo na regulamentação técnica, exercendo o papel de serviço personalizado do Estado para os fins de avaliação técnica, terapêutica e económica das

[141] . O Ministério da Saúde pretende uma mudança de paradigma no modo de utilização e aquisição das tecnologias de saúde, nomeadamente medicamentos e dispositivos médicos. Para o efeito, é criado, pelo presente decreto-lei, o Sistema Nacional de Avaliação de Tecnologias de Saúde (SiNATS), que integra todas as entidades públicas e privadas na área da saúde com o objetivo de obter ganhos em saúde, harmonizado com outros sistemas europeus que procuram atingir o mesmo objetivo. Apesar de o SiNATS integrar todos os intervenientes nas tecnologias de saúde, quer as suas responsabilidades, quer o resultado da avaliação das tecnologias de saúde, são diferentes em função do âmbito de utilização das mesmas. Assim, a avaliação das tecnologias de saúde tanto pode materializar -se em recomendações gerais para a sua utilização no sistema de saúde, como em condições de utilização e aquisição para as instituições e serviços do Serviço Nacional de Saúde (SNS). O SiNATS permitirá que as tecnologias de saúde sejam objeto de avaliação e reavaliação num contexto integrado e com recurso preferencial à fixação de objetivos através de contratos com os titulares das autorizações. O sistema que agora se cria está em linha com as melhores práticas europeias e constitui um importante passo no sentido de melhorar o funcionamento do sistema de saúde nacional. É de sublinhar, como inovação importante e que reforça o caráter compreensivo do sistema, a circunstância de os dispositivos médicos serem também abrangidos pela avaliação de tecnologias. O SiNATS baseia -se no conhecimento técnico do INFARMED — Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I. P. (INFARMED, I. P.), e em todo o acervo de informação que pode ser organizado e estruturado com vista a proceder -se à avaliação das tecnologias de saúde, para se poder determinar condições ótimas de utilização. Através do SiNATS procede -se à avaliação técnica, terapêutica e económica das tecnologias de saúde, suportada num sistema de informação que recolhe e disponibiliza informação para todas as entidades que pretendam decidir da qualidade, economia, eficácia, eficiência e efetividade da utilização de medicamentos e dispositivos médicos ou outras tecnologias de saúde O SiNATS é suportado por órgãos técnicos que validam a informação e avaliam a aplicação das tecnologias de saúde, introduzindo, deste modo, racionalidade na comparticipação e na aquisição de tecnologias de saúde. Um dos aspetos importantes do regime agora aprovado consiste na clara indicação de que a introdução no mercado e suscetibilidade de comercialização e utilização de uma tecnologia de saúde é condição necessária, mas não suficiente, para o seu financiamento pelo SNS. Com efeito, decorre de exigências de qualidade, economia, eficiência e eficácia que a decisão de permitir a utilização, no SNS, de certa tecnologia de saúde, deve depender não só dos controlos de qualidade, segurança e eficácia que presidem à decisão de introdução no mercado, mas também de um controlo da eficiência e efetividade que permita demonstrar que os recursos públicos destinados à prestação de cuidados de saúde são utilizados em tecnologias de saúde que oferecem mais -valias relevantes. A criação dos mecanismos para efetuar esse controle é um dos propósitos do regime agora aprovado. PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 97/2015, de 1º de Junho, procede à criação do Sistema Nacional de Avaliação de Tecnologias de Saúde. Preâmbulo. Disponível em: https://dre.pt/application/file/a/67352197. Acesso em: 10.2.2019.

tecnologias de saúde. Funciona, assim, como personalidade jurídica coletiva que interage com o mercado da saúde, trabalhando com a participação de particulares do segmentos.

É importante mencionar que o SiNATS admite a utilização dos contratos de comparticipação e de avaliação prévia (art. 6.º). Contudo, o titular da tecnologia fica vinculado às finalidades práticas do Sistema de Saúde (N.º 3). Trata-se de uma forma de privatização, na medida em que a contratação pela Administração Pública de serviços do seu interesse com a iniciativa privada é um modo de desembolsar recursos para adquirir serviços tecnológicos para os fins de entrega de tecnologia da saúde aos utentes. Assim, o SiNATS admite a terceirização, reconhecendo implicitamente ou por interpretação teleológica os desígnios normativos do SiNATS, que a participação da iniciativa privada nas questões de desenvolvimento tecnológico promovem a maximização dos ganhos na saúde e na qualidade de vida dos cidadãos, reduzindo, por outro lado, os desperdícios e a ineficiência (art. 3.º, N.º 1, alíneas *a* e *e*).

O Instituto Nacional de Emergência Médica - INEM, I. P., constituído pelo Decreto-Lei n.º 34/2012 de 14 de Fevereiro, tem várias atribuições gerais, definindo, organizando, coordenando, participando e avaliando as atividades e o funcionamento de um Sistema Integrado de Emergência Médica (SIEM)[142], garantindo aos utentes sinistrados ou às vítimas de doença súbita a pronta e correta prestação de cuidados de saúde (art. 1.º, N.º 1). O INEM, I.P., coordena os serviços de urgência e/ou emergência nos estabelecimentos de saúde, no que concerne à prestação de cuidados de emergência médica em ambiente pré-hospitalar e respectiva articulação com os serviços de urgência/emergência; a referenciação e transporte de urgência/emergência; a recepção hospitalar e tratamento urgente/emergente; a formação em emergência médica; o planeamento civil e prevenção e a rede de telecomunicações de emergência (N.º 2), existindo outras imputações de responsabilidade delegada com iguais propósitos aos já referidos (N.º 3, alienas *a* a *q*).

O Instituto Português do Sangue e da Transplantação – IPST, I. P., concebido pelo Decreto-Lei n.º 39/2012 de 16 de Fevereiro, possui o papel de assegurar

142 . O Sistema Integrado de Emergência Médica (SIEM) foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 167/2003, de 29 de Julho, revogado pelo Decreto-Lei n.º 220/2007, de 29 de Maio, que, por sua vez, foi revogado pelo atual Decreto-Lei n.º 39/2012, de 16 de fevereiro.

e de regulamentar as atividades da medicina transfusional e de transplantação, bem como tutela a efetivação dos bancos de sangue humano e seus componentes e, ainda, dos bancos de órgãos, tecidos e células humanas (art. 3.º, N.º 1).

O Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge – INSA, I. P., instituído pelo Decreto-Lei n.º 27/2012 de 8 de Fevereiro, é considerado o *Laboratório* do Estado, trabalhando na investigação e no desenvolvimento de tecnologia para a saúde pública. Para cumprir tal desiderato utiliza não só as atividades laboratoriais em si bem como a epidemiologia - instrumento utilizado nas pesquisas para observação e para vigilância da saúde pública a nível nacional. Esta entidade possui ainda a atribuição de controle externo da qualidade laboratorial, propagando o trabalho com base em evidências científicas através da capacitação dos prestadores dos serviços (art. 3.º, N.º 1). Tendo em conta o caráter específico das suas finalidades, o serviço personalizado do INSA, I. P. é autorizado a criar e participar de outras entidades públicas ou privadas, admitindo também ajustar parcerias com outras entidades de natureza científica ou tecnológica, bem como consórcios de investigação e de desenvolvimento, desde que preenchidos os requisitos do art. 15.º, N.º 1, alíneas *a* a *d* de forma cumulativa[143]. Trata-se, aliás, de uma exceção em relação à regra geral da proibição dos *institutos públicos* criarem entes privados ou participar da criação ou de adquirir participação destes, nos termos do art. 13.º, N.º 1 e 2, da Lei-Quadro n.º 3/2004, de 15 de Janeiro.

Com base no Decreto-Lei n.º 68/2013 de 17 de Maio, que visa o ganho de eficiência, racionalização e gestão coerente com otimização de recursos e de ganhos de qualidade, o INSA, I.P. transferiu competências, antes exercidas pelo Centro de Genética Médica Doutor Jacinto Magalhães, para o Centro Hospitalar do Porto, Entidade Pública Empresarial (E.P.E.), criado pelo Decreto-Lei n.º 326/2007 de 28 de

[143] . Decreto-Lei n.º 27/2012, de 8 de Fevereiro, Artigo 15.º Criação e participação em outras entidades 1 — A participação e a aquisição de participações, a qualquer título, no capital estatutário ou social de entidades públicas ou privadas, nacionais ou internacionais, bem como o estabelecimento de parcerias com entidades de natureza científica ou tecnológica, por parte do INSA, I. P., apenas pode verificar -se quando, cumulativamente: a) Se mostrar imprescindível para a prossecução das suas atribuições; b) Os fins prosseguidos por aquelas entidades sejam coincidentes ou complementares aos que lhe estão cometidos; c) Seja obtida autorização prévia dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da saúde; d) Resultem comprovadas sinergias de acção benéficas ao desenvolvimento das áreas em que intervém. 2 — O INSA, I. P., pode participar em consórcios de investigação e desenvolvimento, na sua qualidade de laboratório do Estado. 3 — O aumento de participações no capital estatutário ou social de entidades públicas ou privadas está sujeito aos requisitos e forma mencionados no n.º 1.

Setembro. Este último consubstancia um hospital escola, que, para além das obrigações fundamentais de educação de ensino superior, passou a desempenhar a necessidade de uma especialização funcional do SNS, no que concerne ao que antes exercia o Centro de Genética Médica Doutor Jacinto Magalhães, no âmbito dos laboratórios da Unidade de Citogenética, da Unidade de Genética Médica, da Unidade de Genética Molecular e da Unidade de Bioquímica Genética, com exceção do laboratório de Biologia Clínica desta Unidade, do Departamento de Genética do INSA, I.P., bem como dos respetivos núcleos de apoio (art. 2.º do Decreto-Lei n.º 68/2013).

Cumpre patentear que o Centro Hospitalar do Porto, E.P.E, quando criado, através do Decreto-Lei n.º 326/2007, de 28 de Setembro, já foi instituído com as características de entidade pública, dotada de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial, prevendo-se a respetiva natureza jurídica no art. 2.º, alínea *a* do Decreto-Lei n.º 18/2017, de 10 de Fevereiro, que regula o regime jurídico e o estatuto aplicáveis às unidades de saúde do SNS com a natureza de E.P.E. Assim sendo, é parte integrante do Setor Público Administrativo, ou melhor, é um serviço publicizado como serviço personalizado do Estado. Mesmo com a fusão com o Hospital Joaquim Urbano, por meio do Decreto-Lei n.º 30/2011, de 2 de Março, e, posteriormente, a sua alteração para Centro Hospitalar Universitário do Porto, E.P.E., de acordo com o artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 61/2018, de 3 de Agosto, nada mudou em relação à sua natureza jurídica. Qualifica-se como um hospital público com atribuições estendidas às suas finalidades específicas, funcionando como extensão para suprir o funcionamento de especialidades de elevada complexidade tecnológica, tais como as questões genéticas, estando ao serviço do SNS.

Como se pode observar, o primeiro grupo de personalidades coletivas funcionam mais como departamentos da Administração Pública direta – Ministério da Saúde, executando serviços especializados na área da saúde e, bem mais focados no SNS do que pessoas coletivas com autonomia para satisfazer os interesses institucionais.Por outras palavras, os I.P. da Administração Central da saúde carecem de interesses e de finalidades próprias, uma vez que desenvolvem a sua atividade no interesse da gestão política do Ministério da Saúde e, consequentemente, em nome do SNS.

O segundo grupo de personalidades coletivas, como departamentos da Administração Local, não são diferentes, pois também se submetem ao poder político do Ministro da Saúde, estando sujeitos às orientações vinculativas das finalidades da agenda política do país e, mesmo que os I.P. deleguem uma parcela das suas atribuições, as E.P.E. também estarão subordinadas à orientação estratégica do poder político do país (art. 5.º do Decreto-Lei n.º 124/2011, de 29 de Dezembro).

Deste modo, a técnica jurídica de descentralização pode ser considerada imperfeita, no sentido em que estas entidades personificadas ou *serviços personalizados* não possuem real autonomia para a prossecução das suas finalidades, uma vez que estão sobre a tutela do Ministro da Saúde que poderá exercer o controle externo, *corrigindo* o que não estiver nas intenções da agenda política do país e, talvez, substituir o que tiver que ser substituído.

3.2.2. Os departamentos da Administração local da Saúde

As personalidades coletivas, departamentos da Administração local, são definidas pela Lei Orgânica do Ministério da Saúde, denominadas Administrações Regionais de Saúde - ARS, I.P., cujas incumbências são setorizadas por entidade no critério de regionalização, garantindo o acesso à saúde. De forma geral, as ARS, I.P. recebem um conjunto de atribuições ou de finalidades em razão da outorga do MS na condição de pessoa política, para que as pessoas administrativas regionais desenvolvam a política nacional de saúde, projetem a prestação de cuidados de saúde, sirvam de fiscal do cumprimento das diretivas centrais do MS e dos seus serviços personalizados centrais, afetem os recursos financeiros às instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde integrados ou financiados pelo SNS e acompanhem e avaliem o seu desempenho, de acordo com as orientações definidas pela ACSS, I. P., atuando na administração da Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados (RNCCI) e, ainda, cordenem regionalmente a administração da Rede Nacional de Cuidados Paliativos (RNCP), conforme preconiza o art. 19.º do Decreto-Lei n.º 124/2011.

Nos termos da Lei Orgânica do MS, as ARS, I.P. são fracionadas em cinco organismos periféricos, estabelecidos por regiões. As ARS, I.P. são submetidas ao Decreto-Lei n.º 22/2012, de 30 de Janeiro, dispondo por opção estrutural de serviços desconcentrados, designados por Agrupamentos de Centros de Saúde do Serviço Nacional de Saúde (ACES), nos termos do Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 102/2009, de 11 de Maio.

Além do Decreto-Lei n.º 22/2012, de 30 de Janeiro, que aprovou a estrutura orgânica dos ARS, I.P, existe um outro diploma legal que abrange os cinco departamentos personificados da Administração local, o Decreto-Lei n.º 127/2012 de 22 de Agosto, que trata do regime jurídico a que ficam sujeitos a abertura, a modificação e o funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde. Anteriormente, era o Decreto-Lei n.º 279/2009, de 6 de Outubro que cuidava da matéria em relação às unidades privadas de serviços de saúde.

A intenção era alcançar índices de qualidade nos serviços de cuidados de saúde pelos particulares. Na verdade, o setor privado era visto como uma rede de prestadores de cuidados da saúde de forma complementar aos serviços públicos do SNS. O Decreto-Lei nº 127/2012 passou a tratar de forma linear os prestadores de cuidados da saúde, não importando a natureza de público ou de privado, focando-se apenas na qualidade do serviço em si próprio considerado. Este diploma está mais direcionado para o Sistema de Saúde e, consequentemente, para a *rede nacional de prestação de cuidados de saúde*, que, nos termos da recentemente revogada Lei de Base da Saúde – Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, Base XII, N.º 4, abrangia os estabelecimentos do SNS, os estabelecimentos privados e os profissionais em regime liberal através de contratos, desde que fossem atendidos os critérios de vantagem pela qualidade-custos, garantido o direito de acesso aos utentes.

Trata-se de um diploma que surgiu no âmbito da expansão da reforma administrativa do Estado em Portugal. Verificou-se que a visão empresarial no setor público ganhou força por via da concorrência que se fazia sentir entre os operadores económicos privados. Trata-se de período onde se via *com bons olhos* a diversidade de entidades dos setores público e privado (privado e social), atuando no SNS e integradas no setor público, seja por meio de parcerias público-privadas em saúde com gestão e

financiamentos privados (Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 Agosto), seja através da rede de cuidados de saúde primários (Decreto-Lei n.º 60/2003, de 1 e Abril).

Assim, dentro de um ambiente de competição, não poderia o próprio Estado ser o regulador e o supervisor, uma vez que o próprio estava inserido como operador e financiador dos serviços prestados. Daí a importância da Entidade Reguladora da Saúde (ERS), criada pelo Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, da qual se tratará dela mais adiante. Contudo, no momento presente faz sentido fazer menção à ERS, para salientar que esta passou a exercer parte das competências que antes pertenciam às ARS, I.P.I., concretamente, a legitimação de verificação das condições de abertura e funcionamento, por intermédio da fiscalização e da prévia concessão de licenciamento aos prestadores de cuidados de saúde - esta tarefa passou a ser desempenhada pela ERS (Lei-Quadro das entidades administrativas independentes, Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto).

O Decreto-Lei nº 127/2012 traz também importantes definições ou conceitos jurídicos em relação ao regime jurídico diferenciado do Sistema de Saúde. Entre eles pode citar-se, *por ex*., o conceito legal de *estabelecimento prestador de cuidados de saúde*, definido como *um conjunto de meios organizado para a prestação de serviços de saúde, podendo integrar uma ou mais tipologias* (art. 1.º, N.º 2). O conceito normativo de *prestação de cuidados de saúde*, como *as atividades de promoção da saúde, prevenção da doença ou qualquer intervenção com intenção terapêutica* (art. 1.º, N.º 3). Apenas não estão inseridos no âmbito de aplicação desta norma os estabelecimentos detidos por instituições particulares de solidariedade social (IPSS), integrados na RNCCI, por meio do Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro.

As ARS, I.P., são os braços personificados do SNS. Estas já eram as suas extensões em consonância com a Base XXVI, N.º 1, da antiga Lei de Base da Saúde, que determinava o dever de o poder político constituir administrativamente uma organização em *nível de cada região de saúde* por meio de uma *administração regional de saúde* (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto).

A atual Lei de Base da Saúde (Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro), na Base 20, N.º 3, reitera a intenção de regionalizar, ao afirmar que o *SNS* (...) *tem organização regionalizada e uma gestão descentralizada e participada*. Não obstante, é importante reiterar que as ARS, I.P não se encaixam totalmente no fenómeno de descentralização administrativa, já que funcionam quase como departamentos do MS, apenas possuindo a peculiaridade de serem personificados.

As ARS, I.P. possuem organização interna como qualquer outra entidade tradicional pertencente à Administração Pública. Contudo, as cinco ARS, I.P., têm dentro das suas estruturas orgânicas os Departamentos de Contratualização, atendendo os cuidados de saúde primários, hospitalares, continuados integrados, bem como as convenções e a gestão de contratos parceria-público privados. Mesmo com a *cláusula de barreira*, criada pela atual Lei de Base da Saúde por meio da Base 6, N.º 1, que estabelece a participação do setor privado (privado e social) apenas de forma *supletiva e temporária* nos serviços públicos de saúde do SNS, a persistência de atores privados essenciais justifica a necessidade prática de dimensionamento da privatização através da terceirização ou das PPP's, em relação a alguns serviços.

As ARS, I.P. atuam nos três níveis de cuidados de saúde - primários, com centros de saúde resultantes da contratualização de Agrupamentos de Centros de Saúde ou de Unidades de Saúde Familiar (USF); hospitalares - por intermédio da contratualização com Entidades Públicas Empresariais (E.P.E.) ou com entidades do setor social, de Parcerias Público-Privadas, estando inseridas na Rede Nacional de Especialidade Hospitalar e de Referência (RNEHR), atendendo à Portaria n.º 123-A/2014, de 19 de Junho, que esclarece os critérios de criação e revisão; e continuados integrados - que se estabelecem pela Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados (RNCCI), estrutura desenvolvida conjuntamente por três Ministérios (do Trabalho e da Solidariedade Social e da Saúde), através do Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de Junho, composto por instituições públicas e privadas.

Atente-se nalguns exemplos práticos. No início de 2009, o contrato de gestão do Hospital de Braga estabeleceu o regime de PPP, entre a ARS do Norte, I. P., e a Sociedade Gestora do Estabelecimento, S. A. Escala Braga, referente à gestão dos estabelecimentos hospitalares, findando em agosto de 2019. Importa, neste ponto,

salientar que existiu auditoria externa para avaliar o desempenho da PPP, por intermédio do Despacho n.º 8.300/2016, de 27 de Junho, cuja conclusão foi favorável diante do critério geral de custo-benefício,atendendo ao interesse público. O entendimento da auditoria externa foi pela continuidade da PPP (Despacho n.º 1041-A/2017, de 25 de Janeiro e Despacho n.º 6702/2017, de 31 de Julho).

É interessante a referência pois as questões práticas denotam o desígnio utilitário do dimensionamento da privatização, dentro da construção hermenêutica constitucional de subsidiariedade do Estado no suprimento suplementarmente das prestações, no caso de impossibilidade de as mesmas serem realizada pelo setor privado (art. 6º, N.º 1 e art. 7º, N.º 6 da CRP/76). Isto porque, os dois hospitais envolvidos, de Braga e de Cascais, tiveram resultados diferentes em relação ao desfecho mercantilizado da negociação das renovações contratuais. A Escala de Braga refutou a proposta de renovação do contrato de gestão feita pela ARS Norte, I.P., propondo novas condições e inviabilizando a sustentabilidade financeira. Por esta razão, nasceu a consequente reversão do Hospital de Braga, voltando para esfera pública em razão da essencialidade do serviço (Despacho n.º 4040/2019, de 29 de Março). Assim, através do Decreto-Lei n.º 75/2019, de 30 de Maio, o Hospital de Braga passou para o setor público Administrativo, ganhando um enquadramento de tipo societário administrativo, denominado entidade pública empresarial (E.P.E.), nos termos do Decreto-Lei n.º 18/2017, de 10 de Fevereiro, devolvendo a gestão do estabelecimento hospitalar ao setor público. O estabelecimento em sentido empresarial, ou seja, a universalidade de facto que compõe a pluralidade de bens singulares que, sendo pertinentes ao Hospital de Braga, continuam a ter a mesma destinação de prestação dos serviços de saúde pública na região norte de Portugal, passou a ser conduzido por gestão pública. Portanto, torna-se irrelevante a natureza jurídica da universalidade de facto do estabelecimento. O que releva é a funcionalidade que executa de interesse essencialmente público. Até então, era vigente a antiga Lei de Base da Saúde (Lei n.º 48/90), razão pela qual a exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 75/2019 deixou claro a incidência do princípio-regra da subsidiariedade do Estado ao afirmar que *a criação de uma E. P. E. afigura-se a única opção viável, uma vez que o Hospital de Braga funciona atualmente com uma gestão empresarial e que se pretende assegurar a continuidade do seu normal funcionamento, acautelando a transição das posições contratuais assumidas com os fornecedores do hospital e a transmissão dos seus trabalhadores.*

As ARS, I.P. servem como instrumento de garantia à população de acesso à prestação de cuidados de saúde, procurando fornecer os serviços com a melhor qualidade dentro das necessidades de cada região. Apesar de existir uma missão nacional em relação à política nacional de saúde, é reconhecido, através destes institutos públicos de Administração local, a real peculiaridade das necessidades de saúde de cada região. Ao incorporar os Agrupamentos de Centros de Saúde (ACES), o Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro acabou por transformá-los em órgãos desconcentrados dos ARS, I.P., revelando o seu papel de controle da distribuição dos cuidados de saúde através de critérios aplicáveis ao nível primário.[144] Ainda no setor primário da saúde, as contratualizações fazem parte do processo de captação de profissionais de saúde, prestadores efetivos dos serviços, à semelhança dos *General Practitioner* (médicos clínicos gerais e demais profissionais da saúde, ex.: enfermeiros) – GIPs do Reino Unido.

O sistema único de saúde pública português atua com ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação. Este trio revela a intenção de construção de uma estrutura dentro do SNS que tutele a promoção do fomento, cultivo e estímulo do bem-estar da população, adotando condutas adequadas no que toca à saúde e à qualidade de vida, individual e coletiva. Ao mesmo tempo, proteger a saúde significa reduzir ou eliminar perigos com medidas específicas, tais como a vacinação, o controle de medicamentos e conscientização da população para os hábitos de vida saudáveis. Nesse caminho, Portugal propõe-se recuperar os utentes através de medidas proativas do tipo de diagnóstico adiantado, tratamentos adequados e redução de danos à saúde no combate às doenças em geral, a fim de mitigar as consequências na saúde individual e coletiva. Estes serviços, em regra, são de atenção comunitária ou assistencial ambulatorial, hospitalar e, em certos casos, domiciliar, com assistência à recuperação dos utentes.

A integralidade da assistência à saúde pública no sistema único de saúde português revela a necessidade de atuação integrada dos operadores em três níveis

144 . LOPES, Licínio. Direito Administrativo da Saúde. *In* Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. III. Paulo Otero e Pedro A. P. da Costa Gonçalves (Coord.). Coimbra: Almedina. 2010. p. 313-314.

de serviços, não sendo possível deixar de assistir o utente no período de tratamento ou de convalescência.

A atenção básica ou os cuidados de saúde primários consubstanciam o primeiro nível de cuidados no interior do Sistema de Saúde, que, em Portugal, tem uma forte atuação estatizada e boa parte dos prestadores estão submetidos ao regime jurídico diferenciado do SNS, englobam uma universalidade de ações individuais e coletivas, envolvendo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o diagnóstico, tratamento e reabilitação. Trata-se da *porta de entrada* do utente no Sistema de Saúde, tanto privado quanto público, existindo um acesso dos pacientes aos clínicos gerais ou clínicas médicas, que dispõe de especialistas básicos como pediatras, obstetras e ginecologistas. Neste nível, existe uma forte atuação das equipas multiprofissionais de saúde (ex.: enfermeiros, terapeutas ocupacionais, psicólogos), que atuam tendo em vista a promoção e prevenção de doenças.

Conforme a gravidade ou a complexidade do caso, os utentes podem ser encaminhados para outro nível do Sistema de Saúde, conhecido como nível secundário ou cuidados de saúde hospitalares, que se divide em dois subníveis: os serviços ambulatoriais especializados e os hospitais, podendo o atendimento ser diferenciado por média e alta complexidade. Em regra, a média complexidade abarca práticas clínicas com profissionais especializados, usando recursos tecnológicos de apoio de diagnósticos e terapêuticos. Pode referir-se alguns procedimentos que se encaixam no conceito de média complexidade, concretamente, as patologias clínicas, especialistas odontólogos, traumatologistas ortopédicos, anatomopatologia e citologia, fisioterapia, diagnóstico e exame de ultrassonografia. No caso de alta complexidade, a principal característica é a utilização de alta tecnologia e, portanto, o serviço de maior custo em todo Sistema de Saúde, podendo envolver, *por ex.*, casos de traumatologia ortopédica, cardiologia, terapia renal substitutiva e oncologia.

3.3. Entidade Reguladora de Saúde

A Entidade Reguladora de Saúde (ERS) é uma entidade pública administrativa independente que atua como autoridade na missão reguladora da saúde, através da relação de independência funcional com os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde. Contudo, esta independência é mitigada em razão da sua submissão à tutela das orientações do MS, sendo integrada à agenda política de Governo (art. 3.º e art. 6.º do Decreto-Lei n.º 124/2011).

A ERS orienta todos os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde de qualquer setor, público ou privado, e de qualquer nível de serviço, baixa, média e alta complexidade, englobando, desta forma, hospitais, clínicas, centros de saúde, consultórios, laboratórios de análises clínicas, equipamentos ou unidades de telemedicina, unidades móveis de saúde e termas. Os prestadores de cuidados de saúde são coordenados pela ERS, por forma a cumprirem os requisitos legais de funcionamento; efetivem o acesso aos cuidados de saúde pelos cidadãos; concretizem os direitos dos utentes, dando qualidade e segurança ao usuário; ajam dentro dos critério de direito público com transparência na relação económica e na concorrência no mercado da saúde. Além disso, a ERS atua na resolução de conflitos através da arbitragem, que constitui um meio alternativo para a resolução de litígios que poderiam ser judicializados.[145]

A parcial abertura constitucional nas sucessivas revisões admitiu, ao tratar da estrutura administrativa no art. 267.º, N.º 3 da CRP, a criação de entidades administrativas independentes. O espírito supralegal deste dispositivo constitucional é o de estruturar a Administração Pública do país, usando divisões funcionais através de regras-princípios, tais como a descentralização e a participação, que se encontram previstas na interpretação teleológica no art. 64.º, N.º 4 da CRP. A gestão do SNS e, assim, da rede nacional de prestadores de cuidados de saúde, cabe coordenação por meio de relações de independência funcional de autoridade administrativa, com base em evidências científicas, podendo, de alguma forma, afastar a influência política.

A criação da ERS é originária do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, que, naquela época, já tinha autoridade administrativa de supervisão e de

[145] . PORTUGAL. Entidade Reguladora de Saúde. Disponível em: https://www.ers.pt/pt/quem-somos/. Acesso em: 30.3.2018.

regulação de todo o setor da saúde (público e privado), independente no exercício das suas funções. Mas, o principal papel da Entidade Independente era comandar a atuação dos operadores privados na prestação dos serviços públicos. A partir do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio houve uma reestruturação da Entidade Reguladora da Saúde (ERS), definindo as suas atribuições, organização e funcionamento.

Passados mais de quatro anos, Portugal promulgou a Lei-Quadro n.º 67/2013, de 28 de Agosto, passando a tratar das entidades administrativas independentes em geral com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo. Em 24 de agosto de 2014, com Decreto-Lei n.º 126/2014 (Estatuto das ERS), Portugal procedeu novamente à reestruturação da ERS, definindo as suas atribuições, organização e funcionamento.

Como acertadamente declarou Vital Moreira, o pensamento de *democracia procedimental* estabelece mudança de paradigma na hermenêutica tradicional do direito administrativo, a fim de operacionalizar de forma prática algumas regras-princípios dos ritos administrativos de tutela do interesse público[146]. A ERS é independente, mas tem o dever de *accountability* (prestar contas), apresentando as informações e os esclarecimentos sobre as suas respetivas atividades e funcionamento à Assembleia da República (art. 21.º, N.º 1, alínea l e art. 49.º da Lei-quadro n.º 67/2013). Como pessoa coletiva de direito público, submete-se ao império da legalidade, só podendo exercer suas atividades na estrita obediência das reservas legais institucionalizadas na sua missão personificada juridicamente.

Além disso, como entidade pública personificada, a ERS beneficia de um orçamento público, cuja descentralização orçamentária para a manutenção das suas

146 . MOREIRA, Vital. A nova entidade reguladora da saúde em Portugal. *In* Revista de Direito Público Económico. Belo Horizonte: Editora Fórum. Ano 2. n.º 5. 2004. p. 137.

despesas não desvirtua a sua natureza igualmente pública. Assim, está submetida ao controle externo do Tribunal de Contas (art. 38.º, N.º 2 da Lei-quadro n.º 67/2013).[147-148]

Importa salientar que a ERS revela papel importante de intervenção em razão das modificações pretéritas no domínio da saúde portuguesa, de autorização da interação em concorrência de operadores de diversas naturezas jurídicas, entendendo que uma entidade independente teria função primordial de assegurar os princípios constitucionais do art. 64.º, N.º 2, alínea *a* da CRP. E parece intuitivo que, tal reformulação estrutural administrativa do sistema único de saúde português é uma adequação aos desígnios do direito comunitário europeu, uma vez que adapta o país para a abertura das suas fronteiras de admissão de acesso aos cuidados de saúde aos cidadãos europeus (Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho n.º 2011/24 – UE, de 9 de Março; Diretiva de Execução da Comissão n.º 2012/52 – UE, de 20 de Dezembro). O aumento da procura do sistema único de saúde extravasa os limites nacionais, abarcando uma missão comunitária indissociável de Portugal, enquanto Estado Membro da UE. A criação de um cenário de mercado de saúde foi uma opção concretamente desenvolvida para atender a uma nova perspectiva da atuação estatal em relação ao contexto de integração internacional da UE.[149]

A delegação do poder de polícia administrativa do Estado em relação às atividades de cuidados de saúde, levado a cabo pela ERS, é evidência da construção de uma Administração Pública reguladora, que se preparou para uma nova descentralização administrativa independente de interesses políticos. É, de certa feita, a principal introdução do princípio-regra de construção de decisões administrativas através de um sistema de orientações baseadas em evidências científicas, que, na atual Lei de Base da Saúde – Lei n.º 95/2019, foi introduzido expressamente em três dispositivos (Base 2, N.º 1, alínea *b*; Base 20, N.º 2, alínea *f* ; e Base 26, N.º 1). Assim, como já

147 . Agência Lusa. Tribunal de Contas encontra desequilíbrios nas contas da Entidade Reguladora da Saúde. O Tribunal de Contas encontrou deficiências da Entidade Reguladora da Saúde e concluiu que são cobradas taxas superiores aos seus custos operacionais. Observador (on-line). 26 jan. 2017. Disponível em: https://observador.pt/2017/01/26/tribunal-de-contas-encontra-desequilibrios-nas-contas-da-entidade-reguladora-da-saude/. Acesso em: 30.4.2018.

148 . PORTUGAL. Tribunal de Contas. Sentença n.º 3/2018. Processo n.º 1/2017. Julgamento de Contas 3.ª Secção.

149 ANTÓNIA, Isa Filipa. As parcerias público-privadas no sector da saúde: O advento do estado mínimo de regulação e o direito de acesso à saúde. Coimbra: Almedina. 2015. p. 199-200.

anunciava Pedro da Costa Gonçalves, a regulação passou a ser o eixo central de atuação do papel estatal[150] na construção de um sistema de regras e de valores em si considerado para o mercado de saúde de carácter social, mas de forte impacto económico.

Ao que tudo indica, o art. 6.º da Lei Orgânica do MS (Decreto-Lei n.º 124/2011) admite, mesmo que de forma semi-independente, a identificação do conjunto amplo de *stakeholders,* envolvidos no procedimento de supervisão e de regulação por parte da ERS, pois trata de uma rede que extrapola o contexto nacional abordado pelo art. 64.º, N.º 2, alínea *a* da CRP. Por interpretação sistémica, o art. 9.º do Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de Agosto, que trata da adaptação da ERS à Lei-Quadro das entidades reguladoras - Lei n.º 67/2013 -, fala de cooperação com outras entidades reguladoras nacionais e internacionais, pertencentes ao regime jurídico comunitário da UE, revelando o indissociável caráter instrumental de regulação e de fiscalização através de entidades com desvinculação reforçada da estrutura administrativa tradicional da Administração Pública.[151]

---

150 . Poderá, assim, afirmar-se que a passagem para o Estado de Garantia tem o efeito de aumentar as exigências de protecção estadual dos direitos dos particulares. De facto, num contexto em que a realização de necessidades essenciais dos indivíduos é confiada ao Mercado, o Estado assume esse especial dever de protecção – recorde-se, a propósito, que o Protocolo Relativo aos Serviços de Interesse Geral, junto ao Tratado da União Europeia (após o Tratado de Lisboa), enuncia como "*valor comum*" inerente ao regime desses serviços, a garantia de "*um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores*". A definição dos standards de qualidade e de segurança dos serviços prestados em contexto de Mercado, bem como a garantia do tratamento igualitário e da acessibilidade aos serviços (valores que se reconduzem, afinal, às clássicas "*leis do serviço público*": igualdade, continuidade e adaptação) surgem assim como elementos essenciais da fisionomia do Estado de Garantia. Em especial, no que se refere à acessibilidade dos cidadãos a certos serviços essenciais, importa chamar a atenção para a intervenção dos Poderes Públicos na definição e fixação de preços (v.g., preços mínimos) ou na proibição de cobrança de valores a que não corresponde qualquer contrapartida (v.g., imposição de consumos mínimos). GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. Estado Garantia e Mercado. *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, vol. VII (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público). 2010. p. 97-128. Disponível em: http://www.pedrocostagoncalves.eu/PDF/estado_garantia_mercado.pdf. Acesso em: 20.12.2019.

151 . Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de Agosto, Artigo 9.º Cooperação com outras entidades. 1 - A ERS estabelece formas de cooperação e associação com outras entidades de direito público ou privado, nomeadamente com outras entidades reguladoras, a nível da União Europeia ou internacional, quando isso se mostre necessário ou conveniente para a prossecução das respetivas atribuições. 2 - A ERS estabelece, com outras entidades reguladoras, formas de cooperação e associação nas matérias referentes ao exercício de funções e nos assuntos de interesse comum, respeitando sempre as atribuições, bem como os poderes regulatórios e sancionatórios próprios. 3 - A ERS deve cooperar e colaborar com a Autoridade da Concorrência nos termos do regime jurídico da concorrência, sem prejuízo do estabelecimento com as demais entidades reguladoras e outras entidades públicas relevantes, de outras formas de cooperação que se revelem adequadas a garantir a sua aplicação. 4 - A ERS deve igualmente cooperar com a Direção-Geral do Consumidor, bem como com as associações de consumidores, na divulgação dos direitos e interesses dos utentes na área da saúde. 5 - A ERS estabelece formas de cooperação, no âmbito dos cuidados continuados, com o Instituto da Segurança Social, I. P., atendendo à intervenção integrada e articulada da Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados.

De acordo com o Estatuto da ERS, esta *é* uma *pessoa coletiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente, dotada de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica e de património próprio e goza de poderes de regulação, regulamentação, supervisão, fiscalização e sancionatórios* (Decreto-Lei n.º 126/2014, Anexo, Art. 1.º). Trata-se, portanto, de uma entidade personificada, que executa a regulação de interesse público no âmbito da saúde de acordo com o comando constitucional (art. 64.º da CRP), estabelecendo a intenção política legislativa de recuar o Estado na tarefa executiva da atividade e de intensificar o caráter do direito de regular as atividades livres para concorrência.

3.4. Conselho Nacional de Saúde

O Conselho Nacional de Saúde (CNS) é órgão consultivo do MS, cuja função técnica na estrutura da Administração portuguesa é vinculada à Administração Central, que superiormente orienta e aconselha, mantendo as características institucionais derivadas da autoridade e da experiência dos membros, garantindo um correto desempenho da atividade administrativa. É um órgão originário da estrutura de Administração Pública tradicional do estilo do modelo francês.[152] O CNS apareceu no ordenamento jurídico português na Base VII da revogada Lei de Base da Saúde - Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto. De acordo com as diretrizes legais, o CNS representa os interessados no funcionamento das entidades prestadoras de cuidados de saúde, admitindo a participação popular consubstanciada na vaga de representação dos usuários dos serviços. O seu caráter político manifesta-se pelo modo de acesso ao cargo de membro, isto é, os representantes dos utentes são eleitos pela Assembleia da República. Não obstante, o conteúdo da norma era programática, ou seja, só geraria efeitos a partir da promulgação de norma que instituísse o regime jurídico do órgão.

[152] . CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Vol.1. 10ªed. Coimbra: Almedina. 2015. p. 284-285.

Passado mais de vinte e cinco anos, o Decreto-Lei n.º 49/2016, de 23 de Agosto estabeleceu o regime jurídico do CNS, transformando-o em órgão de consulta do Governo na definição das políticas de saúde. O CNS tem independência relativa, funcionando junto do MS. O propósito da sua existência é garantir a participação dos cidadãos utilizadores do SNS na definição das políticas de saúde. Trata-se de um instrumento de participação popular na gestão do sistema único de saúde português. O CNS é composto por trinta membros. O Presidente e o Vice-Presidente são designados pelo Conselho de Ministros, mediante indicação do Ministro da Saúde, denotando a tendência de submissão da Chefia do CNS aos ideais da agenda política em vigor. Na verdade, a factualidade exposta é uma característica tradicional da estrutura de Administração Pública, desenvolvida na época napoleónica, em que a obediência aos princípios políticos do comando central da chefia do Poder Executivo representava um interesse público. Fora isso, o Poder Legislativo elege mais seis representantes dos utentes através da escolha dos deputados da Assembleia da República. Fazem ainda parte da sua composição dois representantes das autarquias, um designado pela Associação Nacional de Municípios Portugueses e outro pela Associação Nacional de Freguesias; e cinco personalidades indicadas pela Comissão Permanente de Concertação Social, sob proposta das respetivas organizações sindicais e empresariais.

Com relevância para as ciências da saúde, que podem efetivamente colaborar com decisões baseadas em evidências científicas, o CNS possui apenas nove membros de notório saber, assim delimitados: um representante das associações públicas profissionais (Ordem dos Biólogos; Ordem dos Enfermeiros; Ordem dos Farmacêuticos; Ordem dos Médicos; Ordem dos Médicos Dentistas; Ordem dos Nutricionistas; Ordem dos Psicólogos); duas personalidades de reconhecido mérito na área da saúde, devendo refletir a pluralidade dos saberes, designados pelo Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas; duas personalidades de reconhecido mérito na área da saúde, devendo refletir a pluralidade dos saberes, designados pelo Conselho Coordenador dos Institutos Superiores Politécnicos; uma personalidade de reconhecido mérito na área da saúde, designada pelo Governo da Região Autónoma dos Açores; uma personalidade de reconhecido mérito na área da saúde, designada pelo Governo da Região Autónoma da Madeira; uma personalidade de reconhecido mérito na área da saúde, indicada pelo Conselho Nacional para a Economia Social e, por fim, uma personalidade de reconhecido

mérito na área da saúde, indicada pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (art. 5.º, N.º 1 do Decreto-Lei n.º 49/2016).

O interesse público exteriorizado pela atividade administrativa do CNS, está mais vinculado ao poder fiduciário dos limites impostos pela tutela de orientação do MS do que da contrapartida dos *experts* das ciências da saúde.[153] Por outro lado, o exercício do seu poder jurídico está intrinsecamente relacionado com o exercício discricionário vinculado à legalidade interpretativa da agenda política do país. A partir daí, o CNS expressa uma espécie de interesse legítimo, emitindo atos administrativos de sua competência autónoma pela atribuição legal de tal titularidade.[154]

Os serviços públicos do CNS prendem-se com a emissão de atos administrativos de caráter consultivo, através de pareceres e recomendações, não existindo caráter vinculativo por parte do Governo, referente à agenda política. Além disso, o CNS promove ações políticas variadas, de análise e debate público sobre a política de saúde, bem como a conscientização da população em geral sobre as questões relevantes para a saúde pública. Por fim, é ainda um órgão de assessoria do poder político do país, apresentando relatórios sobre a situação da saúde em Portugal e formulando as recomendações que tenha por convenientes.

3.5. O Serviço Nacional de Saúde – SNS

Considerando a intenção do constituinte português, o SNS constitui uma política pública, construída para garantir o direito aos serviços de cuidados de saúde para todos os cidadãos e equiparados, nos termos do art. 64.º, N.º 1 e N.º 2, alínea *a* da CRP. Os mais de dez milhões de portugueses, hoje têm garantida a atenção da sua saúde através de uma rede de prestadores de serviços, colocados à sua disposição e sendo maioritariamente custeados pelo Estado, através de receitas em regra obtidas por tributos.

153 . SOARES, Rogério Guilherme Ehrnhardt. Interesse Público, legalidade e mérito. Coimbra: MCMLV. s/n. p. 179-182.

154 . LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 7ªed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 110-123.

Por opção legislativa atual, a medicina empresarial e liberal da iniciativa privada não se vincula em regra ao SNS. Sem prejuízo do exposto, Portugal subsidia este setor por intermédio da Assistência na Doença aos Servidores do Estado, dos Serviços à Doença do Ministério da Justiça, da Assistência à Doença Militares da Armada; a Assistência à Doença dos Militares da Força Aérea, a Assistência à Doença dos Militares do Exército, os Serviços de Assistência à Doença da PSP, e os Serviços de Assistência à Doença à GNR. Todos estes subsistemas privados de saúde fazem parte do acesso de um grupo de pessoas, que alcançam o setor privado da saúde de forma custeada pelo Governo e fora do SNS.[155] Portanto, é possível intuir que a nova opção da lei reforçada na Base 6, N.º 1 da Lei n.º 95/2019, priorizando a execução dos serviços de saúde pública por entidades públicas para os utentes do SNS. Trata-se de uma espécie de *cláusula de barreira*, para que estes não tenham o direito de escolha por entidades privadas como os agentes públicos privilegiados por escolherem os serviços privados. Pode sugerir-se, neste âmbito, uma quebra de tratamento igualitário entre os cidadãos portugueses, uma vez que os utentes não pertencentes ao quadro de servidores públicos estão sujeitos ao Poder Público, na escolha dos seus prestadores de cuidados de saúde.

O SNS é a representação da garantia institucional do art. 64.º, N.º 1, alínea *a* da CRP, cabendo ao legislador infraconstitucional estabelecer a sua estrutura. Além disso, o art. 64.º, N.º 4 da CRP estabelece a característica de formação orgânica do SNS, especificando que a gestão é descentralizada e participativa. Cabe, assim, à Lei de Base da Saúde habilitar um sentido para a hermenêutica de direito administrativo da saúde, dando conta que deve observar a paridade de tratamento entre os cidadãos, não admitindo distinção entre as pessoas. Isto significa que, a imposição constitucional determina ao Estado a expansão da sua atuação além dos limites dos serviços públicos em si, razão pela qual não se pode pensar no SNS apenas como um conjunto limítrofe de entidades públicas prestadoras de cuidados de saúde. Na verdade, o SNS é um sistema nacional de saúde com a missão de proteger a saúde da população.

[155] . AGAPITO, Pedro Manuel Alvito. Serviço Nacional de Saúde (SNS)versus Seguros Privados de Saúde (SPS): Os Seguros de Saúde Mutualistas. Dissertação de Mestrado. Ciências Sociais Humanas. Universidade da Beira Interior. Jun. 2016. p. 58-59.

A Lei Complementar n.º 1/81, ao rever o texto do art. 64.º da CRP, acrescentando o N.º 4, deixou clara a necessidade de se repensar o tipo de cuidado de saúde que o SNS deve prestar, estabelecendo caraterísticas para a criação organizacional dos serviços, laboral dos prestadores de cuidados de saúde, financiamento dos serviços e interação com os operadores do setor da saúde (públicos ou privados). Deste modo, a lei constitucional é ulterior à lei de instituição do SNS – Lei n.º 56/79. Por esse motivo, a referida lei deverá ser revista por forma a se adequar ao novo padrão constitucional. O SNS nunca foi um sistema exclusivamente público, pois nunca foi um sistema autossuficiente e independente do setor privado. Sempre existiram operadores do setor privado prestadores de serviços de interesse público, que alienam o seu trabalho especializado aos cuidados dos cidadãos.

A Lei de Base da Saúde recentemente revogada era sensível ao contexto fático do sistema único de saúde português. A Lei n.º 48/90 atentou na questão social, permitindo à sociedade promover os seus interesses e escolher as suas exigências de serviços. A Rede Nacional de Prestação de Cuidados de Saúde retrata bem esta questão - as entidades privadas e os profissionais liberais passaram a ser vistos dentro do SNS. Além da implementação da gestão empresarial das unidades de cuidados de saúde (ex.: entidades E.P.E. da saúde), demonstra que o SNS se preparou para o mercado da saúde concorrente. O Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro regulamentava a Lei n.º 48/90 atualmente revogada, através do Estatuto do SNS, aplicável às instituições e serviços que constituem o SNS e às entidades particulares e profissionais em regime liberal, integradas na rede nacional de prestação de cuidados de saúde, quando articuladas com o SNS (art. 2.º). A estrutura estabelecida definia uma forte atuação regulatória do Estado e, em contrapartida, abria o mercado da saúde aos operadores privados no que concerne à prestação dos cuidados.

A regionalização da estrutura regulatória estatal deu conta do critério da fragmentação das entidades do SNS. O art. 1.º do anexo do Decreto-Lei 11/93 apresentou uma definição jurídica para 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*. Não obstante, a articulação do SNS com atividades particulares acontecia *em pé* de igualdade e não apenas de forma suplementar como é hoje, conforme se observava no art. 37.º, N. 2 - a *articulação do SNS*

com actividades particulares: Os estabelecimentos privados e os profissionais de saúde que trabalhem em regime liberal e que contratem nos termos do número anterior integram-se na rede nacional de prestação de cuidados de saúde e ficam obrigados: a) A receber e cuidar dos utentes, em função do grau de urgência, nos termos dos contratos que hajam celebrado; b) A cuidar dos doentes com oportunidade e de forma adequada à situação; c) A cumprir as orientações emitidas pelas ARS.

Como explica Maria João Estorninho, a gestão descentralizada em termos funcionais e territoriais retirou a imposição do SNS estar integrado na Administração direta do Estado, mas primordialmente na indireta. Tal circunstância conferiu maior autonomização do SNS em relação à Administração Central do Estado.[156]

Atualmente, a Base 20, N.º 1 da Lei n.º 95/2019 oferece a definição do SNS como *o conjunto organizado e articulado de estabelecimentos e serviços públicos prestadores de cuidados de saúde, dirigido pelo ministério responsável pela área da saúde, que efetiva a responsabilidade que cabe ao Estado na proteção da saúde*. Como se observa, o MS atualmente tem um papel mais amplo do que apenas a tutela de orientação, cabendo-lhe ainda o importante papel de direção. Assim, a sua atuação vai além do simples estabelecimento de diretrizes ou diretivas, dirigindo as finalidades da agenda política para a saúde. Nos dias de hoje, o poder de direção, aventado no texto legal, atribui um caráter de superioridade hierárquica, como se as demais entidades desconcentradas por personalização ou descentralizadas fossem, na verdade, órgãos subalternos sob as ordens e instruções concretas de comando e de proibição emitidas pelo MS. A nova Lei de Base da Saúde reformula a relação de hierarquia, fundada na Lei n.º 56/79, que, no seu tempo, se adequou à constituição, mas que, atualmente, não atende aos desígnios constitucionais do art. 64.º, N.º 4, acrescidos pela Lei Complementar n.º 1/81.

3.5.1. Gestão descentralizada e participativa

[156] . ESTORNINHO, Maria João. Organização Administrativa da Saúde. Coimbra: Almedina. 2008. p. 99.

O SNS é ainda uma estrutura unitária? Talvez, mas um sistema único de saúde é o seu desígnio constitucional. O SNS é um conjunto de serviços dedicados ao fornecimento de cuidados de saúde em todo território nacional português. Dessa forma, exige uma estrutura organizatória que se estabelece na configuração articulada e integrada. Todas estas premissas atendem às intenções constitucionais do art. 64.º, N. 1º, alínea *a* e N.º 4 da CRP.

A descentralização, expressa no texto constitucional, reveste-se em duas facetas no sistema único de saúde português: ao mesmo tempo que possui uma descentralização geográfica, através da instituição de organismos periféricos, denominados Administrações Regionais da Saúde, com regime jurídico de institutos públicos responsáveis por garantir à população o acesso à prestação de cuidados de saúde (art. 19.º, N.º 1 do Decreto-Lei n.º 124/2011), tem também descentralização de serviços, como ocorre com as entidades do Setor Público Empresarial da Saúde, tendo como exemplo os Centros Hospitalares, E.P.E., e os Hospitais, E.P.E. Estas pessoas coletivas com personalidade jurídica pública possuem, em regra, autonomia económica e financeira, compondo a base da Administração Pública indireta. Além disso, o sistema de saúde português é composto também pela Entidade Reguladora da Saúde, que faz parte da Administração Autónoma do Estado.

Em regra, o papel do Governo perante o conjunto de estabelecimentos e de serviços do SNS deve ser de superintendência, ou seja, não estamos perante pessoas coletivas submetidas à hierarquia administrativa tradicional. O MS tem uma relação intersubjetiva de tutela com as pessoas coletivas contidas no SNS. Daí o seu caráter essencialmente de orientador, não podendo impor os meios para que as entidades cheguem aos fins da agenda política do Ministério. Esta é, aliás, a razão de ser da autonomia conferida a estas personalidades jurídicas de regulação ou de execução dos serviços públicos de saúde. Isto posto, tanto os institutos públicos como as empresas públicas possuem uma relação de consciência de individualidades personificadas com base na reciprocidade com o MS, não podendo este exercer um poder de direção sobre estas pessoas coletivas, sob pena de quebra da harmonia epistemológica da estrutura organizacional administrativa da saúde portuguesa.

Sem prejuízo do exposto, toda e qualquer pessoa que desempenhe funções relacionadas com os serviços públicos de saúde estão sujeitas aos controles de legalidade e de tutela do controle externo do Estado, seja através do Governo, do Tribunal de Contas ou da Entidade Reguladora de Saúde. Saliente-se que, o art. 267.º da Constituição Portuguesa, ao tratar da organização do poder político, no que concerne à Administração Pública refere que a estrutura da Administração deve pautar-se pela desburocratização e participação dos interessados na sua gestão efetiva, por qualquer forma de representação democrática. Deste modo, atribui ao legislador infraconstitucional a tarefa de desenvolver os tipos de descentralização e de desconcentração administrativas necessárias para alcançar os objetivos dos princípios-regras da eficiência e da unicidade ação da Administração. E mais, refere precisamente que qualquer estrutura desenvolvida por política legislativa estará sujeita aos poderes de direção, superintendência e tutela dos órgãos competentes. Assim, mesmo que se desenvolvam legislações mais arrojadas na estrutura do SNS ou, até mesmo, se construa uma rede unitária de prestadores de saúde em Portugal, com o fim do conceito jurídico do *conjunto organizado e articulado de estabelecimentos e serviços públicos prestadores de cuidados de saúde*, para o entendimento de unicidade de estabelecimentos e serviços de qualquer natureza prestadores de cuidados de saúde, os prestadores estarão sujeitos ao controle do Governo e da Administração Pública, tendo em conta o serviço essencial que se propõem executar no território nacional.[157] Trata-se, de certa forma, de uma solução semelhante à que foi proposta nas reformas passadas no sistema único de saúde português, aquando da criação da entidade administrativa independente da saúde, dando início à Administração Autónoma e autorizando entidades privadas a exercerem poderes públicos em matéria de saúde, com suporte no N.º 3 e N.º 6 do art. 267.º da CRP.

---

157 . Constituição da República Portuguesa de 1976. Artigo 267.º Estrutura da Administração. 1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática. 2. Para efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de ação da Administração e dos poderes de direção, superintendência e tutela dos órgãos competentes. 3. A lei pode criar entidades administrativas independentes. 4. As associações públicas só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas, não podem exercer funções próprias das associações sindicais e têm organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos. 5. O processamento da atividade administrativa será objeto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito. 6. As entidades privadas que exerçam poderes públicos podem ser sujeitas, nos termos da lei, a fiscalização administrativa.

Partindo do pressuposto de que o legislador constituinte expressou o que efetivamente pretendia na *ratio legis*, o art. 64.º, N.º 4, trata apenas da descentralização, não fazendo sequer menção à desconcentração, tendo em conta a elevada especialidade do tema saúde - decisões técnicas e científicas que visam obter uma estrutura de prestadores de cuidados de saúde capaz de alcançar o princípio da eficiência. Tal como salientou o guardião constitucional, a expressão gestão descentralizada do SNS acarreta uma imposição constitucional de estes serviços não estarem contidos na Administração Pública Direta do Estado (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 731/95, de 14 de Dezembro)[158].

A atual estrutura SNS ainda está formatada de acordo com os desígnios da Base XXIV da Lei n.º 48/90, entretanto revogada. Os serviços reguladores encontram-se numa ordenação regionalizada e numa gestão descentralizada ou desconcentrada de forma personificada. Nos dias de hoje, o sistema único de saúde português encontra-se dividido numa organização territorial, conforme preconizava a Base XVIII. Os serviços estão preponderantemente alocados no Setor Público Empresarial da saúde, revelando a descentralização institucional. Para além disso, ainda subsistem atualmente dois hospitais em regime de PPP. A atual Lei de Base da Saúde determina uma nova gestão pública dos estabelecimentos do SNS, rompendo com o revogado Decreto-Lei n.º 185/2002.

A Lei n.º 95/2019 consagra a participação enquanto direito e dever dos cidadãos, através da constituição de entidades que as representem e defendam os seus direitos e interesses, nomeadamente sob a forma de associações para a promoção da saúde e prevenção da doença (Base 2, N. 1, alínea *k*), bem como através da participação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde (Base 4, N. 2, alínea *f*; Base 5, N.º 1 e N.º 2).

3.5.2. Os serviços e os estabelecimentos do SNS

158 . PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 731/95, processo n.º 274/90. Plenário. Relator Conselheiro Alves Correia. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950731.html. Acesso em: 20.9.2018.

O SNS é um conjunto de estabelecimentos e de serviços prestadores dos cuidados de saúde, que podem assumir a forma de entidades personificadas ou não. Trata-se de um microssistema constituído no âmbito nacional para funcionar através da interligação dos prestadores dos cuidados de saúde, com o objetivo de garantir o acesso de todos os cidadãos aos serviços de medicina preventiva, curativa e de reabilitação (art. 64.º, CRP). Estas entidades estão subordinadas à superintendência do Ministério da Saúde que regula, planeia, financia, orienta, acompanha, avalia, audita e inspeciona a sua atividade (art. 2.º, alínea b do Decreto-Lei n.º 124/2011, de 29 de Dezembro).

A atual Lei de Base da Saúde - Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro - apresenta um conceito *ex lege* para o SNS. De acordo com o disposto na Base 20, N.º 1 é o conjunto organizado e articulado de estabelecimentos e serviços públicos prestadores de cuidados de saúde, dirigido pelo ministério responsável pela área da saúde que efetiva a responsabilidade que cabe ao Estado na proteção da mesma. Não obstante, o SNS é pautado pelos princípios-regra de organização e funcionamento articulado e em rede, bem como de gestão descentralizada e participativa, nos termos do N.º 1, alínea *d,* e N.º 3 da Base 20.

3.5.2.1. Os cuidados de saúde primários

O Decreto-Lei n.º 253/2012, de 27 de Novembro alterou o Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro, estabelecendo critérios geodemográficos de implantação (número de pessoas residentes na área do ACES; estrutura de povoamento; índice de envelhecimento; acessibilidade da população ao hospital de referência), de designação dos diretores executivos e da composição dos conselhos clínicos e de saúde. Trata também, no seu artigo 7.º, as unidades funcionais de prestação de cuidados de saúde, organizando-as da seguinte forma: Os Agrupamentos de Centros de Saúde podem envolver 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); e outras unidades ou serviços, propostos pela respetiva ARS, I. P., aprovados por despacho do Ministro da Saúde, e caso venham a ser considerados necessários.

Cada Centro de Saúde é o órgão inferior de um ACES, funcionando uma USF ou uma UCSP e uma UCC ou serviços desta. Contudo, cada ACES tem somente uma USP e uma URAP (N.º 1 a N.º 3).

A estrutura dos ARS, I.P. possui, atualmente, quarenta e sete Agrupamentos de Centros de Saúde (ACES) integrantes do sistema único de saúde pública português, estruturados como órgãos desconcentrados por intermédio da gestão regionalizada, possuindo cada um deles fragmentação em Centros de Saúde ou Unidades de Saúde Familiar que se afiguram como órgãos "anões" do complexo sistema burocrático de gestão pública do SNS.

A Portaria n.º 276/2009, DR n.º 54, Série I de 18 de março de 2.009 criou vários ACES integrados na ARS de Lisboa e Vale do Tejo, I.P. e a Portaria n.º 394-B/2012, DR n.º 231, 1.º Suplemento, Série I de 29 de novembro de 2.012, reorganizou os Agrupamentos de Centros de Saúde, integrados na ARS de Lisboa e Vale do Tejo, I.P., revogando a Portaria n.º 276/2009, de 18 de Março.

a.) Agrupamento Centro de Saúde

Os Agrupamentos Centros de Saúde (ACES) são serviços de saúde despersonificados que possuem autonomia administrativa e são compostos por múltiplas unidades funcionais, denominadas centros de saúde. Os ACES são órgãos do ARS, I.P. que se encontram subordinados ao seu poder de direção, por se tratarem de uma fração do organismo regulador e funcionalmente responsável pelos cuidados de saúde primários por intermédio dos centros de saúde (Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro).

Os ACES são instituídos estrategicamente por área geográfica, cabendo-lhes as atribuições de promoção da saúde e de prevenção da doença, além de

outros serviços para a continuidade dos cuidados. Para além disso, exercem também o importante papel de monitorização através de estudos epidemiológicos em saúde, bem como o aperfeiçoamento dos grupos de profissionais.

Os centros de saúde estão contidos nos ACES, não possuindo personalidade jurídica própria. Estas entidades revelam a forma funcional de fragmentação dos cuidados de saúde primários, assumindo a natureza de espécies de órgãos pequenos do ACES, podendo integrar mais de um Agrupamento. Os centros de saúde submetem-se ao poder de direção local do ACES. As unidades funcionais de prestação de cuidados de saúde das ACES podem ser constituídas por via das seguintes figuras jurídicas (nos termos do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 28/2008): 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) e outras unidades ou serviços, propostos pela respectiva ARS, I. P., e aprovados por despacho do Ministro da Saúde, adotando o critério de necessidade.

Cumpre referir que, a partir de 2005, Portugal sofreu uma reforma administrativa nos Cuidados de Saúde Primários (CSP), com a finalidade de aproximar os profissionais e a gestão da saúde às comunidades, na exata medida como o fez o NHS Inglês. Os usualmente conhecidos profissionais da *saúde da família* tornaram-se figuras de responsabilidades regionalizadas ou comunitárias, nos países adeptos aos sistemas únicos de saúde pública, exercendo um papel de extrema relevância para o controle das necessidades reais e específicas dos utentes.[159]

Atualmente, os ACES estão divididos em unidades de cuidados de saúde primários de acordo com sua disposição geográfica, assim considerados:

ACES	**Unidades de Cuidados de Saúde Primários**

[159] . BISCAIA, André Rosa; HELENO, Liliana Correia Valente. A Reforma dos Cuidados de Saúde Primários em Portugal: portuguesa, moderna e inovadora. Ciênc. saúde coletiva [online]. 2017, vol.22, n.3, pp.701-712. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017223.33152016.

1	Agrupamento de Centros de Saúde Almada-Seixal	Centro de Saúde Almada, Centro de Saúde Costa da Caparica, Centro de Saúde Cova da Piedade, Centro de Saúde Seixal, Centro de Saúde Amora e Centro de Saúde Corroios
2	Agrupamento de Centros de Saúde Amadora	Unidade de Saúde Familiar Alma Mater, Unidade de Saúde Familiar Amato Lusitano, Unidade de Saúde Familiar Arco Iris, Unidade de Saúde Familiar Conde da Lousã, Unidade de Saúde Familiar Ribeiro Sanches, Unidade de Saúde Familiar Venda Nova, Unidade de Cuidados de Saúde Personalizados Amadora, Unidade de Cuidados de Saúde Personalizados Brandoa, Unidade de Cuidados de Saúde Personalizados Buraca, Unidade de Cuidados na Comunidade Amadora +, Unidade de Recursos Assistenciais Partilhados Amadora, Unidade de Saúde Pública António Luz e Centro Diagnóstico Pneumológico da Venda Nova
3	Agrupamento de Centros de Saúde Arco Ribeirinho	Centro de Saúde Alcochete, Centro de Saúde Barreiro, Centro de Saúde Quinta da Lomba, Centro de Saúde Moita, Centro de Saúde Montijo e Centro de Saúde Baixa da Banheira.
4	Agrupamento de Centros de Saúde Arrábida	Centro de Saúde Palmela, Centro de Saúde Bonfim, Centro de Saúde São Sebastião e Centro de Saúde Sesimbra
5	Agrupamento de Centros de Saúde Cascais	Centro de Saúde Cascais e Centro de Saúde Parede
6	Agrupamento de Centros de Saúde Estuário do Tejo	Centro de Saúde Alhandra, Centro de Saúde Póvoa Santa Iria, Centro de Saúde Vila Franca de Xira, Centro de Saúde Benavente, Centro de Saúde Azambuja, Centro de Saúde Arruda dos Vinhos e Centro de Saúde Alenquer
7	Agrupamento de Centros de Saúde Lezíria	Centro de Saúde de Almeirim, subdividido na UCSP Almeirim e na UCC Almeirim/Alpiarça; Centro de Saúde de Alpiarça, subdividido na UCSP Alpiarça e na USF Alpiarça; Centro de Saúde do Cartaxo, fracionado na UCSP Cartaxo, na UCC Cartaxo, na USF Cartaxo Terra Viva e na USF D. Sancho I; Centro de Saúde da Chamusca, segmentado na UCSP Chamusca, na UCC Chamusca/Golegã e na USF Chamusca; Centro de Saúde de Coruche, repartido na UCC Ponte para a Saúde e na USF Vale do Sorraia; Centro de Saúde da Golegã tem a USF Campusaúde; Centro de Saúde de Rio Maior, desmembrado na UCSP Rio Maior, na UCC Rio Maior e na USF Salinas de Rio Maior; Centro de Saúde de Salvaterra de Magos, separado na UCSP Salvaterra de Magos e na UCC Salvaterra de Magos; o Centro de Saúde de Santarém, fracionado na UCSP Santarém, na UCC Santarém, na USF Almeida Garrett, na USF Alviela, na USF Foral Novo, na USF Planalto e na USF S. Domingos. OBS.: Possui nove unidades de prestação de cuidados primários, correlacionados em Unidade de Cuidados na Comunidade (UCC), Unidade de Cuidados de Saúde Personalizados (UCSP) e Unidade de Saúde Familiar (USF), compondo uma estrutura mais fragmentada.
8	Agrupamento de Centros de Saúde Baixo Alentejo	Centro de Saúde Aljustrel, Centro de Saúde Almodôvar, Centro de Saúde Alvito, Centro de Saúde Barrancos, Centro de Saúde Beja, Centro de Saúde Castro Verde, Centro de Saúde Cuba, Centro de Saúde Ferreira do Alentejo, Centro de Saúde Mértola, Centro de Saúde Moura, Centro de Saúde Ourique, Centro de Saúde Serpa e Centro de Saúde Vidigueira.
9	Agrupamento de Centros de Saúde Baixo Vouga	Centro de Saúde Águeda, Centro de Saúde Albergaria-a-Velha, Centro de Saúde Anadia, Centro de Saúde Aveiro, Centro de Saúde Estarreja, Centro de Saúde Ílhavo, Centro de Saúde Murtosa, Centro de Saúde Oliveira do Bairro, Centro de Saúde Ovar, Centro de Saúde Sever do Vouga e Centro de Saúde Vagos

10	Agrupamento de Centros de Saúde Lisboa Central	Centro de Saúde Alameda, Centro de Saúde Coração de Jesus (UCSP Duque de Loulé), Centro de Saúde Graça, Centro de Saúde Lapa, Centro de Saúde Luz Soriano, Centro de Saúde Marvila, Centro de Saúde Olivais, Centro de Saúde Penha de França, Centro de Saúde São João e Centro de Saúde São Mamede e Santa Isabel
11	Agrupamento de Centros de Saúde Lisboa Norte	Centro de Saúde Alvalade, Centro de Saúde Benfica, Centro de Saúde Lumiar e Centro de Saúde Sete Rios
12	Agrupamento de Centros de Saúde Lisboa Ocidental e Oeiras	Centro de Saúde Ajuda, Centro de Saúde Alcântara, Centro de Saúde Carnaxide, Centro de Saúde Oeiras e Centro de Saúde Santo Condestável
13	Agrupamento de Centros de Saúde Loures-Odivelas	Centro de Saúde Loures, Centro de Saúde Sacavém, Centro de Saúde Odivelas e Centro de Saúde Pontinha
14	Agrupamento de Centros de Saúde Médio Tejo	Centro de Saúde Abrantes, Centro de Saúde Alcanena, Centro de Saúde Constância, Centro de Saúde Entroncamento, Centro de Saúde Fátima, Centro de Saúde Ferreira do Zêzere, Centro de Saúde Mação, Centro de Saúde Ourém, Centro de Saúde Sardoal, Centro de Saúde Torres Novas, Centro de Saúde Tomar e Centro de Saúde Vila Nova da Barquinha
15	Agrupamento de Centros de Saúde Oeste Norte	Centro de Saúde Alcobaça, Centro de Saúde Bombarral, Centro de Saúde Caldas da Rainha, Centro de Saúde Nazarém, Centro de Saúde Óbidos e Centro de Saúde Peniche
16	Agrupamento de Centros de Saúde Oeste Sul	Centro de Saúde Cadaval, Centro de Saúde Lourinhã, Centro de Saúde Sobral de Monte Agraço, Centro de Saúde Mafra e Centro de Saúde Torres Vedras
17	Agrupamento de Centros de Saúde Sintra	Centro de Saúde Algueirão, Centro de Saúde Cacém, Centro de Saúde Queluz, Centro de Saúde Pêro Pinheiro, Centro de Saúde Rio de Mouro e Centro de Saúde Sintra
18	Agrupamento de Centros de Saúde de Trás-os-Montes – Alto Tâmega e Barroso	Centro de Saúde Boticas, Centro de Saúde Chaves I, Centro de Saúde Chaves II, Centro de Saúde Montalegre, Centro de Saúde Ribeira da Pena, Centro de Saúde Valpaços, Centro de Saúde Vila Pouca de Aguiar e Serviço de Urgência Básica de Montalegre (CS Montalegre)
19	Agrupamento de Centros de Saúde do Douro I – Marão e Douro Norte	Centro de Saúde Aljustrel, Centro de Saúde Almodôvar, Centro de Saúde Alvito, Centro de Saúde Barrancos, Centro de Saúde Beja, Centro de Saúde Castro Verde, Centro de Saúde Cuba, Centro de Saúde Ferreira do Alentejo, Centro de Saúde Mértola, Centro de Saúde Moura, Centro de Saúde Ourique, Centro de Saúde Serpa e Centro de Saúde Vidigueira
20	Agrupamento de Centros de Saúde do Douro II – Douro Sul	Centro de Saúde Armamar, pelo Centro de Saúde Lamego, pelo Centro de Saúde Moimenta da Beira, pelo Centro de Saúde Penedono, pelo Centro de Saúde São João da Pesqueira, pelo Centro de Saúde Sernancelhe, pelo Centro de Saúde Tabuaço, pelo Centro de Saúde Tarouca e pelo Serviço de Urgência Básica de Moimenta da Beira (CS Moimenta da Beira)

21	Agrupamento de Centros de Saúde do Alto Ave	Centro de Saúde Cabeceiras de Basto, Centro de Saúde Fafe, Centro de Saúde Professor Arnaldo Sampaio – Guimarães, Centro de Saúde Mondim de Basto, Centro de Saúde Taipas e Centro de Saúde Vizela
22	Agrupamento de Centros de Saúde do Ave – Famalicão	Centro de Saúde Famalicão
23	Agrupamento de Centros de Saúde do Cávado I – Braga	USF Braga Norte, USF 7 Fontes, USF Ruães, USF do Minho, USF Sanus Caranda, USF S. João de Braga, USF Salutis, USF + Carandá, USF Bracara Augusta, USF Gualtar, USF Manuel Rocha Peixoto, USF Maxisaúde, USF São Lourenço, USF Saúde Oeste, USF Tadim, USF Esporões, USF São Salvador, Unidade de Saúde de Braga, Unidade de Cuidados de Saúde Personalizados Adaufe, Unidade Cuidados na Comunidade Assucena Lopes Teixeira, Unidade Cuidados na Comunidade Braga Saudável, Unidade Cuidados na Comunidade Colina, Unidade de Recursos Assistenciais Partilhado e Unidade de Saúde Pública.
24	Agrupamento de Centros de Saúde do Cávado II – Gerês/Cabreira	Centro de Saúde Amares, Centro de Saúde Póvoa de Lanhoso, Centro de Saúde Terras de Bouro, Centro de Saúde Vieira do Minho e Centro de Saúde Vila Verde
25	Agrupamento de Centros de Saúde do Cávado III – Barcelos/Esposende	Centro de Saúde Barcelos, Centro de Saúde Barcelinhos e Centro de Saúde Esposende
26	Agrupamento de Centros de Saúde do Tâmega I – Baixo Tâmega	Centro de Saúde Amarante, Centro de Saúde Baião, Centro de Saúde Celorico de Basto, Centro de Saúde Cinfães, Centro de Saúde Marco de Canaveses, Centro de Saúde Resende e Serviço de Urgência Básica de Cinfães (CS Cinfães)
27	Agrupamento de Centros de Saúde do Tâmega II – Vale do Sousa Sul	Centro de Saúde Castelo de Paiva, Centro de Saúde Paredes, Centro de Saúde Penafiel, Centro de Saúde Rebordosa e Centro de Saúde Termas São Vicente
28	Agrupamento de Centros de Saúde do Tâmega III – Vale do Sousa Norte	Centro de Saúde Felgueiras, Centro de Saúde Lousada e Centro de Saúde Paços de Ferreira
29	Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto I – Santo Tirso/Trofa	Centro de Saúde Negrelos, Centro de Saúde Santo Tirso e Centro de Saúde Trofa
30	Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto II – Gondomar	Centro de Saúde Gondomar/Foz do Sousa – Unidade Foz do Sousa, Centro de Saúde Gondomar/Foz do Sousa – Unidade Gondomar, Centro de Saúde São Pedro da Cova/Rio Tinto – Unidade Rio Tinto e Centro de Saúde São Pedro da Cova/Rio Tinto – Unidade São Pedro da Cova.
31	Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto III – Maia/Valongo	Centro de Saúde Castelo da Maia, Centro de Saúde Maia/Águas Santas – Unidade Águas Santas, Centro de Saúde Maia/Águas Santas – Unidade Maia, Centro de Saúde Valongo/Ermesinde – Unidade Ermesinde e Centro de Saúde Valongo/Ermesinde – Unidade Valongo
32	Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto	Centro de Saúde Póvoa de Varzim e Centro de Saúde Vila do Conde.

	IV – Póvoa de Varzim/Vila do Conde	
33	Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto V – Porto Ocidental	Centro de Saúde Aldoar, Centro de Saúde Batalha, Centro de Saúde Carvalhosa, o Centro de Saúde Foz do Douro e Centro de Saúde São João do Porto
34	Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto VI – Porto Oriental	Centro de Saúde Bonfim – Porto, Centro de Saúde Campanhã e Centro de Saúde Paranhos
35	Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto VII – Gaia	Centro de Saúde Barão do Corvo, Centro de Saúde Soares dos Reis/Oliveira do Douro – Unidade Oliveira do Douro e Centro de Saúde Soares dos Reis/Oliveira do Douro – Unidade Soares dos Reis
36	Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto VIII – Espinho/Gaia	Centro de Saúde Arcozelo/Boa Nova – Unidade Arcozelo, Centro de Saúde Arcozelo/Boa Nova – Unidade Boa Nova, Centro de Saúde Carvalhos e Centro de Saúde Espinho
37	Agrupamento de Centros de Saúde de Entre Douro e Vouga I – Feira/Arouca	Centro de Saúde Arouca e o Centro de Saúde Santa Maria da Feira
38	Agrupamento de Centros de Saúde de Entre Douro e Vouga II – Aveiro Norte	Centro de Saúde Oliveira de Azeméis, Centro de Saúde São João da Madeira e Centro de Saúde Vale de Cambra
39	Agrupamento de Centros de Saúde da Cova da Beira	Centro de Saúde Belmonte, Centro de Saúde Covilhã e Centro de Saúde Fundão
40	Agrupamento de Centros de Saúde do Baixo Mondego	Centro de Saúde Cantanhede, Centro de Saúde Celas, Centro de Saúde Eiras, Centro de Saúde Fernão de Magalhães, Centro de Saúde Norton de Matos, Centro de Saúde Santa Clara, Centro de Saúde São Martinho do Bispo, Centro de Saúde Condeixa-a-Nova, Centro de Saúde Figueira da Foz, Centro de Saúde Mealhada, Centro de Saúde Mira, Centro de Saúde Montemor-o-Velho, Centro de Saúde Mortágua, Centro de Saúde Penacova e Centro de Saúde Soure
41	Agrupamento de Centros de Saúde do Dão – Lafões	Centro de Saúde Aguiar da Beira, Centro de Saúde Carregal do Sal, Centro de Saúde Castro Daire, Centro de Saúde Mangualde, Centro de Saúde Nelas, Centro de Saúde Oliveira de Frades, Centro de Saúde Penalva do Castelo, Centro de Saúde Santa Comba Dão, Centro de Saúde São Pedro do Sul, Centro de Saúde Sátão, Centro de Saúde Tondela, Centro de Saúde Vila Nova de Paiva, Centro de Saúde Viseu 1, Centro de Saúde Viseu 2, Centro de Saúde Viseu 3 e Centro de Saúde Vouzela.
42	Agrupamento de Centros de Saúde do Pinhal Interior Norte	Centro de Saúde Alvaiázere, Centro de Saúde Ansião, Centro de Saúde Arganil, Centro de Saúde Castanheira de Pera, Centro de Saúde Figueiró dos Vinhos, Centro de Saúde Góis, Centro de Saúde Lousã, Centro de Saúde Miranda do Corvo, Centro de Saúde Oliveira do Hospital, Centro de Saúde Pampilhosa da Serra, Centro de Saúde Pedrógão Grande, Centro de Saúde Penela, Centro de Saúde Tábua e Centro de Saúde Vila Nova de Poiares

43	Agrupamento de Centros de Saúde do Pinhal Litoral	Centro de Saúde Batalha, Centro de Saúde Arnaldo Sampaio, Centro de Saúde Gorjão Henriques, Centro de Saúde Marinha Grande, Centro de Saúde Pombal e Centro de Saúde Porto de Mós
44	Agrupamento de Centros de Saúde do Alentejo Central	Centro de Saúde Alandroal, Centro de Saúde Arraiolos, Centro de Saúde Borba, Centro de Saúde Estremoz, Centro de Saúde Évora, Centro de Saúde Montemor-o-Novo, Centro de Saúde Mora, Centro de Saúde Portel, Centro de Saúde Redondo, Centro de Saúde Reguengos de Monsaraz e Mourão, Centro de Saúde Vendas Novas, Centro de Saúde Viana do Alentejo e Centro de Saúde Vila Viçosa
45	Agrupamento de Centros de Saúde do Algarve I – Central	Centro de Saúde Albufeira, Centro de Saúde Faro, Centro de Saúde Loulé, Centro de Saúde Olhão e Centro de Saúde São Brás de Alportel
46	Agrupamento de Centros de Saúde do Algarve II – Barlavento	Centro de Saúde Aljezur, Centro de Saúde Lagoa, Centro de Saúde Lagos, Centro de Saúde Monchique, Centro de Saúde Portimão, Centro de Saúde Silves e Centro de Saúde Vila do Bispo
47	Agrupamento de Centros de Saúde do Algarve III – Sotavento	Centro de Saúde Alcoutim, Centro de Saúde Castro Marim, Centro de Saúde Tavira e Centro de Saúde Vila Real de Santo António

b.) Unidades de Saúde Familiar

As Unidades de Saúde Familiar (USF)[160] são candidatos ao exercício dos serviços, podendo contratar os profissionais independentemente do vínculo laboral estabelecido com as entidades sob direção, tutela ou superintendência do Ministro da Saúde (art. 2.º, N.º 2 do Decreto-Lei n.º 298/2007, de 22 de Agosto). É preservada a sua autonomia organizativa, funcional e técnica. As contratualizações dos profissionais originam um efeito sinalagmático contratual, entregando às USF a responsabilidade pela carteira de serviços e de resultados a que se propõem, sendo controladas externamente por via da monitoração e avaliação (Despacho Normativo n.º 9/2006, de 16 de Fevereiro). Pois bem, não existe qualquer impedimento relativamente à prestação do serviço de saúde pública pelos profissionais privados. A função em apreço permanece uma função pública,

[160] . Decreto-Lei n.º 298/2007, de 22 de Agosto, Estabelece o regime jurídico da organização e do funcionamento das unidades de saúde familiar (USF) e o regime de incentivos a atribuir a todos os elementos que as constituem, bem como a remuneração a atribuir aos elementos que integrem as USF de modelo B. Definição Art. 3.º, N.º 1 – As USF são as unidades elementares de prestação de cuidados de saúde, individuais e familiares, que assentam em equipas multiprofissionais, constituídas por médicos, por enfermeiros e por pessoal administrativo e que podem ser organizadas em três modelos de desenvolvimento: A, B e C.

apenas sendo executada por pessoa privada em nítida privatização funcional, que não retira as responsabilidades públicas do Estado[161].

As USF são equipas multidisciplinares compostas por médicos clínicos gerais, enfermeiros e secretários clínicos, cuja dimensão se subordina à população inscrita. As USF formam-se, voluntariamente, por profissionais com cargos públicos, sendo uma manifestação da auto-organização. Trata-se de um órgão técnico, subordinado ao ARS, I.P., que se vincula na área de atuação geográfica. Em regra, a estrutura orgânica é formada por um coordenador da equipa, um conselho técnico e pelo conselho geral. Este último é o órgão mais importante, sendo competente para tomar as decisões de funcionamento e é composto por todos os profissionais da unidade. Na verdade, esta estrutura assemelha-se à recente reforma do NHS inglês que fez com os clínicos gerais (pessoas físicas) recebessem as atribuições públicas temporárias de organização dos serviços, através das *Clinical Commissioning Groups* (CCGs), liderados clinicamente pelos GPs, responsáveis pelo planeamento e pelo comissionamento de serviços de saúde na sua área local.

A diferença principal que se observa é a criação de padrões ou de sistemas de retribuição mistos dos profissionais de saúde, da atenção de nível primário dos USF, criando diversas formas de pagamento, conforme o modelo tradicional de cargos públicos por base ou por acessão de carreira, ou, por outro lado, conforme o estilo mercantil de concorrência de capitação ajustada, ou ainda pelo critério associativo do desempenho do profissional no alcance de metas, tal como aconteceria se fosse um funcionário de uma empresa mercantil. As USF são unidades públicas sem personalidade jurídica, pertencentes ao serviço do SNS, que se dedicam à qualificação dos serviços por forma a alcançar os melhores resultados de acessibilidade, assistência, satisfação dos utentes e eficiência. Saliente-se que existe um grande poder de controlar coletivamente cada indivíduo inscrito na USF, tendo em conta a proximidade com o utente, que propicia a constituição de um banco de dados de informações dos utilizadores pelos profissionais responsáveis pelo nível básico.

---

161 . GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. Entidades Privadas com Poderes Públicos: O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas. Coimbra: Almedina. 2008. p. 359.

Existem três modelos A, B e C de organização das USF, que se distinguem pelo seu grau de autonomia. Por ordem crescente de elevação de aperfeiçoamento das USF, pode afirmar-se que o modelo A é o inicial, consubstanciando a fase inicial de formação do grupo multidisciplinar. Neste modelo, as USF são tratadas como um órgãos do setor público, remuneradas como Administração Pública, com pequenas margens de liberdades para contratualização. Por outra banda, o modelo B é o intermediário, sendo as USF tratados de forma idêntica ao anterior modelo, tendo apenas maior abertura de contratualização ao estabelecer um método retributivo mais vantajoso aos GPs. Por último, o modelo C é o diferencial, deveria ser o principal e não o supletivo, estabelecendo a privatização funcional ao nível dos profissionais do setor privado (social, cooperativo, privado).[162-163]

c.) Unidades de Cuidados de Saúde Personalizados

As Unidades de Cuidados de Saúde Personalizados (UCSP) adotam estrutura idêntica à prevista para as USF, prestando cuidados personalizados. As equipas de profissionais da área da saúde são compostas por médicos, enfermeiros e administrativos não integrados nas USF (art. 10.º do Decreto-Lei n.º 253/2012, de 27 de Novembro).

---

[162] . BISCAIA, André Rosa. A reforma dos cuidados de saúde primários e a reforma do pensamento. Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar, [S.l.], v. 22, n. 1, p. 67-79, jan. 2006. ISSN 2182-5181. Disponível em: <https://www.rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/10211>. Acesso em: 23 maio 2020. doi:http://dx.doi.org/10.32385/rpmgf.v22i1.10211.

[163] . Um olhar sobre Portugal e a Europa à luz da doutrina social da Igreja. Carta Pastoral da Conferência Episcopal Portuguesa. 4. Nem Estado centralizador, nem Estado mínimo: A afirmação em título deriva do princípio da subsidiariedade: «Com base neste princípio, todas as sociedades de ordem superior devem pôr-se em atitude de ajuda ("subsidium") – e, portanto, de apoio, promoção e incremento – em relação às menores. Desse modo, os corpos sociais intermédios podem cumprir adequadamente as funções que lhes competem, sem ter que cedê-las injustamente a outros entes sociais de nível superior, pelas quais acabariam por ser absorvidos e substituídos, e por ver-se negar, ao fim e ao cabo, dignidade própria e espaço vital». Contraria-se assim a conceção de um Estado omnipresente, monopolista e centralizador, que suprime a liberdade e a consequente responsabilidade das pessoas e dos grupos sociais. Mas contradiz-se igualmente a conceção liberal de um Estado mínimo. Estado supletivo, ou subsidiário, não omisso ou indiferente, mas que regula as iniciativas da sociedade civil em função do bem comum, apoia-as quando o bem comum o exige e supre as suas insuficiências também quando o bem comum o exige. Disponível em: http://www.conferenciaepiscopal.pt/v1/um-olhar-sobre-portugal-e-a-europa-a-luz-da-doutrina-social-da-igreja/. Acesso em: 20.9.2019.

d.) Unidades de Cuidados na Comunidade

As Unidades de Cuidados na Comunidade (UCC) prestam cuidados de saúde e apoio psicológico e social de âmbito domiciliário e comunitário, dando preferência aos cidadãos mais vulneráveis. Tais entidades intervêm em situações de risco ou de dependência física, funcional e/ou doença que exijam acompanhamento do utente. Para além disso, desenvolvem uma atividade pedagógica da população, educando para os hábitos de saúde, através da integração em redes de apoio à família e da implementação de unidades móveis de intervenção.

As UCC possuem equipas multidisciplinares, compostas por enfermeiros, assistentes sociais, médicos, psicólogos, nutricionistas, fisioterapeutas, terapeutas da fala entre outros profissionais. Através das UCC constituem-se as equipas de cuidados continuados integrados, conforme estabelecido no Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de junho (art. 10.º do Decreto-Lei n.º 253/2012, de 27 de Novembro).

e.) Unidades de Saúde Pública

As Unidades de Saúde Pública (USP) têm a competência funcional de observar a saúde pública no âmbito geodemográfico, funcionando como órgão fracionário dos ACES.

É atribuição dos USP elaborar informação e planos em domínios da saúde pública, procedendo à vigilância epidemiológica, bem como administrar os programas de intervenção a nível de prevenção, promoção e proteção da saúde da população (Artigo 12.º, N.º 1 do Decreto-Lei n.º 253/2012, de 27 de Novembro).

f.) Unidades de Recursos Assistenciais Partilhados

As Unidades de Recursos Assistenciais Partilhados (URAP) exercem atividades de consultoria e de assistência às USP e organizam ligações aos serviços hospitalares. Estas unidade usam equipas multiprofissionais para o exercício das suas atribuições (art. 13.º, N.º 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 253/2012, de 27 de Novembro).

Todas estas Unidades de serviços específicos são partes integrantes da Administração Pública, principalmente por exercerem funcionalmente tarefas delimitadas ao regime jurídico diferenciado do SNS. Por outras palavras, os serviços desempenhados fazem parte de um conjunto de relações jurídicas de direito público, tratando da saúde pública nos exatos termos do regime jurídico diferenciado do SNS.

Assim, existe um critério de conduta estatutária que consubstancia um sujeito com personalidade pública, com fins públicos e distinção de autoridade administrativa (ex.: poder de polícia). Contudo, tal não significa que apenas entidades públicas podem desempenhar funções públicas, sendo plenamente viável que entidades particulares possam exercer um poder público ou um dever público, entregando a mesma prestação de serviço de saúde pública e atendendo o interesse público constante no art. 64.º, N.º 3 da CRP/76.

O modelo C de organização da USF é um exemplo da mudança da base epistemológica de direito administrativo, uma vez que a relevância dogmática-prática da relação jurídica autoriza a privatização funcional, por forma a alcançar os profissionais do setor privado (social, cooperativo, privado) para execução dos fins públicos de assistência aos cuidados de saúde primários[164]. Cumpre patentear que, a evolução das técnicas jurídicas administrativistas autorizam outros tipos de relações jurídicas administrativas, dependendo, porém, de abertura normativa no modelo quadro *civil law* do SNS (política legislativa).

---

164 . Despacho n.º 24 101/2007, DR n.º 203/2007, Série II de 22 de outubro de 2.007. Anexo. N.º 2, alínea c, O Modelo C: i) Modelo experimental, a regular por diploma próprio, com carácter supletivo relativamente às eventuais insuficiências demonstradas pelo SNS, sendo as USF a constituir definidas em função de quotas estabelecidas por administração regional de saúde (ARS) e face à existência de cidadãos sem médico de família atribuído; ii) Abrange as USF dos sectores social, cooperativo e privado, articuladas com o centro de saúde, mas sem qualquer dependência hierárquica deste, baseando a sua actividade num contrato-programa estabelecido com a ARS respectiva, através do departamento de contratualização, e sujeitas a controlo e avaliação externa desta ou de outras entidades autorizadas para o efeito, com a obrigatoriedade de obter a acreditação num horizonte máximo de três anos.

Mesmo que a Lei Orgânica do Ministério da Saúde trate de entidades da Administração Indireta da Saúde (art. 5.º do Decreto-Lei n.º 124/2011, de 29 de Dezembro), de acordo com José Carlos Vieira de Andrade, os instituto públicos, I.P. não constituem de *per si* um verdadeiro fenómeno de descentralização, já que estas pessoas coletivas não possuem autonomia substancial, nem satisfazem interesses próprios. A sua existência é limitada à satisfação dos interesses da comunidade nacional a cargo do Estado, ou seja, estes diligenciam no sentido de dar cumprimento às missões estabelecidas na agenda política do Governo. Na sua percepção classificatória, os I.P. seriam fenómenos de *desconcentração personalizada*, refutando a classificação de Marcello Caetano de *devolução de poder* ou de *descentralização técnica* ou *de serviço*, uma vez que o propósito de criação destes *institutos públicos* é apenas a procura de especialização funcional e autonomia decisória em áreas específicas de atuação dentro do âmbito da saúde.[165]

Todavia, existe uma transferência parcial da titularidade ou da execução dos serviços quando cria um ACES, através da outorga de fração da titularidade dos serviços de saúde baseada na regionalização de gestão dos operadores que atuam no SNS, ou quando admite delegação por contrato das USF – o modelo C tem vindo a permitir a privatização funcional da execução do serviço de saúde, apesar de estes serem prestados em nome do Estado e por conta e risco do mesmo. Sem prejuízo de aderir ao entendimento de José Carlos Vieira de Andrade, o que é facto é que não existe uma descentralização perfeita, uma vez que a finalidade deste conjunto de entidades coletivas foi simplificar e acelerar os serviços inseridos no SNS, que, no plano de fundo, são todos integrados na mesma entidade centralizada do Ministério da Saúde.

g.) Unidades Locais de Saúde

165 . ANDRADE, José Carlos Vieira de. Lições de Direito Administrativo. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017. p. 107.

As Unidades Locais de Saúde (ULS), E.P.E. são pessoas coletivas públicas com a finalidade principal de funcionar como elo de ligação entre a prestação de cuidados de saúde primários e a prestação de cuidados diferenciados de média e de alta complexidade. Este tem sido o seu papel promissor desde o projeto piloto com a criação da ULS de Matosinhos, através do Decreto-Lei n.º 207/99, em 9 de Junho. Desde então, outras unidades foram constituídas, tais como a ULS do Norte Alentejo, E.P.E., com o Decreto-Lei n.º 50-B/2007, de 28 de Fevereiro; as ULS do Alto Minho, E.P.E.; do Baixo Alentejo, E.P.E.; e da Guarda, E.P.E., criadas pelo Decreto-Lei n.º 183/2008, de 4 de Setembro; a ULS de Castelo Branco, E.P.E., pelo Decreto-Lei n.º 318/2009, de 2 de Novembro; a ULS do Nordeste, E.P.E, fruto da extinção do Centro Hospitalar do Norte e do ACES do Alto Trás-os-Montes I – Nordeste, pelo Decreto-Lei n.º 67/2011, de 2 de Junho; e, posteriormente, ULS do Litoral Alentejano, E.P.E., com a união do Hospital do Litoral Alentejano e do ACES do Alentejo Litoral, através do Decreto-Lei n.º 238/2012, de 31 de Outubro.

Por opção de gestão regionalizada, as ULS, E.P.E. foram sendo instituídas com o desiderato de alcançar melhores índices de eficiência operacional, utilizando mecanismos de gestão para otimizar a resposta dos serviços. Estas entidades personificadas denotam o papel funcional de tutela dos serviços de saúde, cujo fim é desempenhar as prestações dos cuidados de saúde em rede, interligando os operadores.

A opção pelo tipo jurídico empresarial revela a intenção de procura de índices de satisfação dentro de critérios societários de alcance de eficiência com aumento de rentabilidade operacional e de redução de custos. Por este motivo, as ULS, E.P.E. não se adequam aos padrões burocráticos de gestão da Administração Pública tradicional. A visão de mercado está formatada na associação personificada dos *stakeholders* locais, inseridos no SNS, como ULS, E.P.E., que rentabiliza a capacidade produtiva através dos elos instituídos nos três tipos de cuidados de saúde - primário, hospitalar e continuado.

Os objetivos da ULS são multifuncionais, atendendo a prestação de cuidados de saúde primários, diferenciados e continuados à população usuária do SNS, mas também aos beneficiários dos subsistemas de saúde. As suas competências regionalizadas focam nas necessidades locais, admitindo inclusive o desenvolvimento de

atividades de investigação, formação e ensino. Os trabalhadores submetem-se às regras dos contratos de trabalho do Código do Trabalho e o financiamento dá-se por contratualização e por intermédio de contratos-programas.

Atualmente, existem oito ULS, são elas: Unidade Local de Saúde de Castelo Branco, E.P.E.; Unidade Local de Saúde de Matosinhos, E.PE.; Unidade Local de Saúde do Alto Minho, E.PE., Unidade Local de Saúde da Guarda, E.P.E.; Unidade Local de Saúde do Baixo Alentejo, E.P.E.; Unidade Local de Saúde do Litoral Alentejano, E.P.E.; Unidade Local de Saúde do Norte Alentejano, E.P.E. e Unidade Local de Saúde do Nordeste, E.P.E.

3.5.2.2. Os cuidados de saúde hospitalares

Em 2018, Portugal contava com duzentas e trinta unidades hospitalares oficiais, públicas e não públicas, ou privadas, totalizando trinta e cinco mil, quatrocentos e vinte e nove camas, que se desdobram por camas nas enfermarias, nos quartos privados ou nas unidades de cuidados intensivos.[166] Existem, atualmente, cento e sete hospitais públicos, cento e dezenove hospitais privados e apenas quatro hospitais em regime de parceria público-privado, revelando de forma inegável a importância da iniciativa privada na cobertura dos serviços de média e alta complexidade na área da saúde[167].

De acordo com Licínio Lopes, existem oito modos de organização e de gestão dos estabelecimentos hospitalares, a saber: os Estabelecimentos Públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, com ou sem autonomia patrimonial; os Estabelecimentos Hospitalares, constituídos sob a forma de

166 . PORTUGAL. PORDATA – Base de dados Portugal contemporâneo. INE/DGS/MS. Atualização em 12 de dezembro de 2.019. Disponível em: https://www.pordata.pt/Portugal/Hospitais+n%C3%BAmero+e+camas-142. Acesso em:

167 . PORTUGAL. Instituto Nacional de Estatísticas. Saúde em Portugal 2.018 – Hospitais. INEP, I.P., Lisboa. 2.020. Disponível em: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=ine_inst_infografia&INST=427164258&xpid=INE. Acesso em: 1º.5.2020.

sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos; os Estabelecimentos Hospitalares constituídos sob a forma de entidade pública empresarial; os Hospitais em regime de gestão e financiamento privados; os Estabelecimentos hospitalares sob gestão delegada (ou concessionada); os Estabelecimentos hospitalares geridos em regime de convenção por grupos de médicos e, por fim, os Estabelecimentos Privados.[168]

O setor público hospitalar português é dividido em dois regimes jurídicos: os Hospitais do Setor Público Administrativo (SPA) e os Hospitais do Setor Público Empresarial (E.P.E.), que, de grosso modo, se diferenciam pela racionalidade de funcionamento[169]. Cumpre salientar que, qualquer uma das opções não desvirtua a natureza jurídica pública das entidades prestadoras do serviço, estando estas funcionalmente direcionadas aos comandos centrais ou regionais do poder político de gestão do SNS. Em boa verdade, a única diferença considerável dos Hospitais E.P.E. prende-se com os contratos de trabalho dos funcionários, que não são considerados agentes públicos estatutários e ficam subordinados à legislação laboral portuguesa (de natureza privada).

A Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro prevê, em anexo, o regime jurídico da gestão hospitalar das entidades pertencentes à rede de prestação de cuidados de Saúde hospitalares do SNS. Estão submetidos ao império de tutela normativa todo e qualquer estabelecimento prestador de serviço para o SNS, sejam os estabelecimentos da Administração Indireta, sejam os estabelecimentos privados ou os serviços de saúde, bem como os profissionais liberais por convenções. Deste modo, o legislador infraconstitucional autorizou uma dimensão de privatização para os serviços ou estabelecimentos que prestem serviços no sistema único de saúde português. Os prestadores de cuidados de saúde hospitalares devem ter uma das naturezas jurídicas definidas na lei, no art. 2.º, N.º 1, *Estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, com ou sem autonomia patrimonial*; *Estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e natureza empresarial*; *Sociedades anónimas*

168 . LOPES, Licínio. Direito Administrativo da Saúde. *In* Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. III. Paulo Otero e Pedro A. P. da Costa Gonçalves (Coord.). Coimbra: Almedina. 2010. p. 236-239.
169 . PEREIRA, Paulo Trigo *et al.* Economia e Finanças Públicas. 3ª ed. Lisboa: Escolar Ed. 2.009. p. 359.

de capitais exclusivamente públicos; e *Estabelecimentos privados, com ou sem fins lucrativos, com quem sejam celebrados contratos*.

No que concerne aos estabelecimentos privados com fins lucrativos, o regime jurídico aplicável é o estatuto empresarial e as disposições do Código das Sociedades Comerciais (art. 20.º, N.º 1, alínea *a* da Lei n.º 27/2002). Observa-se que, a norma infraconstitucional estava em consonância com a Lei de Base da Saúde recentemente revogada (Lei n.º 48/90, de 24 Agosto), que autorizava uma ampla liberdade de interação da atuação de entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, na funcionalidade de tarefas públicas de saúde. Atualmente, apenas de *forma supletiva e temporária,* as entidades privadas (com fins lucrativos) ou o setor social (sem fins lucrativos) podem atuar na tarefa pública da saúde (Base 6, N.º 1 da Lei n.º 95/2019).

A política legislativa mudou, reforçando a intenção de estatização dos serviços e dos estabelecimentos no regime jurídico diferenciado do SNS. De certa forma, o legislador infraconstitucional afastou a nova hermenêutica funcional da atividade administrativa.

Fazem parte da Administração indireta do SNS, numa orientação de desconcentração personalizada, os estabelecimentos contidos no Setor Público Administrativo (SPA). O regime jurídico dos Hospitais ou Centros hospitalares do SPA é estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto. São pessoas coletivas públicas, que possuem personalidade jurídica com autonomia administrativa e financeira, podendo ainda ter autonomia patrimonial. Trata-se, assim, nos termos do art. 2.º do diploma legal, de serviços personificados muito semelhantes aos institutos públicos, sendo que as atividades dos Hospitais do SPA são desenvolvidas no estrito cumprimento das orientações definidas pelo MS, em obediência ao regime jurídico do SNS. Encontra-se patente na página eletrónica a missão de subordinação hierárquica com a Administração Pública Direta, na apresentação do Hospital Dr. Francisco Zagalo – Ovar.[170] Pela natureza de direito público, as entidades públicas hospitalares do SPA possuem finalidades exclusivas e essenciais pré-estabelecidas pelo diploma legal, cuja

[170] . PORTUGAL. SNS. Hospital Dr. Francisco Zagalo – Ovar. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/entidades-de-saude/hospital-dr-francisco-zagalo-ovar/. Acesso em: 10.12.2019.

prossecução é vista como interesse público administrativo. Assim, os Hospitais do SPA, enquanto pessoas coletivas de direito público, têm poderes públicos, mas também estão sujeitos aos deveres públicos. Esta opção de personificação jurídica causa engessamento pela necessidade de obediência ao sistema de gestão burocrático da Administração Pública.

Isto significa que, o MS definirá as ações que importem impactos financeiros, devendo compor os planos de atividades e de finanças plurianuais e anuais, além de haver uma forte burocracia para a prestação de contas e definição da tabela de preços. O poder político pode interferir na gestão técnica, extinguindo ou modificando departamentos, serviços e unidades do órgão hospitalar. Por outro lado, o Ministro da Saúde tem o poder político de nomeação de pessoas para ocuparem os mais diversos cargos dos Hospitais do SPA, com possibilidades de demissão *ad nutum*, a saber, o presidente, vogais, diretores-executivos e, até mesmo diretores clínicos. Logo, o poder político tem autoridade máxima na configuração dos hospitais, mesmo que exista a possibilidade de instituição de um regime de organização interna hospitalar.[171]

Nos dias de hoje, fazem parte do Setor Público Administrativo do sistema único de saúde de Portugal: o Centro de Medicina Física de Reabilitação do Sul – São Brás de Alportel; o Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa; o Centro de Medicina de Reabilitação da Região Centro – Rovisco Pais; o Hospital Arcebispo João Crisóstomo – Cantanhede; o Hospital Dr. Francisco Zagalo – Ovar e o Instituto de Oftalmologia Dr. Gama Pinto. Apesar de serem poucos, na realidade atual, a nova Lei de Base da Saúde (Lei n.º 95/2019) incentiva a criação ou transformação da estrutura de cuidados hospitalares com a perspectiva de centralização da responsabilidade do Estado através de Estabelecimentos públicos, inserindo no Setor Público Administrativo ou no Setor Público Empresarial (Base 6, N.º 1, anexo da Lei n.º 95/2019).

A empresarialidade foi uma orientação estratégica do Conselho de Ministros, vertida na Resolução n.º 41/2002, de 7 de Março, consentindo a transformação de estabelecimentos públicos prestadores de cuidados hospitalares em entidades públicas

[171] . ESTORNINHO, Maria João. Organização administrativa da saúde: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino. Coimbra: Almedina. 2008. p. 146-147.

empresariais – E.P.E., ou melhor, transformar a percepção dos prestadores dos serviços como empresas (personificadas ou não)[172]. O que sucedeu na Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, que criou diversos tipos de naturezas jurídicas dos hospitais públicos. Contudo, a empresarialização foi o processo de autonomização das competências dos órgãos de gestão, tentando transpor algumas características do setor privado para a prestação de cuidados de saúde pública[173]. Esta segunda fase de evolução do Sistema de Saúde português[174] é influência clara do direito comunitário, que apoiou o *new public management* na década de noventa[175], razão pela qual, em 1994, já existia o primeiro hospital público com gestão privada - Hospital Amadora-Sintra. Contudo, é a partir da Resolução do Conselho de Ministros n.º 15/2003 que foi criada a Unidade de Missão designada *Hospitais SA*, com a finalidade de coordenar o processo global de lançamento e a estratégia de empresarialização dos hospitais com a natureza jurídica de sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos. Posteriormente, dois decretos foram promulgados, o Decreto-Lei n.º 207/2004, de 19 de Agosto, que criou o Centro Hospitalar do Baixo Alentejo, S. A., com a natureza de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, extinguindo o Hospital José Joaquim Fernandes, S. A., de Beja, e do Hospital de São Paulo, de Serpa; e, posteriormente, o Decreto-Lei n.º 214/2004, de 23 de Agosto, que criou o Centro Hospitalar do Barlavento Algarvio, S. A., também com a natureza de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, extinguindo o Hospital do Barlavento Algarvio, S. A., e do Hospital Distrital de Lagos. Em contrapartida, instituiu o Centro Hospitalar do Barlavento Algarvio, S. A., integrando o estabelecimento dos dois hospitais extintos.

---

172 . PORTUGAL. Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2002, de 7 Março. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/250410/details/maximized. Acesso em: 2.6.2017.

173 . STOLEROFF, Alan; CORREIA, Tiago. A empresarialização do sector hospitalar público português: a desregulação do mercado de trabalho médico e os desafios sindicais para a sua re-regulação. e-Working Paper N.º 47/2008. p. 4. Centro de Investigação e Estudos de Sociologia. Lisboa. Portugal. Disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/719/1/CIES-WP47_Stoleroff-Correia_.pdf. Acesso em: 1º.6.2017.

174 . ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. Direito da Saúde. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2014. p. 73.

175 . MAJOR, Maria João; MAGALHAES, Andreia. Reestruturação do serviço nacional de saúde em Portugal: balanço da empresarialização dos hospitais públicos portugueses. Revista de Administração, São Paulo, Vol. 49, N.º 3, p. 476-490, Setembro 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-21072014000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11.6.2017.

Pois bem. A orientação seguida em Portugal foi tendência na UE, reduzindo a fragmentação nos níveis de média e de alta complexidade dos serviços da rede hospitalar e, adotando técnicas societárias de fusão, acabou por instituir Centros hospitalares de referência.[176] Além disso, passou a admitir o dimensionamento das privatizações dos serviços públicos, aproveitando a característica de vanguarda da Lei de Base da Saúde vigente à época, Lei n.º 48/90. Trinta e quatro hospitais públicos transformaram-se em trinta e um hospitais S.A. de capital exclusivamente público. Não obstante, através do Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho, os hospitais S.A. passaram a ser hospitais E.P.E.. Ou seja, em menos de um ano, o poder político português, tendo em vista a redução do seu papel de intervenção nas entidades empresarializadas sob a forma jurídico-privada, resolveu retroceder ao formato misto de empresarialização sob a forma jurídica-pública. Nessa senda, criaram espécies de institutos públicos com características *sui generis*, que não são totalmente compatíveis com os desígnios de direito público, especialmente no que concerne aos trabalhadores (não servidores públicos) que prestam serviços públicos nestes estabelecimentos. A condição dos hospitais S.A. atribuía um caráter mais liberal, retirando efetivamente o poder de decisão da classe política, colocando as deliberações das entidades de saúde nas mãos das Assembleias Gerais, nos moldes das sociedades de capitais do tipo societário S.A., adaptado ao direito público. No formato hospital S.A., a Assembleia Geral é constituída pelos acionistas com direito de voto, sendo que o Estado era apenas um acionista, representado por mandatário designado pelos Ministros das Finanças e da Saúde. O Conselho de Administração e Fiscal compõem a Assembleia Geral, sendo que o Conselho de Administração possui cinco membros, preenchidos pela direção técnica (diretor clínico e enfermeiro diretor), nos moldes do Art. 6.º, N.º 1, 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 207/200.

Apesar de parte da doutrina portuguesa considerar ínfimos os contrastes entre os tipos societários criados[177] existe uma diferença marcante na consideração das figuras empresariais. Na roupagem da empresarialidade, as entidades, ou melhor, as empresas do setor público, são constituídas com capital exclusivamente público. Apesar da aparente intransmissibilidade dos direitos e obrigações dos sócios, o

176 . BARROS, Pedro Pita; MACHADO, Sara Ribeirinho; SIMÕES, Jorge de Almeida. Portugal. Health system review. Health Syst Transit. Ano 2011; 13(4): 1-156. Disponível em: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22222781/. Acesso em: 2.7.2017.

177 . ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. Direito da Saúde. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2014. p. 126.

Estado é sócio exclusivo destes tipos societários públicos. É importante ter em mente que, ao transpor o sistema da empresarialidade para o direito administrativo, a classificação societária da hermenêutica jurídica base de direito empresarial patenteia uma nuance que deve ser observada. As E.P.E. revestem qualidade pessoal do Estado e tal qualidade é o caráter primordial da sua existência (pessoa jurídica pública). Em sentido diverso, nas S.A. o caráter pessoal é secundário[178] - este é um perigo para quem tem receio de uma evolução do dimensionamento da privatização, na medida em que se poderá alcançar reformas para regimes jurídicos de associação, onde o Estado passaria a ser acionista minoritário dos hospitais S.A. (pessoas jurídicas privadas) ou, por outro lado, seria componente minoritário de consórcios de empresas para a prossecução dos fins hospitalares. A opção pelo tipo societário de sociedade *de capitais*, mesmo que inicialmente de capital exclusivo público, pode ter sido intencional para a futura evolução na repartição de risco empresarial da atividade hospitalar em si considerada, admitindo posterior participação de capital privado nos hospitais S.A., entregando à sociedade civil parte da responsabilidade prioritariamente entregue ao Estado, nos termos do art. 64.º, N.º 3 da CRP.

E, neste ponto, cabe o argumento que a problemática vivenciada pelos hospitais no formato jurídico S.A. está na mudança da forma de financiamento da época, que afastou os orçamentos das unidades hospitalares. Portugal deixou de adotar o método de financiamento prospectivo, que financiava todas as atividades desenvolvidas pelos hospitais, passando para o método de financiamento retrospectivo, que só paga pelo que foi objeto de contratualização com o MS no início do ano (*contrato-programa*). Tal mudança de paradigma causa um impacto nefasto na concretização da prestação do serviço na medida em que, se a procura dos utentes for superior ao que foi previamente *planeado politicamente*, quem arca com o ónus deficitário é a unidade hospitalar.[179-180] Portanto, ao criar um entrave nos gastos públicos com saúde, Portugal instituiu um

178 . NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa. Vol. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 277-285.

179 . MAJOR, Maria João; MAGALHAES, Andreia. Reestruturação do serviço nacional de saúde em Portugal: balanço da empresarialização dos hospitais públicos portugueses. Revista de Administração, São Paulo, Vol. 49, N.º 3, Setembro 201, p. 479.

180 . MAGALHÃES, Andreia Sofia Henriques. A Empresarialização dos Hospitais Públicos no período de 2002 a 2005, Dissertação de Mestrado, Instituto Universitário de Lisboa, Abril 2010.

método de contrapartida desequilibrado, desprestigiando os hospitais com maior produção e, consequentemente, mais gastos, já que estes não são ressarcidos pelo Estado.

O processo de transformação dos hospitais S.A. em hospitais E.P.E. teve uma forte atuação da Unidade de Missão dos Hospitais S.A., ao lado do MS, definindo a visão de *desenvolver de forma economicamente sustentável uma rede de unidades públicas empresarializadas centradas na prestação de cuidados de saúde de excelência aos utentes e no desenvolvimento contínuo dos respetivos profissionais*, através de cinco objetivos estratégicos de desenvolvimento de uma rede de hospitais E.P.E, de serviço ao utente e qualidade de prestação, de desenvolvimento profissional e meritocracia, de eficiência económico-financeira e de eficiência operacional.[181]

Os objetivos de criar um modelo de gestão empresarial para os hospitais, novamente com forma jurídica pública, foram instituir uma rede nacional de hospitais E.P.E, procurando economicidade no serviço público de saúde através da partilha de conhecimento e de profissionais. O alvo é o utente, ou seja, a meta é desenvolver políticas capazes de alcançar efetivamente o serviço necessário para o usuário do sistema único de saúde português. Racionalmente, é extremamente difícil compatibilizar os desígnios de procurar a hiperqualificação profissional dos prestadores e, ao mesmo tempo, atingir o equilíbrio económico e financeiro das unidades hospitalares.[182] É certo que a elevação da qualificação profissional ocasionará efeitos na elevação dos custos com o corpo de trabalhadores, em razão da aplicação de novas tecnologias com valor mais elevado. Então, as melhores práticas serão as tecnologicamente mais avançadas no combate às doenças e os resultados serão advindos desta eficiência operacional.[183] Assim, os propósitos abstratos, pretendidos pela gestão hospitalar no modelo empresarial, parecem colocar uma meta inalcançável por um modelo estrutural administrativo de aparência de siameses, que, apesar de aparentar várias pessoas autônomas, é, na verdade, um corpo único estatizado.

---

181 . NUNES, Alexandre Manuel Martins Morais. Reformas da gestão hospitalar: Análise dos efeitos da empresarialização. Tese Doutoramento. Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade de Lisboa. 2016.

182 . RIBEIRO, José Mendes. Reforma do Sector Público Hospitalar: Programa de Empresarialização de 34 hospitais portugueses. Revista Portuguesa de Saúde Pública. Vol. Temático 4. p. 65-77.

183 . RIBEIRO, José Mendes. Saúde. A liberdade de escolher. Lisboa: Gradiva. 2009. p. 71-107.

Talvez o setor hospitalar seja o que sofreu maior impacto entre as perspectivas da Administração Pública tradicional e a desenvolvida pelo *new public management and new public service*. Existe uma nítida tentativa de iniciar a ruptura do uso de mecanismos para governar, uma vez que as reformas estruturais no sistema único de saúde português revelam o interesse de romper com o administrar através de organismos públicos e a construção de coligações de empresas públicas não lucrativas e privadas, com o fim de alcançar necessidades recíprocas no Sistema de Saúde português. Além da criação da Entidade Reguladora da Saúde (ERS), entidade administrativa independente, com o poder-dever de supervisão e de regulação, estão previstos os prestadores de cuidados de saúde (art. 6.º do Decreto-Lei n.º 124/2011), cujo fim basilar é atingir o propósito de entregar a proteção dos cuidados da saúde[184]. Talvez o perfil subjetivo deste tipo empresarial público E.P.E. mereça algumas críticas, no que concerne à falta de efetiva autonomia para encarar os hospitais E.P.E. como empresários, já que este papel é exclusivo do Estado. As características das E.P.E. prendem-se com a adoção do perfil meramente funcional, ou seja, como atividade empresarial na área da saúde pública, cujo perfil corporativo ou institucional de exclusividade estatal não lhe garante um perfil objetivo como património empresarial autónomo para a escolha das suas estratégias de atuação no mercado da saúde[185]. Ao que parece, os hospitais E.P.E. são a criação de mais um tipo diferenciado de instituto público, que pertence ao rol de entidades da Administração Pública Indireta portuguesa, funcionando por via da descentralização, ou melhor, de desconcentração personificada dos serviços públicos de saúde.

Contudo, importa referir que a procura da gestão empresarial nos hospitais públicos era uma intenção antiga de Portugal, numa clara tentativa de fuga do modelo burocrático tradicional de gestão pública. O Decreto-Lei n.º 48357/68, de 27 de Abril previa, no seu art. 35.º, a necessidade de gestão empresarial para as unidades hospitalares. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 19/88, de 21 de Janeiro previu, no seu art. 7.º, a incumbência de reorganização administrativa por meio da gestão empresarial. A Base XXXVI da Lei de Base da Saúde, Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, prevê a obrigação, a cargo do legislador infraconstitucional, de viabilizar meios juridicamente possíveis para reformulação das unidades de saúde como empresas sob os critérios de gestão

184 . DENHARDT, Janet Vinzant; DENHARDT, Robert B. *The new public service: serving, not steering*. 3ª ed. Armonk, NY: M. E. Sharpe. 2011. p. 28-29.
185 . ASQUINI, Alberto. *Profili dell´impresa*. RDC. 1943. P.I. p. 6.

empresarial. Portanto, é inegável a evolução hermenêutica epistemológica vivenciada em Portugal do modelo administrativo tradicional para o modelo *new public management and new public service.* A partir desta missão legislativa, é possível verificar a trajetória legislativa neste sentido, iniciando com a Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2002, de 7 de Março, sucedendo no final do mesmo ano a Lei n.º 27/2002, que trata do regime jurídico da gestão hospitalar, o Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto, que regula a organização interna dos hospitais, e o Decreto-Lei n.º 95/2005, de 7 de Julho, que transformou os hospitais S.A. em entidades públicas empresariais, E.P.E.

O marco prático inicial da transformação da gestão hospitalar em Portugal foi o Decreto-Lei n.º 19/88 e o Decreto Regulamentar n.º 3/88. Admitir a transformação dos hospitais SPA em entidades empresariais do Estado possibilitou o aparecimento de um regime jurídico diferenciado em relação ao modelo de instituto público SPA por E.P.E., sendo que estas entidades públicas ganham um setor diferenciado por denominação empresarial. Em geral, pode dizer-se que esta nova figura jurídica é uma espécie de empresa pública como o eram os hospitais S.A.[186] É oriunda de influência do direito comunitário, estando relacionada com o Programa de Estabilidade e Crescimento entre 2002 a 2005 de Portugal para UE, assim redigido no texto oficial:

> O desenvolvimento de modelos de gestão empresarial, tanto nos hospitais como em cuidados de saúde primários concretiza-se nas seguintes modalidades:
> - concessão de gestão de hospitais públicos a entidades privadas;
> - lançamento de parcerias público-privadas e público-públicas (PPP);
> - celebração de concessão de gestão de centros de saúde com cooperativas de médicos, através de contratos programas;
> - este processo aprofundará as experiências realizadas nos últimos anos, designadamente:
>   - o hospital enquanto entidade empresarial pública (Hospital Santa Maria da Feira);
>   - o Hospital integrado numa unidade local de saúde (Matosinhos);

186 . "(...)*as empresas públicas como espécie dos institutos públicos, isto é, como uma categoria de pessoas coletivas de direito público*." Isto porque, os hospitais E.P.E, no atual contexto constitucional português, não podem ser encarados como empresas públicas correspondentes *a um conceito económico* e, portanto, não podem ter suporte jurídico uma pessoa coletiva de direito privado. CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. 10ª ed. Coimbra: Almedina. 2015. p. 377.

- o hospital público com concessão de gestão a entidade privada (Hospital Amadora-Sintra);[187]

Integrar a União Europeia foi um passo importantíssimo para Portugal, pois chamou à responsabilidade a classe política com o fim de coordenar um processo de transformação ou inovação estatutária de fins empresariais, conforme se depreende da Resolução do Conselho de Ministros n.º 162/2001, de 16 de Novembro. A execução de implementação do *new public service* foi bem conduzida pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2002, delimitando ao MS a criação do tipo societário, que abrangeria hospitais, centros hospitalares e unidades locais de saúde, conferindo a natureza jurídica empresarial. Estas medidas foram, em certa medida, impostas por obediência hierárquica às Autoridades Regionais de Saúde, que tinham o papel de propor ao MS a transformação das unidades hospitalares, para o novo setor empresarial da saúde do Estado, mediante as condições de elegibilidade.

A Lei n.º 27/2002 inovou hermeneuticamente o direito administrativo da saúde, admitindo um regime jurídico da gestão hospitalar diferenciado. Isto alterou as bases de captação laboral no serviço público da saúde, a forma de financiamento e obviamente de gestão. O que acabamos de expor está caracterizado na própria mudança epistémica do texto inicial da Lei de Base da Saúde da época, a Lei n.º 48/90. Pois bem, foram modificadas as bases fundamentais para o processo de introdução do modelo *new public management and new public service*. O rompimento do modelo Estatutário de servidor público aos profissionais de saúde do SNS é, sem dúvida, uma alteração drástica, ao incluir o contrato individual de trabalho e a contratação coletiva, que se revestem de verdadeiros contratos privados sem obtenção de vínculo público (Base XXXI). Para além disso, a designação de regulador e fiscalizador do Estado ocorre através do MS, em relação aos serviços prestados pelos profissionais em regime liberal (Base XL). Assiste-se também a uma alteração do método de financiamento das unidades integrantes do SNS (Base XXXIII). E, no que toca a este tópico específico, a gestão dos hospitais e centros de saúde podem ser instituídos ou transformados em S.A. de capital público (Base XXXVI).

---

[187] . UNIÃO EUROPEIA. Programa de Estabilidade e Crescimento, atualização para o período 2002-2005. Dezembro de 2001. p. 18. Disponível em: https://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/pdf/20_scps/2001-02/01_programme/pt_2001-12-01_sp_pt.pdf. Acesso em: 13.6.2018.

Porquanto, mesmo que atualmente a opção seja, de forma preponderante, pela natureza jurídica E.P.E., os hospitais integrados no sistema único de saúde em Portugal podem ter outras naturezas jurídicas, podendo ser assim caracterizados de forma setorial: as unidades hospitalares do Setor Público Administrativo, S.P.A.; as unidades hospitalares do Setor Público Empresarial, cujos tipos societários são os hospitais S.A. e os hospitais E.P.E.; as unidades do Setor Privado, cujo tipo societário está relacionado com as normas de direito empresarial; e o Setor Público com Gestão Privada, caracterizados pelo Hospital Professor Dr. Fernando da Fonseca – Amadora-Sintra, que hoje também é E.P.E, e pelas Parcerias Público-Privadas.

Assim, a empresarialização foi uma opção de aplicação de um modelo novo de serviço público de saúde, focando na reestruturação através de empresa prestadora, personificada ou não, mas com natureza pública. Portanto, apesar de nascer na ciência económica, o fenómeno juridicizado foi incorporado no ordenamento jurídico português para otimização e redução dos custos da tarefa pública de saúde. Para além disso, pode estar ao lado dos fenómenos privatizantes, mas não se confunde com eles, em razão da ausência total de uma alienação substancial da atividade pública para iniciativa privada[188], ou apenas coincidirem no aspecto funcional, quando transfere temporariamente a gestão ou a titularidade do bem jurídico, ainda que este não perca o caráter público. A empresarialização do setor hospitalar é apenas a criação de um regime jurídico peculiar que captou instrumentos jurídicos de direito privado e adaptou metodologicamente para o direito público com a intenção de flexibilizar o modelo burocrático do setor público administrativo.

A prioridade de adoção de uma forma jurídica pública é estampada pelo Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de julho, ocasionando hoje a estrutura preponderante de unidades hospitalares com natureza jurídica E.P.E. A transmutação dos trinta e um hospitais S.A. em E.P.E. demonstra o receio no avanço do dimensionamento das privatizações na forma substancial parcial, através da alienação de ações para inclusão de capital privado nos hospitais, até então, historicamente públicos.

---

188 . SIMÕES, Jorge Abreu. As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal. *In* Revista Portuguesa de Saúde Pública. Vol. 4. 2004. p. 79-90.

Assim, como esclarecido na exposição de motivos de natureza doutrinária do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro, que aprovou uma das reformulações do regime de jurídico do Sector Público Empresarial, *sem que, de forma coerente e sistemática, o respetivo enquadramento normativo acompanhasse a realidade existente*. As décadas de oitenta e noventa tiveram como marca significativa mudanças epistemológicas de atuação do direito administrativo português, a reprivatização e a transformação de empresas públicas em formato de institutos públicos com roupagem de sociedades comerciais passaram a ganhar o cenário da estrutura da Administração Pública portuguesa. A ausência de congruência foi anunciada por diversa doutrina portuguesa[189] - através do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro passaram a utilizar-se instrumentos do direito privado no direito público, criando uma espécie de sub-ramo normativo das atividades empresariais no setor público. Esta medida técnico jurídica rompeu com os padrões hermenêuticos estáticos de dicotomia entre o direito público e privado, autorizando a abertura das participações representativas do capital social ou estatutário. O conceito jurídico de empresa pública ficou fragmentado entre as empresas, constituídas com formatação societária comercial, e as entidades públicas empresariais (E.P.E)., que já existiam dentro da perspectiva do antigo Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril. As unidades hospitalares do setor público empresarial seguem o padrão clássico de empresa pública E.P.E, ou seja, são pessoas coletivas de direito público e de regime privado, de que são alguns exemplos o Hospital de Curry Cabral ou o Centro Hospitalar de São João e, ainda, a Unidade Local de Saúde do Alto Minho.

Importa referir que, a partir do Decreto-Lei n.º 93/2005, as unidades hospitalares E.P.E passaram a submeterem-se ao regime jurídico geral da E.P.E., beneficiando de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, não se sujeitando às normas de contabilidade pública. Em 29 de Dezembro, o Decreto-Lei n.º 233/2005 transformou e criou outras unidades hospitalares em E.P.E. São elas: o Hospital de Santa Maria e o Hospital de São João, que deixaram de ser S.A. para se tornarem E.P.E, tendo

189 . "*(...)a pessoa jurídica apresenta variações diversas. Não há uma categoria homogénea de pessoas jurídicas públicas, mas várias entidades públicas com regimes específicos, sem prejuízo de um regime mínimo comum, que resulta da sua qualificação como públicas.*" COUTINHO, Juliana Ferraz. O público e o privado na organização administrativa. Coimbra: Almedina. 2017. p. 313.

sido criados o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, E.P.E.; o Centro Hospitalar de Setúbal, E. P. E.; e o Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E.

Como a empresarialização é um fenómeno inicialmente económico, a juridicização de reorganização das unidades hospitalares auferem causa em métodos de administração económica. A percepção de redução de custos através da concentração de produção em escala fez com que se estabelecessem fusões de unidades hospitalares no interesse de concentrar os serviços e as procuras. A matriz do atual Setor Público Empresarial do SNS é direcionada ao entendimento de um mercado de saúde, uma vez que trabalha com o entendimento de que a distribuição de despesas constantes das unidades hospitalares pode ser amenizada com maior fluxo produtivo, ocasionando diminuição das despesas com gestão, realocando os recursos disponíveis e reaproveitando as perdas ou ociosidades dos recursos, a fim de alcançar maior competitividade no mercado ou maior interesse dos *stakeholders.*[190-191-192]

Este aparente processo de fusões empresariais é, na verdade, uma reestruturação do sistema único de saúde português com a finalidade de estabelecer uma rede de integração entre as unidades hospitalares, instituídas como se empresas fossem. Foram adotados dois métodos integrativos, agregando mais de uma unidade de saúde com multiplicidade de serviços de saúde e de diferentes níveis (baixa, média e alta complexidade). Para além disso, foram incluídas unidades hospitalares com o mesmo tipo de serviço e de igual nível. Tais medidas práticas não estão associadas às técnicas jurídicas em si, mas às opções da ciência da administração para melhor extrair rendimento do SNS. O resultado foi a necessidade da ordem jurídica administrativa criar outras figuras jurídicas, reconhecidas como os Centros Hospitalares, E.P.E., que integram os hospitais em nível distintos ou iguais de média e alta complexidade, e as Unidades Locais

---

190. BARROS, Pedro Pita. Economia da saúde: conceitos e comportamentos. Coimbra: Almedina. 2009.

191. AZEVEDO, Helda; MATEUS, Céu. Economias de escala e de diversificação: uma análise da bibliografia no contexto das fusões hospitalares. Revista Portuguesa de Saúde Pública. Lisboa. Vol. 32. N.º 1. p. 106-117. Março de 2014. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0870-90252014000100013&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 1º.12.2018.

192. MAREIRA, Sara. Análise de Eficiência dos Hospitais-Empresa: uma aplicação da *Data Envelopment Analisis*. Boletim Económico. Artigos. Primavera 2008. Banco de Portugal. p. 127-150. Disponível em: https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/ab200804_p.pdf. Acesso em: 1º.12.2018.

de Saúde, E.P.E., que integram unidades hospitalares e centros de saúde de baixa complexidade.

A instituição dos Centros hospitalares ou das Unidade Locais de Saúde é um bom exemplo da intenção política legislativa de criar uma rede nacional de prestadores de cuidados de saúde em Portugal. A partir do Decreto-Lei n.º 248/99, de 26 de Julho já existiam os Centros Hospitalares e os Grupos Hospitalares[193]. Na verdade, estas novas personalidades jurídicas têm o papel associativo de outras unidades hospitalares (empresas), com o fim de executar as atividades fins dos cuidados de saúde. De certa forma, os Centros Hospitalares e as Unidades Locais de Saúde possuem finalidades muito parecidas com *joint venture* no âmbito empresarial, uma vez que a cooperação económica ou estrutural entre duas ou mais unidades hospitalares (empresas) tem o objetivo de viabilizar a exploração de determinada atividade em meio concorrencial.[194]

Importa ainda referir que, se até o final do ano de 2004 a opção foi preponderante pelo regime jurídico S.P.A., com o Centro Hospitalar de Cova da Beira, S.P.A., pelo Decreto-Lei n.º 426/99, de 21 de Outubro; o Centro Hospitalar da Póvoa de Varzim, S.P.A., pela Portaria n.º 235/2000, de 27 de Abril; o Centro Hospitalar de Cascais, S.P.A., e o Centro Hospitalar de Torres Vedras, S.P.A., pela Portaria n.º 300/2000, de 29 de Maio; e o Centro Hospitalar do Médio Tejo, S.P.A., pela Portaria n.º 1277/2001, de 13 de Novembro. Contudo, existiram casos do regime jurídico S.A., como foi o Centro Hospitalar do Baixo Alentejo, S.A., pelo Decreto-Lei n.º 207/2004, de 19 de Agosto, e o Centro Hospitalar do Barlavento Algarvio, S.A., pelo Decreto-Lei n.º 214/2004, de 23 de Agosto.

---

193 . Decreto-Lei n.º 284/99, de 26 de Julho, Artigo 2.º - Definição. 1 - Um centro hospitalar é uma pessoa colectiva pública, dotada de autonomia administrativa e financeira, património próprio e do esquema de órgãos legalmente estabelecido para os hospitais públicos, que integra vários estabelecimentos hospitalares destituídos de personalidade jurídica. 2 - Um grupo de hospitais é composto por vários estabelecimentos hospitalares autónomos, nos termos da legislação aplicável, mas sujeitos a coordenação ou administração comum.

194 . Decreto-Lei n.º 284/99, de 26 de Julho, Artigo 3.º - Criação. 1 - A criação de centros hospitalares e de grupos de hospitais faz-se por portaria do Ministro da Saúde, sob proposta do conselho de administração da administração regional de saúde territorialmente competente. 2 - A proposta a que se refere o número anterior deve ser devidamente fundamentada em razões de interesse público, designadamente a optimização dos serviços prestados por dois ou mais estabelecimentos hospitalares e o reforço da respectiva articulação e complementaridade, técnica ou assistencial.

A partir de 2005, os Centros Hospitalares passaram a ter o regime jurídico E.P.E., tal como aconteceu com o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, E. P. E., que associa o Hospital de Egas Moniz, S. A., o Hospital de São Francisco Xavier, S. A. e o Hospital de Santa Cruz, S.A., conforme o Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro. Este mesmo diploma legal instituiu o Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E., que associa o Hospital Distrital de Bragança, S.A., o Hospital Distrital de Macedo de Cavaleiros e o Hospital Distrital de Mirandela; bem como o Centro Hospitalar de Setúbal, E.P.E., que associa o Hospital de São Bernardo, S.A., e o Hospital Ortopédico de Sant'Iago do Outão. Este sistema de integração associativa para a obtenção de melhores práticas de gestão, visando uma mais eficaz concorrência no mercado da saúde, foi intensificado em 2007, tendo sido constituídos novos Centro Hospitalares E.P.E. O Centro Hospitalar de Lisboa Central, E.P.E., oriundo da junção do Centro Hospitalar de Lisboa – Zona Central com o Hospital de Dona Estefânia e o Hospital de Santa Marta, E.P.E., através do Decreto-Lei n.º50-A/2007, de 28 de Fevereiro. Este mesmo diploma, transformou em Centro Hospitalar de Coimbra, E.P.E., o anterior Grupo Hospitalar; instituiu o Centro Hospitalar de Trás-os-Montes e Alto Douro, E.P.E., através da junção do Centro Hospitalar de Vila Real – Peso da Régua, E.P.E., com o Hospital Distrital de Chaves e o Hospital Distrital de Lamego; o Centro Hospitalar do Alto Ave, E.P.E., juntou o Hospital da Senhora da Oliveira, Guimarães, E.P.E. com o Hospital de São José; e o Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia, Espinho, E.P.E., foi a junção do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia e do Hospital Nossa Senhora da Ajuda-Espinho.

Entre os anos de 2008 a 2013 assistiu-se a uma maior intensificação do Sector Público Empresarial do SNS. Através do Decreto-Lei n.º 23/2008, de 8 de Fevereiro, foi instituído o Centro Hospitalar Lisboa Norte, E. P. E., compondo-se pelo Hospital de Santa Maria, E. P. E. e pelo o Hospital Pulido Valente, E. P. E. Isto sucedeu também em 2009, com o Decreto-Lei n.º 27/2009, de 27 de Janeiro, que criou o Centro Hospitalar Barreiro - Montijo, E.P.E., que faz a junção do Hospital de Nossa Senhora do Rosário, E. P. E., com o Hospital do Montijo, S.P.A., causando uma certa incongruência entre regimes jurídicos já que este está integrado na Administração indirecta do Estado, formatado no carácter de desconcentração personificada, enquanto aquele é uma pessoa coletiva de direito público, mas com autonomia reforçada, em razão de seu regime jurídico societário do Setor Público Empresarial. O Centro Hospitalar Entre o Douro e Vouga E. P. E., também criado pelo Decreto-Lei n.º 27/2009, reuniu o Hospital de S.

Sebastião E.P.E., o Hospital Distrital de São João da Madeira e o Hospital de São Miguel - Oliveira de Azeméis. O Decreto-Lei n.º 280/2009, de 6 de Outubro criou o Centro Hospitalar Barreiro Montijo, E. P. E., através da fusão do Hospital de Nossa Senhora do Rosário, E. P. E., com o Hospital do Montijo.

No ano de 2011, foram instituídos cinco novos Centros Hospitalares, por intermédio do Decreto-Lei n.º 30/2011, de 2 de Março. Este diploma fundiu unidades de saúde e criou o Centro Hospitalar de São João, E. P. E., o Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra, E. P. E., o Centro Hospitalar do Baixo Vouga, E. P. E., o Centro Hospitalar Tondela-Viseu, E. P. E., e o Centro Hospitalar de Leiria-Pombal, E. P. E., e alterou o Centro Hospitalar do Porto, E. P. E. Cada Centro Hospitalar é composto por um sistema de funcionamento de acordo, assim definido pela política legislativa: o Centro Hospitalar de São João, E. P. E., por fusão do Hospital de São João, E. P. E., e do Hospital Nossa Senhora da Conceição de Valongo; o Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra, E. P. E., por fusão dos Hospitais da Universidade de Coimbra, E. P. E., do Centro Hospitalar de Coimbra, E. P. E., e do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra; o Centro Hospitalar do Baixo Vouga, E. P. E., por fusão do Hospital Infante D. Pedro, E. P. E., do Hospital Visconde Salreu de Estarreja e do Hospital Distrital de Águeda; o Centro Hospitalar Tondela-Viseu, E. P. E., por fusão do Hospital Cândido de Figueiredo e do Hospital São Teotónio, E. P. E.; e o Centro Hospitalar de Leiria-Pombal, E. P. E., por fusão do Hospital de Santo André, E. P. E., e do Hospital Distrital de Pombal.

O Decreto-Lei n.º 69/2013, de 17 de Maio, criou o Centro Hospitalar do Algarve, E.P.E., por fusão do Centro Hospitalar do Barlavento Algarvio, E.P.E., e do Hospital de Faro, E.P.E.

Cumpre patentear que, a atividade legislativa é muitíssimo intensa em Portugal, principalmente no concerne às alterações de atribuições materiais dos serviços de saúde e à transferência das competências dos Centros Hospitalares, como se pode verificar no Decreto-Lei n.º 116/2013, de 9 de Agosto, que alterou as competências do Centro Hospitalar do Oeste para o Centro Hospitalar de Leiria-Pombal, E.P.E., dando atribuição para prestação de cuidados de saúde à população do concelho de Nazaré e à população do concelho de Alcobaça, exceto as populações das freguesias de Alfeizeirão, Benedita e São Martinho do Porto. O Decreto-Lei n.º 183/2015, de 31 de Agosto é outro

exemplo do método de tentativa e erro da cultura jurídica prática de reformas administrativas no país. O diploma referido alterou, pela primeira vez, o Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de agosto, que trata do regulamento dos regimes jurídicos de gestão hospitalares e, ainda altera pela sétima vez o Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de dezembro, que transformou os hospitais S.A. em E.P.E. e aprovou seus Estatutos, acrescendo a atribuição do serviço de prática clínica por parte dos diretores clínicos do mesmo estabelecimento de saúde do SNS.

Recentemente foi promulgado o Decreto-Lei n.º 18/2017, de 20 de Fevereiro, que regulamentou o regime jurídico e os estatutos aplicáveis às unidades de saúde do SNS, com a natureza de E.P.E., bem como as integradas no S.P.A. Assim, passados mais de quatorze anos da Lei n.º 27/2002, que estabeleceu, no seu Anexo, o regime jurídico de gestão hospitalar, o legislador infraconstitucional português resolveu *adequar à realidade atual*, ou seja, conforme especificado no preâmbulo da norma revisora, o método interpretativo a ser adotado é interpretação histórica (cultura jurídica prática)[195]. A constituição fragmentária de institutos jurídicos que tratam do setor público empresarial fez com que se criasse este novo diploma legal, que visa estabelecer as regras jurídicas específicas para o Setor Público Empresarial da Saúde do SNS, conjunto de entidades (empresas) contidas na rede nacional de prestação de cuidados de saúde. Através do princípio da especialidade, decorrente dos princípios da indisponibilidade e da legalidade, a opção de descentralização administrativa clássica, no que diz respeito ao fornecimento dos cuidados de saúde, é direcionada fundamentalmente para as pessoas coletivas de direito público E.P.E., embora admita os outros extremos - entidades públicas S.P.A. e entidades privadas PPP, com funções específicas para cada nível de cuidado de saúde. Assim, o texto normativo prevê com precisão as finalidades a que são incumbidas cada unidade de saúde.[196]

Refira-se que, o Decreto-Lei n.º 18/2017 deixa claro a existência de uma Rede Nacional de Prestadores de Cuidados de Saúde, abrangendo as três concepções de cuidados de saúde - primário, hospitalar e continuado. Assim sendo, a norma atinge os estabelecimentos do SNS, fundados como hospitais, centros hospitalares e unidades

195 . COELHO, Luiz Fernando. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. Rio de Janeiro: Forense. 1981.
196 . MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2010. p. 59.

locais de saúde. E, ainda, os estabelecimentos prestadores de cuidados aos utentes do SNS entre outros serviços de saúde também estão sob o abrigo da nova regulamentação, inclusive os contratos em regime de parcerias público-privadas (art. 1.º, N.º 4). Então, atualmente, as entidades podem assumir as seguintes naturezas jurídicas, de acordo com o art. 2.º, alienas *a* a *c*, *Entidades públicas, dotadas de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, com ou sem autonomia patrimonial; Entidades públicas, dotadas de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e natureza empresarial;* e *Entidades privadas com quem sejam celebrados contratos que tenham por objeto a realização de prestações de saúde através de um estabelecimento de saúde integrado ou a integrar no SNS, em regime de parcerias público-privadas*.

Mais do que isso. O Decreto-Lei n.º 18/2017 aflora o contexto de formação de rede nacional de prestadores de cuidados de saúde como princípio-regra para a concretização dos serviços, revelando expressamente o uso do conceito funcional de serviço público de saúde, na alínea *e* do art. 5.º, quando afirma que, a promoção dos cuidados de saúde deve ocorrer por intermédio da articulação funcional da rede de prestadores, nas três concepções de cuidados de saúde (hospitalares, primários e continuados integrados).

Cumpre ainda frisar que, o diploma normativo referido manisfesta compatibilidade com a Lei de Base da Saúde revogada – Lei n.º 48/90, mas possui aparentes incoerências com a atual Lei n.º 95/2019. A título de exemplo, o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 18/2017 prevê que, as Entidades privadas em regime de PPP podem participar na criação de estruturas integradas de atividade assistencial, ensino e investigação médica, com instituições de ensino superior e de investigação, públicas ou privadas, através de fenómenos de privatização com gestão ou execução pela iniciativa privada, de acordo com processos de desestatização pelos instrumentos jurídicos de consórcios ou de associações, tendo como principal objetivo o avanço e a aplicação do conhecimento e da evidência científica para a melhoria da saúde. Não obstante, a Base 22, ao tratar da organização e funcionamento do SNS, prevê no N.º 6 da atual Lei de Base da Saúde que incube ao conjunto organizado e articulado de estabelecimentos e serviços públicos prestadores de cuidados de saúde, dirigido pelo ministério responsável pela área da saúde, promover as condições adequadas ao desenvolvimento de atividades de ensino e de investigação clínica. Deste modo, fica a indagação. Seria atualmente incompatível

uma entidade privada em regime de PPP estabelecer um consórcio ou associação para participar em Centros Académicos Clínicos?

Outra questão que importa referenciar é a privatização funcional no processo de empresarialização, no que diz respeito ao esgotamento dos cargos públicos estatutários para as empresas, entidades públicas empresariais da saúde, que passaram a regular os seus trabalhadores com submissão ao regime do contrato de trabalho nos termos do Código do Trabalho, ou seja, como trabalhador privado através de contratação de particulares. Assim, os recursos humanos que compõem a mão de obra destas pessoas coletivas públicas são privados na sua essência, embora exerçam atividades administrativas de prestação dos cuidados de saúde (art. 27.º, N.º 1.º do Decreto-Lei n.º 18/2017). Atualmente, a Base 22, quando trata da organização e funcionamento do SNS, fundamentou no N.º 5 que a força de trabalho das entidades do SNS será estruturada por mecanismos de dedicação plena ao exercício de funções públicas, estruturadas em carreiras, corroborando na Base 29 este intento no N.º 1.º e no N.º 2.º, com menção ao direito a uma carreira profissional, que garanta ao trabalhador do SNS estabilidade do vínculo laboral e o combate à precariedade e à existência de trabalhadores sem vínculo. Desta forma, existe uma aparente colisão entre os institutos jurídicos, uma vez que o procedimento de reformas administrativas que levou à consolidação de concepção das E.P.E. teve como uma das características marcantes a admissão de independência contratual de recursos humanos, utilizando mecanismos jurídicos de direito privado para captação de trabalhadores. Então, estar-se-ia num retorno aos cargos públicos a serem preenchidos por servidores públicos efetivos?

A Lei n.º 95/2019 contrapõe algumas perspectivas do *new public management*, como o papel do Governo deixa de ser estimular o mercado da saúde, inicialmente criado em Portugal com adaptação das entidades públicas do Setor Público Empresarial; cai por terra os mecanismos de fomento por agencificação com incentivos da iniciativa privada para os fins da agenda política do país. A estrutura organizacional do sistema único de saúde deixou de ter como característica principal a descentralização das organizações públicas tendo a participação da iniciativa privada com a regulação do Estado, passando para o caráter meramente suplementar das entidades privadas nos serviços públicos da saúde. E, talvez o novo espírito da Lei de Base da Saúde abandone a acepção empreendedora e inovadora da motivação dos trabalhadores baseada na

performance e eficiência do SNS, em prol do tradicional regime estatutário dos servidores públicos[197]. Ao contrário das iniciativas observadas nos últimos anos no NHS de *new public service,* a Lei n.º 95/2019 fecha as portas para construção de coligações de entidades públicas e privadas para alcançar necessidades comuns à saúde, pois o comando normativo leva, no máximo, as estruturas colaborativas de partilha entre entidades públicas.

Atualmente, Portugal tem vigente uma Lei de Base da Saúde (Lei n.º 95/2019) com espírito do direito administrativo tradicional e uma norma reguladora com regime jurídico e estatutos das unidades de saúde do SNS, tanto de tipo societário E.P.E como S.P.A., que ainda acena para o direito administrativo preparado ao modelo de mercado, dando ao Estado um papel na atividade de regulação e de fiscalização.

As E.P.E. da área da saúde pública possuem um estatuto específico e distinto dos demais, constando nos anexos II e III do Decreto-Lei n.º 18/2017 e atingindo hospitais, centros hospitalares, institutos de oncologia e unidades locais de saúde. O capital estatutário é estatal. O regime jurídico continua igual a qualquer outra entidade E.P.E. - trata-se de pessoas coletivas de direito público de natureza empresarial, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial (art. 18.º, N.º 1.º). O princípio da especialidade exterioriza-se nos anexos II e III da norma regulamentadora, aplicando o regime geral das E.P.E. de forma subsidiária. Repare-se que, a autonomia aventada no regime jurídico é relativa em razão de estarem subordinadas hierarquicamente ao poder de orientação do Ministério da Saúde (art. 19.º). Assim, as E.P.E da saúde funcionam dentro da discricionariedade vinculada, ou seja, em regime de autonomia mitigada com as diretrizes ou diretivas do Governo, que determinam vinculação de finalidades dentro da sua agenda política, razão pela qual se reforça o entendimento de uma ausência de descentralização plena. O poder de interferência na gestão administrativa e financeira das entidades E.P.E. pelo Governo é nítido, encontrando-se estas entidades subordinadas à prestação de contas das suas atividades e sujeitas a autorizações para, *por ex.*, adquirirem bens imóveis (art. 20.º, N.º 2, alínea *c*).

[197] . DENHARDT, Janet Vinzant; DENHARDT, Robert B. *The new public service: serving, not steering*. 3ª ed. Armonk, NY: M. E. Sharpe. 2011. p. 28-29.

O financiamento das unidades hospitalares E.P.E. segue o método de contrato programa plurianual, sendo celebrado com as ACSS, I.P., e a ARS, I.P., tendo como bases contratuais as atividades a serem executadas e os objetivos e as metas qualitativas e quantitativas a atingir, bem como o desempenho dos serviços e o nível de satisfação dos utentes. Importa referir que, os preços negociados têm em conta os valores praticados no mercado da saúde, para os diversos atos clínicos. Por isso mesmo, a forma de personificação jurídica de empresa está direcionada indubitavelmente a um mercado competitivo da saúde, sendo que as referências de custos dos produtos e dos serviços postos à disposição dos utentes no SNS estão inseridas num contexto microeconómico segmentado do mercado da saúde.

No que concerne aos hospitais S.P.A., existe apenas uma aparente diferença, na medida em que o financiamento consubstancia uma transferência do orçamento do Estado (art. 33.º, N.º 2 do Decreto-Lei n.º 18/2017). Contudo, os produtos e os serviços em si prestados aos utentes nos hospitais S.P.A. estão também inseridos no contexto microeconómico do mercado da saúde, sendo que os seus custos estão relacionados com as atividades em si praticadas e não com a natureza jurídica da prestação do serviço público ou privado e da aquisição do produto, estes produzidos/fornecidos em regra pela iniciativa privada (ex.: fármacos).

As Entidades de saúde privadas com contratos em regime de PPP passaram obrigatoriamente a adotar o tipo societário de sociedade de responsabilidade limitada (Ltd.), nos termos do art. 35.º, N.º 1, alínea *b* do Decreto-Lei n.º 18/2017. Assim, o legislador infraconstitucional optou por afastar totalmente o tipo societário S.A., essencialmente tipo societário de sociedade de capitais, para escolher o tipo societário Ltd., fundamentalmente tipo societário de sociedade de pessoas. O regime jurídico é subordinado ao direito privado, no que concerne ao Código das Sociedades Comerciais, quando o contrato se celebra com uma entidade privada com fins lucrativos, e, por legislação específica (Decreto-Lei n.º 704/74, de 7 de Dezembro; Decreto-Lei n.º 618/75, de 11 de Novembro, e, atualmente, o Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de Outubro), quando o contrato é celebrado com entidade privada sem fins lucrativos (ex.: hospitais Misericórdias).

Com a atual Lei de Base da Saúde pode intuir-se que, tal como ocorreu com os hospitais S.A., a intenção de política legislativa atual é pôr fim ao modelo de gestão dos hospitais em regime PPP. O fenómeno de dimensionamento da privatização está relacionado com a desestatização, por intermédio de contrato de concessão da gestão dos hospitais públicos, entregando a uma sociedade privada, com ou sem fins lucrativos, a respetiva gestão, conforme preconizava o revogado Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto, que definia o regime jurídico das parcerias em saúde com gestão e financiamentos privados. A Lei n.º 95/2019 revogou expressamente o regulamento do regime jurídico das PPP em saúde. Em ato contínuo, a atual Lei de Base da Saúde revogou também o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, que tratava do regime legal, definindo os critérios jurídicos da relação entre o Estado e a entidade privada gestora em todos procedimentos de aproximação para contratação, desde o início da definição, da concepção, da preparação, do concurso, da adjudicação, da alteração, da fiscalização e do acompanhamento global das parcerias público-privadas.

Importa referir que, o procedimento estabelecido para celebrar um contrato de concessão em PPP era resultante de estudos estratégicos, económicos e financeiros, definindo a partir daí a viabilidade de desestatização da gestão hospitalar. Portanto, estavam em causa critérios científicos, administrativos e económicos, que o mundo empresarial dinamizou nos modelos da gestão hospitalar.[198-199] A partir da Resolução do Conselho de Ministros n.º 162/2001, 16 de Novembro, a missão em Portugal era criar estruturas de parcerias, sendo que o projeto era ordenado de forma técnica por especialidade, dividido em grupos de coordenação interdisciplinar para fixação das PPP, de acordo com cada região setorial portuguesa. De acordo com o Relatório de Auditoria n.º 15/2009 AUDIT do Tribunal de Contas, os primeiros hospitais que funcionaram sobre o regime de PPP, utilizaram o modelo *Desing Built Operate Finance and Transfer* (DBOFT):

> A opção pelo modelo específico que veio a ser utilizado para o desenvolvimento dos hospitais em parceria integrados na 1.ª vaga teve por base as estratégias políticas, preconizadas desde o XIV Governo.

198 . HARFOUCHE, Ana Paula. *Políticas de saúde: fundamentação, prioridades, opções e resultados*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. 2016.

199 . NUNES, Alexandre Morais. Do mundo empresarial à gestão hospitalar: a experiência portuguesa. Revista da FAE. Curitiba. Vol. 20. N.º 1. p. 93-104. jan./jun. 2017.

> A implementação deste modelo de parcerias em saúde implica o lançamento de um procedimento de contratação pública, pautado através da figura do concurso público internacional, com vista à celebração de um contrato de gestão que deverá ser executado por intermédio de duas entidades gestoras com responsabilidades distintas e delimitadas, num quadro de articulação e complementaridade.
> A vinculação das duas entidades gestoras à entidade pública contratante reveste-se de objetos contratuais e âmbitos temporais distintos, assumindo as duas entidades gestoras vocações operativas diferenciadas, sendo remuneradas através de um mecanismo de pagamento com dois fluxos.
> Assim:
> - A entidade gestora do edifício deverá assumir a responsabilidade pela construção e prestação dos serviços de infraestruturas durante o período contratual de 30 anos;
> - A entidade gestora do estabelecimento responsável pelo cumprimento da gestão hospitalar e a da prestação de serviços clínicos, por um período contratual de 10 anos.[200]

Nos termos do Relatório do Tribunal de Contas, o Ministério da Saúde acelerou a implementação das PPP, sugerindo que deveria ter existido um prévio projeto piloto de elaboração do tipo de contratação. Paralelamente, a auditoria do Tribunal de Contas apontou inexperiência à fase inicial do fenómeno privatizante na área da saúde. O Tribunal de Contas considerou a estrutura funcional centrada no âmbito público das operações entre entidades públicas e o Estado. Assim, a inovação do tipo de contratação revelou falta de preparo técnico para efetivação arrojada da abertura das primeiras vagas, bem como a carência de estrutura estatal para o seu desenvolvimento.[201]

Cumpre referir que existem, pelo menos, cinco opções de implementação das Parcerias Público-Privadas. O *Build-Own-Operate* é caracterizado pelo setor privado, que desenha e constrói o suporte de uma estrutura, operando esta e transferindo o domínio ao Estado no final da relação contratual. O *Buy-Build-Operate* é descrito pelo movimento de aquisição da infraestrutura do Estado, garantindo renovação, modernização, manutenção, expansão e assegurando a exploração sem devolução posterior ao Estado. O *Build-Operate-Transfer* é semelhante ao *Build-Own-Operate*,

---

200 . PORTUGAL. Tribunal de Contas. Relatório de Auditoria n.º 15/2009 AUDIT. Processo n.º 18/08.Primeira Vaga de Hospitais. Auditoria ao Programa de Parcerias Público Privadas da Saúde. Abril 2009. p. 22. Disponível em: https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/RelatoriosAuditoria/Documents/2009/rel015-2009-2s.pdf. Acesso em: 1º.4.2017.

201 . PORTUGAL. Tribunal de Contas. Relatório de Auditoria n.º 15/2009 AUDIT. Processo n.º 18/08.Primeira Vaga de Hospitais. Auditoria ao Programa de Parcerias Público Privadas da Saúde. Abril 2009. p. 37-38. Disponível em: https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/RelatoriosAuditoria/Documents/2009/rel015-2009-2s.pdf. Acesso em: 1º.4.2017.

diferenciando em relação ao desfecho negocial o setor privado exerce o direito de arrendar o ativo para o Estado. O *Build-Transfer-Operate* também é semelhante ao *Build-Own-Operate*, distinguindo-se do *Build-Operate-Transfer* em razão do alcance da sua exploração. O *Desing-Build-Finance-Operate* é identificado pela atuação do setor privado no desenho, na construção, na operação e na gestão da infraestrutura, não obstante o domínio ser estatal.[202]

O *Desing Built Operate Finance and Transfer* é um modelo de provisão alternativo, que se constitui por ajuste contratual de efeito sinalagmático, envolvendo obrigações de ambos os setores. Os regimes PPP no modelo DBOFT são formas de desestatização por via de concessão do Estado, que, adotando critérios económicos, opta por partilhar responsabilidade com o setor privado. Tendo em conta a crise económica que se fazia sentir em Portugal, era necessário procurar parceiros privados com poder económico que assumissem riscos substanciais por forma a obter o *upgrade* do sistema único de saúde. Assim, o uso dos critérios do modelo DBFO para a concepção, financiamento e exploração da infraestrutura pelo setor privado, dando a contrapartida da remuneração, era uma saída viável.[203]

Importa referir que os contratos dos hospitais em regime de PPP vão de encontro com a nova dogmática de descentralização administrativa, que se dinamizou a partir do movimento simultâneo de regionalização, através da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro. A saúde é uma grande área de intervenção do Estado. Assim, à época da implementação do fenómeno privatizante, vivia-se um momento histórico de processo de transferência de atribuições. De forma analítica, as parcerias focaram na função direta ou indireta relacionada com o papel principal das unidades hospitalares e das ULS. O Decreto-Lei n.º 86/2003 admitiu a elaboração de espécies de contratos de gestão, que, na verdade, possuem efeitos jurídicos semelhantes aos contratos de concessões de serviço público[204]. Importa ainda salientar que, mesmo com o fenómeno de privatização das unidades hospitalares em regime de PPP, a responsabilidade e o risco da atividade seguem

---

202 . GRIMSEY, Darrin; MERVYN, Lewis. *Public Private Partnerships. The worldwide revolution in infrastructure provision and Project finance.* Cheltenham UK: Edward Elgar. 2004. p. 92-127.

203 . CABRAL, Nazaré da Costa. As Parcerias Público-Privadas. Coimbra: Almedina. 2009. p. 64-69.

204 . VIEIRA, Pedro Siza. Os tipos contratuais subjacentes às parcerias público-privadas em Portugal. *In* Manual Prático de Parcerias Público-Privadas. Sintra: NPF – Pesquisa e Formação. 2004. p. 144-145.

com o Estado, em razão da garantia constitucional do art. 64.º, N.º 2, alínea *a* da CRP, uma vez que a realização dos cuidados de saúde é responsabilidade de um serviço nacional de saúde. Então, apesar da entidade privada assumir parte do risco financeiro contratado, a maior fatia de responsabilidade é estatal, não havendo a alienação substancial da atividade pública.

O setor privado da saúde em Portugal possui grandes operadores, que poderiam compartilhar o risco estatal com interação nas atividades públicas, por intermédio de modelos de PPP mais arrojados de transferência substancial, principalmente na área hospitalar. O papel meramente suplementar ou complementar, incentivado de forma reforçada pela atual Lei de Base da Saúde – Lei n.º 95/2019, faz com que a atuação dos operadores ocorra através de esquemas de financiamento dos subsistemas de saúde e dos seguros privados, bem como de acordos de convenção com o SNS e algumas PPP. Os grupos privados em Portugal focam as suas atividades na capacitação de equipamentos e dos recursos humanos, dando às instalações hospitalares qualidade e tecnologia, com o objetivo de atrair os usuários como clientes. Ao mesmo tempo que o SNS labora em rede, o setor privado português já atua com tal estratégia administrativa de mercado, criando unidades de saúde, de ambulatório e de internamento integrados, bem como de unidades complementares de diagnóstico. Um outro ponto interessante de salientar são os movimentos empresariais de fusão e de aquisição societária destes grupos privados, que, em regra, são tipos societários S.A., ou seja, sociedades de capital. Portanto, podem alavancar-se no mercado de capitais, para obtenção de recursos financeiros rápidos em decorrência de seus planeamentos estratégicos. Existem pelo menos quatro grupos empresariais importantes para o próprio funcionamento do SNS, são eles: o Grupo José de Mello Saúde; o Grupo Luz Saúde; o Grupo Lusíadas e o Grupo Trofa Saúde. Além destes, cabe referências às demais maiores empresas na área dos cuidados de saúde, Linde Saúde e Vitalaire com volumes de negócios no ano de 2014 entre vinte a cinquenta milhões de euros; Dr. Joaquim Chaves Laboratório de Análises Clínicas, Medicina Laboratorial - Doutor Carlos da Silva Torres, Laboratório Médico Dr. David Santos Pinto e Dr. Fernando Teixeira, BMAC - Laboratórios de Análises Clínicas Botelho Moniz, Fleming Torrinha, Fernando Carvalho e Conceição Sabença, Centro de Medicina Laboratorial Germano de Sousa General Lab Portugal e Eurodial - Centro de Nefrologia e Diálise de Leiria com volumes de negócios no ano de 2004 entre dez a vinte milhões de euros; Hormofuncional - Centro de

Hormonologia Funcional, Randstad Clinical - Cuidados de Saúde, Labeto - Centro de Análises Bioquímicas, Labdiagnóstica - Patologistas Clínicos Associados, Soerad - Sociedade de Estudos Radiológicos, Clínica do Tempo, Fisiogaspar - Fisioterapia e Reabilitação Funcional, Centro Médico da Praça, Hemo-Atlântico - Centro Hemodiálise do Atlântico, Laboratórios Consolidados do Porto e Avelab - Laboratórios Médicos de Análises Clínicas com volumes de negócios em 2014 entre cinco a dez milhões de euros.[205]

No concerne aos regimes hospitalares PPP, o Grupo Mello foi o primeiro parceiro do Estado no ano de 1995 na gestão do Hospital Professor Dr. Fernando Fonseca – Amadora-Sintra, nos termos do concurso público n.º 8/94, cuja opção do tipo societário da infraestrutura da sociedade gestora foi S.A. Contudo, as primeiras vagas de PPP na saúde começaram efetivamente no ano de 2001, envolvendo a criação da Unidade de Missão PPP Saúde com a já citada Resolução do Conselho de Ministros n.º 162/2001, de 16 de Novembro, posteriormente surgiu a aprovação do regime jurídico do Decreto-Lei n.º 185/2002, sendo desenvolvido o modelo estratégico para implementar as parcerias, ocorrendo por fim a intervenção da PARPÚBLICA – participações públicas, SGPS, S.A.,[206] na observação das propostas. As segundas vagas de PPP, a partir do ano de 2005, tiveram a mudança do tipo de modelo, passando a direcionar-se à construção de infraestruturas, saindo do contexto de gestão hospitalar das primeiras vagas. Vivia-se uma forte pressão política na época, havendo a denúncia do contrato de gestão do Hospital Amadora-Sintra, gerido pelo Grupo Mello, transformando-o em E.P.E., conforme Decreto-Lei n.º 203/2008, de 10 de Outubro.

Se ao tempo de vigência do Decreto-Lei n.º 85/2002 existia respaldo à abertura de vagas de PPP na saúde, atendendo à política legislativa de uso de práticas formais dos fenómenos privatizantes nas atividades públicas de saúde, com a criação da Rede Nacional de Prestação de Cuidados de Saúde, de acordo com o N.º 4 da Base XII

---

205 . MATEUS, Augusto *et al*. Sector Privado da Saúde em Portugal. Sociedade de consultores Augusto Mateus & Associados. Millennium bcp. Junho 2017. p. 18-22.

206 . PARPÚBLICA - Participações Públicas, SGPS, S.A., sociedade gestora de participações sociais de capitais exclusivamente públicos. Intervém nos processos de empresas em procedimentos de privatização, acompanhando a reestruturação, bem como na gestão imobiliária e promoção de PPP. Disponível em: https://www.historico.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc14.aspx Acesso em: 2.7.2018.

da Lei n.º 48/90 revogada[207]. Atualmente, a Lei n.º 95/2019 aparentemente fecha as portas à possibilidade de admissão dos estabelecimentos privados celebrem contratos em regime de PPP. O espírito atual é o sistema único de saúde compreender apenas entidades públicas, inseridas no SNS. Assim, o atual legislador infraconstitucional nega a realidade contextual do país, que depende da iniciativa privada para alcançar a sua missão de disponibilizar a todos cidadãos o acesso aos cuidados de saúde. O atual quadro legal português engessou ou inviabilizou a flexibilidade anteriormente desenvolvida, para que o Governo pudesse utilizar o instrumento contratual para alcançar, de acordo com o modelo variável de regime de PPP, o interesse público da relação jurídica com os parceiros privados.

Atualmente, Portugal tem apenas três hospitais em regime de PPP, cujos contratos foram celebrados pelas ARS, I.P., das respectivas regiões, são eles: Hospital Beatriz Ângelo, Loures com o Grupo Luz Saúde; Hospital Cascais Dr. José Almeida com o Grupo Lusíadas Saúde e Hospital Vila Franca de Xira com o Grupo José de Mello Saúde. Em janeiro de 2020, o Governo português, através da ARS de Lisboa e Vale do Tejo, I.P., não renovou a parceria com o Grupo Luz Saúde em relação ao Hospital Beatriz Ângelo, Loures. É interessante apontar que, de acordo com as conclusões do Tribunal de Contas e da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos, foram poupados pelo Estado com os hospitais em regime PPP em comparação com o que seriam os gastos se a gestão fosse pública, levando em consideração cada unidade hospitalar: *Cascais a poupança foi avaliada em cerca de 40,4 milhões de euros; Vila Franca de Xira 56,5 milhões de euros e Braga terá chegado aos 80 milhões de euros*[208].

Ao que tudo indica, Portugal ficou no meio do caminho no processo de liberalização económica e social, travando o desenvolvimento deste tipo de privatização formal. Talvez estejamos a vivenciar um momento atípico onde a

---

[207] . Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto. CAPÍTULO II – Das entidades prestadoras dos cuidados de saúde em geral. Base XII – Sistema de saúde. 4 - A rede nacional de prestação de cuidados de saúde abrange os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde e os estabelecimentos privados e os profissionais em regime liberal com quem sejam celebrados contratos nos termos do número anterior.

[208] . MAIA, Ana. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. Governo não renova contrato da PPP do Hospital de Loures. O Ministério da Saúde tinha de comunicar a decisão sobre a renovação ou não do contrato de gestão clínica com o Grupo Luz Saúde até este sábado. 18 Jan. 2020. Revista Publico.pt (online). Disponível em: https://www.publico.pt/2020/01/18/sociedade/noticia/governo-nao-renova-contrato-ppp-hospital-loures-1900726. Acesso em: 2.5.2020.

transposição inacabada de princípios e de técnicas de gestão característicos do direito privado, ou melhor, a importação de institutos jurídicos do sistema *common law* para o *civil law* (ex.: PPP, *contracting out*, *outsourcing*, etc.) faz com que se estabeleçam incoerências insanáveis na percepção tradicional do direito administrativo. A reforma da Administração Pública em Portugal é uma realidade notória, possuindo hoje um paradigma concreto de uma estrutura de gestão para o mercado da saúde e uma Lei de Base da Saúde adepta do modelo tradicional de tutela dos serviços públicos.

O recente Decreto-Lei n.º 23/2020, de 22 de maio, promulgado em plena pandemia mundial pelo COVID-19 com a sociedade portuguesa em *lokdown*, estabeleceu regras restritivas para a celebração de contratos de parceria de gestão na área da saúde. Como bem caracteriza a exposição de motivos da norma, aprovada pelo Conselho de Ministros, a nova Lei de Base da Saúde (Lei n.º 95/2019) acabou por criar o princípio da prevalência dos serviços próprios do Estado na gestão clínica dos estabelecimentos do SNS (Base 6, N.º 1) - embora desobedeça a evolução constitucional com o acréscimo do princípio da subsidiariedade do Estado, nos termos do art. 6.º, N.º 1 e art. 7.º, N.º 6 da CRP, a adoção dos recursos da iniciativa privada só pode ser utilizada de forma supletiva e temporária, condicionada a um elemento normativo vago, denominado *necessidade fundamentada*. Esta expressão ganha cunho jurídico ao ser juridicizado um conceito nos termos do art. 3.º, N.º 2 do Decreto-Lei n.º 23/2020, ou seja, *necessidade fundamentada é demonstrada em estudo, a realizar pela Administração Central do Sistema de Saúde, I. P., e pela Administração Regional de Saúde territorialmente competente, que é aprovado pelo membro do Governo responsável pela área da saúde após consulta pública, e que antecede a apresentação da proposta fundamentada a que se refere o n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, na sua redação atual*. Por outras palavras, o Poder Executivo central do país, através do MS, vai definir de forma centralizada a necessidade de ter um hospital em regime PPP.

Dentre os contrassensos do espírito da norma e do instituto jurídico que ela tutela, cumpre referir a insegurança do parceiro privado em relação ao prazo do contrato. Cabe enfatizar que, os contratos de PPP têm como característica principal a longa duração, por forma a incentivar o parceiro privado a efetivar investimentos e dele extrair lucro, pois, como sociedade empresária da iniciativa privada, o lucro é a motivação

do exercício da atividade empresarial. Portanto, na ótica da norma, o parceiro privado funcionará como alternativa diante da incapacidade estatal de possuir uma entidade pública do SNS para prestar o serviço. Nestes casos, contratará com a iniciativa privada, sendo que esta não terá sequer a segurança de uma renovação (art. 3.º, alínea *c* c/c N.º 4 do Decreto-Lei n.º 23/2020). Além disso, a norma nacionalizou a escolha do parceiro privado, exigindo uma sociedade comercial com sede e administração principal localizadas em Portugal (art. 4.º, N.º 2 do Decreto-Lei n.º 23/2020). No entanto, cumpre salientar que a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho n.º 2011/24 – UE, de 9 de Março, e a Diretiva de Execução da Comissão n.º 2012/52 – UE, de 20 de Dezembro, tratam a abertura de fronteiras de admissão de acesso aos cuidados de saúde aos cidadãos europeus e, com isso, o aumento das interações negociais entre os operadores da área da saúde para suprirem as exigências da população europeia. Deste modo, Portugal precisa, indubitavelmente, de se socorrer à iniciativa privada, não só no cenário interno como no comunitário. Por fim, a exigência de subordinação do poder de coordenação técnica do Ministério da Saúde torna a privatização formal inócua em relação aos seus efeitos práticos, fazendo da entidade privada um servidor e não um parceiro das responsabilidades estatais sem autonomia de gestão (art. 5.º, alínea *h*).

O contexto histórico retrata a adequação hermenêutica do direito administrativo constitucionalizado em Portugal, autorizando, por via de interpretação concreta do Tribunal Constitucional, a participação dos privados na provisão dos serviços públicos de saúde. Daí a construção de institutos normativos de interação entre o público e o privado ter sido dinâmica, nas últimas décadas, do modelo operativo do Estado. Infelizmente, a experiência bem sucedida parece estar a retroceder, conforme é possível perceber na realidade atual, existindo apenas duas unidades hospitalares em regime de PPP. A possibilidade de captação de recursos financeiros privados por via de contratos de parceria era uma forma de obtenção de receitas derivadas não tributárias, garantindo melhorias na infraestrutura do sistema único de saúde.

Cumpre referir que, o Decreto-Lei n.º 18/2017 põe fim ao regime jurídico das unidades hospitalares S.A., revogando expressamente o art. 2.º e o anexo, art. 2.º, N.º 1.º, alínea *c,* da Lei n.º 27/2002. Assim, o regime jurídico das unidades hospitalares com natureza jurídica de S.A. é, hoje, um texto histórico de uma opção de política legislativa, que, ao seu tempo, beneficiou Portugal perante a UE ao demonstrar a

intenção de reestruturação do modelo administrativo convencional para um modelo dinâmico de interação com a iniciativa privada, visando a redução da máquina pública e dos gastos do erário deficitário.

As entidades do Setor Público Empresarial da saúde possuem uma organização interna semelhante, tanto para os Hospitais, E.P.E., Centros Hospitalares, E.P.E., Institutos Portugueses de Oncologia, E.P.E., como para as Unidades Locais de Saúde, E.P.E. Em regra, os órgãos são o Conselho de Administração; o Conselho Fiscal; o Fiscal Único e o Conselho Consultivo (Decreto-Lei n.º 18/2017, Anexo II, art. 5.º; e Anexo III, art. 5.º). A estrutura organizacional das Unidades Locais de Saúde, E.P.E., organiza-se dentro de uma perspectiva tripartida - unidades funcionais, serviços e departamentos de atividade clínica, tanto de nível primário quanto de nível médio em complexidade no âmbito hospitalar, complementares de diagnóstico e terapêutica e de apoio (Decreto-Lei n.º 18/2017, Anexo III, art. 25.º, N. 1.º). É ainda importante salientar o sentido prático das unidades funcionais das ULS, E.P.E. - as mesmas atuam interligadas em mais de um nível de complexidade da saúde, compartilhando os recursos humanos especializados e tecnológicos através da intercooperação.

As normas jurídicas relativas aos hospitais, S.P.A. encontram-se no Anexo IV do Decreto-Lei n.º 18/2017, configurando uma espécie de instituto público de regime especial. A organização interna é mais compacta, sendo composta pelo Conselho Diretivo; Fiscal Único e Conselho Consultivo. A estrutura dos hospitais S.P.A. é semelhante às ULS, E.P.E., enquadrando-se na tríplice de serviços, departamentos e unidades funcionais. Ambas as figuras jurídicas referidas organizam-se através de um regulamento interno, que trata o serviço como a unidade básica do serviço de saúde ofertado, agregado em departamentos setoriais. As unidades funcionais estão divididas por áreas de especialização dos seus recursos humanos e das tecnologias, com o objetivo de otimização de custos e de redução do tempo de resposta ao utente/cliente. Os serviços são classificados em quatro tipos: serviços de ação médica; serviços complementares de diagnóstico e terapêutica e serviços de apoio. O alcance dos objetivos finais de satisfação dos utentes está mais relacionado com o sucesso na experiência organizacional da ciência administrativa do que efetivamente dos instrumentos jurídicos de enquadramento das entidades prestadoras dos cuidados de saúde no SNS.

O Decreto-Lei n.º 44/2018, de 18 de Junho criou o mais contemporâneo Centro Hospitalar do Oeste, E. P. E. que, na verdade, não é oriundo de uma fusão, mas de uma sucessão ao Centro Hospitalar Oeste, que se compõe por três unidades hospitalares, localizadas nas Caldas da Rainha, Peniche e Torres Vedras, inserido na região de Lisboa e Vale do Tejo.

Atualmente, Portugal conta com vinte e um Centros Hospitalares sob o regime jurídico de gestão hospitalar entidade pública empresarial, a saber: o Centro Hospitalar Universitário do Porto, E.P.E.; o Centro Hospitalar de Entre Douro e Vouga, E.P.E.; o Centro Hospitalar de Trás-os-Montes e Alto Douro, E.P.E.; o Centro Hospitalar do Médio Ave, E.P.E., o Centro Hospitalar Universitário de S. João, E.P.E.; o Centro Hospitalar Póvoa de Varzim/Vila do Conde, E.P.E., o Centro Hospitalar Tâmega e Sousa, E.P.E.; o Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, E.P.E.; o Centro Hospitalar Tondela Viseu, E.P.E.; o Centro Hospitalar Leiria, E.P.E.; o Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra, E.P.E.; o Centro Hospitalar Universitário Cova da Beira, E.P.E.; o Centro Hospitalar Médio Tejo, E.P.E.; o Centro Hospitalar Barreiro Montijo, E.P.E.; o Centro Hospitalar Universitário de Lisboa Norte, E.P.E.; o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, E.P.E.; o Centro Hospitalar de Setúbal, E.P.E.; o Centro Hospitalar Universitário do Algarve, E.P.E.; o Centro Hospitalar do Baixo Vouga, E.P.E; o Centro Hospitalar Universitário Lisboa Central, E.P.E. e o Centro Hospitalar do Oeste, E.P.E.

Existem três Institutos de Oncologia em regime jurídico de gestão hospitalar entidade pública empresarial, concretamente, o Instituto Português de Oncologia de Lisboa Francisco Gentil, E.P.E., Instituto Português de Oncologia de Coimbra Francisco Gentil, E.P.E., e Instituto Português de Oncologia do Porto Francisco Gentil, E.P.E.

Os hospitais em regime jurídico de gestão hospitalar entidade pública empresarial são apenas nove. São eles: Hospital de Braga, E.P.E.; Hospital da Senhora da Oliveira Guimarães, E.P.E.; Hospital de Magalhães Lemos, E.P.E.; Hospital Santa Maria Maior, E.P.E. – Barcelos; Hospital Distrital Figueira da Foz, E.P.E.; Hospital de Santarém, E.P.E.; Hospital Garcia de Orta, E.P.E.; Hospital Professor Doutor Fernando Fonseca, EPE. e Hospital Espírito Santo, E.P.E. – Évora.

Atualmente, existe um total de quarenta e uma pessoas coletivas públicas, criadas com roupagem de empresas societárias, dando sentido à explicação do propósito da afirmação que Portugal evolui para um mercado de saúde, adaptando as suas entidades prestadoras de cuidados de saúde para concorrerem ou estabelecerem relações contratuais com os demais operadores originários da iniciativa privada.

3.5.2.3. Os cuidados continuados integrados da saúde

A criação da Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados (RNCCI) deu-se por intermédio do Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de Junho, em razão do alargamento da esperança média de vida da população e o seu consequente envelhecimento. Tendo em conta o exposto, o legislador nacional considerou necessária a regulação dos cuidados de longa duração e paliativos, decorrentes do aumento da prevalência de pessoas com doenças crónicas incapacitantes. Importa referir que, esta exigência social extrapola o caráter da saúde *stricto sensu*, atingindo questões de bem-estar social, exigências multidisciplinares que envolvem profissionais de várias áreas da saúde, médicos, enfermeiros, assistentes sociais, psicólogos, entre outros auxiliares, que trabalham de forma integrada. Todas estas ações visam contribuir para a qualidade de vida das pessoas, seja através da adaptação das pessoas na vida social, profissional e familiar, seja através da atuação na mitigação das incapacidades desenvolvidas pela falta de saúde ou pelo envelhecimento. Tais medidas visam também a redução dos custos em saúde pública, ao mesmo tempo que retardam a evolução de algumas doenças, que necessitariam de tratamentos de alta complexidade. Portanto, os cuidados continuados de saúde são um novo campo de atuação na área da saúde, que interagem tanto com os cuidados primários como com os cuidados hospitalares. A RNCCI atua em todos os setores - público e privado, sendo o seu objetivo contribuir para a melhoria do acesso do cidadão com perda de funcionalidade ou em iminência de a perder. A visão de atuação em rede no sistema único de saúde aparece igualmente na RNCCI, atuando em interligação com a Rede Nacional de Saúde, hoje aparentemente extinta com o advento da Lei n.º 95/2019 e da Rede Nacional de Segurança Social.

A RNNCI *é constituída por unidades e equipas de cuidados continuados de saúde, e/ou apoio social, e de cuidados e ações paliativas, com origem nos serviços comunitários de proximidade, abrangendo os hospitais, os centros de saúde, os serviços distritais e locais da segurança social, a Rede Solidária e as autarquias locais*. A RNNCI está organizada a nível regional e local no território português (art. 2.º, N.º 1 e N.º 2 do Decreto-Lei n.º 101/2006). Saliente-se que a RNNCI é constituída por um agregado de instituições, públicas e privadas, que se comprometem a prestar cuidados continuados de saúde e, também, de apoio social.

Estão incluídos no SNS tanto os cuidados continuados integrados como a prestação de cuidados paliativos. Assim, a RNCCI atua na prevenção, no tratamento e na reabilitação, readaptação e reintegração social dos utentes do SNS, abarcando os casos onde não existe reversibilidade, atuando na tentativa de manter a qualidade de vida do paciente. Estes serviços atingem os pacientes e também os familiares, atuando coletivamente. Importa referir que, a coordenação da RNCCI é promovida através de parcerias de modelo contratual. O art. 34.º do Decreto-Lei n.º 101/2006 fala de formação de equipas e unidades, instituídas por ato administrativo conjunto do Ministério da Saúde e do Ministério do Trabalho e Solidariedade Social. A participação do setor privado é patente, revelando a autorização da participação das entidades privadas com ou sem fins lucrativos (art. 36.º). Esta participação é viável através de contratos de terceirização da prestação do serviço de saúde, consubstanciando uma autorização legislativa para o dimensionamento de privatização formal. De acordo com o Relatório Anual do Acesso no ano de 2018 da RNCCI, os privados com fins lucrativos representam apenas 18% da percentagem total de acordos celebrados com Entidades Privadas com fins lucrativos e apenas 3% com Entidades do SNS, ficando quase a totalidade com Instituições Particulares de Solidariedade Social (cerca de 80%.)[209]

[209] . Ministério da Saúde. Relatório Anual do Acesso 2018. Acesso a cuidados de saúde nos estabelecimentos do SNS e Entidades convencionadas. p. 109. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2019/09/Relatorio_Acesso_2018-v.final_.pdf. Acesso em: 4.4.2020.

Parte 2 – Dimensões das Privatizações

Sumário:

1. Privatização como fenómeno concreto. 2. Definir a privatização e o setor privado na saúde. 2.1. Propósitos da privatização. 2.2. Privatização ativa e passiva. 2.2.1. Estratégias de privatização ativa. 2.2.1.1. Alienação de bens públicos. 2.2.1.2. Contratação pública para prestação de serviços do setor privado. 2.2.1.2.1. Contratação com o subsetor privado com fins lucrativos (*for-profit*). 2.2.1.2.2. Contratação com o subsetor privado sem fins lucrativos (*not-for-profit*). 2.2.1.3. Incentivo e estímulo regulatório ao crescimento do setor privado. 2.2.2. Privatização Passiva. 2.3. Mecanismos de mercado público (ou interno). 2.4. Privatização: Os objetivos sociais estão em risco? 2.4.1. Razão pela qual os governos são necessários na saúde. 2.4.2. Gestão pública da privatização. 3. Conceitos de privatização. 3.1. Privatização da Regulação Administrativa da Sociedade. 3.2. Privatização do Direito Regulador da Administração. 3.3. Privatização das Formas Organizativas da Administração. 3.4. Privatização da Gestão ou Exploração de Tarefas Administrativas. 3.5. Privatização do Acesso a uma Atividade Económica. 3.6. Privatização do Capital Social de Entidades Empresariais Públicas. 4. Compreender as dimensões da privatização. 4.1. Desregulação. 4.2. Descentralização. 4.3. Terceirização. 4.4. Despublicização. 4.5. Associação. 4.6. Desestatização. 4.7. Estrutura Integrada. 5. Formas de privatização. 5.1. Privatização Patrimonial. 5.2. Privatização Material ou Substancial de Atividades. 5.3. Privatização Instrumental ou Formal das Atividades. 5.4. Privatização Funcional da Atividade. 6. Representação Ilustrativa das categorias de Privatização. 7 . Dimensões da Privatização nos Serviços de Saúde Portugueses. 7.1. Processo de privatização orgânico-formal (empresarialização na forma). 7.2. Processo de privatização formal dos métodos de gestão (empresarialização no plano da atividade). 7.3. Processo de privatização funcional.

1. Privatização como fenómeno concreto

Estudar as dimensões das privatizações é antes compreender a utilidade do fenómeno concreto, que produz consequências jurídicas para a tutela do abandono da execução de atividades económicas e sociais, enquanto tarefas públicas ou da transferência da execução material das tarefas públicas para estruturas de natureza jurídica privada.

É importante fazer a distinção de duas expressões que, por vezes, são usadas como sinónimos, mas que representam noções díspares do *público* e do *estatal*.

Uma vez prevista a tarefa no texto constitucional, é praxe forense afirmar que esta é construída em proveito do *interesse* do Estado (*público*), podendo a sua execução ser estatal ou privada. Ora, independentemente da tarefa de estar ou não relacionada com os fins do texto constitucional, quando esta é realizada pela estrutura do Estado, denomina-se *estatal*.[210]

Assim, é possível ponderar que, a tarefa pública pode ser de interesse público, mas não executada pela estrutura do Estado, tornando-a não estatal. Então, a visão administrativista da tarefa pública ser de responsabilidade essencial da estrutura estatal caiu em desuso, surgindo novas acepções da teoria da organização administrativa da Administração Pública.

A *privatização* é uma expressão jurídica conceitual difusa. Este caráter conceitual está intimamente ligado à sua construção prática, partindo do poder criativo dos gestores públicos no desenvolvimento de estruturas jurídicas variadas de organização e de funcionamento, com o desiderato de reduzir os papéis do Estado, de procurar as características de desburocratização e de eficiência/eficácia do setor privado para o setor público. Desta forma, num conceito genérico, o fenómeno da privatização procura a *transferência de um bem público ou de uma atividade pública para o setor privado*[211].

Segundo Pedro Gonçalves, a privatização é um fenómeno de um processo, promovido ou provocado, através de iniciativa de uma entidade pública, objetivando deslocar a titularidade de bem público ou de atividade pública do setor público para o setor privado.[212]

Trata-se, portanto, de um conjunto de variações e de estruturas jurídicas que acabam por colocar em causa a estrutura tradicional de *organização* e de

---

210 . BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (Coord.). Teoria Jurídica da Privatização: Fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017. p. 97.

211 . OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 8.

212 . GONÇALVES, Pedro. Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina. 2008. p. 152.

funcionamento do setor público, passando a serem levadas a cabo pelo setor privado, as tarefas públicas que, até então, eram *estatais*. É como se o Estado devolvesse à sociedade a tarefa (pública) para satisfazer as suas necessidades coletivas (ex.: educação, saúde, etc.).

Não existe, porém, uma classificação analítica capaz de suprir o processo dinâmico de construção dos concretos fenómenos privatizantes. A abrangência da adequação do conceito da expressão privatização pode estabelecer como dimensão da privatização os fenómenos de desregulação, de liberalização da atividade estatal, de constituição de pessoas jurídicas de direito privado pelo Estado, de contratos de concessão ou permissão de atividade estatal e, ainda, de abertura de capital com a venda de ações das empresas estatais. Não obstante, a privatização, na sua génese é o fenómeno que proporciona a transferência da atividade ou do bem estatal, ou seja, é o fenómeno que origina a despublicização, a saída da titularidade do domínio público para o âmbito privado.

2. Definir a privatização e o Setor Privado na saúde

Tendo em conta que a privatização consubstancia um fenómeno económico juridicamente relevante, nada mais correto existe que defini-la de acordo com as notas técnicas, emitidas pela força-tarefa sobre economia da saúde da Organização Mundial da Saúde (OMS) de junho de 1995. Os preceitos costumeiros trazem os principais conceitos conexos à privatização no setor da saúde. Em virtude da variação e da dificuldade em classificar os fenómenos reais privatizantes, o uso das diretrizes dos comportamentos habituais do fenómeno no setor da saúde é um caminho para a obtenção da racionalidade para adoção da juridicização, do que se pode compreender como privatização da saúde. O setor privado na saúde sempre teve um papel importante suplementar no âmbito da saúde pública. Nos últimos anos, ocorreram mudanças nos sistemas únicos de saúde, com avanços e recuos do papel dos operadores privados no campo de atuação antes só dos públicos. Algumas interações foram bem projetadas e ocasionaram resultados de eficiência económica e de satisfação dos usuários. Outras interações não foram tão bem sucedidas. Importa realçar que, a privatização e a criação

de mecanismos para formação de mercados nacionais de saúde nos países europeus aconteceu, denotando um processo de atuações não estatais nos serviços públicos de saúde no âmbito do financiamento e na prestação dos cuidados de saúde.[213]

É importante distinguir o processo de privatização e a opção de utilizar o público e o privado no setor da saúde. Em regra, tanto o setor público como o setor privado atuam no financiamento e na prestação dos cuidados de saúde. Obviamente que, nos países com características de Estado Social, adeptos das intenções de um sistema único de saúde pública custeado preponderantemente pelo erário público, o setor público possui a maior fatia de abrangência de atuação no financiamento no mercado nacional de saúde. É o caso do SNS em comparação com o setor privado da saúde em Portugal.

Definir de forma precisa a privatização é partir da premissa que se trata de um fenómeno prático onde ocorrerá mutação das atribuições e das responsabilidades públicas e privadas no setor da saúde, gerando rompimento epistémico de pensamentos técnico-jurídicos do direito administrativo tradicional. Assim, estimar fenómenos de privatização é admitir alterações no domínio dos meios de financiamento ou de produção dos cuidados de saúde. Na maioria das vezes, a opção de política legislativa adotada pelos países é a privatização em sentido amplo, mais focada em movimentos em que não há transferência da titularidade da tarefa do setor público para o setor privado dos cuidados de saúde. A privatização, encarada nestes termos, é um procedimento de ruptura das bases tradicionais da teoria da organização administrativa, como um processo de transformação do modelo burocrático de hierarquias, baseada nos poderes direção, típicos (anulação, supervisão, suspensão, modificação e revogação de atos administrativos) e instrumentais comuns (de inspeção e disciplinar) para a criação de relações jurídicas intersubjetivas (superintendência e tutela) e de relações jurídicas de independência funcional de autoridades administrativas. É, assim, uma estratégia para a construção de um mercado interno ou nacional ainda de natureza essencialmente público para os cuidados de saúde.

213 . MUSCHELL, Jeff. Privatization in Health. Health Economics. Technical Briefing Note. Division os Strengthening of Health Services. World Health Organization. June 1995.

Esta definição aberta de privatização, que abarca mais intensivamente a constituição de instrumentos jurídicos que não ocasionam a transferência da titularidade da tarefa pública, consubstancia o fenómeno vivenciado em Portugal, tendo em conta a limitação constitucional e a ausência de intenções de rompimento efetivo com o modelo do Estado Social, instituído nos primórdios da promulgação da CRP em 2 de Abril de 1976. As reformas administrativas na área da saúde ocorreram para que fosse construído um mercado nacional da saúde, incentivando a concorrência, ou melhor, os comportamentos dos operadores como se estes estivessem num espaço livre onde negociam, expõem e vendem os seus produtos ou serviços, no âmbito da saúde (mercado da saúde). Contudo, até esta privatização formal ficou uma estratégia inacabada, conforme se observa com a nova missão da recente Lei de Base da Saúde, Lei n.º 95/2019.

Ao implementar uma política de mercado da saúde, o objetivo é a adoção de mecanismos de financiamento que incentivem o desempenho dos operadores. Isto significa que, em nada adianta aplicar fenómenos jurídicos de privatização formal sem estabelecer um processo de contrapartida (pagamento, *lucro*) capaz de incentivar os prestadores dos cuidados de saúde a procurarem maiores e melhores volumes de atendimentos dos utentes. Na maior parte dos casos, o reembolso prospectivo é o método de pagamento capaz de estimular a concorrência, pois o operador é remunerado de acordo com o que efetivamente executa de serviço de saúde. Assim, quanto mais clientes/usuários dos serviços, maior o volume de atendimento do operador e, em contrapartida, maiores serão as receitas que receberá, estimulando uma competição entre os operadores na procura de captação dos serviços.

Neste aspecto, cumpre apontar uma incongruência no processo de mercantilização da saúde através de fenómenos privatizantes formais, em Portugal. Durante o período de tempo em que implementava tais mecanismos jurídico-económicos concorrenciais, o país deixou de adotar o método de financiamento prospectivo, que financiava todas as atividades desenvolvidas pelos hospitais e passou para o método de financiamento prospectivo, que só pagava pelo que foi objeto de contratualização anual

com o Ministério da Saúde.[214] O financiamento prospectivo não incentiva a concorrência, nem estimula o crescimento dos índices de qualidade e de maior volume de atendimento ao utente, já que ultrapassar os tetos estabelecidos pelo planeamento político do Governo importa a absorção de resultados deficitários pelos operadores.[215]

É ponto assente que a competição dos operadores irá ocasionar melhorias significativas nos serviços, uma vez que a procura pela satisfação dos clientes/utentes passa por alcançar os melhores atendimentos e serviços com tecnologias de ponta, entre outros fatores. Por outro lado, a política de projeção do mercado da saúde por intermédio do incentivo pela escolha do fornecedor do serviço pelo cliente/utente (paciente) ocasionará sempre uma elevação dos custos para *quem paga a conta*.

Apesar do mecanismo de financiamento dos serviços públicos de saúde não ser um tema que irá definir o fenómeno de privatização, sendo este um evento inicialmente de fins económicos, é importante existir conformidade correspectiva entre a definição do dimensionamento de fenómeno de privatização, que se quer aplicar, com as mudanças na responsabilidade pública ou privada pelo financiamento e pela provisão de serviços de cuidados de saúde. Parece óbvio que, ao estabelecer um mercado de saúde, o Estado possui um orçamento limitado para custear a elevação dos custos dos serviços, cabendo assim socorrer-se dos operadores privados. O que acabamos de descrever ocorreu, em certa medida, com os contratos de gestão hospitalar em PPP, com os grandes grupos económicos privados no setor da saúde em Portugal, financiados em responsabilidade partilhada (ex. Hospital de Braga, gerido até recentemente pelo Grupo Mello).

O setor privado da saúde tem como operadores entidades com e sem fins lucrativos. Portanto, tais operadores assumem naturezas extremamente diversificadas, atendendo a propósitos distintos, com fins de prestação dos cuidados de saúde. Uma característica marcante do setor privado da saúde é o processo de internacionalização com a integração de carácter económico e de responsabilidade social,

---

214 . MAGALHÃES, Andreia Sofia Henriques. A Empresarialização dos Hospitais Públicos no período de 2002 a 2005, Dissertação de Mestrado, Instituto Universitário de Lisboa, Abril 2010.

215 . MAJOR, Maria João; MAGALHAES, Andreia. Reestruturação do serviço nacional de saúde em Portugal: balanço da empresarialização dos hospitais públicos portugueses. Revista de Administração, São Paulo, Vol. 49, N.º 3, Setembro 201, p. 479.

que alcançam políticas de bem-estar superiores aos desígnios nacionais. Tal como as Organizações não Governamentais (ONGs) são organizações sem fins lucrativos, que desempenham ações de fins solidários, no âmbito das políticas públicas. A Organização Mundial da Saúde (OMS) é o maior exemplo em evidência nos tempos atuais de pandemia pelo Coronavírus – COVID19, pois, num plano mundial, a OMS procura coordenar os esforços internacionais para controlar surtos de doenças.[216] O IDEALMED é um grupo económico internacional com fins lucrativos, atuando em Coimbra, na unidade hospitalar na prestação dos serviços de medicina preventiva, terapêutica e de diagnósticos. Este grupo económico possui certificação voluntária de qualidade técnica ISO 3394, revelando a sua elevada capacidade de entregar serviços de enorme capacidade técnica.[217] Paralelamente, cumpre apontar os maiores grupos económicos portugueses - Grupo José de Mello Saúde; Grupo Luz Saúde; Grupo Lusíadas e Grupo Trofa Saúde, que juntos abarcam os contratos de gestão dos hospitais PPP no país, sendo referências na prestação de serviço complementar de diagnóstico e das análises clínicas.[218]

Mesmo que utopicamente algumas vozes considerem que as entidades sem fins lucrativos têm similaridade com as entidades públicas, pois não possuem a caraterística de almejar o lucro empresarial, esta percepção é mera aparência, pois as entidades sem fins lucrativos necessitam de recursos financeiros para sobreviverem, tanto quanto as entidades com fins lucrativos. Os financiadores das entidades sem fins lucrativos possuem interesses relevantes nas áreas de atuação das entidades. Assim sendo, para estas obterem os seus recursos, necessitam de se coordenar com os seus financiadores, sob pena de perderem o financiamento. Assim, os operadores do setor privado da saúde estão preocupados com a missão institucional e, corolário, com a eficiência das respostas aos seus *stakeholders,* e o planeamento da gestão dos recursos financeiros está diretamente relacionado com as respostas dos seus provedores.

---

216 . WORL HEALTH ORGANIZATION (WHO). Constitution. Disponível em: https://www.who.int/about/who-we-are/constitution. Acesso em: 8.6.2020.

217 . BARCELOS+. IDEALMED – Unidade Hospitalar de Coimbra. Disponível em: https://www.bacelar.pt/bacelar-equipa-unidade-hospitalar-de-excelencia-em-coimbra/. Acesso em: 8.6.2020.

218 . MATEUS, Augusto *et al.* Sector Privado da Saúde em Portugal. Sociedade de consultores Augusto Mateus & Associados, no âmbito do protocolo de colaboração estabelecido com o Millennium bcp. Junho 2017. p. 18.

Parece evidente que a definição do fenómeno privatizante a ser aplicada está correlacionada à combinação de como serão financiados e providos os serviços de cuidados de saúde do sistema único de saúde como um todo, abrangendo os setores público e privado. O poder criativo do legislador deve seguir uma lógica jurídico-económica, uma vez que a combinação de responsabilidades públicas e privadas pelo financiamento e conciliação do fornecimento de serviços de cuidados de saúde pelos operadores de ambos setores constitui a estrutura organizada à disposição dos utilizadores. Portanto, o sistema único de saúde deve ser (auto)sustentável. Assim sendo, o processo de privatização representa mudança e, para isso, a política legislativa do país deve estar disposta às rupturas epistémicas das bases tradicionais do direito administrativo. Não existe um modelo correto. O que tem de existir é coerência no relacionamento estabelecido entre o financiamento e o provimento dos serviços de cuidados de saúde entre o setor público e o setor privado. Contudo, atualmente, a regra dos sistemas de saúde dos países é a coexistência entre ambos os setores, havendo flexibilidade no poder criativo de construção do dimensionamento da privatização a ser instituído.

De forma limitada, pois o fenómeno de privatização é um processo dinâmico, como será também o procedimento de adequação da estrutura e do financiamento do sistema de saúde, a nota técnica da OMS apresenta uma tabela analítica, dividindo estaticamente entre várias células as possibilidades de combinação dos setores público e privado, em relação à responsabilidade pelo financiamento e pelo provimento dos serviços de cuidado da saúde:

Possíveis combinações de financiamento e provisão dos setores público e privado – responsabilidade pelo fornecimento

Financing Source	Public	Private Not-For-Profit	Private For-Profit
PUBLIC	General tax revenues used for direct public **Cell A**	Public Insurance contributions used to purchase the services of NFP providers **Cell B**	General revenues used to purchase the services of private For-Profit providers **Cell C**
PRIVATE	User fees paid for private use of public facilities	User fees paid of NFP facilities	Private insurance payments paid to providers in private practice

	Cell D	**Cell E**	**Cell F**

FONTE: Technical Briefing Note. WHO. June 1995. p. 4.

É interessante salientar que, a nota técnica da OMS ajuda a compreender que o sistema único de saúde português não é fragmentado principalmente entre os serviços público e privado de saúde, sendo o SNS o prestador quase exclusivo das demandas públicas, conforme dá a entender a atual Lei de Base da Saúde, Lei n.º 95/2019. Embora o SNS seja a célula maior de provisão dos serviços públicos de saúde, cumpre referir que as contribuições de seguros públicos através do setor denominado intermediário de Assistência aos servidores públicos, ou ainda, subsistemas privados[219], na verdade, são fenómenos de dimensionamento da privatização ampla pelo financiamento público dos serviços privados, executados pelos intermediários *not-for-profit* através da aquisição dos serviços dos provedores do setor privado. Na verdade, hoje, o sistema único de saúde português é uma combinação de interações dos dois setores - público e privado -, que interagem entre si através de fenómenos privatizantes amplos.

Outros exemplos de combinação entre os setores prendem-se com os contratos de PPP na gestão dos hospitais ou ainda os *contract out* ou *outsourcing* para contratação de serviços especializados (ex.: laboratórios) pelos hospitais públicos, que representam o uso de receitas públicas, oriundas em regra da captação de recursos tributários, para a compra dos serviços de prestadores privados na sua maioria entidades ou grupos económicos de fins lucrativos. É inegável, desse modo, que o sistema de saúde português está inserido no mesmo contexto fático geral de correlação de combinações entre financiamento e provimento dos serviços de cuidados de saúde entre os operadores de ambos setores.

Não obstante, importa referir que a flexibilidade do uso de mecanismos de privatização admite várias formatações capazes de instituir um mercado de saúde eficiente, com base na concorrência dos operadores.

[219] . AGAPITO, Pedro Manuel Alvito. Serviço Nacional de Saúde (SNS) versus Seguros Privados de Saúde (SPS): Os Seguros de Saúde Mutualistas. Dissertação de Mestrado. Ciências Sociais Humanas. Universidade da Beira Interior. Jun. 2016. p. 58-59.

Partindo da premissa de quem financia, é possível extrair, pelo menos, três arranjos para cada setor. Se a fonte de financiamento é pública, as receitas derivadas do Estado são usadas para o fornecimento do serviço público de saúde por entidades públicas (ex.: SNS – Entidades do Setor Público Empresarial, Hospitais, E.P.E.); as contribuições de seguro público, usadas para adquirir os serviços de prestadores sem fins lucrativos, que adquirem serviços privados (ex.: Assistência na Doença aos Servidores do Estado, Serviços à Doença do Ministério da Justiça, Assistência à Doença Militares da Armada); e o uso de receitas públicas para comprar os serviços de prestadores privados com fins lucrativos (ex.: RADELFE – Clínica de Radiologia de Paços de Ferreira, S.A. com o Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, E.P.E., aquisição de serviços Contrato n.º 13/2016 para Exames de Cardiologia[220]). Porém, se a fonte de financiamento é privada, os usuários com a efetiva utilização privada dos serviços de cuidados de saúde dos prestadores públicos pagam tarifa, ou melhor, o preço público pelo pagamento proporcional à utilização dos serviços na unidade pública, tratando-se de uma relação jurídica contratual e de regime jurídico privado, não configurando espécie tributária[221]; os usuários com a efetiva utilização privada dos serviços de cuidados de saúde podem optar por uma entidade sem fins lucrativos e, assim, contratar os serviços da unidade privada, configurando uma relação jurídica contratual de regime jurídico privado; e, por fim, os usuários subscrevem planos de seguros privados de saúde e utilizam as unidades particulares de saúde credenciadas (ex.: Médis – Companhia Portuguesa de Seguros de Saúde, S.A.[222]).

---

220 . Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção. Base: Contratos Públicos Online. Disponível em: http://www.base.gov.pt/Base/en/Search/Contract?a=2054023. Acesso em: 20.10.2019.

221 . BORBA, Cláudio. Direito Tributário. 22ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007. p. 14.

222 . Companhia Portuguesa de Seguros de Saúde, SA., está vinculada a Ageas é um grupo segurador internacional, sediado em Bruxelas, com 190 anos de experiência e de conhecimento. Presente em 14 países da Europa e da Ásia, a empresa propõe soluções Vida e Não Vida a milhões de Clientes individuais e empresariais. A Ageas ajuda os seus Clientes a gerir, antecipar e proteger-se contra os riscos através de um conjunto alargado de produtos desenhados para responder às suas necessidades, presentes e futuras. Reconhecida pela sua forte experiência em matéria de parcerias, a Ageas desenvolveu acordos de longa duração com instituições financeiras e distribuidores locais de referência pelo mundo inteiro, de forma a garantir proximidade com os seus Clientes. A Ageas é um dos maiores grupos seguradores europeus, é líder na Bélgica e encontra-se entre os principais operadores na maioria dos países em que está presente. Tem mais de 40.000 colaboradores (incluindo parcerias não consolidadas) e está presente na Bélgica, Reino Unido, França, Portugal, Turquia, China, Malásia, Índia, Tailândia, Vietnam, Laos, Camboja, Singapura e Filipinas. Está presente em Portugal desde 2005, operando já através de marcas reconhecidas, como a Médis e a Ocidental. Desde 2016, após aquisição da AXA Portugal e Direct, também está presente no nosso mercado através da Ageas Seguros e Seguro Directo. Disponível em: https://www.medis.pt/sobre-nos/#grupo-ageas-portugal. Acesso em: 20.12.2019.

Importa chamar à atenção para dois fatos marcantes da área da saúde. Em primeiro lugar, não existe, atualmente, um modelo único e ideal de sistema único de saúde totalmente público ou privado. As combinações são variadas e Portugal é um exemplo disso, tratando-se de um fenómeno concreto e não formal com *players,* flutuando direta ou indiretamente em ambos os setores - público ou privado. O segundo facto que importa salientar prende-se com a internacionalização da área da saúde, que a impede de ser considerada como uma rede nacional pura de prestadores de cuidados de saúde. A atuação dos grupos internacionais de saúde é uma realidade fática, não podendo ser desprezado o poder económico destes operadores privados para rever a partilha da responsabilidade pelo financiamento e pela provisão dos serviços públicos de saúde, pois, em muitos casos, os operadores *for-profit* são os detentores das tecnologias avançadas das novas exigências de saúde. Colocá-los como co responsáveis pelo financiamento pode gerar mais acessibilidade e redução de custos para o Estado, através da concorrência entre os operadores económicos.

Para definir uma estrutura de sistema de saúde e as suas possíveis combinações entre o setor público e o setor privado, é importante ter em consideração pelo menos seis potências, a saber, os operadores da área macroeconómica da saúde, as fontes de financiamento, as políticas públicas, as tecnologias, os utentes/clientes e as responsabilidades. Estas potências individualmente consideradas ou conjugadas entre si irão afetar, de forma distinta, o tripé da inovação.[223]

Dependendo do setor, os operadores têm propostas institucionais diferentes. Isto releva significativamente no financiamento e na provisão dos serviços de cuidados de saúde. Os impactos financeiros dos produtos e dos serviços irão movimentar as vontades dos operadores, gerando influência nas políticas e nas opiniões públicas. São habituais as discussões entre o avanço tecnológico da medicina e os elevados custos do sistema de saúde, procurando-se os responsáveis por *não fechar a conta*. As especialidades médicas são uma tendência mundial e, com isso, os métodos tradicionais tornam-se mais tecnológicos e dispendiosos. Alcançar um serviço ou um produto especializado para os utentes/clientes tornou-se uma disputa entre os operadores, mas também um exercício de gestão administrativa por forma a viabilizá-los dentro de um

[223] . CEMBRANELLI, Fernando. What are the six forces that affect innovation in healthcare? Saúde Business by Informa Markets. 22 Jan. 2012.

custo possível para *quem paga a conta*. É importante o estabelecimento de uma rede de *stakeholders,* sejam os operadores públicos ou privados, com ou sem fins lucrativos, sejam os usuários/clientes ou as suas associações e o Governo, todos procuram forças para influenciar nas regras do sistema nacional de saúde. Entre estas disputas de interesses é importante definir as regras para o jogo do mercado da saúde. Isto é, atualmente *financiar* o desenvolvimento da inovação na saúde é indispensável, assim como definir um meio viável de *quem pode pagar* ou encontrar uma combinação de interação de entidades capazes de pagar pelo produto ou serviço produzido. O financiamento da saúde é, de certa forma, um confuso e complexo sistema de pagamentos ou de reembolsos. Em regra, o pagamento ou reembolso não vem do consumidor final (utente), pois, muitas vezes, não é sua a escolha *de quem lhe irá prestar o serviço*, *por ex.*, o SNS português possui a entidade pública, em regime jurídico de S.P.A. ou de E.P.E., ou um conjunto delas, designadas para prestarem os serviços de cuidados hospitalares aos utentes. Estes consomem os produtos ou os serviços, mas é o Governo (terceiro) que paga a conta. O mesmo raciocínio pode ser feito nas seguradoras privadas (terceiros). Tal arranjo de financiamento de elevada complexidade demonstra que as escolhas na saúde não partem do consumidor final/paciente/utente, mas de *quem paga a conta*.

Além da atuação efetiva do Governo nas prestações dos serviços, o poder de regulamentação governamental da assistência médica através de atos normativos administrativos é instrumento de controle político do sistema de saúde. Assim, o Estado tem o maior poder de determinação dos caminhos do mercado de saúde. O mercado da saúde está ligado à política pública da saúde do país e o respetivo controle está no poder regulatório do Estado, que define as tecnologias a serem adotadas ou investidas, as infraestruturas necessárias para apoiar o sistema de saúde e as inovações a serem incluídas. Tudo isto deve ter em consideração critérios económicos de custos e benefícios, *por ex.*, os procedimentos cardiológicos de implante de *stents* farmacológicos reduzem os índices de *restenosis,* em comparação aos *stents* convencionais, diminuindo a reincidência dos pacientes na renovação dos procedimentos médicos e, com isso, diminuindo os custos de internações hospitalares e de procedimentos cirúrgicos[224].

[224] . MAGALHÃES, Marco Aurélio de *et al.* Long-term outcomes of drug-eluting stents compared to bare-metal stents for acute ST-elevation myocardial infarction: results from the EINSTEIN Registry. Revista Brasileira de Cardiologia Invasiva. vol.16. N.º 3. São Paulo. 2008.

Os pacientes são cada vez mais vistos como clientes e sua potência está intensificada de forma reforçada pelas associações civis, que se constituem em defesa de cuidados de saúde preventiva, curativa e de reabilitação (ex.: Associação PREVENIR[225]). Tais associações arrecadam fundos para intervir direta ou indiretamente em ações no mercado da saúde, como também atuam politicamente para obter financiamentos nas áreas da saúde de interesse das organizações. As pessoas são uma grande massa consumidora de produtos e de serviços de saúde e, mesmo que o Estado financie substancialmente os serviços de saúde direta e indiretamente, existem gastos significativos de ordem particular. Porventura, colocar os consumidores no controle da assistência médica seja o caminho para reorganizar um sistema único de saúde privado, mas mais público ou focado no interesse público[226].

Nesse sentido, cumpre referir as palavras de Regina E. Herzlinger, professora de *Business Administration* na Harvard Business School em Boston:

> **When Consumers Take Control**
>
> When consumers apply pressure on an industry, whether it's retailing or banking, cars or computers, it invariably produces a surge of innovation that increases productivity, reduces prices, improves quality, and expands choices. The essential problem with the health care industry is that it has been shielded from consumer control—by employers, insurers, and the government. As a result, costs have exploded as choices have narrowed. Today, approximately 40% of all employers and 92% of small ones offer employees only a single health insurance plan. And even when companies offer three or four options, precious little distinguishes them—most managed-care plans provide the same benefits, insure virtually identical levels of expenses, reimburse providers in similar ways for a limited array of traditional services, and last for only one year. In essence, managed care comes in just two flavors: plans that place constraints on access to physicians and hospitals for a lower price, and plans that offer readier access for a higher price. The lack of choice and control ensures that many

225 . A PREVENIR é a Associação sem fins lucrativos de referência na prevenção e promoção da Saúde em Portugal. Fundada em 2002, a Prevenir criou 5 programas longitudinais, num modelo de intervenção integrado, que promovem competências sociais e emocionais e hábitos de vida saudáveis (fatores de proteção) para reduzir os fatores de risco nas crianças, jovens e idosos, capacitando os agentes educativos e de saúde, as famílias, os cuidadores e técnicos que trabalham com a terceira idade (agentes estratégicos da intervenção). Entregamos um trabalho eficaz, acompanhado de uma monitorização adequada e avaliação de resultados e impacto social. Disponível em: http://prevenir.eu/wp-site/index.php/pt/home-default/. Acesso em: 20.12.2019.

226 . HERZLINGER, Regina A. Let's Put Consumers in Charge of Health Care. *Harvard Business Review.* July 2002. Disponível em: https://hbr.org/2002/07/lets-put-consumers-in-charge-of-health-care. Acesso em: 22.12.2019.

> consumers' and providers' needs go unmet and that industry inefficiency goes unchecked.[227]

Os fatores que influenciam as estratégias de privatização estão geralmente relacionados com as crises económicas dos países, suscitando pressões políticas que atingem as agendas dos governos ou a ineficiência dos serviços públicos, que acabam por impulsionar a procura dos consumidores finais pelos operadores do setor privado. Dentro deste aspeto, Portugal sofreu pressão ao entrar na UE, tendo sido obrigado a apresentar um conjunto de medidas de redução dos gastos públicos e de procura de eficiência operacional da máquina pública e de aceleração da economia do país. Este fenómeno macroeconómico do país acabou por exigir uma reforma administrativa, levada a cabo através de fenómenos privatizantes amplos.

2.1. Propósitos da privatização

Os pressupostos que levam às estratégias de privatização são baseados em suposições económicas, adequando instrumentos jurídicos privatizantes e reordenando as bases epistémicas da ordem jurídica portuguesa. São apontados três pressupostos que incentivam o poder político a escolher reformas voltadas à atuação da transformação do modelo tradicional de prestação dos serviços públicos de saúde a ser prestado apenas por operadores públicos. Contudo, não se pode esquecer que são apenas hipóteses, que só podem ser avaliadas mediante implementação prévia de estudo de

[227] . Quando os consumidores assumem o controle. Quando os consumidores pressionam um setor, seja de inspeção ou bancário, de carros ou de computadores, ele invariavelmente produz uma onda de inovação que aumenta a produtividade, reduz preços, melhora a qualidade e expande as opções. O problema essencial do setor de saúde é que ele foi protegido do controle do consumidor - por empregadores, seguradoras e pelo governo. Como resultado, os custos explodiram à medida que as escolhas diminuíram. Hoje, aproximadamente 40% de todos os empregadores e 92% dos pequenos oferecem aos empregados apenas um único plano de seguro de saúde. E mesmo quando as empresas oferecem três ou quatro opções, muito pouco as distingue - a maioria dos planos de assistência gerenciada oferece os mesmos benefícios, assegura níveis praticamente idênticos de despesas, reembolsa os provedores de maneira semelhante por uma variedade limitada de serviços tradicionais e dura apenas um ano. No essencial, o atendimento gerenciado tem apenas duas vertentes: planos que impõem restrições ao acesso a médicos e hospitais por um preço mais baixo e planos que oferecem acesso mais rápido por um preço mais alto. A falta de escolha e controle garante que as necessidades de muitos consumidores e fornecedores não sejam atendidas e que a ineficiência do setor não seja verificada. HERZLINGER, Regina A. Let's Put Consumers in Charge of Health Care. *Harvard Business Review*. July 2002. Disponível em: https://hbr.org/2002/07/lets-put-consumers-in-charge-of-health-care. Acesso em: 22.12.2019.

impacto, de amostragem e de replicação, pois a privatização é um processo concreto de transformação de comportamento.

O primeiro pressuposto é a *fuga do sistema burocrático da Administração Pública tradicional*, adotado pelo tendência da Teoria da Burocracia na Administração do sociólogo alemão Max Weber, focada na racionalidade da legalidade, na formalidade dos comportamentos, na impessoalidade dos relacionamentos, na hierarquia de autoridade e de divisão do trabalho, fundamentado em rotinas estáticas e procedimentais com o objetivo de atingir especialidade e profissionalismo dentro de um serviço público extremamente previsível. A dinâmica tradicional dos comportamentos funcionais da administração pública, de acordo com a legislação (princípio de legalidade, de legitimação pela autoridade, etc.), tem o alcance da sua eficiência, quando os servidores públicos obedecem os procedimentos previamente determinados pelos regulamentos legais e obedecem à hierarquia de poder, não ultrapassando as suas atribuições distribuídas por funções.[228-229] Os fenómenos privatizantes almejam rupturas à Teoria de Weber, rompendo os desígnios rígidos de legalidade, procurando a autonomia de vontade de escolha do consumidor final do serviço, que optará pelos operadores que melhor satisfizerem suas necessidades, garantindo liberdade competitiva para os operadores implementarem técnicas empresariais de gestão de recursos visando atrair os clientes com serviços mais eficientes e eficazes.

O segundo pressuposto que cumpre referir é o uso do argumento da isonomia ou da equidade, adotando a igualdade formal, isto é, os serviços públicos de saúde seriam para os pobres, cabendo aos indivíduos com condições financeiras arcarem com os custos das suas exigências de cuidados de saúde.[230] A hipótese é originária da escassez dos recursos financeiros dos cofres públicos e da racionalização da oferta de serviços públicos de saúde gratuitos, apenas para os necessitados. Em boa verdade, volta-

---

228 . CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier. 2003.

229 . MAXIMIANO, António C. Teoria geral da administração: da escola científica à competitividade em economia globalizada. São Paulo: Atlas. 2000.

230 . Da mesma forma que a corrente doutrinária da reserva do possível, as opiniões relacionadas à incidência de equidade têm como ponto de partida a análise do Direito à Saúde como bem jurídico económico, cuja abordagem prática ter em consideração os aspectos financeiros do custo da prestação do serviço público de saúde e a capacidade orçamental do Estado para o suprimento das exigências abstratas do texto constitucional. CASTRO, Vinícius. Constitucionalismo e Direito à Saúde. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 103-105.

se ao pensamento de quase filantropia dos anos de 1899 a 1945, quando o Dr. Ricardo Jorge iniciou a organização dos serviços de saúde pública através do Decreto n.º 28/1899 de Dezembro, combinado com o Regulamento Geral dos Serviços de Saúde e Beneficência Pública, de 24 de Dezembro de 1901. Nesta época, a prestação de cuidados de saúde tinha natureza privada, cabendo ao Estado apenas a assistência aos mais pobres. Por sua vez, a saúde pública era vista dentro do carácter coletivo, preocupando o Estado em situações de epidemia ou pandemia como, *por ex.*, a tuberculose.[231]

O terceiro pressuposto a referir é a implementação de concorrência e de incentivos de mercado com o desiderato de alcançar melhores índices de qualidade dos serviços de cuidados de saúde, ao contrário do modelo tradicional de controlo interno e externo dentro da organização administrativa, direcionado ao cumprimento dos procedimentos formais legalmente instituídos. A eficácia e eficiência dos serviços está relacionada à satisfação dos pacientes. Nessa medida, os operadores procuram a captação das exigências dos serviços para obtenção de mais recursos. Este movimento de competição de mercado é a aposta de que os operadores se preparam, de forma qualificada, para atender com mais elevados padrões de qualidade os seus clientes.

É provável também que a integração económica internacional atribuiu formatação mundial da composição de vários blocos económicos, originando influência na organização social e nas estruturas políticas dos países. De certa forma, as normas comunitárias mitigaram as soberanias das Constituições e das legislações infraconstitucionais dos países, com o objetivo de adaptá-los ao convívio harmonioso com a nova ordem comunitária. A união económica e política da UE, de perspectiva liberal, influenciou diretamente os processos de fenómenos privatizantes no sistema de saúde português, pois, se por um lado não havia imposições diretas de transformação do modelo tradicional de instituição do SNS (Lei n.º 56/79, 15 de Setembro), por outro lado, a Lei de Base da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto) foi ao encontro dos pensamentos liberais do Pacto de Estabilidade e Crescimento, acordado com a UE, de acordo com o art. 99.° e o art. 104.° do Tratado de Roma, alterado pelo Tratado da União Europeia ou

231 . PORTUGAL. História dos Serviço Nacional de Saúde. Disponível em: https://www.historico.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc19/os-ministerios/ms/quero-saber-mais/quero-aprender/historia-sns.aspx. Acesso em: 30.12.2016.

de Maastricht, regulamentos n.º 1466/97 e n.º 1467/97 e a Resolução do Conselho Europeu, de 2 de Agosto de 1997.

É patente a influência da UE nas políticas de dimensionamento da privatização ampla nas reformas da saúde, conforme se compreende no item VII. 2 do Programa de Estabelecimento e Crescimento, atualizado para o período de 2002-2005, que traça os objetivos de racionalidade financeira, estando entre eles, a *transferência ou partilha do risco financeiro da gestão*[232] que pode ocorrer, *por ex*., através do regime contratual de PPP para gestão dos hospitais. Os primeiros contratos de concessão em PPP dos hospitais em Portugal, utilizando o modelo *Desing Built Operate Finance and Transfer,* eram bons exemplos de transferência e partilha dos riscos financeiros das unidades hospitalares inseridas no SNS. Era um passo inicial para deixar de lado as decisões económicas centralmente planeadas previamente pelo Governo para admissão da economia de mercado no sistema único de saúde. Certamente, o campo da saúde no país, antes dominado pela presença estatal, começava a ceder espaços para os operadores privados. Contudo, de forma muito inicial, como se observa na Conta Satélite da Saúde nos anos de 2016–2018, os hospitais com Contrato de Parceria Público-Privada (PPP) representavam apenas 20,1% do gasto corrente dos hospitais privados no ano de 2016[233]. Portanto, o papel do setor privado na prestação dos serviços públicos de saúde não é uma grande preocupação para o Governo.

2.2. Privatização ativa e passiva

Como já referimos anteriormente, a privatização é um fenómeno concreto económico e o seu início pode surgir de duas premissas: por iniciativa das políticas de governo ou por iniciativa de movimentos sociais sem qualquer agenda política de incentivo. A primeira premissa consubstancia a *privatização ativa*, através da

232 . UNIÃO EUROPEIA. Portugal. Programa de Estabilidade e Crescimento – 2002-2005. p. 16. Disponível em: https://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/pdf/20_scps/2001-02/01_programme/pt_2001-12-01_sp_pt.pdf. Acesso em: 10.2018.

233 . PORTUGAL. Instituto Nacional de Estatística. Conta Satélite da Saúde – 2016 a 2018. Disponível em: https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=380662129&att_display=n&att_download=y. Acesso em: 5.12. 2019.

qual o Governo institui políticas legislativas positivas para transformação da organização da Administração Pública tradicional, constituindo um elo de ligação entre operadores públicos e privados, com a formação de uma rede de prestadores de cuidados de saúde[234]. A segunda premissa é privatização passiva, através da qual o setor privado cresce, por conta própria, sem mudanças relacionadas com as políticas do Governo. Esta segunda premissa - a inaptidão ou a insuficiência dos serviços públicos de cuidados de saúde, de acordo com as expectativas dos consumidores finais/utentes, faz com que estes deixem de utilizá-los, procurando os operadores privados através de contratação direta - seguros privados de saúde ou seguros públicos de saúde que admitem contratação do setor privado[235].

As despesas correntes com saúde em Portugal são financiadas maioritariamente pelo setor público, não obstante o financiamento privado ter crescido consideravelmente no país, nos últimos anos. Mesmo tendo existido oscilações momentâneas, o setor privado, entre 2000 e 2015, ficou com uma média de 30% entre as despesas de desembolso das famílias e esquemas voluntários de pagamento, sendo os

---

234 . Lei de Base da Saúde, Lei n.º 48/90. Capítulo II – Das entidades prestadoras dos cuidados de saúde em geral. Base XII – Sistema de saúde. A rede nacional de prestação de cuidados de saúde abrange os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde e os estabelecimentos privados e os profissionais em regime liberal com quem sejam celebrados contratos nos termos do número anterior. (revogada pela Lei n.º 95/2019).

235 . Assim, para lá do caráter supletivo face ao SNS, o sector privado da saúde em Portugal assume também um papel complementar. No primeiro caso, o sector privado proporciona uma maior rapidez no acesso a cuidados, maiores níveis de conforto, a possibilidade de escolha de médico, simpatia dos colaboradores, notoriedade, localização e entidade prestadora dos cuidados, etc. No segundo caso, o sector privado é procurado especificamente para preencher lacunas ou contornar fragilidades da oferta pública, tais como a fraca cobertura (e.g. medicina dentária), as listas de utentes sem médico de família ou tempos de espera para marcação de consulta programada nos centros de saúde, ou as listas de espera para cirurgia. A ligação dos operadores privados com os subsistemas de saúde e com as seguradoras de saúde pode ser vista como uma relação *win-win*, dado que, para as instituições privadas, permite-lhes ter um volume de clientes significativo, promovendo a rentabilização do negócio, enquanto que para os subsistemas e seguradoras permite dar aos seus clientes um tratamento diferenciado, liberdade de escolha e prioridade no acesso aos cuidados de saúde, condições amplamente valorizadas pelos clientes e que não podem ser garantidas na rede pública, dada a sua obrigatoriedade de dar uma resposta geral e universal. Neste sentido, são várias as formas possíveis de relacionamento entre o Estado e as instituições privadas previstas na Lei de Bases da Saúde: convenções, celebração de acordos e contratação de serviços. Existem ainda outras áreas de cooperação entre os dois sectores: o programa de combate às listas de espera cirúrgicas – SIGIC (Sistema Integrado de Gestão de Inscritos para Cirurgia) –, a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados ou as Parcerias Público-Privadas (PPP). Quase quarenta por cento da população portuguesa, para além de ser beneficiária do SNS, está coberta por um subsistema de saúde público (por exemplo, ADM, Ministério da Justiça, ADSE), privado ou um seguro de saúde (individual ou de grupo), o que, atendendo a que este financiamento está tendencialmente direcionado para prestadores privados, sinaliza a relevância expressiva que o sector privado assume no quadro nacional da saúde. (MATEUS, Augusto *et al.* Sector Privado da Saúde em Portugal. Sociedade de consultores Augusto Mateus & Associados / Millennium bcp. Jun. 2017. p. 9)

70% das despesas correntes em saúde suportados pelo Estado ou pelos esquemas de financiamento compulsório.[236-237] Sendo assim, a privatização passiva não é um fenómeno autêntico do modelo do sistema único de saúde em Portugal. Pelo contrário, Portugal resolveu estatizar a maioria das responsabilidades pelo financiamento e pelo provimento, admitindo de forma circunscrita alguns fenómenos de privatização ativa.

Importa ainda referir que, no que diz respeito à privatização ativa, existem várias opções de estratégias para implementar fenómenos privatizantes amplos, capazes de partilhar entre os setores público e privado responsabilidade pelo financiamento e pela provisão dos serviços de saúde. Contudo, é inegável que a interação entre os operadores de ambos setores gera uma elevada complexidade jurídica no que concerne às regulações distintas para cada tipo de prestador e para cada tipo de setor, embora executem concretamente os mesmos serviços de cuidados de saúde. Não existe uma estratégia estática que ofereça um menor risco para o Governo. O dimensionamento das privatizações resulta na mitigação do Governo na dinamização da agenda política nacional de saúde, uma vez que o fenómeno privatizante coloca esta atribuição na mão do mercado nacional da saúde.

As aproximações dos setores público e privado devem ser planeadas, passando por um processo aos moldes da revolução anglo-saxónica da gestão pública (ex. Reino Unido), que seguiu um padrão de privatizações amplas, tais como privatizações substanciais, *contracting out* e contratos em regime PPP. A juridicização destes fenómenos económicos está alicerçada na nova hermenêutica do modelo de organização administrativa, denominada *new public management.* A nova gestão pública é oriunda da

---

236 . MATEUS, Augusto *et al.* Sector Privado da Saúde em Portugal. Sociedade de consultores Augusto Mateus & Associados / Millennium bcp. Jun. 2017. p. 11.

237 . Em 2013, os gastos per capita em saúde em Portugal caíram 3,7% em termos reais - o terceiro ano consecutivo que os gastos com saúde caíram em termos reais. Saúde pública os gastos foram continuamente reduzidos desde 2010 enquanto os gastos privados em saúde diminuíram em 2013 crescimento moderado em anos anteriores. Como resultado, por despesas capita em saúde em Portugal mantêm-se a um nível abaixo daquele antes da crise econômica. Várias medidas de contenção de custos foram tomadas na esteira da crise econômica para reduzir as gastos em saúde. Os salários dos trabalhadores da saúde foram congelados e seus benefícios cortados, bem como novos recrutamentos adiado. Os gastos farmacêuticos também foram direcionados através de reduções de preço para medicamentos de marca e genéricos e por alterações no sistema de preços de referência. Do utilizador encargos para departamentos hospitalares de emergência,
consultas médicas e de emergência, bem como serviços hospitalares e co-pagamentos por uma série de medicamentos introduzidos em pacientes com doenças mentais. (Country Note: How does health spending in Portugal compare? OECD Health Statistics. Jul. 2015.)

teoria económica da agência e dos custos de transação, visando alcançar instrumentos jurídicos prioritários para as ações públicas.[238] O foco passa a ser a negociação dinâmica, sendo os ajustes pactuados por via de contratos, com o fim de alcançar a solução das exigências práticas dos consumidores finais - utentes dos serviços de saúde[239].

O *management* português foi a importação da técnica jurídica do sistema *common law* anglo-saxónico, adaptando para o sistema *civil law*, com o desiderato de constituir ou transformar as pessoas coletivas públicas tradicionais em empresas ainda de natureza pública, com práticas e configurações de gestão de uma empresa privada. Sendo certo que, estes novos operadores públicos estão estruturados para percorrerem os objetivos e os princípios de gestão fundamentais para competir com o motivo condutor do mercado de saúde, concretamente, a satisfação das necessidades dos utentes do sistema único de saúde português. A criação das entidades públicas empresariais, E.P.E. é um exemplo da adaptação do modelo estrutural da administração pública portuguesa (Decreto-Lei n.º 113/2013), remetendo as entidades para regulação do Código das Sociedades Comerciais, conforme preconiza o art. 60.º, N.º 1. Este diploma normativo apresenta regras específicas de direito administrativo, tais como o princípio-regra da segregação de funções da administração da entidade (art. 30.º a art. 33.º), determinando a separação de repartições internas societárias de quem ordena as despesas (administração – Conselho de Administração), de quem executa (estrutura administrativa), e de quem fiscaliza (Conselho Fiscal, Auditoria Interna, auditor independente).

No âmbito jurídico, a estratégia para implementação dos fenómenos privatizantes amplos é, antes de mais, uma análise da extensão das autorizações legislativas para construção de acontecimentos concretos. Contudo, existem várias categorias de privatização ativa, podendo ou não compatibilizar-se com a política legislativa do país.

---

238 . VARONE, Frédéric. De I ´irrationalité institutionnelle de la nouvelle gestion publique. *In* La pesée comptable – État, Néolibéralisme, Nouvelle gestion publique. Paris: Presses Universitaires de France. 1998. p. 128.

239 . POMBEIRO, António Figueiredo. PPP/PFI: As parcerias público-privadas e sua auditoria. Lisboa: Áreas. 2003. p. 63.

2.2.1. Estratégias de privatização ativa

Embora não seja possível um estudo analítico dos fenómenos de privatização existentes ou possíveis, uma vez que a criatividade dos efeitos negociais está ligada à margem dos interesses em jogo - e talvez isto signifique um dos principais motivos de mitigação da valoração do princípio da legalidade no modelo epistemológico de administração pública na tendência do *new public management* - esta afirmação não desvirtua, de forma alguma, o aspecto conceptual de serviço público de saúde, trata-se apenas de uma forma diferente de pensar a perspectiva angular dos serviços. A saúde é angulada como serviço público pelo seu carácter material ou objetivo, ou seja, a busca da satisfação das necessidades individuais e transindividuais dos cidadãos portugueses, *por ex.,* em razão do cunho de essencialidade dado pelo texto constitucional (art. 64.º CRP). Portanto, na atual ordem jurídica portuguesa, o compromisso do Estado é dirigido à satisfação direta e imediata do direito à proteção dos cuidados de saúde. Tal configuração da lei fundamental dá abertura à sujeição dos serviços públicos de saúde a um regime jurídico de direito público, que, habitualmente, seria de titularidade atribuída a uma entidade estatal.

Ora, pensar em estratégias de privatização ativa contende com o aspecto conceptual objetivo de serviço público. Os serviços públicos de saúde são assim definidos pelas destinações das suas prestações - satisfação do direito à proteção dos cuidados de saúde (art. 64.º CRP). Por conseguinte, pouco importa para a definição de serviço público de saúde que a titularidade seja estatal (aspecto subjetivo) ou que o desenvolvimento da atividade ocorra sob regime de direito público (aspecto formal).[240]

A *publicatio* (publicização) dos serviços de saúde está associada à inclusão na ordem jurídica do Estado, através de normatização, que, em Portugal, a lei fundamental qualifica a atividade de proteção da saúde como serviço público (art. 64.º CRP). E, pela lógica técnico-jurídica, a política legislativa é o ponto inicial de criação de estratégias de privatização ativa, podendo envolver tanto o financiamento quanto a

[240] . JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 602.

provisão de serviços de saúde. A complexa interação dos setores público e privado deve ser normatizada de acordo com a estratégia a ser atingida.

Daí o caráter multidisciplinar do fenómeno de privatização. O planeamento estratégico é, antes da instituição de mecanismos juridicizados, um procedimento imprescindível de projeção de impactos, de análise de forças e de fraquezas, para a definição dos tipos de aproximações benéficas entre os setores público e privado, para a satisfação do direito de acesso aos cuidados de saúde. Os objetivos políticos provisórios devem ser avaliados e contestados cientificamente, com o objetivo de calcular os possíveis impactos (positivos e negativos) dos tipos de privatização e da necessidade de construção de instrumentos jurídicos de controle do interesse público em jogo (satisfação das necessidades individuais e transindividuais de proteção da saúde). Em Portugal, as bases iniciais para o estudo deste planeamento estão no art. 64.º, N.º 3, alíneas *a* e *b* da CRP, que traz o apoio epistemológico para a construção de uma estrutura de serviços de saúde que dê acesso equitativo aos cidadãos, cobrindo o uso racional e eficiente dos recursos, por forma a garantir qualidade nos cuidados de saúde.

De acordo com a nota técnica da OMS, é possível estabelecer premissas para avaliação dos impactos potenciais dos fenómenos de privatização no sistema de saúde a partir de três *standards* - equidade, eficiência e qualidade. O planeamento estratégico de construção do método de privatização ativa deve identificar dentro destes *standards*: as forças, as fraquezas, as oportunidades e as ameaças, relacionadas à criação de um sistema de saúde mais ou menos privatizado. Toda a reforma estrutural é um risco, ainda maior quando a área em questão é essencial como a saúde. Assim, a transformação do cenário estatizado por um com operadores privados deve identificar as condições internas, nacionais e externas comunitárias, sejam elas favoráveis ou desfavoráveis para alcançar os objetivos constitucionais. Para melhor se compreender o que acabamos de expor, iremos apresentar alguns exemplos práticos no decurso da análise de cada método privatizante.

2.2.1.1. Alienação de bens públicos

A alienação de bens públicos é a privatização que envolve uma transferência de propriedade - o Estado cede os seus bens públicos a proprietários privados. Por detrás deste fenómeno privatizante existe, em regra, uma necessidade de reduzir a escala dos compromissos do Governo, por questões de *déficit* económico e de inaptidão ou ineficiência da estrutura estatal.

Por exemplo, depois de 1989, a República Checa privatizou quase a totalidade do atendimento primário, ambulatório não hospitalar, atendimento especializado, indústria farmacêutica, farmácias e instalações de SPA. A Lei Geral de Seguro de Saúde; a Lei do Fundo Geral de Seguro de Saúde, aprovadas em 1991, e, posteriormente, a Lei dos Fundos Departamentais, Profissionais, Corporativos e Outros Fundos de Seguro de Saúde, aprovada em 1992, transformou o sistema de saúde do país através de uma nova metodologia de financiamento com seguros de saúde estatutários (*Statutory health insurance* – SHI), admitindo a constituição de múltiplos fundos de seguro de saúde de natureza mista, com preponderância da iniciativa pública. Estes Fundos agem como financiadores e compradores dos serviços dos cuidados de saúde, financiados através de contribuições obrigatórias, de natureza tributária, tendo como facto gerador da incidência tributária os salários. O primeiro e maior fundo, criado na República Checa em 1992, é o Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky, VZP, Fundo Geral de Seguro de Saúde, a forte atuação no mercado de saúde em rede com outros fundos.[241]

A partir de 1992, os fundos de seguro de saúde contrataram um número significativo de unidades de saúde estatais e privadas, através de um preço público por cada serviço prestado. O regime jurídico contratual causou impactos insustentáveis pelos aumentos de custos. Em 1997, alterou a forma contratual, passando a contratação a ser por capitalização como principal meio de pagamento na atenção primária e por preço público fixado por tabelas e por perspectivas dos orçamentos para os hospitais. Esta reforma também alcançou os ambulatórios, que passaram ao esquema de preço público fixado por tabelas, passando também a existir limites farmacêuticos para o volume de serviços que podem ser reembolsados à taxa total. Por outro lado, em 2003

[241] . Alexa J, Rečka L, Votápková J, van Ginneken E, Spranger A, Wittenbecher F. Czech Republic: Health system review. Health Systems in Transition. European Observatory on Health Systems and Policies. World Health Organization. Vol. 17. N.º 1. 2015. p. 19-20.

ocorreu uma reforma na Administração Pública. A propriedade de quase cinquenta por cento dos hospitais foi transferida do Estado para catorze regiões autónomas recém-formadas. O processo de descentralização mostra a intenção de fragmentar a gestão da saúde. Algumas regiões do país decidiram mudar a formatação jurídica legal dos hospitais, transformando-os em entidades diretamente subordinadas às autoridades regionais, sociedades anónimas, sendo certo que as autoridades regionais eram os detentores da maioria das ações. A dificuldade encontrada prende-se com a forma de pagamento dos serviços, tanto que, em 2007, foi criado outro método, vinculado a todo o grupo relacionado ao diagnóstico de pacientes (*All patient diagnosis-related group* – AP-DRG). Desde 2008, foi instituída uma tarifa aos utentes pelo uso efetivo do serviço, ou seja, a utilização do serviço de saúde ocasiona uma cobrança proporcional ao uso pelo utente. Em 2012, noventa e nove por cento das farmácias eram administradas por empresas privadas, sendo apenas um por cento públicas, ligadas aos hospitais públicos.[242]

Portanto, trata-se de um fenómeno de privatização em que se observa um rápido aumento do papel do setor privado no financiamento e na provisão da saúde. É uma transformação drástica relativamente aos modelos tradicionais com característica de quase monopólio estatal dos serviços de saúde. O sistema único de saúde português não admite este tipo de privatização, uma vez que o art. 64.º, N.º 2, alínea *a* da CRP dá origem à realização do direito à proteção da saúde através de um serviço nacional de saúde.

Os impactos potenciais de diversificação através da transferência de propriedade dos cuidados de saúde, por intermédio dos três *standards*, são:

a.) Acesso Equitativo ao Atendimento

Uma dependência excessiva dos mecanismos de financiamento do setor privado pode resultar em iniquidades no acesso aos cuidados de saúde. A

[242] . Alexa J, Rečka L, Votápková J, van Ginneken E, Spranger A, Wittenbecher F. Czech Republic: Health system review. Health Systems in Transition. European Observatory on Health Systems and Policies. World Health Organization. Vol. 17. N.º 1. 2015. p. 110.

competição entre os operadores é a aposta para que isso não ocorra. Deve ser construído um ambiente que proporcione a concorrência, uma vez que a procura por clientes/pacientes é uma dinâmica essencial no mercado, que autoriza reduzir a atuação estatal prestacional, em razão dos operadores procurarem a satisfação dos consumidores finais.

.

Os efeitos prejudiciais sobre a equidade resultam de falhas no reconhecimento da importância de manter redes de segurança financeira para o sistema de saúde, particularmente em áreas pouco atrativas para os operadores privados, nomeadamente por questões demográficas populacionais em lugares ermos, como por ex. zonas rurais, ou com população mais pobre.

b.) Uso eficiente de recursos

A alienação de ativos públicos reduz o ónus do financiamento do setor público. Contudo, o risco de elevação dos custos de assistência médica pode ocorrer quando o processo de privatizações é descontrolado. Os operadores privados procuram maximizar a receita e, portanto, a empresarialidade leva à busca de satisfação das atividades, que se propõem de forma organizada para a circulação de bens e de serviços relacionados com a saúde. Tendo em vista o carácter económico da própria subsistência dos operadores no mercado da saúde, é imprescindível existir uma atenção regulatória estatal na atividade e não na subjetividade dos operadores como empresas[243].

Para se chegar à tendência de um fenómeno de privatização drástico, é extremamente importante analisar a saúde como bem jurídico-económico. A regulação estatal estará assim direcionada a suprir as deficiências do mercado da saúde. Pois bem. Deve haver coerência nas reformas. Quanto maior for a liberalização do mercado da saúde, em relação ao efeito de despublicização, maior será o papel estatal de criação de normas jurídicas reguladoras e de instrumentos de fiscalização do mercado da saúde.

---

[243] . WARDE JR., Walfrido Jorge. Coleção Tratado de Direito Empresarial. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2018. p. 154.

Para se atingir eficiência no processo de privatização substancial com a despublicização dos prestadores dos serviços de saúde não se pode implementar simultaneamente a privatização por desregulação estatal. A incongruência de instituição de ambos os processos de privatização ocasionará uma diminuição da eficiência, uma vez que as estratégias empresariais podem levar os operadores a incentivarem o consumo pelos utentes de cuidados aparentemente desnecessários e caros. Não obstante, a medicina segue a tendência de excessivos testes, de provas e de contraprovas, por vezes desnecessários, mas que eximem de responsabilidade os prestadores dos serviços de possíveis erros médicos. Trata-se, então, de uma tendência na área da saúde - o uso de tecnologia e de equipamentos caros, elevando os custos dos procedimentos.

Existem vários esquemas de financiamento. Porém, os mais comuns são os seguros privados com fins lucrativos - fundos privados nos quais uma companhia de seguros, estruturada como sociedade de capitais (*ex.:* S.A.) de capital aberto, reembolsará os provedores através de contratos remunerados por honorários de acordo com os serviços prestados.

c.) Qualidade do cuidado

Existem evidências suficientes, principalmente de setores não relacionados com a saúde, de que a competição e a iniciativa privada podem resultar em bens e serviços de melhor qualidade. Contudo, na provisão privada de serviços de saúde, a qualidade do atendimento em regra está equilibrada com os objetivos concorrentes de eficiência, equidade e obtenção de recursos.

A atividade da saúde passa a ser vista como uma atividade criadora de riqueza, através da produção de bens ou serviços com ela relacionados. De certa forma, é reconhecer que a atividade social da saúde passa a ser também económica, como meio ou como finalidade. Isto significa que, o resultado positivo alcançado é o lucro, que poderá reverter integralmente em benefício da própria atividade (*como meio*), não podendo ser distribuído aos seus titulares (*not-for-profit*), ou, se os operadores forem sociedades económicas (*for-profit*), terão fins económicos e os lucros serão distribuídos

aos sócios (*como finalidade*)[244]. A mudança de percepção das atividades de saúde com carácter económico não desvirtua o interesse público de satisfação do utente no alcance da proteção da saúde, alterando apenas o aspecto funcional *de como* alcançar os serviços, tornando prescindível o caráter subjetivo *de quem* presta (operadores privados – com ou sem fins lucrativos).

Na China, *por ex.*, o sistema de saúde rural deteriorou-se durante o período de rápida privatização substancial.[245] O debate a ser considerado é se as políticas de privatização não podem levar à iniquidade do acesso aos cuidados de saúde às pessoas mais pobres ou localizadas em zonas territoriais com pouca população, que não sejam atrativas aos operadores privados. A estratégia de contenção de custos e os objetivos lucrativos no mercado da saúde devem ser controlados pelo Estado (poder de regulação e de fiscalização), por forma a não comprometer os esforços da melhoria da qualidade do serviço pela concorrência.

2.2.1.2. Contratação pública para prestação de serviços do setor privado

A contratação envolve a transferência parcial ou total da responsabilidade pela prestação de serviços clínicos ou não clínicos para o setor privado, enquanto a responsabilidade pelo financiamento permanece do setor público. Como se trata de relações jurídicas contratuais, os ajustes são diversos de acordo com objeto contratado e as adaptações constantes dos ajustes com as necessidades exigidas pelos utentes (*ex.: contract out* ou *outsourcing*).

Este é um tema bastante debatido no âmbito doutrinário, principalmente por se tratar de um instituto jurídico-económico que possui um sentido distinto, dependendo do ordenamento jurídico em consideração. Na doutrina norte-americana, a privatização ativa ampla abarca toda e qualquer contratação de prestação de

---

244 . VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. Vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 140-141.

245 . Tam, Waikeung. Privatising Health Care in China: Problems and Reforms. Journal of Contemporary Asia - J CONTEMP ASIA. N.º 40. 2010. p. 63-81.

serviço com entidades privadas. Assim, teríamos um contrato *outsourcing*[246], firmado com o poder público, um fenómeno privatizante em qualquer via eleita, mesmo quando ocorre apenas a transferência da gestão do ativo para o setor privado, mas a propriedade do ativo segue do poder público. Na doutrina portuguesa, *por ex.,* existe autores que defendem que a mera transferência da gestão do ativo não caracteriza a privatização, uma vez que o controle estatal numa contratação meramente gestacional dá origem a monitoração de desempenho, aplicação de penalidades e à faculdade de renovação pelo Estado, enquanto numa privatização substancial a atribuição estatal passa a ser de essencialmente de regulação.[247]

É importante trazer alguns exemplos contratuais, a fim de ilustrar as formas de transferência.

2.2.1.2.1. Contratação com o subsetor privado com fins lucrativos (*for-profit*)

Os operadores privados *for-profit* sempre foram contratados para realizarem atividades intermediárias de assistência médica e não médica, do tipo serviços não clínicos como de lavandaria nos hospitais, entre outros. Com o passar do tempo, os operadores *for-profit* foram ganhando espaço de atuação direta na área pública da saúde, principalmente em especialidades, passando a desempenhar outras atividades terceirizadas através de contratos, *por ex.*, com os hospitais, E.P.E e laboratórios de análises clínicas privados. É o caso do Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, E.P.E., que contratou a prestação de serviços de análises com o Laboratório de Análises Clínicas Dr. Joaquim Chaves, em 30 de julho de 2014, nos termos do art. 21.º, N.º 1, alínea *a* do Código dos Contratos Públicos[248]. O Centro Hospitalar, E.P.E. optou por adquirir a

---

246 . *Outsourcing* é a decisão estratégica de uma empresa de parar de realizar (ou não) uma atividade internamente, mas transferir a responsabilidade, a equipa e as infraestruturas dessa atividade para um ou mais fornecedores especializados fora da mesma empresa, ou seja, ato de "terceirização externa". BUSI, Marco. Editorial: Rationale, Vision and Values, Strategic Outsourcing: An International Journal. Vol. 1. Nº 1. 2008.

247 . OLIVEIRA, Susana Maria Sampaio Pacheco Pereira de. *Outsourcing* no Sector Hospitalar: análise à luz de diversas perspectivas. Dissertação de Doutoramento em Ciências Empresariais. Universidade do Porto. Julho 2011. p. 21-22.

248 . Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção. Base: contratos públicos online. Disponível em: http://www.base.gov.pt/base2/rest/documentos/56486. Acesso em: 30.12.2019.

prestação do serviço externo por questões estratégicas de gestão operacional, retirando a internalização da atividade da pessoa coletiva de direito público (art. 35.º do Decreto-Lei n.º 18/2017).

A contratação de prestadores com fins lucrativos para a prestação de alguns serviços de saúde preventivos, curativos e de reabilitação é, muitas vezes, uma medida de estratégia administrativa das unidades públicas de saúde, que optam pela terceirização do prestador privado em troca da constituição de uma estrutura interna própria.[249] É importante referir que a contratação poderá assumir uma variedade de formas e pode ser adaptada para atender às necessidades do adquirente do serviço, cabendo à legislação estatal estar sensível às necessidades práticas dos operadores públicos captadores deste serviços, numa lógica de subcontratação.

O NHS inglês possui várias espécies de contratos de serviços clínicos diferentes com as entidades privadas *for-profit*, existindo ainda abertura para contratação com empresas estrangeiras multinacionais. Algo semelhante estava a ocorrer em Portugal, com a inserção de grupos internacionais no setor da saúde, atuando no mercado da saúde e colaborando indiretamente com o SNS. É o caso da Médis – Companhia Portuguesa de Seguros de Saúde, S.A., que está vinculada a Ageas – grupo segurador internacional, sediado em Bruxelas[250]. Alguns países usam fundos de segurança social para remunerar os provedores *for-profit*, representando esta uma variante da estratégia de contratação para a otimização da qualidade no atendimento e de redução das responsabilidades no financiamento e na provisão do serviço aos utentes. A China alcança cobertura quase universal através do fornecimento de seguro médico básico com financiamento público. Os trabalhadores urbanos são obrigados a inscreverem-se num programa baseado no emprego, que é financiado maioritariamente pelos impostos sobre os salários dos empregadores e funcionários. Outros residentes podem inscrever-se voluntariamente no Seguro Médico Básico de Morador Urbano-Rural, financiado maioritariamente pelos governos central e local, através de subsídios

[249] . BURKHOLDER, Nicholas. Outsourcing: The Definitive View, Applications and Implications. New Jersey: John Wiley & Sons. 2006. p. 255-256.

[250] . Está presente em Portugal desde 2005, operando já através de marcas reconhecidas, como a Médis e a Ocidental. Desde 2016, após aquisição da AXA Portugal e Direct, também está presente no nosso mercado através da Ageas Seguros e Seguro Directo. Disponível em: https://www.medis.pt/sobre-nos/#grupo-ageas-portugal. Acesso em: 20.12.2019.

individuais. As chamadas Comissões Locais de Saúde, espécies de entidades regionais de saúde, alinham estruturas de saúde com interação pública e privada para prestar os serviços aos utentes. Os planos básicos de seguro médico cobrem os cuidados de saúde primários, especializados, hospitalares e de saúde mental, bem como medicamentos prescritos. Para além disso, incluem ainda as técnicas de medicina tradicional chinesa[251].

Os impactos potenciais da contratação com operadores com fins lucrativos dos cuidados de saúde, através dos três *standards*, são:

a.) Equidade

Ao desenvolver uma estratégia de contratos com o setor privado com fins lucrativos, é possível ocorrer uma elevação potencial de acesso aos serviços de saúde mais qualificados e com melhores padrões de tratamento para os grupos de pessoas mais desfavorecidos. A referida elevação relaciona-se com a busca dos operadores privados por clientes/usuários para os seus serviços prestados, na medida em que os contratos incentivam com retribuição, através da possibilidade de alcançar lucros com o aumento da disponibilidade dos serviços.

b.) Eficiência

A contratação de operadores privados é uma estratégia administrativa de carácter económico, que visa aprimorar a produtividade dos recursos públicos, aproveitando com os ganhos de eficiência através das estratégias do setor privado. No caso da Namíbia, por exemplo, o acordo de contratação para o tratamento cirúrgico tem sido razoavelmente bem-sucedido na contenção de custos, existindo,

[251] . TIKKANEN, Roosa. *et al*. International Health Care System Profiles. China. The Commonwealth Fund. 5 June 2020. Disponível em: https://www.commonwealthfund.org/international-health-policy-center/countries/china. Acesso em: 12.7.2020.

porém, evidências de que os médicos clínicos gerais geralmente dão prioridade aos seus próprios pacientes particulares em relação aos pacientes cobertos pelos contratos.[252]

É necessário, por isso, existir um equilíbrio na regulação e na fiscalização estatal, para que não ocorra redução dos ganhos de eficiência, que podem ser alcançados através de um papel maior do setor privado. A construção de instrumentos jurídicos de controle das relações jurídicas contratuais com os operadores privados *for-profit* é uma saída para eficácia dos contratos, garantindo conformidade e proteção contra a fraude ou abuso dos fornecedores dos serviços. Evidentemente, o referido controle exige investimento de recursos públicos, especialmente quando existe a utilização de fundos públicos por provedores privados, criando uma nova necessidade de supervisão pública.

c.) Qualidade

A contratação com os operadores do setor privado *for-profit* pode levar a melhorias na qualidade do serviço público de saúde. Segundo a avaliação da Entidade Reguladora de Saúde em Portugal, divulgada oficialmente em janeiro de 2019, os três hospitais públicos em regime de gestão PPP obtiveram os melhores resultados em excelência clínica do Sistema Nacional de Avaliação em Saúde – SINAC@Hospitais.[253]

---

252 . MUSCHELL, Jeff. Privatization in Health. Health Economics. Technical Briefing Note. Division os Strengthening of Health Services. World Health Organization. June 1995.

253 . Três hospitais PPP ocupam pódio em Excelência Clínica do Sistema Nacional de Avaliação em Saúde. O Hospital de Vila Franca de Xira, o Hospital de Cascais e o Hospital de Braga conseguiram os três primeiros lugares em Excelência Clínica, baseado no maior número de áreas com classificação 3+. Três hospitais em regime de Parceria Público-Privada (PPP) lideram a mais recente avaliação do Sistema Nacional de Avaliação em Saúde (SINAS) sobre Excelência Clínica, da Entidade Reguladora da Saúde (ERS). São eles o Hospital de Vila Franca de Xira (uma PPP que o Governo decidiu não prolongar), o Hospital de Cascais e o Hospital de Braga. Foram 96 os hospitais que conseguiram a classificação de Excelência Clínica, o que significa que cumpriram todos os critérios para a prestação de cuidados de saúde de qualidade, segundo os dados divulgados esta segunda-feira. A avaliação teve em conta as áreas em que cada hospital tem mais notas máximas e quem tem mais avaliações de Excelência Clínica no total. O Hospital de Vila Franca de Xira, que recentemente soube que não iria ver renovado o contrato de gestão desta Parceria Público-Privada, lidera a lista, conseguindo uma classificação de três estrelas (nível 3) em seis das 13 áreas submetidas para Excelência Clínica: Cirurgia de Ambulatório, Cirurgia Geral (Cirurgia do Cólon), Área de Neurologia (Acidente Vascular Cerebral), Área de Obstetrícia (Partos e Cuidados Pré-natais), Área de Pediatria (Cuidados Neonatais) e Área de Cuidados Transversais (Avaliação da Dor Aguda). Nas restantes sete áreas submetidas para Excelência Clínica, o Hospital de Vila Franca de Xira obteve 2+. "*Estes resultados, em linha com os das avaliações anteriores, são reveladores do compromisso permanente com a qualidade do serviço*", referiu Pedro Bastos, presidente da Comissão Executiva do Hospital de Vila Franca de Xira, citado em comunicado, acrescentando ainda que os dados "*demonstram a*

Apesar de não haver um *ranking* entre os hospitais, uma vez que o objetivo da avaliação pela Entidade Administrativa Independente da Saúde foi analisar o cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo estudo por cada unidade de saúde. Importa salientar que os melhores resultados foram obtidos pelos hospitais públicos em regime de PPP. A avaliação abrangeu o período de julho de 2017 e julho de 2018 sobre internamento para os procedimentos de cirurgia vascular, de cardiologia, de cirurgia de ambulatório, de cuidados intensivos, de neurologia, de obstetrícia, de ortopedia ou de pediatria. A investigação foi estabelecida em dois níveis, tendo em consideração critérios essenciais de qualidade na primeira etapa e, sucessivamente, as unidades são enquadradas em três níveis de qualidade de acordo com a área de avaliação.[254-255]

---

elevada competência dos profissionais de saúde do hospital que diariamente se empenham para prestar os melhores cuidados de saúde à população que nos procura". Já o Hospital de Cascais, também em regime PPP, conseguiu classificação máxima em seis das 11 áreas submetidas, sendo elas a Cirurgia de Ambulatório, Ginecologia (Histerectomias), Neurologia (Acidente Vascular Cerebral), Obstetrícia (Partos e Cuidados Pré-natais), Pediatria (cuidados neonatais) e Ortopedia (Tratamento cirúrgico da fratura proximal do fémur). A terminar o pódio está o Hospital de Braga, que viu ser adiado por cinco anos o processo de avaliação que poderia fazer com que a sua gestão fosse entregue a um novo parceiro privado. Das 14 áreas de Excelência Clínica submetidas por este hospital, três obtiveram três estrelas: a Área de Cardiologia (Enfarte Agudo do Miocárdio), a Área de Cirurgia de Ambulatório e a Área de Pediatria (Cuidados Neonatais). Nas restantes onze áreas, o hospital conseguiu uma classificação de 2+. O quarto hospital em regime PPP, o Hospital Beatriz Ângelo, em Loures, ficou em 19.º lugar, com as áreas de Partos e Cuidados Pré-natais e Cuidados Neonatais a conseguirem 3+. Já das entidades geridas pelo Serviço Nacional de Saúde, o que teve mais áreas com classificação máxima foi o Hospital Sr.ª da Oliveira Guimarães, com três áreas (Cirurgia de Ambulatório, Neurologia [Acidente Vascular Cerebral] e Obstetricia/ [Partos e Cuidados Pré-natais]) que obtiveram a classificação de três estrelas das 14 submetidas. Dos 158 estabelecimentos hospitalares que o SINAS abrange, apenas 122 conseguiram a classificação de Excelência Clínica. Destes, 96 conseguiram a atribuição da estrela correspondente ao primeiro nível de classificação, cumprindo todos os critérios para a prestação de cuidados de saúde de qualidade. (...). Esta segunda-feira, a agência Lusa avançou também que, relativamente ao ciclo de avaliação anterior divulgado em outubro do ano passado, foram menos os hospitais que cumpriram todos os critérios, uma diferença que se justifica pelo facto de ter aumentado o número de prestadores que não enviaram informação necessária por causa da transição do sistema de codificação. Os resultados envolveram a avaliação nas dimensões de Excelência Clínica, Segurança do Doente, Adequação e Conforto das Instalações, Focalização no Utente e Satisfação do Utente. Na primeira área, a análise reporta-se à informação sobre episódios de internamento com alta compreendida entre 1 de janeiro de 2017 e 31 de dezembro de 2017. O relatório da ERS indica ainda que das mais de 84 mil reclamações na saúde registadas no ano passado pelo, 67% respeitam a unidades públicas, 23% ao privado, 8,9% nas quatro unidades em regime de parceria público-privada e 1,2% no social. PEIXOTO, Ana Catarina. Três hospitais PPP ocupam pódio em Excelência Clínica do Sistema Nacional de Avaliação em Saúde. Política. Parcerias Públicos Privadas. Observador. 1º Jul. 2019. Disponível em: https://observador.pt/2019/07/01/tres-ppp-ocupam-podio-em-excelencia-clinica-do-sistema-nacional-de-avaliacao-em-saude/. Acesso em: 1.2.2020.

254 . Segunda avaliação da ERS atribui excelência clínica a 84% dos hospitais. SINAS@Hospitais 2019. Excelência Clínica. 31 Jan. 2020. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/noticias/2020/01/31/sinashospitais-2019-excelencia-clinica/. Acesso em: 27.5.2020.

255 . Entidade Reguladora de Saúde. Sistema Nacional de Avaliação em Saúde. SINAS@Hospitais: 2.ª publicação de 2019. 16 Jan 2020. Disponível em: https://www.ers.pt/media/3093/resultadossinas.pdf. Acesso em: 27.5.2020.

Não obstante, o potencial de melhoria da qualidade e a possível contenção de custos através da contratação de operadores privados *for-profit* deve ser implementado num mercado de saúde concorrente. É necessário que exista um mercado aberto, que autorize a ampla participação de operadores, a fim de evitar monopólio, oligopólio ou cartelização. O Estado tem, por isso, o papel de construir um ambiente interno propício à efetiva concorrência entre os operadores pelos contratos. Pelo contrário, a ausência de regulação congruente com os propósitos do fenómeno de privatização pelo Estado poderá ocasionar um efeito devastador de ausência de qualidade dos serviços contratados, em razão do desinteresse pela contratação dos operadores privados.

2.2.1.2.2. Contratação com o subsetor privado sem fins lucrativos (*not-for-profit*)

Ao tratar do setor privado sem fins lucrativos, temos a preconcepção de uma ideia de serviços de saúde de caridade ou filantrópicos, atendendo tanto os serviços preventivos como os serviços curativos. Apesar da sua origem histórica remontar às comunidades religiosas, ao longo dos anos, a sociedade civil começou a instituir as organizações não governamentais – ONGs sem fins lucrativos.

O apoio do Governo aos operadores *not-for-profit* pode incluir o pagamento de subsídio fixo, o destacamento de pessoal da saúde ou subvenções para os salários dos funcionários. Os incentivos também são fornecidos na forma de importações isentas de impostos de equipamentos e de medicamentos. Os acordos contratuais formais entre governos e *o*s operadores *not-for-profit* sugerem uma forma de garantir que as atividades destes fornecedores correspondam mais de perto aos objetivos das políticas governamentais.

Da experiência com esta forma de contratação cumpre referir o exemplo de Uganda. A partir da década de noventa, Uganda sofreu reformas profundas, revitalizando e remodelando a prestação dos serviços nacionais de saúde. O financiamento não governamental é fruto de doações, sustentadas pela filantropia neoliberal. A redução da pobreza de um país extremamente carente é parte importante da

agenda liberal não governamental. A redução do papel do Estado está direcionada ao fenómeno de privatização passiva, principalmente pelas experiências mal sucedidas de entrega de recursos externos doados para o Governo e os sucessivos desvios ocorridos por meio de corrupção[256]. Foi criado um mercado de saúde que ocupa boa parte das atribuições estatais. As ONGs têm também um papel importante no mercado da saúde. Apesar disso, o sistema de saúde do país não apresenta melhorias significativas, devido à escassez de recursos e à dependência da ajuda externa para prestar assistência de cuidados de saúde à população[257].

Contratos limitados com fornecedores sem fins lucrativos para a prestação de serviços técnicos específicos foram negociados como parte de acordos de projetos de doadores no Uganda[258].

Os impactos potenciais da contratação com operadores sem fins lucrativos dos cuidados de saúde, através dos três *standards*, são:

a.) Equidade

É possível extrair ganhos estratégicos neste processo de privatização. Os operadores *not-for-profit*, em regra ONGs, têm como caraterística comum estabelecerem-se em áreas onde não existe efetiva atuação do Governo, fornecendo acesso aos serviços de saúde para populações com alternativas limitadas de atendimento. Como ocorre em Uganda, os contratos com fornecedores sem fins lucrativos garantem que os grupos desfavorecidos tenham acesso a um conjunto mínimo de serviços essenciais. O caráter filantrópico e assistencial, característico da natureza destas entidades privadas, direciona a atividade operacional destes operadores à população carente.

---

256 . Country Report Uganda. Uganda's human resources for health: paradoxes and dilemmas. This document is part of Wemos and ACHEST's contribution to the Health Systems Advocacy Partnership. October 2019. Disponível em: https://www.wemos.nl/wp-content/uploads/2019/11/Wemos_Country-report-Uganda-2019_Ugandas-Human-resources-for-health_Paradoxes-and-dilemmas.pdf. Acesso em: 30.6.2020.

257 . TORRENTE, Nicolas de. The evolving role of the state, donors and NGOs providing health services in a liberal environment, Some insights from Uganda. 8 Jan. 1999.

258 . ROBISON, Mark. The Political Economy of Governance Reforms in Uganda. Institute of Development Studies. May 2006.

b.) Eficiência

Ganhos de eficiência são viáveis e variáveis com esta estratégia, na medida em que a sobrevivência financeira dos operadores sem fins lucrativos depende da sua capacidade de gerir o uso de recursos. Como ocorre no caso de Uganda, os doadores são os responsáveis pelo direcionamento dos comportamentos funcionais dos operadores privados *not-for-profit*. Então, a captação de mais recursos para sobreviver leva em consideração o atendimento dos interesses dos doadores.

A contratação dos operadores privados *not-for-profit* pelo Governo interno do país não desvirtua o mesmo esquema fático dos doadores externos em Uganda (Estados Unidos da América, Reino Unido, Bélgica, Suécia, Japão e Dinamarca)[259], cuja coordenação política entre o setor público e o fornecedor sem fins lucrativos está correlacionada com os locais de carência de atuação estatal em vários aspectos, desde a abrangência dos serviços até à qualidade dos mesmos, tendo como característica principal da relação jurídica contratual suprir filantropicamente as necessidades de acesso aos cuidados de saúde direcionados aos mais necessitados.

c.) Qualidade

Os serviços prestados pelo subsetor sem fins lucrativos apresentam frequentemente qualidade superior comparativamente aos disponíveis em instalações do setor público. As diferenças de qualidade têm sido associadas à disponibilidade mais

[259] . O setor de saúde em Uganda recebe apoio de parceiros de desenvolvimento por meio de contribuições diretas à tinta, contribuições financeiras, conhecimentos técnicos, médicos e não médicos, suprimentos e equipamentos. Se adicionarmos financiamento externo ao orçamento proposto para 2019/2020 (US $ 323 milhões), atinge US$ 610 milhões. Os tradicionais parceiros bilaterais do setor incluem os Estados Unidos (o maior), Bélgica, Reino Unido, Suécia, Japão e Dinamarca, cujas contribuições totais representam 74,5% da Assistência Total ao Desenvolvimento para Saúde (DAH). Country Report Uganda. Uganda's human resources for health: paradoxes and dilemmas. This document is part of Wemos and ACHEST's contribution to the Health Systems Advocacy Partnership. October 2019. p. 18.

consistente de medicamentos nas instalações das ONGs e, em alguns casos, a melhores habilitações técnicas do pessoal das ONGs.[260]

2.2.1.3. Incentivo e estímulo regulatório ao crescimento do setor privado

Por forma a adotar esta estratégia de privatização ativa, deve ser desenvolvido o mercado de saúde interno ou nacional. A partir daí, a contratação com operadores do setor privado é a forma do Governo financiar com recursos públicos os serviços adquiridos, desenvolvidos dentro das potências do comportamento competitivo de mercado. Cabe a cada país elaborar sua agenda política, criando incentivos para a transferência das atribuições no financiamento e na prestação dos serviços de saúde.

Um processo de reforma administrativa com a revogação de legislação e de regulamentação que proíbe ou restringe a atuação do setor privado nos serviços públicos de saúde é indispensável. A transformação epistemológica do direito administrativo tradicional para o *new public management* é um fator de congruência, uma vez que os procedimentos contratuais passam a atender a satisfação das necessidades dos consumidores/utentes em prol da legalidade *stricto sensu*. As estratégias permitem, *por ex.*, que a atividade do setor privado ocorra dentro de instalações do setor público. Novidades como esta permitem que, fontes de financiamento privadas paguem por alguns serviços de saúde que, de outra forma, poderiam ser cobertos por fundos públicos.

Moçambique é um bom exemplo de implementação mal desenvolvida. O Ministério da Saúde de Moçambique reconheceu, através do relatório de revisão do setor da saúde, publicado em setembro de 2012, carência legislativa para o processo de interação do setor público com o privado, não garantindo a qualidade dos cuidados de saúde. A lacuna legislativa causa incertezas na supervisão de farmácias privadas e na regulamentação dos cuidados privados de saúde dentro de entidades públicas. Não estão estabelecidos critérios bem definidos para a acreditação de centros de saúde, bem como os requisitos mínimos de contratação de pessoal e de supervisão. Em

[260] . MUSCHELL, Jeff. Privatization in Health. Health Economics. Technical Briefing Note. Division os Strengthening of Health Services. World Health Organization. June 1995.

regra, o pessoal de saúde trabalha nos dois sectores público e privado. Até 2005, os hospitais públicos implementavam o *Atendimento Especial*, admitindo ao pessoal clínico fazer prática privada nas unidades hospitalares públicas, autorizando a cobrança de taxas mais elevadas para aqueles utentes com possibilidades. As ONGs atuam em Moçambique com o mesmo carácter filantrópico de Uganda, sendo distribuídas de forma aleatória no país com preferencia nas zonas rurais e desprivilegiando os necessitados.[261]

A Indonésia, o México, a Tanzânia e o Zimbábue têm camas privadas em hospitais públicos. Entre os métodos utilizados para incentivar o crescimento do setor privado incluem-se os incentivos fiscais, através, por exemplo, da permissão da importação de suplementos médicos específicos isentos de impostos ou de incentivos, em forma de bónus, para incentivar os médicos a localizarem-se em áreas carentes. Na Etiópia, os operadores privados podem comprar medicamentos e alguns suplementos médicos de fontes governamentais, aproveitando os preços mais baixos disponíveis devido ao poder de compra em massa do governo.[262]

O Brasil[263] e o México[264] oferecem isenção de impostos para as despesas privadas de saúde. As deduções no imposto de renda pessoa física no Brasil incentivam que a percentagem da população mais favorecida procure contratar planos de seguro suplementar, alcançando os serviços privados de saúde. De forma semelhante, as cobranças dos usuários pelos serviços de saúde do setor público estimulam o crescimento do setor privado, transferindo a responsabilidade financeira, pelo menos parcialmente, para fontes privadas e estabelecendo a concorrência de preços entre os setores público e privado.

---

261. GONÇALVES, Célia de Deus. Relatório da Revisão do Sector de Saúde. República de Moçambique. Ministério da Saúde. Set. 2012. p. 59-60 e 115-116.

262 . MUSCHELL, Jeff. Privatization in Health. Health Economics. Technical Briefing Note. Division os Strengthening of Health Services. World Health Organization. June 1995.

263 . Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, arts. 5º, § 2º, e 8º, inciso II, "a", e § 2º; Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – Regulamento do Imposto sobre a Renda - RIR/1999, art. 80; Instrução Normativa SRF nº 208, de 27 de setembro de 2002, art. 16, § 4º; Instrução Normativa RFB nº 1.500, de 29 de outubro de 2014, arts. 94 a 100.

264. GUEVARA, Marcelo. El IVA y los servicios de salud. Los pagos que se hagan con tarjetas de crédito y débito generan la posibilidad de que se devuelva el tributo pagado al contribuyente. 5 Jun. 2019. Disponível em: https://www2.deloitte.com/cr/es/pages/about-deloitte/topics/blog/el-iva-y-los-servicios-de-salud.html. Acesso em: 20.12.2019.

As políticas para incentivar o desenvolvimento de mecanismos privados de seguros de saúde também podem transferir o financiamento para o setor privado e incentivar as pessoas a satisfazerem as suas necessidades de cuidados de saúde junto dos operadores privados.

Os impactos potenciais da estratégia de incentivo do crescimento do setor privado nos cuidados de saúde, através dos três standards, são:

a.) Equidade

Ao criar dicotomia entre usuários do setor público e do setor privado, pelo mesmo prestador do serviço, pode dar-se o risco de que este crie diferenciação no tratamento dos utentes, favorecendo aqueles que se encontrem inseridos no setor que retribua melhor pelos serviços. Cumpre referir que, em Moçambique, existia esta reclamação, pois os profissionais da saúde atuantes no setor público complementavam os seus rendimentos oferecendo serviços privados em estabelecimentos públicos, quebrando a equidade e a qualidade do atendimento aos utentes públicos. Claro que, esta é uma consequência dos honorários ínfimos que o setor público fragilizado de Moçambique paga aos profissionais da saúde, obrigando-os, de certa forma, a darem preferência aos atendimentos privados, que apresentam maior retorno económico.

Este tipo de privatização ativa necessita de uma população com níveis socioeconómicos constantes, pois o acesso aos cuidados de saúde de maior qualidade são para aqueles que, em regra, possuem condições económicas para, *por ex.*, anteciparem os valores e, posteriormente, restituírem através de deduções tributárias. Por este motivo, existe um enorme risco de afastamento dos serviços de saúde com qualidade das populações mais pobres.

b.) Eficiência

Incentivos inapropriados podem encorajar operadores privados a prestarem serviços inúteis aos pacientes. Os operadores podem solicitar procedimentos desnecessários ou podem recorrer à polifarmácia, se seus rendimentos estiverem vinculados ao volume de serviços prestados ou à venda de medicamentos.

Nas situações em que os operadores trabalham em ambos os setores, estes podem usar o seu tempo público para identificar clientes para os seus consultórios particulares, pacientes que podem ser atendidos com a mesma eficácia em instalações públicas mais acessíveis.

c.) Qualidade

O aumento da atividade dos operadores privados no mercado de saúde e, consequentemente, a redução do papel estatal nas atividades de prestação dos cuidados de saúde exigem monitoramento para garantir que os padrões de atendimento permanecem aceitáveis para os utentes. Portanto, o incentivo do crescimento do setor privado nos cuidados de saúde deve estar associado à prévia construção de uma estrutura estatal de regulação e de fiscalização do mercado da saúde, por forma a reduzir os potenciais riscos com as políticas de privatização de estímulo ao crescimento do setor privado.

2.2.2. Privatização Passiva

Alguns países têm experimentado um crescimento nas práticas de saúde no setor privado, não havendo, contudo, mudanças significativas nas políticas do Governo. A privatização passiva é comumente vivenciada em países que experimentaram crescimentos económicos rápidos, cuja população tem maior capacidade económica e que, consequentemente, acaba por procurar os operadores *privados,* pois obtêm um melhor atendimento e eficiência no acesso aos cuidados de saúde. Este fenómeno privatizante reduz a exigência dos serviços prestados no setor público.

Dentro deste contexto, países como a Índia e a China experimentaram a migração de profissionais de saúde qualificados para o setor privado. O aumento informal do setor privado tornou difícil monitorizar os custos e a qualidade da prestação de cuidados de saúde. Manter um padrão de qualidade assistencial é uma preocupação constante, pois a fiscalização estatal e a ínfima capacidade regulatória não acompanharam estruturalmente as mudanças do setor privado.[265]

2.3. Mecanismos de mercado público (ou interno)

Apesar de não ser um fenómeno de privatização propriamente dito, a construção de uma estrutura organizacional administrativa em formato de mercado interno para o setor público da saúde é uma espécie de estratégia para opção de reforma administrativa, aparentando um mercado de saúde concorrente como a empresarialização.

A reforma administrativa, que abdica da teoria da organização administrativa burocrática e hierarquizada com operadores públicos, institui a estratégia do mercado público, não alterando as responsabilidades públicas pelo financiamento e pela provisão. Daí a dificuldade de entender o processo de empresarialização como um fenómeno privatizante, pois não encontra substância no processo de transferência do público para o privado.

A instituição de um mercado interno da saúde é processo de ruptura do modelo burocrático tradicional de organização dos serviços públicos, passando a adotar técnicas de gestão de operadores privados no âmbito público, tais como a criação ou a transformação de entidades públicas com natureza e formato empresarial, fazendo com que o setor público da saúde sofra um processo de empresarialização.[266] Assim, o

[265] . MUSCHELL, Jeff. Privatization in Health. Health Economics. Technical Briefing Note. Division os Strengthening of Health Services. World Health Organization. June 1995.

[266]. LOPES, Licínio. Direito Administrativo da Saúde. *In* Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. III. Paulo Otero e Pedro A. P. da Costa Gonçalves (Coord.). Coimbra: Almedina. 2010. p. 239-240.

mercado público da saúde encontra conceito ao fenómeno amplo ou vulgar de privatização.

A criação do mercado interno da saúde tem como desiderato implementar os mecanismos de concorrência e de opção de livre escolha dos consumidores finais – usuários do sistema único de saúde. Os operadores públicos competem pelos pacientes, através de políticas vinculadas ao pagamento com base no contrato à escolha do operador pelo paciente. Os escopos estratégicos visam incitar o uso eficiente dos recursos e estimular os operadores a oferecerem maior qualidade de atendimento.

A Suécia estabeleceu um mercado interno de saúde. Cumpre, neste ponto, analisar a organização do sistema de entrega e a forma de pagamento dos operadores (prestadores ou fornecedores). A estratégia para criar o mercado nacional de saúde começa na formação académica dos médicos e demais profissionais da área da saúde. As faculdades são públicas, não havendo cobranças de propinas para a formação educacional e, apesar de haver limitação de vagas, são oferecidas vagas anualmente de acordo com as projeções futuras de necessidade de mão-de-obra para o mercado interno. Sessenta por cento da atenção primária é pública. A atenção primária é responsável por quase dezessete por cento de todas as despesas com a saúde. As regiões fiscalizam a inclusão de novas práticas privadas, regulando os horários das clínicas, as competências clínicas e outros aspectos organizacionais e as condições financeiras para o respetivo credenciamento e pagamento. O direito de estabelecer uma prática e ser reembolsado publicamente aplica-se a todos os operadores públicos e privados, desde que preencham as condições para o credenciamento. A atenção primária sueca é formada por equipas, compostas por médicos de clínica geral, enfermeiros, parteiras, fisioterapeutas e psicólogos, ao estilo dos GPs no NHS inglês.[267]

Os centros de atenção primária, públicos e privados, são pagos através de uma combinação de pagamentos: capitação de utentes registados, representando sessenta a noventa por cento do pagamento; taxa por serviço prestado,

[267] . GLENNGARD, Anna. International Health Care System Profiles. Sweden. 5 June 2020. Disponível em: https://www.commonwealthfund.org/international-health-policy-center/countries/sweden. Acesso em: 20.6.2020.

representando cinco a trinta por cento do pagamento e os bónus relacionados com o desempenho do operador representam apenas três por cento do pagamento. Todas as avaliações dos operadores têm em conta metas de qualidade para satisfação dos utentes e coordenação do atendimento de acordo com as diretrizes baseadas em evidências científicas. Os cidadãos podem escolher registrar-se com qualquer provedor público ou privado, credenciado pela região local. A atenção primária opera na lógica da concorrência entre os prestadores públicos e privados para captação do registo de pacientes. Não existe a proibição dos profissionais de saúde trabalharem em hospitais públicos ou cuidados primários públicos e atenderem igualmente pacientes particulares, desde que os atendimentos ocorram fora das unidades públicas de saúde. A natureza do contrato de trabalho é privado. O atendimento especializado ambulatório é prestado em hospitais universitários e regionais e em clínicas particulares. Os pacientes podem escolher um especialista. Em regra, os pacientes pagam antecipadamente as despesas com a assistência primária e outras consultas ambulatórias, incluindo consultas médicas especializadas. Os hospitais, em geral, são remunerados em parte pelo método baseado no desempenho, ocasionando melhores reembolsos das despesas. A restante parcela do pagamento depende dos custos históricos. Os operadores privados são pagos através de ajustes contratuais, passando por prévia concorrência do tipo licitação.[268] Os recursos públicos estão vinculados ao consumidor e não ao serviço de saúde[269].

Os impactos potenciais da estratégia de criação de mecanismos de constituição do mercado público ou interno nos cuidados de saúde, através dos três s*tandards*, são:

a.) Equidade

A ideia de mercado público ou interno visa colocar as unidades de saúde em ampla concorrência, levando à necessidade de criação de mecanismos

[268] . National Board of Health and Welfare, Statistik om äldre och personer med funktionsnedsättning efter regiform. National Board of Health and Welfare. 2017.

[269] . (…)*public resources are tied to the consumer, not to the health care facility.* MUSCHELL, Jeff. Privatization in Health. Health Economics. Technical Briefing Note. Division os Strengthening of Health Services. World Health Organization. June 1995.

estratégicos administrativos dos operadores para alcançarem o maior número de consumidores possíveis nos seus serviços de saúde. Esta dinâmica, aplicada às pessoas coletivas de direito público, mas com regime de gestão empresarial (ex.: hospitais, E.P.E.), causa uma aproximação de comportamento com os operadores *for-profit*. Trata-se de um diálogo distinto da dogmática jurídica tradicional, pois a expressão mercado, comumente explicada na área da economia, passa a ser objeto de estudo pelo mundo do direito[270]. Adaptando a Teoria jurídica da economia de mercado de Natalino Irti, a epistemologia jurídica do mercado varia de acordo com a política económica e social possível ao ordenamento jurídico interno de cada país. Quanto maior a liberdade económica, maior será o número de operadores, estruturados para a competição num mercado. Quanto maior o intervencionismo estatal, mais intensa será a estrutura burocrática e hierarquizada de operadores no modelo de Administração Pública tradicional sem mercado.[271]

Portanto, a criação de um mercado público de serviços de saúde passa, antes de mais, por um processo de reforma da própria constituição económica do país.

O mercado público dos serviços de saúde necessita de duas bases epistemológicas jurídicas, relacionadas com a estrutura e a dimensão. Isto quer dizer que, os serviços de saúde estão voltados para o objeto e não têm em conta as pessoas que dele participam; os serviços de saúde estão inseridos no *espaço jurídico* (dimensão espacial), autorizado pela ordem jurídica, que determina o mercado. Daí a importância da instituição prévia de uma estrutura de regulação, pois o mercado só será efetivamente um mercado quando possuir um conjunto de normas jurídicas, que definam essas duas bases epistemológicas[272].

Deverá existir realce à possibilidade de um resultado de quase privatização passiva, pois a transformação do modo de remunerar o prestador dos serviços

---

270 . BUONOCORE, Vicenzo. Trattato di Diritto Commerciale. Turim: G. Giappichelli. 2002. p. 149.

271 . IRTI, Natalino. Teoria Generale del Diritto e problema del mercato. Rivista di Diritto Civile. Ano XLV. Pádua: CEDAM. Jan. – Fev. 1999.

272 . MONCADA, Luís Cabral de. Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação. Coimbra: Almedina. 2012. p. 85.

pode direcioná-lo aos serviços mais lucrativos e, concomitantemente, levar ao seu afastamento da prestação de serviços com base nas necessidades da comunidade.

b.) Eficiência

A potencialidade de ganhos de eficiência a ser alcançada com os mecanismos do mercado interno está relacionada com os operadores públicos com características empresariais passarem a se comportarem como operadores *for-profit*, procurando a otimização da atividade de saúde desempenhada ao menor custo possível. É uma percepção que, de certa forma, está afeta às plataformas económicas capitalistas, pois as trocas de bens e de serviços dentro de uma lógica de livre concorrência mitigada apresenta como resultado a eficiência, traduzindo-se numa melhoria na qualidade e redução de preços[273].

A eficiência está exatamente em mudar a forma ver o prestador público de saúde, deixando de ser um funcionário público tradicional e passando a fazer parte de uma unidade de saúde empreendedora de serviços de cuidados de saúde, que, de certa forma, necessita de obter recursos financeiros para subsistir nas atividades dos serviços públicos de saúde (ex.: Portugal – SNS).

c.) Qualidade

Para que possa ocorrer um potencial de melhoria na qualidade dos serviços de saúde através de um mercado público, é imprescindível que existam vários e múltiplos operadores, ao ponto de estabelecer um mercado competitivo pelos consumidores ou pacientes. É a forma pela qual o usuário do mercado interno de saúde poderá exercitar uma escolha real pelo prestador com melhor qualidade no atendimento.

---

273 . VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. Vol. 1. 3ªed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 155.

Cumpre salientar que o facto de a formação de um mercado público de cuidados de saúde é mais apropriada para regiões urbanas de elevada densidade demográfica, pois o número de pacientes, potenciais clientes dos operadores, torna mais ou menos atrativa a criação de uma unidade de cuidados de saúde. Locais ermos, como zonas rurais, são difíceis de constituir mercados internos, pelo número escasso de potenciais clientes, ocasionando carência de interesse dos próprios prestadores públicos.

2.4. Privatização: Os objetivos sociais estão em risco?

A saúde está consolidada como objeto social nos textos constitucionais de carácter de bem-estar social, como é o caso dos princípios fundamentais da Constituição da República Portuguesa. A consagração do objeto social da saúde constitucionalizado através do art. 64.º da CRP é garantido através das prestações positivas individuais dos serviços de cuidados de saúde, não importando a prestação material pela Administração Pública. Daí a importância do direito administrativo da saúde. A construção de uma estrutura operacional do direito à saúde está ligada à edificação da infraestrutura infraconstitucional capaz de atender às exigências de saúde, de acordo com a realidade social e económica, tendo em vista os fatores de realidade técnica da área da medicina e da capacidade dos utentes/pacientes usufruírem desta assistência técnica.[274] A forma de efetivar o exposto é uma constante adaptação de respostas de exigências de saúde, cumprindo entender que a adequação do direito administrativo está relacionada com a necessidade prática e não com a ideologia política.[275-276]

Importa, portanto, que o Governo garanta o objetivo social da saúde, de forma que não haja o comprometimento dos padrões de boa qualidade da saúde da população. Sem prejuízo do exposto, esta preocupação existe também por parte da

[274] . RIBEIRO, José Mendes. Saúde: A liberdade de escolher. Lisboa: Gradiva. 2009. p. 107-201.
[275] . MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: RT. 1992.
[276] . MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

sociedade civil, pois uma população não saudável significa baixa potência de capital trabalho para fomentar a economia do país, da comunidade internacional económica e do mundo[277]. Logo, a transformação para um direito administrativo da saúde de caráter dinâmico é aparentemente estranho ao anterior comportamento estático e previsível do procedimento tradicional, pois as mudanças organizatórias constantes, que visam a satisfação das necessidades de saúde, colocam em evidência uma necessidade de uma nova organização prestadora de serviços, que se deve atentar à racionalidade económica dos recursos humanos e financeiros, quedando por lógica o modelo burocrático oneroso tradicional de organização da administração pública[278].

A redução dos riscos de escolha do fenómeno de privatização a ser adotado está associada ao processo de reestruturação jurídica dos papéis, que passarão a ser desempenhados pelo Estado, independentemente das modalidades de financiamento e de provisão da saúde. Apenas com estudos prévios sobre as vantagens de implementar fenómenos de privatização pode ser instituído o desenvolvimento de relações inovadoras, colocando em prática através de um processo ordenado de relações jurídicas com o setor privado. A interação dos setores público e privado é inevitável. Cada país possui uma característica peculiar e o dimensionamento dos fenómenos privatizantes, para ter sucesso, depende de um planeamento estratégico compatível com esta realidade socioeconómica.

A atuação dos operadores privados no setor público da saúde em nada desvirtua a consecução dos objetivos sociais constitucionais. Na verdade, na percepção do utente ou consumidor final, interessa ter o acesso eficiente com qualidade e de fácil acesso às exigências de cuidados de saúde para o seu bem-estar. Agora, o método de aplicar um dimensionamento de privatização é um processo, cujo resultado é oriundo de estudos com diversas intertextualidades e afeto a inúmeras áreas do conhecimento científico. Portanto, ao dimensionar as privatizações no âmbito dos serviços públicos de saúde, as atribuições do Estado tornam-se maiores no que concerne

277 . Organização Mundial da Saúde Ambientes de trabalho saudáveis: um modelo para ação: para empregadores, trabalhadores, formuladores de política e profissionais. OMS. tradução do Serviço Social da Indústria. Brasília: SESI/DN. 2010.

278 . MOREIRA, Vital. Organização administrativa. Coimbra: Coimbra Editora. 2001. p. 18.

ao controle dos operadores. O Governo precisa de evoluir para gerir e monitorizar as iniciativas de privatização.

2.4.1. Razão pela qual os governos são necessários na saúde

Na saúde, o Governo deve garantir orientações ao mercado, por forma a direcionar as atuações aos objetivos sociais. Neste ponto, a equidade é um dos fatores mais importantes na distribuição das múltiplas transações na área da saúde. A privatização é um fenómeno económico que gera concorrência de mercado entre os operadores económicos. Este movimento deve ser controlado e vigiado por mecanismos estatais, de forma a alcançar a otimização no acesso aos cuidados de saúde necessários com qualidade e eficiência. Cumpre ainda salientar a importância do fator de heterogeneidade dos utentes - os sistemas únicos de saúde abarcam, em regra, cidadãos ricos e pobres, não podendo, de forma alguma, serem sonegados cuidados de saúde à população mais vulnerável economicamente, em razão da ausência de recursos financeiros para aceder aos cuidados de saúde prestados pelos operadores.

Ao construir um mercado da saúde com fenómenos privatizantes amplos, o Governo tem a atribuição constante de controlar o poder dos operadores na prescrição de tratamentos e medicamentos para os seus pacientes e, simultaneamente, na prestação dos serviços que recomendaram. É importante estabelecer os serviços efetivos, baseados em evidência científica, por forma a controlar a ocorrência de procuras desnecessárias ou supérfluas. Portanto, o mercado da saúde não está direcionado só para a satisfação dos interesses dos utentes, importando também alcançar serviços avaliados e úteis, de acordo com as diretrizes de uma entidade reguladora da saúde.

O fenómeno de privatização tem o potencial de melhorar a eficiência no uso dos recursos de assistência à saúde, existindo, porém, o perigo de uma dependência do setor privado culminar na diminuição da equidade no acesso aos cuidados de saúde por parte dos utentes. Daí surge a extrema importância do Governo atuar nas atribuições regulamentares do mercado da saúde. De acordo com a nota técnica da OMS, o Canadá

é exemplo da boa interação do setor privado com a regulação estatal[279]. O risco de implementar um fenómeno privatizante é a ausência do Governo na sua atribuição de regular e monitorizar os serviços de saúde.

2.4.2. Gestão pública da privatização

A gestão pública da privatização é um processo planeado com vista à criação de um ambiente propício aos fenómenos.

Algumas etapas são definidas: investimentos em informação e em sistemas de informação capazes de gerar dados relevantes sobre fluxos e desempenho de recursos nos setores público e privado; fortalecimento da capacidade do setor público para definir padrões de desempenho, monitorizar e fazer cumprir esses padrões; fortalecimento das habilitações de gestão, particularmente as de estabelecer e supervisionar contratos (o desenvolvimento de acordos contratuais pode ser impedido em muitos países onde o financiamento ou a experiência de gestão são limitados.); e estruturas organizacionais flexíveis e solícitas- e a capacidade institucional - para monitorizar e motivar adequadamente o setor privado a alcançar objetivos sociais.

É necessário que existam políticas e estruturas legislativas, explicitando claramente as metas e os objetivos de privatização. O direito administrativo da saúde tem uma enorme importância na gestão do equilíbrio de interação dos setores público e privado, estruturando os seus objetivos políticos e mecanismos reguladores sensíveis e específicos.

[279] . O seguro privado, detido por cerca de dois terços dos canadenses, cobre serviços excluídos no âmbito da cobertura universal de saúde, como a visão e atendimento odontológico, medicação para pacientes ambulatórios, serviços de reabilitação e quartos de hospitais privados. Em 2015, aproximadamente 90% dos prémios de planos de saúde privados foram pagos por empregadores, sindicatos ou outras organizações, sob um contrato de grupo ou contrato sem seguro (pelo qual um patrocinador do plano fornece benefícios a um grupo fora de um contrato de seguro). Em 2017, estima-se que o seguro privado representa 12% do total de gastos com a saúde. A maioria das seguradoras tem fins lucrativos. (Canadian Life and Health Insurance Association Inc, Canadian Life and Health Insurance Facts 2016 Edition)

3. Conceitos de Privatização

De acordo com Paulo Otero, é possível encontrar pelo menos seis conceitos jurídicos, dentro do estudo analítico, para o fenómeno da privatização:[280]

3.1. Privatização da Regulação Administrativa da Sociedade

A Privatização da Regulação Administrativa da Sociedade versa sobre o propósito da *desregulação*, deixando o Estado de intervir sobre a sociedade. A partir desta premissa, a *autorregulação* ocorre através de entidades pertencentes à sociedade civil, construindo normas reguladoras das suas atividades (normas costumeiras).

Trata-se de um fenómeno que atinge a competência regulatória tradicional. Em regra, a regulação está associada às atribuições dos entes federais. A discriminação de competências obedece aos critérios constitucionais, legislativos e administrativos.[281] Então, admitir a *desregulação* económico-social, é perceber dentro do quadro normativo da ordem jurídica nacional a viabilidade de transferir este tipo de atividade administrativa à iniciativa dos entes sociais (privados)[282].

A *desregulação* consiste em retirar a atividade típica de regulação e de fiscalização das mãos do Estado. É retirar a intervenção (direta ou indireta) e condicionada, que também *restringe, normatiza ou incentiva a atividade económica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas*[283].

---

[280]. OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. *In.* Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. Coimbra: Coimbra Edithis tora. 2001. p. 36-43.

[281] . JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 562.

[282] . PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial. Disponível em: estudogeral.sib.uc.pt (PDF). 2002. p. 15.

[283] . MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 228: 13-29, abr./jun. 2002. p. 14.

Autorregulação é uma percepção histórica conceitual estruturalista. Faz oposição aos conceitos de regulação pelo equilíbrio dos fins biológicos ou por sujeição ou submissão a fins mecanicistas. Está ligado aos estudos dos sistemas económicos. A opção contende com a forma de organização do mercado da saúde. Altera as bases epistémicas dos papéis dos três elementos relacionais deste mercado: o regulador; o mecanismo de regulação e a autorregulação.[284]

Este fenómeno privatizante retira a atribuição do Estado como figura formal do regulador. Os instrumentos jurídicos de controle das atividades abusivas das empresas (públicas ou privadas) deixam de ser criados pelo regulador estatal. Os mecanismos de regulação passam a ser desenvolvidos por concepções empíricas do próprio mercado (setor privado), estabelecendo atores capazes de criarem normas costumeiras para autolimitar as forças dos grandes grupos económicos de essência empresarial e do novo setor público empresarial. O desiderato do fenómeno é criar mecanismos de controle dos movimentos de mercado, para que este tenha estabilidade no mercado de saúde.

As certificações voluntárias ambientais são exemplos deste conceito de privatização, tendo sido criadas com o fim de estimular a responsabilidade social entre as empresas. Estão associadas ao conceito de desenvolvimento sustentável, inseridas no contexto económico e ambiental. As entidades certificadoras estão inseridas na sociedade e possuem atribuições de tutela antes designadas pelas entidades estatais. Têm por objetivo padronizar a produção, facilitando o comércio internacional e implementando boas práticas empresariais. A título de exemplo, as *commodities* de exportação são extraídas ou produzidas de acordo com normas exigentes, criadas pelas entidades certificadoras, com o objetivo de exigir das empresas padrões de produções responsáveis.

Uma das entidades certificadoras mais conhecidas no mundo é a FSC (*Forest Stewardship Council*)[285], cujo papel é regulamentar o setor da floresta. A

---

284 . FADUL, Élvia M. Cavalcanti. Agencias reguladoras multisetoriais: desafios organizacionais e dinámicas de poder. VII Congreso Internacional de CLAD sobre la Reforma del Estado y de l Administración Pública, Lisboa, PT, 8 a 11 de oct. 2002. p. 4-6.

285 . FSC. Disponível em: https://ic.fsc.org/em. Acesso em: 12.9.2018.

FSC é uma organização não governamental, que atua de forma independente e sem fins lucrativos. Foi instituída nos anos 80, através de algumas instituições não governamentais, fruto da pressão da sociedade europeia, preocupada com a destruição das florestas tropicais pelo mundo. A FSC é um selo verde reconhecido internacionalmente, presente em mais de 75 países e em todos os continentes.

Na área da saúde, pode citar-se a HIMSS - uma organização global, sem fins lucrativos, focada na melhoria da saúde através de informações e tecnologia. A título de exemplo, a HIMSS tem dois programas de certificação profissional para sistemas de informação e gestão da saúde: o *Certified Associate em Healthcare Information and Management Systems* (CAHIMS) para profissionais novos e o *Certified Professional in Health Information & Management Systems* (CPHIMS) para profissionais experientes em sistemas de informação e gestão de saúde.[286]

3.2. Privatização do Direito Regulador da Administração

A Privatização do Direito Regulador da Administração é uma forma de organização dos serviços administrativos através da *descentralização*. É uma reação de evasão dos dogmas tradicionais de pessoas coletivas de direito público para transformação ou constituição de pessoas coletivas de direito privado. É a forma estrutural das entidades prestadoras dos serviços administrativos que mudam, deixando de ter formas jurídico-públicas para ter caráter jurídico-privado.

É a entrega de certos interesses coletivos a uma espécie de serviço personalizado e autónomo. As atividades de fins económicos, e até sociais, passam a ser geridas de acordo com os procedimentos de uma empresa privada (que não o são). O Estado administra indiretamente, por força das atribuições serem transferidas a pessoas coletivas *sui generis*. Tratam-se de entidades não públicas, mas ainda estatizadas. São mantidas com orçamento público. Para além disso, possuem prerrogativas de autoridade

[286] . HIMSS. Disponível em: https://www.himss.org/. Acesso em: 12.9.2018.

e colaboram com as autoridades públicas, que as vigiam e tutelam para garantir o desempenho do interesse público para o qual foram criadas.[287]

Saliente-se. Estas pessoas coletivas, aparentemente transformadas em entidades de direito privado, são *empresas* de capital essencialmente público, não sendo admitida, sequer, a natureza de economia mista. Por este motivo, o Estado é ainda o detentor da administração. O representante da entidade está subordinado aos interesses das autoridades públicas do Governo.

A intenção inerente a este fenómeno é substituir o sistema burocrático e engessado do regime jurídico administrativo tradicional das formas jurídico-públicas, por forma a alcançar maior flexibilidade e eficiência nas formas jurídico-privadas.

É através da descentralização administrativa que se desenvolve uma transformação nos dogmas tradicionais do Direito Administrativo, adotando técnicas jurídicas do Direito Empresarial de natureza privada. Este fenómeno, no âmbito do direito administrativo, ficou conhecido como *a fuga para o Direito Privado*[288].

Entre os exemplos deste fenómeno privatizante pode citar-se os hospitais públicos portugueses, transformados em Hospitais S.A., através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 15/2002, o Decreto-Lei n.º 207/2004 e o Decreto-Lei n.º 214/2004. A sociedade anónima é um tipo societário empresarial que se caracteriza pela *affectio* de capitais. Porém, a pessoa coletiva continuou *pública*, estatizada e com capital exclusivamente público. A única diferença, em relação à forma jurídica anterior, é a forma jurídico-privada, estabelecida pelos diplomas normativos supracitados. Isto porque os Hospitais S.A. tinham o dever de prestar contas às autoridades públicas e eram subordinados à superintendência do MS. A autoridade da saúde funcionava como acionista representante dos interesses do Estado, mas todos os membros da Assembleia eram regidos e fiscalizados na percepção dos interesses do Governo.

---

[287] . CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Vol. 1. Tomo 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina. 2015. p. 252-254.

[288] . ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da atividade de Direito Privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina. 1996. Cap. II. p. 85-167.

Trata-se apenas de um instrumento jurídico criado para fugir ao sistema administrativo tradicional e para tentar afastar o poder político do comando executivo das tarefas públicas hospitalares. Este aspecto meramente formal de privatização está relacionado com as influências do fenómeno da *empresarialização* dos serviços públicos, permanecendo, substancialmente, da responsabilidade do Estado.

Outro exemplo que cumpre referir foi a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), instituída pela Lei Federal n.º 12.550, de 15.12.2011, consubstanciando a mesma uma pessoa jurídica de direito privado. Contudo, é vinculada ao Ministério da Educação. O capital social da empresa é exclusivamente da União. A intenção da empresa é prestar serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade. Deve também prestar apoio ao ensino e à formação de pessoas no campo da saúde, para as instituições públicas federais de ensino ou instituições congéneres de serviços. Não obstante, a EBSERH no Brasil, no mesmo caminho dos Hospitais S.A. em Portugal, é submetida à fiscalização dos órgãos de controle externo, tais como o Tribunal de Contas da União (TCU) e Controladoria Geral da União (CGU).

É um novo tipo de entidade com natureza jurídica privada e ainda estatizada. Mesmo usando mecanismos de direito privado, configura um ente publicizado. Pode referir-se, *por ex*., o art. 5.º, N.º 3 do Decreto-Lei n.º 322/91, de 26 de Agosto, do ordenamento jurídico português, que tratou dos Estatutos da Misericórdia de Lisboa. O referido diploma autorizava o exercício de atos jurídicos de direito público, tais como a regulação, organização e exploração dos serviços e instituições vinculadas, ou, ainda, a administração do Porto de Lisboa pela Sociedade Parque Expo 98 S.A. instituída com o propósito de mitigação (ou fuga) do estatuto jurídico público tradicional do quadro de pessoal.[289]

3.3. Privatização das Formas Organizativas da Administração

[289] . ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o Direito Privado. Coimbra: Almedina. 1996. p. 70-71.

A Privatização das Formas Organizativas da Administração trata do procedimento de alteração da personalidade jurídica de uma entidade pública de direito público para pessoa jurídica de direito privado.

Este fenómeno de privatização é visto, em Portugal, através das Entidades Administrativas privadas. São *empresas públicas* que estão inseridas no setor empresarial do Estado. A norma reguladora é a Lei do Setor Empresarial do Estado e das Bases Gerais das Empresas Públicas do Estado (LSEE), Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, atualmente revogado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro. Estas entidades administrativas estão na estrutura estatizada do Estado, mas possuem um *status* privado, em razão de estabelecerem uma estrutura de gestão societária empresarial com personalidade jurídica pública.

Existem vários exemplos de práticas deste conceito privatizante em Portugal, seja no Governo ou em âmbito regional e municipal. A revogada LSEE trazia de forma expressa no art. 3.º, N.º 1, a ideia de utilizar os mais variados tipos societários do direito empresarial no âmbito da Administração Pública:

> Artigo 3.º
> Empresas públicas –
> [revogado - Decreto-Lei n.º 133/2013, de 03 de Outubro]
>
> 1 - **Consideram-se empresas públicas as sociedades constituídas nos termos da lei comercial**, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias:
> a) Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto;
> b) Direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização.
>
> 2 - São também empresas públicas as entidades **com natureza empresarial** reguladas no capítulo III.[290] (grifei)

Todavia, a opção sempre foi pela Sociedade Anônima (S.A.). São vários os exemplos a serem referidos, durante o primeiro período de formação do setor público empresarial em Portugal. Concretamente, o ANA, Aeroportos de Portugal, S.A.,

[290] . PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de dezembro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=591&tabela=leis. Acesso em: 20.2.2019.

instituído pelo Decreto-Lei n.º 404/98, de 18 de Dezembro; a Imprensa Nacional-Casa da Moeda, S.A., instituída pelo Decreto-Lei n.º 170/99, de 19 de Maio; e os hospitais com o estatuto S.A., de acordo com a Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro.

Porém, enquanto o anterior regime jurídico do Setor Público Empresarial, delineado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, mostrava-se mais aberto ou amplo, de acordo com os desígnios do direito empresarial de flexibilidade de opções dos tipos societários. O novo regime jurídico do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro, apresenta no art. 5.º, N.º 1, a indicação de um único tipo societário, sociedade de responsabilidade limitada:

> Artigo 5.º
> Empresas públicas
>
> 1 - **São empresas públicas as organizações empresariais constituídas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada nos termos da lei comercial**, nas quais o Estado ou outras entidades públicas possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante, nos termos do presente decreto-lei.
>
> 2 - Consideram-se ainda empresas públicas as entidades com natureza empresarial reguladas no capítulo IV.[291] (grifei)

De início, refere-se a instituição de dois tipos societários: as sociedades por quotas (Ltda.) e as sociedades anônimas (S.A.). Em regra, estas empresas podem ser constituídas através da dinâmica comercial, ou seja, por atos dos constituintes de natureza negocial privada (*affectio societatis*[292]). Não obstante, a prática comum é a instituição das empresas públicas de capital exclusivamente público por meio de Decreto-Lei. Portanto, persistem as características de unipessoalidade, sendo o Estado sócio proprietário exclusivo. Trata-se de uma permanência da atividade no âmbito estatizado, deixando de lado as principais características da privatização: a desestatização e a despublicização.

---

[291] . PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Decreto-Lei nº 133/2013, de 03 de outubro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1992&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=. Acesso em: 20.2.2019.

[292] . A constituição de uma sociedade deve estar expressa pela efetiva e específica vontade de formá-la, que, segundo noticia Carvalho de Medonça, foi cunhada por Ulpiano como *affectio societatis.* Segundo o tratadista, a declaração de vontade dos sócios deve estar voltada para uma cooperação económica ativa na procura do resultado que visam obter, reunindo capitais e colocando-se na mesma situação de igualdade. (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. Vol. 2. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 39.

As figuras jurídicas são nominadas Entidades Públicas Empresariais (E.P.E.), cuja criação se dá por Decreto-Lei. Pode referir-se exemplos como a Cinemateca Portuguesa-Museu do Cinema e o Teatro Nacional de São João (Decreto-Lei nº 208/2012, de 7 de setembro).[293] Na área da saúde, os Hospitais, E.P.E., os Centros Hospitalares, E.P.E., as Unidades Locais de Saúde, E.P.E., entre outros.

No Brasil, o Decreto-Lei n.º 200, de 25 de Fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, prevê no art. 10, §1.º, alínea *a,* a possibilidade de instituição de *empresas públicas* e *sociedades de economia mista*, pois é prática descentralizar dentro dos quadros da Administração Pública Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução.

3.4. Privatização da Gestão ou Exploração de Tarefas Administrativas

A Privatização da Gestão ou Exploração de Tarefas Administrativas é o fenómeno que retira as atividades dos serviços públicos do âmbito estatal, passando para entidades privadas a gestão e a exploração das tarefas públicas. Trata-se de um processo de desestatização, ou seja, a gestão ou exploração de tarefas administrativas deixam de pertencer à estrutura do Estado.

Esta criação formal de pessoa coletiva privada de mão pública pode ser formatada como uma S.A., mas o que importa neste conceito é apenas *a gestão*. É uma mutação instrumental, pois aplica mecanismos de gestão privada em pessoas coletivas públicas.

As Parcerias Público-Privadas (PPP) são instrumentos contratuais que se moldam às intenções deste conceito formal privatizante, já que transferem os riscos financeiros para os gestores privados. Alguns hospitais públicos em Portugal mostram ter

[293] . ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. As novíssimas Empresas Públicas (segundo o DL 133/2013). Luís Pedro Cunha *et all* [orgs.]. Boletim de Ciências Económicas. Homenagem ao Prof. Dr. António José Avelãs Nunes. Volume LVII. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Tomo I. 2014.

adquirido vantagens neste ajuste entre o público e o privado, reduzindo o custo financeiro para o Estado.

3.5. Privatização do Acesso a uma Atividade Económica

A Privatização do Acesso a uma Atividade Económica é a liberalização, através da abertura do setor económico monopolizado pelo Estado, autorizando a inserção da iniciativa económica privada.

Este fenómeno económico privatizante foi introduzido na Europa, através das Diretivas de 1996, 2003 e 2009 da União Europeia (UE)[294]. A iniciativa tem o objetivo de harmonizar procedimentos e práticas comuns entre os países membros do bloco económico. As Diretivas recomendam a separação de atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização, discernindo o que se deve manter como monopólio legal (em estrutura de rede) (natureza de direito administrativo), do que deve ser submetido ao regime de concorrência (direito empresarial). Portanto, não se trata de uma opção do Estado membro, mas antes uma adaptação ao contexto de unificação de mercado da integração económica internacional.

Este é o caso, *por ex*., do setor energético. A imposição da UE fez Portugal privatizar substancialmente o setor. A inserção num mercado único de Energia faz nascer a possibilidade de implementação de um mercado concorrencial empresarial, com o objetivo de autorizar a *livre escolha* do consumo de eletricidade. Contudo, existe a instituição de uma entidade reguladora, para o controle dos entes privados na exploração do mercado.[295]

---

[294] . Diretivas da União Europeia. Disponível em: https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_pt#diretivas. Acesso em: 10.12.2018.

[295] . BAPTISTA, Tiago de Castro. A Liberalização do Mercado Energético em Portugal – Verdadeira Concorrência? Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. José Manuel Nunes Sousa Neves Cruz [orientador]. 2014.

3.6. Privatização do Capital Social de Entidades Públicas Empresariais

A Privatização do Capital Social de Entidades Empresariais Públicas consubstancia a despublicização, abrindo o capital social das empresas estatais com o intuito de captar participantes com capital privado. Em regra, o tipo societário das entidades empresariais públicas é a sociedade anónima (S.A.), mas podem ser quotas societárias, caso tenha outro tipo societário constituído. Contudo, para que ocorra um fenómeno real privatizante, é indispensável a alienação total ou maioritária da participação do Poder Público.

É interessante referir que, as transformações dos hospitais, S.A., em hospitais, E.P.E. podem ter ocorrido, entre outros fatores, pelo receio da ocorrência deste conceito de privatização. A natureza jurídica privada das unidades hospitalares com formato S.A., de capital fechado, necessitava apenas de uma alteração legislativa infraconstitucional para que existisse abertura de capital através da alienação de ações. Tal circunstância ocasionaria um fenómeno de privatização substancial, que poderia colocar em risco o comando do Governo.

É importante referir que, estes conceitos analíticos de privatização não são excludentes entre si. Pelo contrário, fazem parte de um conjunto de percepções doutrinárias, alcançando sentidos para as definições amplas de privatização. É possível perceber que a doutrina se refere à privatização como todo e qualquer tipo de interação de operadores privados no setor público, dando um sentido abrangente ao termo juridicizado.

4. Compreender as dimensões da privatização

Embora o fenómeno de privatização aparente ser algo inovador, este instituto, oriundo das doutrinas económicas e políticas, tem por objetivo salvaguardar os Estados de antigas crises económicas, através de supostos ganhos de eficiência, reduzindo

despesas e fomentando os recursos[296]. Daí surgiram, *por ex*., os movimentos de alienação das empresas estatais, cujas experiências ocorreram em quase toda parte do mundo. Qualquer dimensão de privatização deve ter como premissa a redução considerável ou a eliminação do papel (responsabilidade) do Estado no setor económico ou social a ser privatizado.

É importante ter em consideração conceitos operacionais, por forma a melhor compreender o fenómeno de privatização em todas as suas dimensões.

Em países como Portugal e Brasil, a opção de texto materialmente e formalmente constitucional dá origem às Constituições dirimentes e rígidas[297], delineando objetivos, princípios-regras, direitos e garantias fundamentais. É o início do processo de engessamento do uso das técnicas de privatização, sendo originárias do sistema *common law*, não limitadas ao quadro normativo pré-constituído do *civil law*[298]. A estrutura rígida dos textos constitucionais descreve as atividades de titularidade estatal, as possíveis formas jurídicas admissíveis na máquina estatal, quais são os bens públicos e ainda, os regimes jurídicos aplicáveis ao exercício das tarefas públicas.

Os efeitos do constitucionalismo são tão evidentes nos dias de hoje que qualquer disciplina jurídica deve ser interpretada à luz do texto constitucional, dando origem à reconstrução de bases epistémicas de criação do Direito (administrativo, civil, penal, processual, etc.) através dos movimentos sociais (espaciais e temporais), constituindo, desta forma, um direito casuístico. Esta abordagem leva-nos a conflitos nos ordenamentos jurídicos, pois, antes de falar sobre privatizações, é necessário definir no ordenamento jurídico o que é público, estatal e privado. E claro, como estão dispostos os poderes político e judiciário na redefinição das bases hermenêuticas da sua ordem jurídica[299], influenciados ou não pelos parceiros de integração económica internacional.

---

296 . CHAMBERLIN, John R.; JACKSON, John E. *Privatization as institutional choice*. *Journal of Policy Analysis and Managemen*t. Vol. 6. Nº 4. 1987. p. 586-611.

297 . SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 42-44.

298 . RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 106-131.

299 . CASTRO, Vinícius. Constitucionalismo e Direito à Saúde: o mal-estar do ativismo judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 125-130.

A ocorrência do fenómeno da privatização torna imprescindível uma estrutura preexistente de Estado com atividades de titularidade estatal. Deve existir também o interesse ou a opção política de que estas atividades, ou parte delas, deixem de ser tarefas públicas ou atividades públicas, para se tornarem atividades privadas ou de titularidade privada.

Daí se estabelece a percepção analítica da existência de dois setores distintos: os de titularidade pública e os de titularidade privada. E é no ordenamento constitucional pátrio (ex.: Portugal e Brasil) que se inicia a percepção das titularidades das tarefas e dos bens, pois é através dos textos constitucionais que se esquematizam os propósitos a serem alcançados pela organização do Estado. Tendo em consideração o exposto, os exercícios das atividades económicas ou sociais estão relacionados com a titularidade, mas também com a competência atribuída por um grupo de ocupações materiais e jurídicas, conferidas ao Estado ou à iniciativa privada (empresas, ONGs e cidadãos). O mais importante, nos dias atuais, é o reconhecimento de uma tendência em que pouco importa de quem é a titularidade ou a competência, relevando mais a aptidão da entidade para alcançar as finalidades pretendidas (eficiência, boa administração).

As competências outorgadas para o Estado vão além das políticas, pois o Estado Social deixou marcas constitucionais que extrapolam o papel precípuo de ordenação social e atribuiu a competência de estimular ou de prestar satisfação de necessidades sociais e individuais humanas (transporte, telecomunicações, educação, saúde, entre outras). Ao retroceder nas distribuições de competências (serviço público – Administração Pública), o Estado (Regulador) necessita de se transformar, de forma estrutural e funcional, retirando ou alterando algumas previsões constitucionais para extrair a titularidade da esfera pública e, assim, admitir a competência da iniciativa privada, a fim de remover a responsabilidade da estrutura estatal[300].

Só a partir daí se pode melhor compreender as dimensões de alguns fenómenos privatizantes em países com sistema *civil law*, cujos ordenamentos jurídicos

[300] . AMORIM, João Pacheco de. Algumas possíveis (e desejáveis) alterações à Constituição, quase vinte anos volvidos sobre a última grande revisão constitucional (1997). p. 561-572. *In.* FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo *et all.* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira. Coimbra: Almedina. 2017.

são fortemente fixados nos efeitos constitucionais. Por outras palavras, a compreensão das possibilidades de dimensões das privatizações está limitada às outorgas de competências dos textos constitucionais, fixando as atividades necessárias à coletividade e delimitando se a responsabilidade é do Estado, compartilhada entre este e a iniciativa privada ou se a incumbência é apenas dos privados.

Aplicar algum fenómeno privatizante é, antes de tudo, analisar a sua compatibilidade diante do texto constitucional, analisada a distribuição de responsabilidades. Esta tarefa não é tão fácil como parece. Por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz uma nítida delimitação entre as tarefas públicas e privadas. A titularidade estatal possui duas direções: as vinculadas às atividades políticas que trazem consigo a aptidão de tomada de decisões, tais como o exercício jurisdicional, legislativo e governamental, o poder de polícia e de regulação, a segurança pública, bem como as vinculadas às atividades económicas, como a prestação de serviços públicos económicos e a exploração de atividades económicas *stricto sensu* (art. 173 e 175). A titularidade privada é estabelecida de forma residual, ou seja, são apenas as atividades que não estejam expressamente outorgadas à competência do Estado. Esta relaciona-se com a livre iniciativa económica e com a concorrência de mercado, bem como com a garantia de propriedade privada (art. 170, *caput*, incisos II e III, parágrafo-único). Já a titularidade compartilhada está vinculada às atividades sociais (ex.: saúde, educação), podendo ser divididas em dois grupos: os serviços públicos sociais e os serviços de relevância pública (ex.: saúde, art. 196 e art. 199; a educação, art. 205 e art. 209; a assistência social, art. 204).

Apesar da Constituição da República Portuguesa de 1976 trazer características formais semelhantes à brasileira, tais como unitextual, excessivamente rígida, longa, programática e compromissória, os conceitos operatórios de competência são distintos. A distribuição de competência exclusiva do Governo no que diz respeito à organização e funcionamento (art. 198.º, N.º 2 da CRP) e a *competência-quadro*, *atribuída quanto à definição de bases ou princípios a um órgão e quanto à densificação particularizante a outro*, é uma espécie normativa *sui generis*, uma vez que trata de matérias de natureza jurídico-constitucional (leis orgânicas, de autorização, de bases, estatutárias), possuindo valor reforçado (art. 112.º, N.º 3) e servem de parametrização para outras leis também infraconstitucionais (não materialmente constitucionais).

Talvez seja este o motivo pelo qual Portugal tem reiteradamente experimentado institutos alternativos de dimensionamento da privatização, para fins de fuga aos dogmas tradicionais de legalidade e de burocratização do direito administrativo.

O fenómeno de dimensionamento das privatizações tem a intenção de afastar o Estado das atividades económicas produtivas, retirando tais atribuições da estrutura estatal ou, ainda, retirando a gestão ou a titularidade das tarefas ou dos serviços públicos. Este fenómeno de privatização tem um cunho um tanto ideológico do sistema político, pois parte da premissa que a redução das atribuições do Estado no setor económico e, até mesmo, social de prestação gerará maiores padrões de eficiência em relação aos papéis anteriormente entregues ao Estado, decorrentes dos ideais do Estado de bem-estar social.

Dimensionar privatizações significa alterar reconhecimentos de direitos económicos e sociais como normas de determinação dos objetivos do Estado e, igualmente, em normas de organização do Estado[301], uma vez que as mesmas estão associadas às modificações estruturais de prestação de atividades públicas no âmbito estatal.

Entenda-se como normas de determinação dos objetivos do Estado aquelas que se referem aos limites e aos programas de ação do Estado, em relação aos cidadãos. Tais normas são denominadas de *normas de relação*[302]. Estas normas estão, *por ex.*, vinculadas essencialmente aos desígnios políticos conformadores das opções e das ideologias, que permeiam o ordenamento jurídico da nação. Fazem parte da hermenêutica constitucional da organização económica e social do Estado, delimitando a subordinação do poder económico ao poder político democrático, a coexistência entre os setores público, privado e misto por meio de cooperação (ex.: PPP, concessões,...) e, ainda,

---

301 . As normas constitucionais organizatórias atributivas de competência imporiam ao legislador a realização de certos direitos sociais. Ao impor constitucionalmente a certos órgãos a emanação de medidas tendentes à prossecução do bem-estar do povo, à sua segurança económica e social, abrir-se-ia o caminho para as regulamentações legais dos direitos sociais. CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 16 reimp. Coimbra-PT: Editora Almedina. 1941. p. 475.

302 . São normas programáticas com caráter de normas sociais. São princípios definidores dos fins do Estado. São normas de conteúdo político, pois retratam o fundamento das prestações sociais. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 244.

definem a viabilidade de estrutura de Estado através de níveis de desconcentração e de descentralização.

A aplicação direta das normas constitucionais organizatórias parte da construção, coordenada e separada, dos órgãos constitucionais através da separação dos poderes e das soberanias. Para além disso, cabe ao poder legislativo disciplinar o regime jurídico dos órgãos ou das entidades jurídicas constituídas. A eficácia diferida das normas constitucionais organizatórias, através da sua concretização levada a cabo pelas normas infraconstitucionais, não retira a natureza material do conteúdo constitucional das mesmas[303]. Paralelamente às normas de organização existem as *normas de competências constitucionais,* que definem os exercícios das competências constitucionais dos órgãos, servindo de definição para a concretização da estrutura estatal.[304]

As *normas de organização do Estado* estão interligadas a dois tipos de normas. As que definem a estrutura da espécie de organização, o objeto ou atividade desempenhada, *por ex.*, o Decreto-Lei n.º 18/2017, que prevê as especificações das Entidades Públicas Empresariais, E.P.E., pessoas coletivas de direito público de natureza empresarial, dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, integrantes do Serviço Nacional de Saúde de Portugal; e as que estabelecem as condições da atividade da organização, *por ex.*, o art. 57.º, N.º 1 da Lei-Quadro das Fundações, que proíbe a criação de fundações públicas de direito privado.[305]

Privatizar é remodelar as bases epistémicas do Estado Social (Providência ou Administrativo), onde o poder público absorveu a titularidade das atividades de prestação, seja de bens ou de serviços, com intuito de promover o bem-estar da população.

Assimilar as dimensões da privatização de estruturas estatais é alterar os conceitos administrativos de uma infraestrutura hermenêutica do século XX,

---

303 . MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Vol. 2. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra. p. 527.

304. CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 16 reimp. Coimbra-PT: Editora Almedina. 1941. p. 1179.

305 . COUTINHO, Juliana Ferraz. O público e o privado na organização administrativa: da relevância do sujeito à especialidade da função. Coimbra: Almedina. 2017. p. 110.

fugindo das ideias de *grandes sistemas de serviços públicos*[306], tais como os setores de telecomunicações com seus serviços postais, telefónicos e de radiodifusão; de transportes públicos; de energia, com os seus serviços de fornecimento de eletricidade, de gás e de combustíveis. Tais atividades económicas o Estado Social absorveu e incorporou, adotando um regime de monopólio legal. Esta característica estende-se aos serviços públicos de caráter social, tais como a educação, a saúde e as ações sociais (providência social, políticas públicas).

Entender o fenómeno das privatizações é conceber que a globalização e a integração económica internacional influenciaram direta ou indiretamente os países em relação à organização dos serviços públicos tradicionais, para a conjuntura e a estrutura de mercado interno ou público dos serviços. Por outro lado, não é possível manter atividades de interesse económico geral com os operadores privados, deixando a responsabilidade pela execução dos serviços nas mãos do poder público. O mesmo serve para os serviços de interesse geral não económicos. Mesmo existindo alterações da natureza jurídica de pública para privada, o poder público é responsável pela prestação dos serviços e, assim, o Estado é frontalmente incumbido pelos resultados.

É importante distinguir que, as transformações com dimensionamentos das privatizações não afetam diretamente os direitos económicos ou sociais. Antes disso, existe uma remodelação para salvaguardá-los num momento de crise económica mundial. Cabe às normas de determinação das intenções de tutela jurisdicional do Estado assumirem características mais extensivas, abdicando da criação de regras jurídicas de ordenação de tarefas públicas dentro da estrutura estatal. Deixar de instituir verdadeiros direitos sociais como *normas de organização*. Enfim, é um processo que altera a própria opção constituinte de tutelar de modo dirimente dos direitos económicos e sociais como *normas de organização estatal*, tornando atividades flexíveis a serem executadas tanto por entidades públicas quanto por entidades privadas.[307]

---

306 . Exemplos: Em Portugal, o Serviço Nacional de Saúde (SNS). No Brasil, o Sistema Único de Saúde (SUS). Na Inglaterra, *National Health Service* (NHS). Etc.

307 . BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise. Coimbra: Almedina. 2015. p. 138-139.

Dimensões da Privatização são as várias formas de transferência dos bens ou das atividades da titularidade estatal para o âmbito privado. Trata-se de um conjunto de fenómenos privatizantes que visam em maior ou menor grau a *despublicização* e a *desestatização*. As várias facetas das privatizações estão relacionadas com os aspectos de alienação dos bens públicos e das atividades da administração pública.

Na sua essência pura, privatização é um fenômeno substancial. É o efeito de transferir totalmente a titularidade do bem ou da atividade pública para entidades privadas. A doutrina denomina de *privatização substancial* ou *própria*. No entanto, foram criadas outras dimensões da privatização, onde as atividades continuam públicas (*publicizadas*), mas com a atuação de entidades privadas, denominada doutrinariamente *privatização formal* ou *imprópria*.

A *despublicização* está relacionada com a *total desestatização*. Ocorre apenas na *privatização substancial.* Enquanto continuar com as entidades do Estado a titularidade dos bens e das atividades, ter-se-á *publicização* com *parcial desestatização,* em razão de um modelo de organização ou de gestão.

Não compreende melhor técnica jurídica denominar privatização (*lato sensu*) qualquer movimento de adoção de instrumentos de direito privado para bens ou tarefas públicas. Não obstante, a doutrina admite a *privatização formal*, que não chega a ser uma reestruturação organizacional propriamente dita, pelo facto de persistir a titularidade pública (estatal), só que o serviço é prestado por um privado.

A *privatização formal* é a empresarialização, atuando na atividade ou no bem dentro da estrutura estatal. Neste sentido, não caracteriza uma real privatização, pois não ocorre a *despublicização*. O que ocorre na *privatização formal* é o particular a agir num ambiente estatizante (num sistema público). Isto é, se tem uma estrutura que preconiza o controle estatal sobre os agentes económicos e sociais, sendo que, em relação a estes, que possuem características *sui generis,* a sua essencial característica é a autonomia de gestão e de execução financeira dos recursos. No exercício da tarefa pública, os entes privados estão submetidos aos controles internos e externos como se de entidades públicas se tratasse.

O setor hospitalar em Portugal é um exemplo da complexidade dos institutos jurídicos de *privatização imprópria*. A transformação dos Hospitais S.A. em Hospitais, E.P.E., revela que a *empresarialização* através da forma jurídico-privada acabou por ser abandonada pelo sistema político, diante da perda do seu poder de interferência nas estratégias de execução dos serviços e, assim, reestruturou a evolução para a forma jurídico-pública. Então, enquanto entidades públicas, os hospitais, E.P.E. estão submetidos à superintendência e à tutela do poder político representante do Governo, através dos Ministros da Saúde e das Finanças (art. 6º-A, 1 e 2, Decreto-Lei nº 233 de 28.12.2005). Existiu o medo de *perder o controle* da tarefa pública com um próximo passo de *liberalização*[308] do setor público hospitalar, dando a real independência às entidades de forma jurídica-privada através do exercício de autonomia da vontade na construção dos seus estatutos.

Pouco importa alterar a forma do ente administrativo, criando *entidades administrativas privadas* com aparente característica de transferência da atividade pública, quando, na verdade, a técnica jurídica é uma mera alteração organizacional de uma estrutura orgânica do modelo não estatal, mas *publicizada*, cujo capital da entidade é exclusivo ou maioritariamente público. Assim, não se pode afirmar, *por ex.*, que os hospitais S.A., em Portugal, consubstanciaram um fenómeno de privatização propriamente dita. Em boa verdade, estes foram apenas uma adaptação de um tipo societário de direito empresarial para o direito público, desprezando as principais características da personalidade jurídica deste tipo societário (estatuto social plurilateral, liberdade de contratar e autonomia da vontade[309]).

Alterar as entidades administrativas públicas, de forma instrumental, apenas adapta o modo de gestão. Todavia, a *publicização* persiste num novo setor ainda

---

308 . A Liberalização é a abertura efetiva à iniciativa privada do setor económico, reservado pelo Estado Providência à iniciativa pública (estatal) de forma exclusiva. Este fenómeno de privatização está inserido na proposta de *despublicização*, passando a ser acessível ao setor privado pela livre iniciativa. Desloca a titularidade pública para âmbito de titularidade privada. É a abertura à livre iniciativa privada do setor económico antes resguardado pela titularidade estatal. A partir da liberalização, não é necessário habilitação através de atos administrativos de licenciamento ou autorização do Estado, podendo a entidade particular ingressar e concorrer no mercado. Parte da doutrina já admite este fenómeno para os serviços de interesse geral não económicos (serviços públicos de caráter social), tais como a saúde e a educação.

309 . FAZZIO JR., Waldo. Manual de Direito Comercial. 15ª ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 111-113.

estatizado, como é o caso do Setor Público Empresarial do SNS em Portugal[310]. A continuidade da titularidade estatal da atividade ou do bem retira a essência do fenómeno de privatização, que se consubstancia no afastamento da *publicatio*.

Querer compreender as várias facetas das privatizações é aceitar que os fenómenos se dão em virtude das necessidades (crises) económicas concretas. Não se trata de criações normativas abstratas, mas antes de construções empíricas que se revelam úteis diante das dinâmicas económicas e sociais das nações. As conceções jurídicas (teorias, conceitos ou princípios) sobre o fenómeno privatizante devem atender à base epistémica da realidade do que se pretende com uma privatização.

E o que se pretende com a privatização? Esta resposta vai direcionar o papel de concretização do instituto jurídico (personificante ou não) a ser consolidado, podendo atingir a conveniência de uma desregulação; descentralização; terceirização; despublicização; desestatização; entre outras realidades.

Ao tratar doutrinariamente da privatização no âmbito da saúde, a OMS estabeleceu na sua nota técnica em 1995, de natureza costumeira, a adoção do fenómeno de forma ampla[311], ou seja, admitindo integralmente qualquer modalidade que estabeleça a fuga ao direito privado, que transfira funções ou atividades públicas ao setor privado e que crie um mercado público ou interno com entidades formatadas como sociedades mercantis.[312] Dentro deste carácter irrestrito de catalogação de fenómenos de privatização, as reformas administrativas que importem a transferência ou a mudança de regime jurídico, de personalidade jurídica, de tarefa ou atividade, com ou sem transferência, podem ser definidas como fugas da percepção tradicional da organização da administração pública[313].

---

310 . PORTUGAL. Entidades de Saúde. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/institucional/entidades-de-saude/. Acesso em: 13.11.2017.

311 . MUSCHELL, Jeff. Privatization in Health. Health Economics. Technical Briefing Note. Division os Strengthening of Health Services. World Health Organization. June 1995.

312 . MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián Baquer. *Sentido y formas de la privatización de la administración pública*. *In* Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública. N.º 39. 2000. p. 13-24.

313 . A expressão *administração pública* está em minúsculo, referindo-se ao exercício da atividade administrativa. ROSA, Márcio Fernando Elias. Direito Administrativo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 24.

4.1. Desregulação

Este fenómeno é entendido como uma ruptura das regras do monopólio estatal de certas atividades como, *por ex*., do setor de energia elétrica em Portugal[314], revogando normas infraconstitucionais de cláusula de impedimento ou quase impedimento do acesso à exploração pela iniciativa privada. O fenómeno consubstancia uma transferência da atividade económica ou social ao setor privado. A consequência deste fenómeno é criação mais intensa de normas que limitam e disciplinam os poderes da Administração Pública sobre os direitos, regulando a prática de atos ou a abstenção de determinados factos, em virtude do interesse público que se justifica por questões de segurança, de controle sanitário, de ordem pública, entre outros motivos.[315] Tais regras jurídicas têm a atribuição de disciplinar o mercado (ex.: energia, transportes, telecomunicações, educação, saúde,...), sendo utilizados mecanismos de direito administrativo tradicional do tipo concessão ou autorização do poder público para o exercício da atividade.[316]

A liberdade de execução da atividade através do fim das restrições do monopólio estatal gera a necessidade da autoridade administrativa intervir no controle ou monitorização do exercício das atividades, uma vez que as mesmas são suscetíveis de expor ao risco os interesses gerais económicos e/ou sociais (*daseinsvorsorge*). Deste modo, o Estado intervém no objetivo de evitar a produção de tais riscos (caráter preventivo) e, quando estes efetivamente ocorrem, aplica sanções administrativas (caráter repressivo).[317]

---

314 . Privatização da EDP. A EDP acompanha a história de um país, democratizando a energia e levando a todos a força fundamental para alimentar os sonhos de famílias e empresas. Ultrapassando fronteiras e unindo pessoas. A EDP é uma empresa totalmente privatizada desde 14 de fevereiro de 2013. Disponível em: https://www.edp.com/pt-pt/historias/privatizacao-da-edp. Acesso em: 9.1.2018.

315 . BRITO, Miguel Nogueira de. Direito Administrativo de Polícia. *In* Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. 1. Paulo Otero e Pedro Gonçalves (Coord.). Coimbra: Almedina. 2017. p. 281-356.

316 . CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 73.

317 . CAETANO, Marcello. Princípios fundamentais de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense. 1977. p. 339.

Desta forma, a desregulação origina a admissão dos operadores privados (*for-profit* ou *not-for-profit*) no exercício de atividades públicas que antes tinham uma natureza exclusivamente estatizada.

4.2. Descentralização

A criação da pessoa jurídica de direito privado é instituída por iniciativa do próprio Estado, cujo objetivo é executar a atividade pública com abrigo total ou parcial do direito privado. No caso dos serviços públicos da saúde, os hospitais S.A. em Portugal foram um exemplo da opção temporária do poder público de atuação com entidade de regime jurídico-privado, dentro da titularidade estatal[318]. Trata-se, então, da conhecida *fuga para o direito privado*, pois, fazendo um movimento de reforma administrativa para fora do eixo da Administração Pública direta, a política legislativa do país opta por constituir entidades personificadas com regime jurídico de direito privado, ao invés de compor a Administração Pública com entidades personificadas com regime jurídico de direito público[319].

Por conseguinte, não se está a tratar da descentralização tradicional de direito administrativo clássico, mas antes de um fenómeno de privatização amplo, que, apesar de não existir a transferência da titularidade da tarefa pública para o setor privado, o Estado utiliza instrumentos jurídicos de direito privado com a intenção de mitigar a rigidez burocrática do regime jurídico de direito público. Daí a conceção de Maria João Estorninho de que os fins do Estado Social, em que se insere a prestação dos cuidados de saúde, serão exercidos numa forma de organização e atuação jurídico-privada, através da captação dos fornecedores dos serviços por meio de contratos.[320] Tal factualidade leva à

---

318 . Não eram insignificantes as diferenças existentes entre o regime dos hospitais S.A. (empresarialização sob a forma jurídico-privada) e o dos hospitais, E.P.E., (empresarialização sob a forma jurídico-público). Para além da diferente composição orgânica – no hospital S.A. estava prevista a existência de uma Assembleia-Geral, na qual, todavia, só tinha assento um representante do Estado –, são ainda de registrar diferenças quanto à extensão dos poderes à disposição do Ministros da Saúde e das Finanças na sua relação com os hospitais. (ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. Direito da Saúde. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2014. p. 126)

319 . O princípio da liberdade de escolha das formas jurídico-privadas. ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado. Coimbra: Almedina. 1996. p. 189-222.

320 . ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado. Coimbra: Almedina. 1996. p. 354.

conclusão de que, a descentralização está inserida na reestruturação dos operadores públicos, transformando-os nas suas estruturas como personalidades jurídicas autónomas ainda públicas, mas de regime jurídico-privado (ex.: sociedades – Ltda., S.A.; fundações; associações), por forma a concorrerem no mercado interno da saúde, com os operadores privados, na captação dos contratos de prestação de serviços.

4.3. Terceirização

É a contratação de operadores privados para executarem serviços complementares ou suplementares de interesse da Administração Pública. São serviços materialmente operacionalizados pela iniciativa privada embora sejam essencialmente públicos, não havendo transferência da titularidade da tarefa do setor público. Exemplo deste fenómeno é a triagem em aeroportos para a deteção de objetos ilícitos ou proibidos transportados pelos passageiros, executada pela empresa privada concessionária do aeroporto, embora o poder de fiscalização pertença ao poder público. Deste modo, o Estado adquire os serviços que servem de ferramentas necessárias para alcançar a finalidade a que se propõe.

A descentralização para um operador privado está relacionada com a opção da Administração Pública transferir a execução da atividade ou do serviço público que lhe é outorgado pela ordem jurídica, usando um fornecedor privado. Note-se que, estes operadores privados podem ser instituídos pelos particulares, através de sociedades civis ou empresariais, mas também pelo poder público, através de empresas públicas ou sociedades de economia mista. A diferença é que os operadores criados por iniciativa privada alcançam estes serviços através de permissões ou de concessões de serviços públicos, enquanto os criados por iniciativa pública alcançam por intermédio de delegação.[321] No caso da terceirização tida como fenómeno privatizante amplo, é a descentralização para uma pessoa privada.

[321] . GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 419-420.

Algumas unidades hospitalares, E.P.E. ou S.P.A, contratualizam com laboratórios privados a prestação de serviços, como ex., o Hospital de José Luciano de Castro, S.P.A., adquiriu serviços de meios complementares de diagnóstico e terapêutica no âmbito de patologia clinica com Mário Alvim de Castro, Lda., um Laboratório de Análises Clínicas, por meio de contrato público de aquisição n.º 85100000-0 nos moldes do art. 20.º, N.º 1, alínea *a* do Código dos Contratos Públicos Português. Outro exemplo é a contratação de aquisição de serviços de Laboratório de análises clínicas para exames de saúde de medicina do trabalho entre a Empresa Portuguesa das Águas Livres, S. A., (EPAL, S.A.), com o Laboratório Dr. David Santos Pinto e Dr. Fernando Teixeira, S.A.. Por ausência de recursos próprios, a EPAL S.A. optou por contratar um operador privado para os fins dos serviços de análises clínicas, nos termos do contrato n.º 85148000-8.[322]

Portanto, a terceirização é uma nova forma de prestação dos serviços públicos, que funciona através dos operadores privados. Contudo, não se trata de um procedimento de desestatização efetivo, pois não retira a entidade estatal da atividade em si considerada, e nem se reconhece a conversão desta atividade ao setor privado.

4.4. Despublicização

A despublicização implica um movimento substancial de transferência da titularidade de atividades ou de bens do Estado para a iniciativa privada. Aqui estamos perante o fenómeno puro da privatização, já que ocorre a saída por completo da iniciativa pública através de condutas de liberalização de atividades ou de alienação de bens, incluindo a venda das ações ou cotas sociais das sociedades empresariais mistas. É o fim da *publicatio* da esfera pública de titularidade da atividade ou do bem, eximindo-se de responsabilidade e entregando à esfera privada a responsabilidade pela prossecução da atividade ou da conservação do bem.

322 . Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção. Base: contratos públicos online. Disponível em: http://www.base.gov.pt/base2. Acesso em: 30.12.2019.

Diferente do que ocorre com as formas de privatização imprópria, a despublicização é mais que a transferência temporária da execução de serviços (por exemplo, serviços de análises clínicas laboratoriais através de *contracting out*) ou da exploração de bens (por exemplo, hospitais públicos em regime de PPP). O efeito jurídico da despublicização é transferência efetiva da titularidade dos serviços ou dos bens, saindo da esfera pública para esfera privada. É a devolução da atividade à sociedade civil, com o objetivo de desonerar o poder público das atribuições. Exemplo, extraído da doutrina de Pedro Gonçalves, são os Tribunais Arbitrais em Portugal, que possuem jurisdição privada e consensual, autorizados constitucionalmente através da autonomia privada e da liberdade contratual.[323]

4.5. Associação

Se o Estado, nas sociedades de economia mista, funciona como acionista maioritário da empresa pública, na Associação é o contrário. O Estado participa como acionista minoritário da empresa ou do consórcio público de natureza privada. É a privatização da gestão de atividades económicas e, até mesmo, cabível para as atividades sociais.

Este mecanismo jurídico de fins empresariais é comumente utilizado no mercado privado. Em regra, são adquiridas participações entre empresas, que, no âmbito de direito societário são denominadas *sociedades coligadas*, possuindo três subespécies. A primeira subespécie é *controlada* por controle direto ou indireto. Quando o controle é direto, o capital pertence a outra sociedade, que tem a maioria dos votos nas deliberações dos cotistas ou da assembleia geral. Assim, possui poder para eleger a maioria dos administradores. Quando o controle é indireto, existe uma espécie de sucessões de sociedades - umas controlam as outras, possuindo a maioria dos votos da sociedade em razão de, em regra, possuir elevado poder económico, tendo a capacidade de escolha dos administradores. A segunda subespécie é *filiada*, a sociedade tem na

323 . GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina. 2008. p. 564-566.

composição do seu capital cerca de dez por cento ou mais de propriedade de uma outra sociedade, que não a controla. A terceira subespécie é *de simples participação*, a sociedade tem na composição do seu capital menos de dez por cento de propriedade de outra sociedade com direito a voto.[324]

A opção do Governo na procura deste tipo de fenómeno privatizante justifica-se pela opção de aproveitamento da especialização dos operadores privados, evitando a burocracia das regras de direito administrativo impeditivas de movimentos rápidos de mudanças de decisões que são necessárias em setores específicos de atuação (ex.: mercado de valores, saúde, etc.) Então, ao invés de criar uma outra empresa estatal, o legislador infraconstitucional veio prever a possibilidade de associação com operadores privados.[325]

A Associação é visualizada tradicionalmente em três formas jurídicas, a saber, as empresas público-privadas (empresas *semiestatais*); consórcios público-privados e associações público-privadas. Qualquer destas espécies possuem regime jurídico de direito privado. Nas empresas *semiestatais,* ocorre um dos fenómenos mais interessantes no que concerne ao procedimento de desestatização, a possibilidade de abertura de capital, somada a livre negociação das ações no mercado de ações, e, consequente autorização de venda das ações, admite que o poder público aliene a sua participação, retirando-se da sociedade. Os consórcios público-privados servem, em regra, para gerir alguma atividade pública. As associações público-privadas têm o carácter de intervenção do poder público no incentivo de inovações tecnológicas, estando em crescimento no Brasil, por força da Lei Federal n.º 13973/2016.

Em Portugal, desconhece-se o uso deste tipo de privatização. A Associação é um fenómeno de privatização que só ocorre quando existe autorização de livre exploração da atividade pelo setor privado. Por esse motivo, no que diz respeito aos serviços públicos de saúde em Portugal, com o advento da nova Lei de Base da Saúde (Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro), tal solução é impossível de ser implementada.

---

324 . NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa. Vol. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 284-285.

325 . MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. Teoria Jurídica da Privatização. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017. p. 157.

4.6. Desestatização

Como já referimos anteriormente, a expressão estatal dá sentido a toda atividade desempenhada através de estruturas jurídicas pertencentes ao Estado, incluindo a Administração Pública direta e indireta. Isto não significa que toda atividade desempenhada por estas entidades, personificadas ou não, são essencialmente públicas. A Caixa *Leasing* e *Factoring* - Instituição Financeira de Crédito, S.A., por ex., é uma empresa pública do setor empresarial do Estado português, que atua no mercado de valor em concorrência com as outras entidades privadas. Apesar de ser estatal, desempenha uma atividade no mercado bancário como se se tratasse de uma entidade privada, não executando uma tarefa de fins típicos do Estado. Portanto, pode encontrar-se uma nova definição funcional para a atividade pública - nem toda a atividade estatal é essencialmente pública, é preciso que a atividade seja executada com vista à realização dos fins do Estado, nos termos da constituição.

Dito isto, podemos definir a desestatização como a retirada da execução ou da gestão das atividades prestadas anteriormente pelas entidades pertencentes à estrutura da Administração Pública. Mesmo que os bens ou os serviços permaneçam na titularidade do Estado, conserva-se a obrigação do poder público garantir a continuidade dos serviços. Dessa forma, o prestador ou operador dos serviços passa a ser entidade do setor privado. O poder público reformula as suas atribuições, garantindo a continuidade dos serviços através da monitorização e regulação das atividades desempenhadas pelos operadores privados.

A gestão das unidades hospitalares públicas em Portugal, em parceria público-privada (PPP), é um exemplo de desestatização das atividades médicas de média e alta complexidade. Num aspeto amplo, a desestatização pode confundir-se com a terceirização. Se se entender que toda a transferência de tarefas do Estado para os particulares é uma transferência da atividade dos serviços, estaremos a compreender a

terceirização como um fenómeno privatizante e a desestatização como um efeito.[326] Contudo, a terceirização diferencia-se da desestatização em virtude daquela tratar da contratação de operadores privados para a consecução de atividades acessórias ou contingentes com o objetivo de alcançar os fins principais das atividades estatais. Isto significa que, a terceirização é, por ex., um *contract out* feito por uma unidade hospitalar, E.P.E. ou S.P.A, com um laboratório privado de análises clínicas para a realização de diagnósticos clínicos anatomopatológicos, que servirão de pré-requisito para tratamentos oncológicos ou, ainda, o *contract out* entre a unidade hospitalar e uma empresa privada prestadora de serviços de limpeza. A desestatização ocorre quando a unidade hospitalar passa a ser gerida na sua totalidade por uma entidade privada em regime de PPP. É o caso, por ex., do contrato de PPP em gestão e financiamentos privados entre o Hospital Vila Franca de Xira e o Grupo José de Mello Saúde, através do Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto.

Além dos contratos de PPP, são referências dos fenómenos jurídicos de desestatização as concessões e as permissões de serviços públicos.

Importa salientar que, de acordo com a imposição constitucional, determinadas atividades/serviços públicos são obrigações do Estado. É o caso da saúde, serviço público de caráter social, de acordo com o art. 64.º, N.º 2, alínea *a* da CRP, que impõe o ónus ao Estado de garantir os cuidados de saúde através do SNS. Assim, o caráter social é duplo na saúde, pois, ao mesmo tempo que é um serviço público, não se trata de um serviço público exclusivamente estatal, mantendo relevância pública mesmo que seja prestado por operadores privados. Desta forma, os serviços prestados pelas entidades estatais são considerados fidedignos serviços públicos e submetidos ao regime jurídico tradicional de direito público, mas tal não significa que a exploração dos serviços de saúde por operadores privados no carácter de livre iniciativa e no regime jurídico de direito privado não se submetam à regulação intensa do Estado, por forma a proteger a relevância pública. A necessidade constitucional de formação do SNS não impõe ao legislador

[326] . MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 34ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 228.

infraconstitucional a obrigatoriedade de instituir um sistema único de saúde composto exclusivamente por entidades estatais[327].

Uma proposta de desestatização da saúde, na perspectiva de garantir a prestação dos serviços sociais de saúde, ocasiona uma alteração na esfera da atividade, pois elimina a incidência do regime jurídico de serviços públicos estatais e se passa ao regime jurídico de relevância pública dos operadores privados sob a regulação e o monitorização do Estado. Importa ressaltar que, a relevância pública da saúde, em virtude do seu caráter social, justifica a incidência de regras de direito privado e de direito público, compondo uma interação de imposições jurídicas que praticamente consubstanciam um regime jurídico misto do sistema único de saúde. Portanto, a desestatização do serviço público de saúde consiste apenas em retirar as atividades das mãos do estado e, consequentemente, a entrega aos operadores privados, fugindo do regime jurídico de direito público no que concerne à operacionalidade dos serviços, mantendo a incidência do direito público no que diz respeito à regulação e à fiscalização.

4.7. Estrutura Integrada

É uma estrutura de integração entre o público e o privado através da contratação para fins específicos. A Administração Pública contrata projetos de operadores privados experientes em assuntos técnicos relacionados com a infraestrutura de interesse público. Ao invés de contratar o operador privado para executar o projeto, a Administração Pública contrata o projeto em si, considerando a sua elevada qualidade técnica e atendendo às necessidades públicas para a solução do problema estrutural em questão. No Brasil, pode indicar-se como exemplo o procedimento de manifestação de interesse social, PMIS, instituído pelo artigo 21 da Lei Federal n.º 13019/2014.

327 . MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Comentada. Tomo I. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1319-1320.

SISTEMATIZAÇÃO DA PRIVATIZAÇÃO

● Desregulação	
● Descentralização	
● Terceirização	
● **Despublicização**	● Liberalização do setor económico ● Alienação de bens públicos ● Alienação de participação societária
● Associação	
● **Desestatização**	● Concessão de serviços públicos e obras públicas ● Parcerias Público-Privadas (PPPs) ● Parcerias com o Terceiro Setor ● Outorgas de uso de bens públicos ● Autorizações regulatórias ● Arrendamento portuário, franquia postal, contratos no setor de petróleo e gás
● Estrutura Integrada	

FONTE: Mânica, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. Teoria Jurídica da Privatização. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017. p. 110 (adaptado)

5. Formas de Privatização

O esboço das privatizações está intimamente relacionado à sua compreensão enquanto fenómeno jurídico. Quanto mais amplo e genérico for o fenómeno, menor será o objetivo de *despublicização* da estrutura organizativa; quanto mais restrito e específico for o fenómeno, maior será a intenção de pôr fim à *publicatio*. A doutrina administrativista adotou maioritariamente duas espécies de fenómenos privatizantes, a saber, a privatização *stricto sensu* ou propriamente dita, no seu caráter substancial e a privatização imprópria, na sua índole meramente formal, que trata institutos de direito privado adaptando-os ao regime jurídico de direito público, por forma a flexibilizar as normas de organização e de gestão estatais.

A personalidade jurídica pública ou privada deixou de ser paradigma para se estabelecer o suporte justificador da incidência das regras jurídicas da organização administrativa. A caracterização da função administrativa passou a ser o ponto de partida para a obediência às normas públicas, pois a racionalidade jurídica encontra-se na observação das funções desempenhadas no ordenamento jurídico.

Criou-se, assim, uma nova hermenêutica administrativa baseada na função prática que visa atingir concepções formais e sistémicas estruturantes da organização da Administração Pública atual. Existe uma espécie de tentativa de criar dinâmicas práticas de *fuga ao princípio da legalidade*, com o objetivo de se expandir as perspectivas da administração.

Além das importantes influências das normas constitucionais e das regras de aderência internacional, os Estados deparam-se com o crescimento de diretrizes costumeiras (com efeitos coercivos [ex.: embargos económicos]) nas áreas económicas e sociais das políticas de estratégia que visam a abertura para a iniciativa privada. As novas políticas públicas são transnacionais. A legalidade nacionalizada *caiu por terra*. As áreas económicas de interesse geral (serviços públicos económicos) já sentem os efeitos da criação de regulamentação independente através das autoridades reguladoras. Estas entidades possuem autoridade coerciva de abrangências espaciais variáveis (nacional, bloco económico, internacional). A redução dos instrumentos de controle prévio das atividades privadas através de mecanismos clássicos, tais como o licenciamento ou as autorizações a título precário, são acontecimentos que instigam a construção de instrumentos de liberalização.

A flexibilização da legalidade *stricto sensu* deve ser aceite pela nova exegese do Direito Administrativo, por forma a compreender que as formas de privatização constituídas pela gestão pública estão ligadas à propagação de uma nova característica de atuação despretensiosa (que não aparece com uma forma definida) da Administração Pública, mitigadora da *procedimentalização* administrativa. É o que se vivencia no caso das concessões por ato administrativo ou por contratos administrativos, consubstanciando a margem de liberdade de negociação administrativa. A mistura da obediência aos procedimentos burocráticos administrativos com as caraterísticas de ajustes semelhantes aos negócios mercantis descaracteriza, de certa forma, o direito administrativo clássico.

Este novo espírito desestabiliza as características tradicionais de interpretação das normas de direito administrativo (público), aproximando-a dos traços peculiares do direito privado empresarial do cosmopolitismo, individualismo,

onerosidade, informalismo, fragmentariedade e solidariedade presumida[328]. O Estado é obrigado a interagir no mercado com operadores privados, encarando a sua posição de empreendedor nas relações jurídicas de interação no mercado.

Estas mudanças, atualmente, afetam também os serviços de interesse geral não económicos (serviços públicos de caráter social).

As formas de privatização estão relacionadas com as várias criações jurídicas de adaptação aos movimentos globais. Para fins didáticos, é possível distinguir, pelo menos, quatro categorias vitais das diversas espécies de dimensões das privatizações:

5.1. Privatização Patrimonial

Ocorre quando existe a alienação do património público (dos bens públicos). Pode tratar-se de ações ou participações societárias ou bens imóveis.

5.2. Privatização Material ou Substancial de Atividades

Neste caso, a tarefa pública deixa de ser atribuição dos serviços públicos, passando a ser substancialmente privada. É, em boa verdade, a desestatização - retirada de atribuições estatais na prossecução dos serviços públicos no regime jurídico de direito público, passando para iniciativa privada a execução dos serviços no regime jurídico de direito privado, no que se refere à operacionalização do mercado, sob regulação e monitorização de direito público.

Está relacionada com as prestações dos serviços económicos de interesse geral (ex.: telecomunicações, transporte), mas também é possível vislumbrar

328 . REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 25ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 31.

este efeito nos serviços de interesse geral de caráter social, não económico (ex. educação, saúde).

5.3. Privatização Instrumental ou Formal das Atividades

A tarefa pública continua essencialmente pública, sendo gerida por entidades públicas como privadas ou por entidades públicas de acordo com um regime jurídico privado. Trata-se de uma transformação instrumental, adaptando a pessoa coletiva pública, com características empresariais, sem perder a forma jurídico-pública. Exemplo deste tipo de privatização é o caso das unidades hospitalares, E.P.E., entidades públicas empresariais.

O outro tipo ocorre pela mudança na forma de organização, ou seja, as entidades públicas antes essencialmente *pessoas coletivas públicas* passam a ter natureza jurídica privada, denominadas de *entidades administrativas privadas*. A transformação altera a forma da entidade, passando de uma forma jurídico-pública para uma forma jurídico-privada. É o caso, por exemplo, dos hospitais S.A. com capital fechado e cem por cento público.

Em qualquer caso, com uma forma ou com outra, as empresas com regime jurídico público ou privado são classificadas como estatais. Estas configurações de privatizações ganharam denominação na doutrina portuguesa de *empresarialização* do setor público, passando a admitir um mercado concorrente público ou interno, mas ainda fechado na área pública.

De acordo com as regras de necessidade ou de conveniência (discricionariedade administrativa), para atingir os fins públicos (interesse público), é admitido o uso de institutos de direito privado por entidades públicas. Não obstante, esta utilização está condicionada aos limites impostos por Lei *lato sensu* (lei fundamental e lei infraconstitucional). Trata-se de um novo gênero do exercício da autonomia da vontade numa perspetiva adaptada ao direito público, tendo em conta as especialidades de algumas atribuições públicas.

A doutrina denomina a incidência do Princípio da Liberdade de Escolha Limitada[329], que é a junção da dogmática da autonomia da vontade do Direito Privado com o Princípio da Discricionariedade, de análise do mérito administrativo.

Esta tendência de construção de uma hermenêutica jurídica no campo da atividade administrativa, com elementos textuais e extratextuais do Direito Privado, para uma compreensão de fuga das estreitas dogmáticas burocráticas do Direito Público, intitulou-se de Direito Administrativo Privado[330]. Apesar de não ter caráter privado, a denominação visa dar sentido e alcance às criações normativas com bases epistemológicas do Direito Privado, mas essencialmente de natureza pública.

Apesar de serem criações normativas de aparente feição privada, tratam-se de institutos jurídicos públicos.

Os entes públicos de carácter societário e empresarial possuem a condição preexistente de direito público (plano jurídico público), no que diz respeito à sua constituição pela iniciativa do Governo. A partir daí, estes entes públicos personificados são autorizados a usarem o direito privado, entrando num plano jurídico privado, com limites fixados de atuação. A opção de organizar uma estrutura no formato de mercado, ou de interação com o mercado, dá oportunidade ao surgimento de novas formas de relações jurídicas entre o Estado e os operadores, saindo do contexto de obediência por subordinação hierárquica para regulações consensuais por via de contratos. Assim, a finalidade é criar uma regulação consensual entre o Governo e o operador que executa a tarefa pública e este com seus trabalhadores e fornecedores suplementares através de relações jurídicas privadas. A dinâmica da contratualização dos serviços por operadores, estruturados para um mercado (público ou misto), é uma fuga da lógica de regulação pela autoridade para alcançar a lógica do consenso mínimo dos ajustes de efeito sinalagmático dos contratos.[331]

---

329. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Lições de Direito Administrativo. 5ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017. p. 87.

330. ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o Direito Privado. Coimbra: Almedina. 1996. p. 85-159.

331 . OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. Revista de Direito Administrativo. V. 241. Rio de Janeiro. jul. - set. 2015. p. 241-273.

A liberdade do Direito Privado, invejada pelos operadores do Direito Público, é conduzida à área administrativa de forma mitigada, como também o é a livre forma procedimental. Mesmo utilizando elementos adaptados do Direito Privado, esta dimensão de Privatização não elimina o carácter burocrático de necessidade de concursos *públicos* (ao estilo de licitações) na definição de seus co-contratantes privados. Além disso, vinculam-se aos valores da atividade administrativa (art. 2º, nº 3, Código do Procedimento Administrativo [Anexo ao Decreto-Lei nº 4, de 7.1.2015])[332] e ao respeito pelos direitos fundamentais.

Estas entidades gozam de alguns benefícios característicos das entidades públicas, tais como a impenhorabilidade dos bens patrimoniais, já que os mesmos são usados para o exercício da atividade pública.

5.4. Privatização Funcional da Atividade

O tipo de privatização em apreço ocorre quando existe uma transferência da responsabilidade pelo exercício da atividade das funções públicas, sendo certo que as tarefas em causa continuam a possuir uma natureza pública. A sua execução é, contudo, levada a cabo por entidades privadas mediante instrumentos contratuais de concessão ou de delegação. É um campo rico para a constituição criativa da privatização, podendo diversificar de acordo com o grau ou com as formas. De acordo com a intensidade de responsabilidade transferida à entidade privada, pode a Administração Pública assumir o papel de parceira, tendo o privado o papel de subordinação colaborativa, ou este último pode aparecer como responsável exclusivo. No que diz respeito às formas, é viável a contratualização mais tradicional (concessões ou delegações) ou a mais arrojada (Parcerias Público-Privadas - PPPs).

---

332 . Artigo 2º, 3 - Os princípios gerais da atividade administrativa e as disposições do presente Código que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada. Decreto-Lei nº 4/2015 (Anexo). Disponível em: https://dre.pt/home/-/dre/66041468/details/maximized?p_auth=a0a2asGQ. Acesso em: 20.7.2018.

Por exemplo, no caso das PPPs ou das concessões, o Estado transfere o risco económico ao ente privado. Por outro lado, o *contracting out* transfere apenas o desempenho da tarefa pública. Existem também as privatizações instrumentalizadas à delegação de funções públicas, como, *por ex*., a fiscalização pública por entidade privada nos casos de certificações privadas. Esta categoria de privatização ocorre por delegação da função pública que pode ou não beneficiar do exercício de poderes públicos de autoridade. Deve observar-se a situação concreta de adequação da gestão privada, uma vez que o fenómeno da privatização é jurídico-prático, não dogmático.

Esta privatização é uma transferência da atividade ou exercício das tarefas públicas.

Quando a tarefa pública é concorrente com as atividades privadas atuará *lado a lado* com as entidades privadas. Isto ocorre, *por ex.*, no transporte, obras, gestão de espaços abertos ao público, entre outras atividades.

Acontece que, quando o operador privado estiver a desempenhar uma função pública, o mesmo estará tutelado pelo direito público nas atividades fundamentais a tal serviço público (delegado por ato administrativo ou concedido por contrato) e, quando o operador privado desempenhar outras atividades, estará tutelado pelo direito privado.

6. Representação Ilustrativa das categorias da Privatização

A **privatização patrimonial ou material *stricto sensu*** consiste na alienação do bem público ou na liberalização da atividade do monopólio estatal, deixando aos operadores privados a responsabilidade pela atividade. É a entrega ou devolução da responsabilidade da atividade pública para a sociedade civil, passando esta a ser responsabilidade dos operadores privados.

Ainda dentro de um desdobramento lógico, pode existir a **privatização orgânica material**, que se consubstancia na participação societária

minoritária do Estado ou de quaisquer outras entidades públicas empresariais. Isto pode ocorrer, *por ex*., na aquisição de ações de empresas privadas ou, ainda, na venda da quase totalidade das ações de empresas públicas. Neste caso, a empresa pública abre o capital para captação de recursos financeiros privados, passando a admitir a participação maioritária de operadores privados com maior poder nos Conselhos de Administração, de Direção e Fiscal da empresa. É necessário que exista a participação maioritária para que se observe o efeito da despublicização, ficando o Estado como acionista minoritário[333]. Por decorrência do que acabamos de expor, a empresa deixa de ser pública, mas não deixa de fazer parte do interesse do Estado. Estas empresas são conhecidas no ordenamento jurídico português como *empresas participadas*, integrantes do setor empresarial do Estado (art. 2.º, N.º 2, art. 7.º e art. 8.º do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro).

A **privatização formal** tem a característica distintiva de se compor por entidades públicas, formatadas internamente pelo direito societário. Estas entidades públicas (estatais) estão contidas na administração pública, mas com forma jurídica organizativa privada. Ou seja, o direito societário é o direito privado interno da empresa pública, constituída e contida no âmbito estatal do SNS.[334] A fuga para o direito societário, essencialmente de natureza privada, quebrou a estrutura organizatória burocrática da Administração Pública e fragmentou a gestão das entidades em formato de empresa.

É um fenómeno privatizante por descentralização funcional (por serviços), uma vez que a outorga da competência ocorre através da delegação pela entidade pública de características empresariais pertencentes à Administração Pública, possuindo por lei personalidade jurídica autónoma e objetivo específico (princípio da especialidade). É a **empresarialização na forma, orgânica-formal,** reformando a hermenêutica jurídica administrativa através de técnicas no plano organizativo.

É ainda possível que a privatização formal se revista de uma **empresarialização formal dos métodos de gestão**. Relaciona-se com o plano de

333 . MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. Teoria Jurídica da Privatização. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 115-116.

334 . ENRIQUES, Luca; KRAAKMAN, Reinier *et al*. The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach. The American Journal of Comparative Law. Vol. 52. Issue 4, Autumn 2004. p. 1011–1036.

atividades das entidades públicas com características empresariais, que implementam técnicas de gestão do *new public management*.

Quando o exercício da atividade administrativa é levado a cabo por operadores privados, existe uma **privatização funcional *lato sensu***. Trata-se de um fenómeno estruturante que não atinge a publicização da atividade do Estado, envolvendo o auxílio de entidades privadas na execução material das atividades da administração pública. Por outras palavras, o aspecto prático do fenómeno privatizante tem em conta a transferência da execução material dos serviços ou da exploração do bem público. Porém, este acontecimento prático não importa a transferência da titularidade estatal dos serviços ou do bem público.

Diferente da privatização material, em que a titularidade do serviço ou do bem passa para esfera privada, a privatização funcional apenas utiliza a força de execução especializada dos operadores privados para desempenharem atividades essencialmente públicas (princípio da especialidade). Pode revestir a natureza de um procedimento de desestatização parcial ou total. Será parcial quando a abertura de capital das empresas públicas importe em composição mínima societária de operadores privados, continuando o Estado como proprietário maioritário do capital social da empresa e detentor do poder de superintendência da entidade mista mas preponderantemente de capital público. É uma espécie de *parceria público-privada institucional*, pois apenas implementa uma técnica de gestão do *new public management* com a participação ou com a colaboração de entes privados numa empresa pública. Por outra banda, quando a desestatização é total, existe uma verdadeira descentralização por colaboração, uma vez que a competência pública é transferida aos operadores privados, através de contratos públicos, por período determinado. Este é o tipo de **privatização funcional *stricto sensu***, que consubstancia uma espécie de *parceria pública-privada contratual*, focando-se na obtenção de prestações de serviços auxiliares ou complementares das atividades fins do Estado. Em todos os tipos de privatização funcional até aqui mencionados, a responsabilidade pela atividade ou pelo serviço a ser concretizado é ainda do Estado.[335]

[335] . GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina. 2008. p. 335.

Se houver renúncia da execução da tarefa pelos serviços pela Administração Pública, respeitando as reservas de lei (constitucional ou infraconstitucional), é possível existir uma **privatização orgânica funcional** - espécie de *parceria público-privada* contratada para fins de execução da tarefa pública, garantindo ao operador privado autonomia de gestão e independência na direção dos fins de prossecução eficiente das finalidades públicas.[336]

As categorias da Privatização não são excludentes entre si, existindo a possibilidade de cruzamentos entre si, tal como ocorre entre a Privatização Formal da Atividade, no carácter organizacional, com a Privatização Funcional. Quando o exercício da tarefa pública é executado por uma entidade administrativa privada, estamos perante uma **privatização orgânica formal** (ex. Hospitais, E.P.E.). Por outro lado, quando o exercício da tarefa pública é executado por uma entidade privada, o que existe é uma **privatização funcional *stricto sensu*** ou **orgânica funcional** (ex.: um contrato *outsourcing* ou PPP).[337] Assim, cumpre patentear que a privatização admite diversos dimensionamentos, sempre de extrema importância a existência de um prévio planeamento, por forma a colocar em prática as melhores opções.

Neste ponto, é interessante trazer um quadro ilustrativo das categorias das privatizações apresentadas, permitindo a sua visualização de forma esquematizada:

CATEGORIAS	CARACTERÍSTICAS	EXEMPLOS
1 Patrimonial	- Despublicização através da alienação do bem público (transferência da propriedade de uma empresa ou entidade do setor público para o setor privado). - Estado exclui da titularidade o bem imóvel (Privatização material *stricto sensu*). - Prévio procedimento administrativo de desafetação do bem público. - MODALIDADES: **A.) Privatização material total** – é a alienação integral do bem público. No caso de empresa pública, ocorre a	a.) Redes Energéticas Nacionais (REN) b.) Banco Português de Negócios (BPN) Obs.1: No setor da saúde pública em PT, não é viável constitucionalmente (art. 64.º, N.º 3, alínea b, CRP) Obs.2: Os Hospitais S.A. tinham capital social exclusivo público,

336 . AMORIM, João Pacheco de. Prestação de serviços (de imediata utilidade pública) *vs.* concessões de serviços públicos. N.º 19. Revista de Contratos Públicos. Jan. 2019. p. 43-46.

337 . ANDRADE, José Carlos Vieira de. Lições de Direito Administrativo. 5ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017. p. 85.

		transferência total da participação societária das quotas sociais ou das ações, saindo o Estado. **B.) Privatização orgânico-material** – é a alienação de participação societária, em regra mais de 50% do capital social para operadores privados.[b] Obs.[a]: A alienação do bem público pode consistir na venda, doação ou permuta como operador privado. Obs.[b]: O controle administrativo passa para os operadores privados, detentores do controle acionário da empresa.	caso fosse autorizado a abertura de capital para participação de operadores privados - seria um exemplo de privatização orgânica material.
2	Material ou Substancial das Atividades	- Despublicização através do fim do monopólio da atividade pelo Estado. - O Estado elimina a sua exclusividade na titularidade do serviço ou da atividade. - Exercício da atividade passa ao setor privado, podendo existir necessidade de prévia autorização do Estado (ex.: licenças). Neste caso, o Poder Público estará a optar por um instrumento (ato administrativo) para controle prévio.[a] - Despublicização pela privatização das atividades embora possa persistir o interesse público no bem jurídico.[b] - Empresarialização no plano da organização.[c] - Liberalização – é a abertura à livre iniciativa privada de determinado setor económico ou social, deixando de resguardar o exclusivo da titularidade estatal.[d] - Livre admissão de operadores (públicos ou privados) para concorrerem entre si. Obs.[a]: O uso de instrumentos de controle prévio (ex.: licenças) não se confundem com os títulos jurídicos de habilitação de atuação de privados (ex.: outorgas ou concessões), pois, neste caso, não há despublicização, mas descentralização por colaboração, através da transferência de competência pública para os operadores privados (ex.: outorga). Obs.[b]: No caso de persistir o interesse público no setor, o Poder Público utiliza instrumentos de regulação e de fiscalização, podendo instituir entidades independentes para estes fins. Obs.[c]: É uma característica do modelo administrativo do *new public management.* Obs.[d]: Ocorrendo a transferência da atividade ao setor privado, o Poder Público passará a intensificar a regulação e a fiscalização.	a.) Televisão b.) Bancos c.) Seguradoras (ex.: Império e Fidelidade) d.) Indústria (ex.: cimenteiro e vidros) e.) Portos f.) Aeroportos (ex.: Faro, Lisboa e Porto)
3	Instrumental ou Formal das Atividades	- Transforma Institutos Públicos em forma jurídica societária (organização interna). Administração Pública com forma privada *de mão pública.* - Entidade pública com forma jurídica-organizativa privada (organização interna de D$^{to.}$ Privado). - Submissão ao D$^{to.}$ Privado. - Administração Pública em forma jurídica Privada: sociedades comerciais, cooperativas ou associações - Estatização[a] - Publicização - Descentralização funcional (por serviços) – empresa pública com fins específicos. - MODALIDADES: **A.) Empresarialização na forma (orgânico-formal)** – é a privatização através de formas jurídicas públicas (E.P.E.) ou privadas (sociedades comerciais). **B.) Empresarialização no plano da atividade (métodos de gestão)** – *new public management* – as pessoas coletivas públicas são organizadas pelo direito societário (direito privado), aplicando o método de gestão privada.	Empresarialização na forma: a.) Hospitais, E.P.E. b.) ULS, E.P.E. c.) Hospitais, S.A. (antigo) Empresarialização no plano da atividade a.) Entidades Públicas Empresariais do Setor da Saúde – estrutura orgânica interna: Conselho de Administração, Conselho Fiscal, Diretor clínico e Diretor enfermeiro (segregação de funções) b.) Possibilidade de contratar serviços auxiliares por terceirização – *contracting out* – ex.: contrato de serviços de limpeza, de segurança e etc. para as unidades hospitalares E.P.E.

		Obs.[a]: É uma reforma administrativa, dando uma nova estrutura orgânica funcional, tanto na natureza jurídica com características empresariais (figura da Empresa), regime jurídico é societário (direito interno da empresa).	
4	Funcional das Atividades	- Participação ou colaboração de operadores privados na execução material de tarefas da Administração Pública. - Desestatização - Publicização - Descentralização por colaboração – transferência de competência pública para operadores privados (ato de outorga ou contrato de concessão). - Efeito prático transferência temporária da atividade.[a] - MODALIDADES: **A.) Privatização funcional *stricto sensu***, quando a Administração contrata serviços instrumentais para auxiliar nas finalidades das tarefas públicas. **B.) Privatização orgânica funcional**, quando ocorre a transferência temporária da atividade fim da tarefa pública, passando ao operador privado, com autonomia gestacional, a responsabilidade pública. Obs.[a]: Diferente da privatização material da atividade, a privatização orgânica funcional da atividade consubstancia uma transferência temporária da atividade, oriunda da tarefa pública, passando o operador privado a assumir responsabilidade pública (incidência de direito público). Na privatização material da atividade, a responsabilidade passa ao operador privado, em razão da transferência da titularidade pública da atividade para a área privada (incidência do direito privado).	Priv. funcional *stricto sensu* – desestatização parcial a.) *outsourcing* (inserido na orgânica)[a] – radiografia b.) sociedades de economia mista de *mão pública* (participação minoritária dos operadores privados)[b] Priv. orgânica funcional – desestatização total a.) Parceria Público Privada da saúde (concessão) – primeiras vagas dos hospitais estradas, aeroportos, ferroviário b.) Estradas – Brisa Concessão Rodoviária, S.A. c.) aeroportos – Grupo francês Vinci, ANA, S.A. d.) ferroviário - Parque Norte do Complexo Ferroviário da Bobadela, localizado no concelho de Loures. Obs.[a]: *outsourcing* (puro) – convenções – *comprar fora*, não é privatização funcional da atividade. Obs.[b]: parceria público-privada institucional, transformando uma entidade de capital social exclusivo público em misto, através de participação minoritária de operadores privados.

FONTE: figura elaborada pelo Autor e pelo Orientador.

7 . Dimensões da Privatização nos Serviços de Saúde Portugueses

As dimensões da privatização nos serviços de saúde portugueses estão associadas aos limites autorizativos da Constituição, da Lei de Base da Saúde e demais normas infraconstitucionais[338]. Estão ligadas à formação do direito administrativo económico, que também irá tutelar o direito social da proteção dos cuidados de saúde,

338 . PORTUGAL. Secretaria Geral do Ministério da Saúde. Legislação. Disponível em: http://www.sg.min-saude.pt/sg/conteudos/legisaude/legis+sns.htm#a15. Acesso em: 12.8.2020.

através de institutos de direito privado, tendo em consideração os princípios da ordem económica, tais como a concorrência e a liberdade de iniciativa económica nos serviços públicos, utilizando a contratualização como instrumento de aquisição pelo Governo dos serviços com os operadores.[339]

Assim, as dimensões da privatização nos serviços de saúde portugueses estão inseridas no direito administrativo das privatizações, sendo uma categoria do direito administrativo económico.

Como ilustramos na primeira parte do presente trabalho, Portugal já instituiu algumas estratégias de privatização ampla, no que concerne à execução da tarefa pública de prestação da saúde. Contudo, o art. 64.º da CRP não autoriza a privatização material da tarefa dos serviços públicos de saúde. O limite constitucional, atualmente imposto pela lei fundamental, autoriza apenas dimensões de privatizações de tarefas. Assim, mesmo que se institua mecanismos jurídicos de desestatização para os prestadores dos serviços públicos de saúde, o contexto atual de ordem jurídica constitucional portuguesa não admite a *despublicatio*.[340] Portanto, embora haja um esforço para ultrapassar os dogmas tradicionais de direito administrativo, as dimensões da privatização, no âmbito dos serviços públicos de saúde, não podem alterar a natureza jurídica e a titularidade da tarefa pública.[341]

No aspeto conceptual da privatização, apenas são concebíveis aceções formais para a construção de institutos jurídicos, ou seja, o máximo de dimensão privatizante possível é a transferência da execução da tarefa pública. A CRP assegura o direito à proteção da saúde, encarregando preferencialmente o Estado da responsabilidade de encontrar meios de acesso ao sistema único de saúde, para todos os cidadãos, incluindo os cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação (art. 64.º, N.º 3, alínea *a*). Portanto, estamos perante uma missão pública, embora não exclusivamente pública, sendo certo que, em relação à execução da tarefa pública, não existe qualquer exigência

339 . FREITAS, Lourenço Vilhena de. Direito Administrativo das Privatizações. *In* Tratado de Direito Administrativo Especial, Vol. VII. Paulo Otero; Pedro Gonçalves (Coord.). Coimbra: Almedina. 2017. p. 280-295.

340 . DEODATO, Sérgio. Direito da Saúde. Coimbra: Almedina. 2012. p. 12-15.

341 . AMORIM, João Pacheco de. Direito Administrativo da Economia. Vol. 1. Coimbra: Almedina. 2014. p. 174-177.

constitucional de quem deva prestar[342]. Esta é a margem de discricionariedade legislativa infraconstitucional para a organização do sistema único de saúde português.

O dimensionamento da privatização dos serviços públicos de saúde em Portugal está correlacionado com a privatização orgânica ou funcional. Pode tratar-se de uma transferência de responsabilidade de execução auxiliar dos serviços públicos de saúde, caso dos *contracting out* ou *outsourcing* das unidades de saúde pública com os laboratórios de análises clínicas privados; pode ser uma não transferência quando a mesma revista caráter meramente funcional, caso da formação do mercado público de saúde com operadores públicos com gestão empresarial, como ocorre com as unidades de saúde, E.P.E., pertencentes do Setor Público Empresarial do SNS.

Cumpre, no entanto, salientar que não existe uma competência privativa ou exclusiva do Estado em relação à tarefa dos serviços públicos de saúde, pois a incumbência é prioritária, ou seja, preferencialmente do Estado (art. 64.º, N.º 3, CRP). A saúde é necessária e imprescindível e, para a colocar em prática, o Estado tem a responsabilidade de efetivar os serviços da saúde, salvaguardando a existência de profissionais na área da medicina e de unidades de saúde suficientes para suprir as exigências da população (art. 64.º, N.º 3, alínea *b,* CRP). Em virtude do referido ónus, o Estado português não pode estabelecer uma privatização integral do sistema único de saúde, mas pode, todavia, instituir estratégias de privatização que interfiram diretamente no domínio da execução no SNS.

O uso da expressão empresarialização para os processos de privatização formal nos serviços públicos de saúde faz sentido em razão das opções legislativas de sujeição da Administração às formas e aos métodos de gestão do setor privado[343]. Em boa verdade, o fenómeno de empresarialização consubstancia-se na intenção de alterar o processo burocrático de funcionamento da administração pública, acarretando fenómenos de privatização formal (orgânica ou funcional). Importa referir que, a empresarialização em Portugal ganhou o *status* jurídico de sinónimo de

342 . MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1317-1320.

343 . GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina. 2008. p. 335.

privatização. Embora existam correntes doutrinárias discordantes, as exposições de motivos dos processos de privatização orgânico-formal de transformação dos hospitais públicos em S.A. e, depois, desta forma jurídica em entidades públicas empresariais, destacam este entendimento no Decreto-Lei n.º 239/2002 e no Decreto-Lei n.º 93/2005.

7.1. Processo de privatização orgânico-formal (empresarialização na forma)

A empresarialização é um fenómeno de privatização amplo no aspecto orgânico-formal. Este fenómeno está relacionado com o novo plano organizativo dos operadores públicos, tendo instituído o mercado público ou interno de saúde em Portugal, sendo a transformação dos Hospitais, I.P. em Hospitais SA, e, posteriormente, estes em Hospitais, E.P.E o seu marco inicial.

Os hospitais S.A. passaram a ser hospitais E.P.E.; o poder político português com vista à redução do seu papel de intervenção nas entidades de saúde empresarializadas, sob a forma jurídico-privada, resolveu retroceder ao formato misto de empresarialização, sob a forma jurídica-pública, através do Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho.

Como facilmente se intui, ao longo dos anos, a política legislativa portuguesa alterou particularmente a forma dos operadores públicos de pessoas coletivas públicas, transformando-as em entidades administrativas privadas com características de S.A., e, posteriormente, retornando à forma de pessoas coletivas públicas de carácter empresarial.

A legislação pertinente relativa às formas jurídicas dos operadores públicos, inseridos nos processos de privatização orgânico-formal[344], consubstancia a política legislativa *em casa,* pois mudou apenas internamente as características das entidades estatais:

[344] . PORTUGAL. Secretaria Geral do Ministério da Saúde. Legislação do SNS. Disponível em: http://www.sg.min-saude.pt/sg/conteudos/legisaude/legis+sns.htm#a15. Acesso em: 31.4.2020.

Hospitais e Centros Hospitalares SPA	
Despacho n.º 15312-D/2013, de 22 de Novembro	Determina, na sequência da caducidade do Contrato de Gestão do Centro de Medicina Física e Reabilitação do Sul, a reversão da universalidade de bens e direitos que integram o Centro para a Administração Regional de Saúde do Algarve, IP, que sucederá à Entidade Gestora no objeto global de exploração, manutenção e conservação do edifício e realização de prestações de saúde de medicina física e de reabilitação
Decreto-Lei n.º 116/2013, de 9 de Agosto	Procede à transferência das competências do Centro Hospitalar do Oeste para o Centro Hospitalar de Leiria-Pombal, EPE, relativas à prestação de cuidados de saúde à população do concelho de Nazaré e à população do concelho de Alcobaça, com exceção das populações das freguesias de Alfeizeirão, Benedita e S. Martinho do Porto
Portaria n.º 276/2012, de 12 de Setembro	Cria o Centro Hospitalar do Oeste (CHO), que integra o Centro Hospitalar de Torres Vedras e o Centro Hospitalar do Oeste Norte (CHON).
Portaria n.º 1580/2007, de 12 de Dezembro	Cria o Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra. Integra os Hospitais Psiquiátricos de Sobral Cid e do Lorvão e o Centro Psiquiátrico de Recuperação de Arnês.
Portaria n.º 1373/2007, de 19 de Outubro	Cria o Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa (integração dos Hospitais de Júlio de Matos e de Miguel Bombarda e extinção do Grupo dos Hospitais Psiquiátricos de Lisboa e Vale do Tejo).
Decreto-Lei n.º 284/99, de 26 de Julho	Estabelece o regime aplicável aos centros hospitalares e grupos de hospitais do Serviço Nacional de Saúde
Decreto-Lei n.º 203/96, de 23 de Outubro	Extingue o Hospital de Rovisco Pais. Cria o Centro de Medicina de Reabilitação da Região Centro Rovisco Pais

Hospitais e Centros Hospitalares EPE	
Decreto-Lei n.º 101/2017, de 23 de Agosto	Altera a denominação do Centro Hospitalar do Algarve, E. P. E., e procede à transferência de atribuições da Administração Regional de Saúde do Algarve, I. P., relativas ao Centro de Medicina Física e de Reabilitação do Sul
Decreto-Lei n.º 157/2013, de 12 de Novembro	Procede à alteração da denominação do Centro Hospitalar de Leiria-Pombal, EPE, criado pelo Decreto-Lei n.º 30/2011, de 2 de março
Decreto-Lei n.º 116/2013, de 9 de Agosto	Procede à transferência das competências do Centro Hospitalar do Oeste para o Centro Hospitalar de Leiria-Pombal, EPE, relativas à prestação de cuidados de saúde à população do concelho de Nazaré e à população do concelho de Alcobaça, com exceção das populações das freguesias de Alfeizeirão, Benedita e S. Martinho do Porto
Decreto-Lei n.º 69/2013, de 17 de Maio	Procede à criação do Centro Hospitalar do Algarve, E.P.E., por fusão do Centro Hospitalar do Barlavento Algarvio, E.P.E., e do Hospital de Faro, E.P.E
Decreto-Lei n.º 44/2012, de 23 de Fevereiro	Procede à extinção e integração por fusão no Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE, do Hospital de Curry Cabral, EPE, e da Maternidade Dr. Alfredo da Costa
Decreto-Lei n.º 30/2011, de 2 de Março	Funde várias unidades de saúde e cria o Centro Hospitalar de São João, EPE, o Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra, EPE, o Centro Hospitalar do Baixo Vouga, EPE, o Centro Hospitalar Tondela-Viseu, EPE, e o Centro Hospitalar de Leiria-Pombal, EPE, e altera o Centro Hospitalar do Porto, EPE.

Decreto-Lei n.º 21/2010, de 24 de Março	Cria o Hospital de Curry Cabral, EPE, e aprova os respetivos Estatutos
Decreto-Lei n.º 303/2009, de 22 de Outubro	Cria o Hospital do Litoral Alentejano, EPE, e aprova os respetivos Estatutos
Decreto-Lei n.º 280/2009, de 6 de Outubro	Cria o Centro Hospitalar Barreiro Montijo, EPE, e aprova os respetivos Estatutos
Decreto-Lei n.º 27/2009, de 27 de Janeiro	Cria o Hospital de Magalhães Lemos, EPE, e o Centro Hospitalar de Entre o Douro e Vouga, EPE, e aprova os respetivos estatutos
Decreto-Lei n.º 203/2008, de 10 de Outubro	Transforma o Hospital do Professor Doutor Fernando Fonseca, criado pelo Decreto-Lei n.º 382/91, de 9 de Outubro, em entidade pública empresarial
Decreto-Lei n.º 180/2008, de 26 de Agosto	Cria o Hospital de Faro, EPE, os Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE, e o Centro Hospitalar Póvoa de Varzim/Vila do Conde, EPE, e aprova os respetivos estatutos
Decreto-Lei n.º 23/2008, de 8 de Fevereiro	Cria o Centro Hospitalar Lisboa Norte, EPE, e aprova os respetivos estatutos
Decreto-Lei n.º 326/2007, de 28 de Setembro	Cria o Centro Hospitalar do Porto, EPE, e o Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, EPE, e aprova os respetivos Estatutos
Decreto-Lei n.º 50-A/2007, de 28 de Fevereiro	Cria o Hospital do Espírito Santo de Évora, EPE, o Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE, o Centro Hospitalar de Coimbra, EPE, o Centro Hospitalar de Trás-os-Montes e Alto Douro, EPE, o Centro Hospitalar do Médio Ave, EPE, o Centro Hospitalar do Alto Ave, EPE, e o Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE, e aprova os respetivos Estatutos
Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro	Transforma em entidades públicas empresariais os hospitais com a natureza de sociedade anónima, o Hospital de Santa Maria e o Hospital de São João e cria o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE, o Centro Hospitalar de Setúbal, EPE, e o Centro Hospitalar do Nordeste, EPE, e aprova os respetivos Estatutos.
Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho Declaração de Retificação n.º 58/2005, de 13 de Julho	Transforma os hospitais sociedades anónimas em entidades públicas empresariais
Decreto-Lei n.º 288/2002, de 10 de Dezembro	Transforma o Centro Hospitalar da Cova da Beira em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos
Decreto-Lei n.º 75/2019, de 30 de maio	Procede à constituição do Hospital de Braga, E. P. E.

As unidades hospitalares públicas com forma jurídica S.P.A. ou E.P.E. são investidas de competência através de atos normativos do Governo, passando a exercer a responsabilidade pela prossecução das prestações dos cuidados de saúde do SNS. Trata-se, portanto, de um processo de transferência de competências por intermédio da pluralização administrativa, fragmentando as funções executivas aos operadores públicos.

As funções públicas do SNS, no que concerne à prestação dos serviços, são transferidas às unidades de saúde E.P.E., criadas por lei *lato sensu.* E neste ponto, o processo de privatização ampla consubstancia-se pelo simples facto de uma pessoa coletiva pública com forma jurídica E.P.E. assumir a incumbência de execução das prestações dos cuidados de saúde.

7.2. Processo de privatização formal dos métodos de gestão (empresarialização no plano da atividade)

O *new public management* estabeleceu um novo sentido para publicização, uma vez que a missão ou incumbência da tarefa pública dos serviços de saúde transcendeu para um novo regime jurídico de gestão hospitalar em Portugal. A empresarialização evoluiu ainda mais na acepção de privatização formal, estabelecendo um outro método de gerir os hospitais públicos.

Contudo, não é um fenómeno novo no ordenamento jurídico português. No final da década de oitenta e no curso da década de noventa, a reprivatização foi um processo dinâmico em Portugal, erigido para enfrentar a crise económica no país. As empresas públicas, ajustadas pelo Decreto-Lei n.º 260/76, passaram por um processo de transformação em sociedades comerciais. Com o advento do Decreto-Lei n.º 558/99, passaram ao regime jurídico do setor empresarial do Estado. O conceito jurídico de empresa pública ganhou um *status* amplo, passando a incorporar o conceito jurídico de empresa a forma de sociedade comercial e, também, a entidade pública empresarial.

O advento da Lei n.º 18/2013, de 18 de Fevereiro, veio prever princípios e regras gerais para o setor público empresarial, dando as diretrizes orgânicas formais às empresas públicas, modificando o modelo de regime jurídico do setor empresarial do Estado; da empresa pública; da atividade empresarial local e das participações locais. De acordo com o art. 13.º, as novas empresas públicas revestem a forma jurídica de sociedades de responsabilidade limitada, constituídas nos termos da lei comercial; e entidades públicas empresariais, E.P.E. As sociedades de responsabilidade limitada têm a faculdade de formar relações de simples participação, de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, adotando o Código das Sociedades Comerciais. A

norma é avançada, admitindo a constituição de *holding* para a gestão de grupo, possuindo caráter dominante sobre as subsidiárias.

Devido à especialidade dos serviços públicos da saúde, o legislador infraconstitucional português resolveu regular o regime jurídico e os estatutos das unidades de saúde do SNS, possuindo as mesmas, no momento atual, duas naturezas jurídicas: as Entidades Públicas Empresariais, E.P.E., e as entidades do Setor Público Administrativo, S.P.A., através do Decreto-Lei n.º 18/2017, de 10 de Fevereiro. O referido diploma normativo enquadra uma reforma administrativa do método de gestão das unidades de saúde estatais, procurando uma estratégia para elaborar um plano de atividade que vise a melhoria e a qualidade do SNS. Os propósitos inerentes ao diploma em apreço são a capacitação com otimização de gastos públicos e a adoção da contratualização como método de aquisição dos serviços de saúde com os operadores. Este critério de aquisição dos serviços através de contratos públicos promove a concorrência entre os fornecedores, ao mesmo tempo que produz autonomia e responsabilidade dos operadores para efeitos de desenvolvimento de planeamentos estratégicos para as unidades de saúde. Outrossim, a norma tenta segregar as responsabilidades de acordo com as funções, separando as atribuições do acionista, do financiador, do regulador e do prestador dentro da rede nacional do serviço único de saúde. É uma quebra epistémica do regime jurídico de gestão hospitalar da Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, que também tratava da forma de figuras jurídicas previstas nas unidades hospitalares no art. 2.º do Anexo, admitindo outras formas: as sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos e os estabelecimentos privados, com ou sem fins lucrativos, com quem sejam celebrados contratos públicos (N.º 1, alíneas *c* e *d*). Assim sendo, é possível vislumbrar uma alteração nos processos de privatização por via da empresarialização, uma vez que, ao mesmo tempo que houve retração com a redução de opções de formas para os operadores, os procedimentos nos modos de gestão no plano da atividade ganhou uma nova adequação.

Apesar do Decreto-Lei n.º 188/2003 trazer o regime jurídico dos hospitais do setor público administrativo e, posteriormente, o Decreto-Lei n.º 233/2005 instituir o regime jurídico das unidades de saúde, E.P.E., é o Decreto-Lei n.º 12/2012, de 26 de Janeiro, que estabelece um processo de fenómeno de privatização de método de gestão mais evidente na prática, coligando as unidades de saúde através de espécies de

holding no âmbito da saúde, denominadas Unidades Locais de Saúde, com personalidade jurídica própria de E.P.E., passando a estabelecer uma dinâmica de otimização dos vários recursos envolvidos para a prossecução dos serviços de saúde.

A ideia de rede nacional de cuidados de saúde já se encontrava na Base XII, N.º 4, na recente Lei de Base da Saúde revogada – Lei n.º 48/90, bem como a intenção de gestão em forma integrada de estabelecimentos do SNS e de estabelecimentos privados e de profissionais em regime liberal. A Base XXIV, alínea b e a Base XXX, N.º 3 tratavam da gestão integrada do SNS, que deveria prestar, integradamente, através dos operadores contratados para a prestação de serviços. Além disso, a avaliação permanente deveria ser realizada também através do sistema integrado, atingindo todos os níveis e todos os órgãos e serviços. A ideia de implementar um processo de privatização, com base na empresarialização no plano da atividade do SNS estava amparada pela norma reforçada.

A privatização formal dos métodos de gestão visa aperfeiçoar a interação entre os operadores dos diferentes níveis de cuidados de saúde, designadamente os cuidados de saúde hospitalares, os cuidados de saúde primários e os cuidados de saúde continuados integrados e paliativos. A hipótese de resultado é o ganho de eficiência e de eficácia no SNS, em razão da especialidade passar a ser procurada com a profissionalização e com a capacitação dos serviços, por força da concorrência e das disputas pelos contratos de aquisição dos produtos e dos serviços pelo Governo. O que causa estranheza no debate jurídico é a intertextualidade que a matéria alcança (fenómeno de privatização dos métodos de gestão), concretamente, as técnicas da ciência da administração - cabendo à ciência forense o papel de criação dos meios viáveis de tutela para a segurança jurídica.

A empresarialização no plano da atividade está inserida na visão de desburocratização dos métodos de gestão. As reformas legislativas têm o espírito de flexibilização da atividade administrativa, sendo comum existir um processo prévio de adequação orgânica formal e, simultaneamente ou posteriormente, adequação aos métodos de gestão. Ou seja, é habitual que os processos de privatização orgânico-formal e formal dos métodos de gestão acabem por se associar num movimento de adequação de reformas administrativas, visando o desenvolvimento de uma dinâmica de atividades,

adaptadas ao *new public management*. Isto é visível na empresarialização dos hospitais do sector público administrativo para o sector empresarial da saúde em Portugal. A transformação da forma veio associada à implementação de métodos de gestão, que se assemelham a entidades privadas, embora continuem públicas. Isto é perceptível em dispositivos legais dos institutos de transformação ou constituição das entidades, E.P.E., inserindo um novo regime jurídico de gestão hospitalar. Assim, foram desenvolvidos institutos jurídicos que alteram o tradicional estatuto dos funcionários públicos, acrescentando métodos de gestão empresarial e alterando a forma controle das despesas públicas.

O Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, que trata do regime jurídico das entidades hospitalares públicas E.P.E. apresenta institutos de carácter *new public management* com a aquisição de bens, de serviços e de empreitadas, sob regência do direito privado (art. 13.º, N.º 1) e o regime de contrato de trabalho pelo Código do Trabalho e o regime de proteção social pelo regime geral de segurança social (art. 14.º, N.º 1; art. 19.º, N.º 1). O Anexo II do Decreto-Lei n.º 233/2005 prevê as diretrizes dos Estatutos das unidades hospitalares, E.P.E., que se comportam como entidades societárias, possuindo órgãos sociais: o Conselho de Administração; o Fiscal Único e o Conselho Consultivo (art. 5.º, alíneas *a*, *b, c*). Além destes órgãos, existe ainda a figura do Diretor Clínico, que desenvolve a direção de produção clínica, compreendendo a coordenação da assistência prestada aos doentes e a qualidade, correção e prontidão dos cuidados de saúde prestados (art. 9.º). Por último, o Enfermeiro Diretor é outro cargo técnico que coordena as atividades de enfermagem, velando pela qualidade (art. 10.º), entre outros.

A segregação de funções dentro de uma estrutura societária condiciona a procura de uma organização empresarial eficiente, diante da autonomia administrativa, financeira e patrimonial, nos moldes do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, e do art. 18.º do anexo da Lei n.º 27/2002. Apesar de, atualmente, estes diplomas legais estarem revogados, estes institutos jurídicos revelam a potência que o Sector Público Empresarial da Saúde se tornou em relação à estrutura do SNS português. Apesar de ser composto por pessoas coletivas de direito público, o Setor Público Empresarial do SNS não está inserido na Administração Pública indireta tradicional, possuindo métodos de gestão que se afastam do modelo burocrático de administração

pública. O Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro, através de autorização legislativa concedida pela Lei n.º 18/2013, de 18 de Fevereiro, aprovou o novo regime jurídico do setor público empresarial, revelando, no seu art. 30.º, o princípio regra de separação de funções. As empresas públicas assumiram o modelo de governo societário, assegurando a efetiva separação entre as funções de administração executiva e as funções de fiscalização (N.º 1). O fenómeno empresarial passou a ter finalidade técnica jurídica de regulação total, utilizando as formas de organização societária, materializada pelo exercício do poder de governo organizado, obediente aos desígnios de separação de poderes em razão da divisão funcional do trabalho e do regime representativo ou democrático como forma de preservação da incolumidade da missão institucional da personalidade jurídica pública em executar serviços no SNS[345]. Esta questão é corroborada através do método de gestão da estrutura de governo societário, estabelecido pelo regime jurídico do setor público empresarial, com órgão de administração, composto pelo Conselho de Administração e respetivos administradores (art. 32.º), e órgão de fiscalização, composto pelo Conselho Fiscal (art. 33.º).

Atendendo ao princípio da especialidade, o Decreto-Lei n.º 18/2017, de 10 de Fevereiro, veio regular o regime jurídico e os Estatutos aplicáveis às unidades de saúde do SNS com a natureza de E.P.E. e as unidades de saúde pertencentes ao S.P.A. As figuras jurídicas admitidas no art. 2.º revelam uma tendência de procura de autonomia administrativa para as entidades prestadoras dos serviços, demonstrando que, além das entidades S.P.A. e E.P.E., existem ainda as entidades privadas com contrato em regime de PPP. O Decreto-Lei n.º 18/2017 salienta as características de empresarialização da estrutura administrativa do SNS, alterando a governação, tendo em conta que parte de um fenómeno que descentraliza o poder de autoridade administrativa, fragmentando a competência para as administrações locais, admitindo a contratação de organizações não públicas para a prestação de serviços públicos de saúde; origina a gestão empresarial dos serviços públicos e confere uma nova roupagem ao mercado interno público concorrente para contratualização com o Governo a prestação dos serviços públicos.[346] O desempenho destas entidades está associado à governação, direcionando a capacidade de

345 . WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Teoria geral da empresa. Vol. 1. 2ª ed. Coleção Tratado de direito empresarial. Modesto de Carvalho (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. p. 103-104.

346 . RAAB, Jorg; MANNAK, Remco S.; CAMBRE, Bart. Combining Structure, Governance, and Context: A Configurational Approach to Network Effectiveness. *in* Journal of Public Administration Research and Theory. August 2013.

resposta através do fracionamento em órgãos especializados em áreas de competência específica, tais como os órgãos de administração, de fiscalização, de apoio técnico e de consulta (art. 7.º), bem como de Centros de Responsabilidade Integrada (CRI), constituídos por equipas multidisciplinares, as quais integram médicos, enfermeiros, assistentes técnicos, assistentes operacionais, gestores e administradores hospitalares e outros profissionais de saúde, de acordo com a área ou áreas de especialidade, cujo fim é procurar a maior eficiência e eficácia para a satisfação do utente/cliente (arts. 9.º e 10.º).

O art. 9.º, N.º 3 do Decreto-Lei n.º 18/2017 utiliza o conceito jurídico de utilização da empresarialização no plano da atividade no contexto do *new public management*, quando expressa que *para alcançar os objetivos* de melhoria da acessibilidade dos utentes e da qualidade dos serviços prestados, aumentando a produtividade dos recursos aplicados, contribuindo para uma maior eficácia e eficiência*, os CRI constituem-se através de formas de organização flexíveis direcionadas para dar respostas céleres e de qualidade às necessidades dos utentes*. Deste modo, os utentes são vistos como clientes, que devem ter acessibilidade aos serviços públicos que lhes trazem satisfação[347].

Apesar de os poderes do Estado serem exercidos sobre as entidades através dos membros do Governo (art. 6.º, N.º 1), esta influência política é mitigada através da estrutura de gestores apresentada nas diretrizes gerais para os Estatutos das unidades hospitalares, E.P.E., no Anexo II do Decreto-Lei n.º 18/2017, fracionando os órgãos em Conselho de Administração; Conselho Fiscal, Revisor Oficial de Contas ou uma Sociedade de Revisores Oficiais de Contas, caso se encontrem abrangidas pelo regime constante da Lei n.º 148/2015, ou o Fiscal Único e o Conselho Consultivo (art. 5.º). A capacitação técnica dos gestores é reclamada pela norma, estando contido como membro do Conselho de Administração: o Diretor-clínico e o Enfermeiro-diretor (art. 6.º, N.º 1). Além disso, os membros do Conselho de Administração devem possuir, preferencialmente, evidência curricular de formação específica em gestão de saúde e experiência profissional adequada, sendo o diretor-clínico um médico, e o enfermeiro-

347 . OSBORNE, Stephen. The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practice of public governance. London: Routledge. 2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3343001/mod_resource/content/0/Anexo%20sem%20t%C3%ADtulo%2000582.pdf. Acesso em: 18.8.2020.

diretor um enfermeiro (art. 6.º, N.º 2). É patente, assim, a tentativa do legislador em alterar a perspectiva do poder de quem ocupa o cargo público, passando ao carácter de mandato legal para o exercício de atividades de gestão empresarial no âmbito da governação nas unidades hospitalares. Existe, deste modo, uma fragmentação da responsabilidade aos gestores de unidades hospitalares, que se obrigam a dar eficiência e satisfação aos clientes/utentes, absorvendo maior exigência de serviços e melhores oportunidades de contratualização com o Governo para captação de recursos financeiros (contratos-programa, art. 25.º, N.º 2)[348].

O movimento feito pela reforma administrativa do setor da saúde apresentou uma nova estrutura funcional às entidades públicas, criando o setor empresarial. Em boa verdade, este movimento ocasionou uma reorganização jurídica interna destas entidades públicas, através do fenómeno da empresa societária[349]. A opção pelo uso do direito societário culmina na reconstrução das entidades tradicionalmente públicas (ex.: I.P.), passando a discipliná-las como empresa-organização, ou melhor, tratá-las como empresa *para dentro* (internamente). É o uso do direito privado interno da empresa (direito societário), com o objetivo de organizar juridicamente uma empresa-societária pública e estatizada. A *fuga para o direito privado* é sintetizada na adoção de elementos estruturantes[350] de direito societário, refletindo a mudança de *approach* da gestão pública (da função pública) de procura do resultado empresarial na satisfação do cliente/utente.[351]

As E.P.E. submetem-se apenas aos poderes de Governo, ligados à orientação, estabelecendo diretrizes finalísticas das políticas públicas de saúde do SNS, deixando em liberdade discricionária a obtenção dos meios para alcançar estes fins; e à orientação estratégica geral aos objetivos do SNS. Trata-se de uma relação intersubjetiva entre o Governo e a E.P.E., através do poder de superintendência daquele sobre estes,

348 . NUNES, Alexandre Morais; HARFOUCHE, Ana Paula de Jesus. A reforma da Administração Pública aplicada ao setor da saúde: a experiência portuguesa. Revista de Gestão em Sistema de Saúde. 2015. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5294593.pdf. Acesso em: 10.4.2020.

349 . WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Teoria geral da empresa. Vol. 1. 2ª ed. Coleção Tratado de direito empresarial. Modesto de Carvalho (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. p. 131.

350 . ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado. Coimbra: Almedina. 1996. p. 189-199.

351 . ENRIQUES, Luca; KRAAKMAN, Reinier *et al*. The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach. The American Journal of Comparative Law. Vol. 52. Issue 4, Autumn 2004. p. 1011–1036.

uma vez que as E.P.E. pertencem à administração indireta do Estado. É uma relação funcional, expressa no art. 19.º, N.º 1, alíneas *a, b* e *c* do Decreto-Lei n.º 18/2017. Deste modo, este mecanismo de controle do Governo acaba por desenvolver dependência das unidades de saúde, E.P.E., ocasionando uma mitigação na autonomia funcional.

Apesar do *new public management* incentivar a abertura das entidades estatais por forma a existir participação da sociedade[352], não existem mecanismos jurídicos efetivos que retirem a subordinação funcional da vontade do Governo (poder político), entregando-a à sociedade civil. Os membros do Governo têm poderes de definição das normas e dos critérios de atuação hospitalar; de fixação das diretrizes a que devem obedecer os planos e programas de ação, bem como a avaliação da qualidade dos resultados obtidos nos cuidados prestados à população; de acesso a todas as informações julgadas necessárias ao acompanhamento da atividade; de sedimentação da restrição da autonomia gestionária na situação de desequilíbrio económico-financeiro; e de imposição de auditorias e inspeções ao seu funcionamento, nos termos da legislação aplicável (art. 6.º, N.º 1, alíneas *a* a *e* do Decreto-Lei n.º 18/2017). É perceptível que as cláusulas de tutela de orientação afetam diretamente a autonomia administrativa e financeira das entidades públicas, E.P.E. (art. 2.º, alínea *b*), englobando um *poder hierárquico velado* do Governo perante a entidade pública personificada, já que este nomeia e demite *ad nutum* os seus administradores, além de atuar diretamente no controle preventivo e repressivo administrativo e financeiro da entidade pública, E.P.E., pois, na verdade, a empresarialização em relação ao método de gestão clama por uma independência ativa (real) da entidade que executa o serviço e uma entidade reguladora independente, realizando as tarefas de regulação e de fiscalização, que, em relação aos prestadores de cuidados de saúde em Portugal, tal atribuição está nas mãos da Entidade Reguladora da Saúde (Lei n.º 67/2013, Decreto-Lei n.º 126/2014).

O anexo II do Decreto-Lei n.º 18/2017 traz a estrutura funcional através das diretrizes gerais para organização (societária) interna dos Estatutos dos hospitais, centros hospitalares e institutos portugueses de oncologia, E.P.E., prevendo a forma básica de organização deste tipo societário, criado especificamente para pessoas

352 . RODRIGUES, Miguel Ângelo Vilela; ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz de. Nova gestão pública na governação local. 2005. Braga: Universidade do Minho. Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/4545/1/INA2005.pdf. Acesso em: 30.5.2016.

coletivas públicas em regime jurídico empresarial do setor da saúde. Tal como já referimos anteriormente, cumpre, neste ponto, patentear que estas diretrizes correspondem ao direito interno da E.P.E., orientando a atuação das pessoas físicas que as dirigem, revelando, desta forma, uma característica de atuação preponderantemente colegiada, fragmentada em repartições de administração, de fiscalização e de execução do objeto social principal na área dos cuidados de saúde. Estas regras jurídicas estabelecem um caráter vinculativo no exercício funcional discricionário da atividade empresarial dos cuidados de saúde, isto é, a pessoa coletiva pública empresarial funciona como pessoa jurídica, manifestando a sua vontade, normalmente, através das suas deliberações colegiadas e, também, na execução desta vontade exteriorizada pelos seus atos, tais como a execução de serviços de saúde após outorga dos contratos-programa que estabelecem metas de números de procedimentos médicos.

As estruturas corporativas, tanto das unidades de saúde na forma jurídica privada S.A., quanto das atuais E.P.E. na forma jurídica pública, encontram semelhanças em relação ao institucionalismo jurídico da empresa pública, uma vez que as suas manifestações de vontade estão relacionadas com o conjunto de procedimentos internos, desempenhados por órgãos, que dirigem a vontade social da empresa pública. Isto significa que, o formato de empresa, e não de instituto público, dá lugar à materialização da vontade social através do exercício do *poder do governo organizado* da sociedade personificada, submissa ao desígnio da segregação de funções ou separação de poderes, relacionada com a divisão funcional do trabalho de construção concreta da vontade da empresa, e do Estatuto Social como conformação do objeto social de instituição da personalidade jurídica.[353] Por exemplo, nos hospitais E.P.E., *a prestação de cuidados de saúde, a todos os cidadãos em geral, designadamente: a) Aos utentes do Serviço Nacional de Saúde; b) Às entidades externas que com ele contratualizem a prestação de cuidados de saúde; c) Aos cidadãos estrangeiros não residentes no âmbito da legislação nacional e internacional em vigor* (art. 2.º, N.º 1, Decreto-Lei n.º 18/2017, Anexo II – Estatuto).

[353] . HAURIOU, Maurice. Teoria dell´istituzione e della fondazione. Milano: Giuffrè. 1967. p. 19-21.

Cumpre fazer menção às estruturas corporativas gerais, em especial à incidência do princípio da segregação de funções ou da separação de poderes dos órgãos de ambos formatos jurídicos das empresas públicas:

Hospitais S.A.	**Hospitais E.P.E.**
Decreto-Lei n.º 277/2002, de 9 de Dezembro, Anexo, Estatutos Artigo 5.º Órgãos	Decreto-Lei n.º 18/2017, de 10 de Fevereiro, Anexo II, Artigo 5.º Órgãos
1 - São órgãos sociais do Hospital: a) A assembleia geral; b) O conselho de administração; c) O fiscal único. 2 - Compõem, ainda, a estrutura organizativa do Hospital os seguintes órgãos: a) O conselho consultivo; b) Os órgãos de apoio técnico; c) Outros órgãos que estejam previstos na lei ou no regulamento interno do Hospital.	São órgãos do hospital E. P. E.: a) O conselho de administração; b) O conselho fiscal, o revisor oficial de contas ou uma sociedade de revisores oficiais de contas, caso se encontrem abrangidas pelo regime constante da Lei n.º 148/2015, de 9 de setembro; ou c) O fiscal único; e d) O conselho consultivo.

A maior crítica a esta estrutura corporativa prende-se com o facto de não se tratar efetivamente de uma instituição de pessoas (coletividade efetiva de pessoas), mas de uma figura estatal, ou conjunto de pessoas estatais, em que o Estado é detentor do *poder de governo* em relação à personificação subjetiva da empresa pública.[354] Portanto, mesmo que tenham vida jurídica, em virtude das operações de governo e de administração nos moldes do procedimento organizativo interno da empresa pública, as operações de governo estão *quase subordinadas* aos poderes políticos do Governo, por intermédio da superintendência reforçada da autoridade administrativa da saúde.

As Unidades Locais de Saúde (ULS),. E.P.E., são unidades gestoras matrizes que funcionam como uma espécie de administradora com fins de otimização dos serviços de saúde, executados por entidades do SNS. Esta finalidade primordial está expressa na exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 207/99, de 9 de Junho - criação da primeira ULS de Matosinhos -, afirmando que a melhoria da prestação de cuidados de saúde pelo SNS está na implementação de condições para melhorar a gestão das

354 . ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Sociedade Anónima. A Sedutora (Hospitais, S.A., Portugal, S.A.). Coimbra: Almedina. 2003. p. 24-26.

instituições, aprimorando a articulação dessas instituições entre si e com outras instituições na mesma área geográfica. As ULS acabam por se assemelhar a uma *holding* gestora com o papel de organizar a estrutura das entidades subsidiárias, bem como estabelecer parcerias com outros operadores, visando otimizar a gestão global dos cuidados de saúde. Por exemplo, o Decreto-Lei n.º 238/2012, de 31 de Outubro, criou a ULS do Litoral Alentejano, E.P.E., que integra o Hospital do Litoral Alentejano, E. P. E., e o Agrupamento de Centros de Saúde do Alentejo Litoral – ACES Alentejo Litoral (art. 1.º, N.º 1). O objetivo da ULS do Litoral Alentejano, E.P.E. é prestar os cuidados de saúde primários, diferenciados e continuados à população, designadamente aos utentes do SNS e aos beneficiários dos subsistemas de saúde ou de entidades externas com contratos para prestação de cuidados de saúde. Para além disso, visa também garantir as atividades de saúde pública e os meios necessários ao exercício das competências da autoridade de saúde na sua área geográfica de atuação, bem como incentivar o desenvolvimento da investigação científica na formação e no ensino (Anexo, artigo 2.º, N.º 1, alíneas *a* a *c*). A estrutura organizacional das ULS, E.P.E. é operacional, composta por unidades funcionais, serviços e departamentos de atividade clínica no âmbito hospitalar, complementares de diagnóstico e terapêutica e de apoio. As unidades funcionais são agregações especializadas de recursos humanos e tecnológicos, atuando em intercooperação com as demais entidades funcionais, podendo ser integradas em serviços ou departamentos ou partilhadas por serviços ou departamentos distintos, funcionando os serviços autonomamente ou integrados em departamentos (art. 25.º, N.º 1, 2 e 5, Anexo III do Decreto-Lei n.º 18/2017).

No que toca à legitimação jurídico-constitucional do poder organizativo da Administração, tal como acertadamente refere Luís Filipe Colaço Antunes, a empresarialização no plano da atividade dos serviços públicos de saúde é uma alteração na organização das atividades jurídicas e materiais do Estado. É aparente, no art. 64.º da CRP, a existência de autorização do constituinte português na legitimação do poder executivo (Governo) a estruturar o sistema único de saúde, através de Decretos-Lei, vinculado à legalidade-fundamento e às bases epistemológicas constitucionais. Não obstante, esta autorização está partilhada com o poder legislativo (Assembleia da República), nos termos do art. 198.º da CRP. Os órgãos legislativos referidos encontram, por vezes, dificuldades de compatibilização,visando a construção harmônica entre o sistema de normas (e o seu espírito privatizante ou não) e o conjunto de organizações

administrativas, criados e/ou contratados pelo Governo, para o desempenho funcional do SNS. Daí que, a validade da instituição de pessoas coletivas públicas com regime jurídico empresarial não é suficiente, por força da lei de base (Lei n.º 95/2019), que retrocede o dimensionamento da privatização formal no método de gestão empresarial para flertar com os métodos funcionais tradicionais de institutos públicos.[355]

A legislação relacionada com os métodos de gestão no plano das atividades dos serviços públicos do SNS português insere outra faceta do processo de privatização formal[356], revelando que a política legislativa trabalhou de forma integrada com a ciência da administração, por forma a construir pessoas coletivas públicas funcionalmente adaptadas às características de gestão societária:

Regimes Jurídicos da Gestão Hospitalar	
Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro	Estabelece o regime jurídico do sector empresarial do Estado e das empresas públicas (Revogado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro)
Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro	Aprova o novo regime jurídico da gestão hospitalar
Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro	No uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 18/2013, de 18 de fevereiro, aprova o novo regime jurídico do setor público empresarial
Decreto-Lei n.º 18/2017, de 10 de Fevereiro	Regula o Regime Jurídico e os Estatutos aplicáveis às unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde com a natureza de Entidades Públicas Empresariais, bem como as integradas no Setor Público Administrativo

Unidades Locais de Saúde, E.P.E.	
Decreto-Lei n.º 207/99, de 9 de Junho	Ministério da Saúde cria a Unidade Local de Saúde de Matosinhos
Decreto-Lei n.º 50-B/2007, de 28 de Fevereiro	Ministério da Saúde cria a Unidade Local de Saúde do Norte Alentejo, EPE, e aprova os respetivos Estatutos
Decreto-Lei n.º 183/2008, de 4 de Setembro	Ministério da Saúde cria a Unidade Local de Saúde do Alto Minho, EPE, a Unidade Local de Saúde do Baixo Alentejo, EPE, e a Unidade Local de Saúde da Guarda, EPE, e aprova os respetivos estatutos
Decreto-Lei n.º 12/2009, de 12 de Janeiro	Ministério da Saúde procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 183/2008, de 4 de Setembro, que cria a Unidade Local de Saúde do Alto Minho, EPE, a Unidade Local de Saúde do Baixo Alentejo, EPE, e a Unidade Local de Saúde da Guarda, EPE, e aprova os respetivos estatutos

355 . ANTUNES, Luís Filipe Colaço. A ciência jurídica administrativa. 3.ª Edição. Coimbra: Almedina. 2012. p. 135-142.

356 . PORTUGAL. Secretaria Geral do Ministério da Saúde. Legislação do SNS. Disponível em: http://www.sg.min-saude.pt/sg/conteudos/legisaude/legis+sns.htm#a15. Acesso em: 31.4.2020.

Decreto-Lei n.º 318/2009, de 2 de Novembro	Ministério da Saúde cria a Unidade Local de Saúde de Castelo Branco, EPE, e aprova os respetivos estatutos
Decreto-Lei n.º 67/2011, de 2 de Junho	Ministério da Saúde extingue o Centro Hospitalar do Nordeste, EPE, e o Agrupamento dos Centros de Saúde do Alto Trás-os-Montes I - Nordeste, cria a Unidade Local de Saúde do Nordeste, EPE, e aprova os respetivos estatutos
Decreto-Lei n.º 238/2012, de 31 de Outubro	Ministério da Saúde procede à criação, com a natureza de entidade pública empresarial, da Unidade Local de Saúde do Litoral Alentejano, E. P. E., por integração do Hospital do Litoral Alentejano e do Agrupamento de Centros de Saúde do Alentejo Litoral

7.3. Processo de privatização funcional

As figuras jurídicas contratuais que surgem através dos ajustes consensuais entre o Estado e os operadores particulares ganharam espaço nos serviços públicos de saúde, em virtude do processo de privatização funcional, com os contratos de gestão dos hospitais públicos em PPP. Existiram também experiências de privatização do financiamento, uma vez que a escassez de recursos para investir em infraestruturas de unidades de cuidados de saúde fez nascer o interesse de interação com os investidores privados (ex.: Grupo José de Mello Saúde no Hospital de Vila Franca de Xira ou Grupo BES no Hospital de Loures), que financiaram os investimentos, tendo a contrapartida de explorar a infraestrutura durante o tempo necessário a obterem lucros. O contrato de gestão possuía natureza jurídica de uma espécie de concessão de serviço público hospitalar, nos termos do Decreto-Lei n.º 185/2002. A finalidade da obtenção do parceiro privado era o espírito da norma, incluindo a concepção, construção, financiamento, conservação e exploração do imóvel hospitalar, bem como a gestão do hospital na prestação dos serviços[357].

Dentro da percepção tradicional do direito administrativo, a privatização funcional da execução dos serviços públicos de saúde é realizada através da descentralização por colaboração da entidade privada. Não obstante, a origem de quem institui a entidade que presta o serviço pode influenciar o instrumento de acordo com o Governo. A pessoa privada será contratada através de um contrato de concessão, quando

[357] . CABRAL, Nazaré da Costa. As parcerias público-privadas. Coimbra: Almedina. 2009. p. 169-177.

esta for originária da iniciativa privada. Neste caso, a privatização funcional está interligada ao fenómeno de privatização/descentralização orgânica, pois quem executa a tarefa pública é operador privado do setor privado propriamente dito, com a máxima autonomia. Não obstante, a pessoa privada, instituída como entidade administrativa privada pela lei *lato sensu*, estará envolvida numa relação jurídica de descentralização por ato administrativo de delegação, estando caracterizado um desdobramento lógico do fenómeno de privatização orgânica formal, ou seja, a transferência dos serviços de saúde ocorre entre o Governo e a entidade estatal com regime jurídico privado.[358-359]

Em Portugal, os serviços públicos de saúde já experimentaram a privatização funcional, utilizando os operadores privados como colaboradores subordinados em atividades acessórias em relação ao objetivo final da atividade de prestação dos cuidados de saúde, usando, em regra, a forma de *contracting out* para a aquisição de serviços. Deixaremos aqui alguns exemplos: as contratações de serviços de limpeza, de vigilância ou de laboratórios da Unidade Local de Saúde do Nordeste, E.P.E.; contratos públicos de prestação de serviços de vigilância e segurança humana de 19 de agosto de 2020, com o adjudicatário Ronsegur – Rondas e Segurança, Lda., nos termos do art. 24.º, N.º 1, alínea *c* do Código dos Contratos Públicos; aquisição de serviços de oftalmologia, em 14 de agosto de 2020, com o adjudicatário Ramiro Manuel Salgado – Oftalmologia, art. 24.º, N.º 1, alínea *d* do Código dos Contratos Públicos[360]. Porém, as concessões em parceria público-privada, objetivando a transferência do controle público pelo controle privado, onde as Administrações Regionais de Saúde – ARS assumem a legitimidade de contratante com operadores privados, são fenómenos práticos privatizantes de maior intensidade, colocando os operadores privados na posição de gestão da tarefa pública.

Pois bem. Os hospitais que já experimentaram o regime de PPP são os seguintes: Hospital Beatriz Ângelo, Loures; Hospital de Braga; Hospital Cascais Dr. José Almeida e Hospital Vila Franca de Xira. O uso do regime PPP é pioneiro na área da

---

358 . GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 372-531.

359 . ANDRADE, José Carlos Vieira de. Lições de Direito Administrativo. 5ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017. p. 85.

360 . BASE: Contratos Públicos Online. Disponível em: http://www.base.gov.pt/Base/pt/ResultadosPesquisa?type=contratos&query=adjudicanteid%3D359440. Acesso em: 23.8.2020.

saúde, tendo-se iniciado com o Decreto-Lei n.º 185/2002, passando por alterações ao longo dos anos com o Decreto-Lei n.º 86/2003; o Decreto Regulamentar n.º 10/2003; o Decreto Regulamentar n.º 14/2003; o Decreto-Lei n.º 141/2006; o Código de Contratação Pública em 2009; e o Decreto-Lei n.º 111/2012. Atualmente, a recente Lei de Base da Saúde – Lei n.º 95/2019, combinada com o Decreto-Lei n.º 23/2020, prevê restrições na viabilização deste fenómeno de privatização funcional. Contudo, importa referir que, o modelo de regime de PPP para os primeiros hospitais, de acordo com as regras do concurso público, eram baseados na gestão da concepção, construção, financiamento, conservação e exploração dos edifícios hospitalares, incluindo a prestação dos cuidados de saúde[361].

O operador privado funciona como instrumento de viabilização da prestação dos cuidados de saúde pela Administração Pública, servindo como auxiliar, em virtude do seu *know-how*. Os operadores públicos ou privados, em regime de PPP, no SNS, adquirem dos operadores privados produtos ou serviços, que, por questões opcionais de gestão da ciência da administração, acaba por ser mais interessante captar contratos *outsourcing* (terceirização)[362].

Na esteira de Pedro Gonçalves, a distinção essencial da privatização funcional e da privatização orgânica é que, esta última (ex.: hospital em regime de PPP) transfere a execução, enquanto a primeira é uma mera contribuição auxiliar (ex.: contrato)[363] dos serviços públicos de saúde. Isto é, a entidade administrativa contratante não se exime da sua responsabilidade de execução da tarefa pública, contando apenas com a colaboração de um operador privado, através da substituição da atuação pública pela privada.

---

361 . PORTUGAL. Administração Central do Sistema de Saúde, I.P., Parcerias Público-Privadas no setor da Saúde. Disponível em: http://www2.acss.min-saude.pt/DepartamentoseUnidades/DepartamentoGest%C3%A3oeFinanciamentoPrestSa%C3%BAde/ParceriasP%C3%BAblicoPrivadas/tabid/1222/language/pt-PT/Default.aspx. Acesso em: 20.8.2020.

362. OLIVEIRA, Susana Maria Sampaio Pacheco Pereira de. Outsourcing no Sector Hospitalar: Análise à Luz de Diversas Perspectivas. Tese de Doutoramento em Ciências Empresariais. Universidade do Porto. Jul. 2011. p. 20-21.

363 . GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina. 2008. p. 350-357.

As unidades hospitalares E.P.E. possuem administrações que utilizam estratégias de gestão de privatização funcional *stricto sensu*, tanto no campo não assistencial, com a aquisição de serviços de operadores privados tais como a gestão de doentes e informática, bem como na área assistencial dos serviços complementares de diagnóstico e terapêuticos, por exemplo, com os serviços de imagiologia ou os serviços de suporte dos cuidados de saúde no caso de farmácias ou de esterilização.[364]

O Decreto Regulamentar n.º 14/2003, de 30 de Junho, apresentou o Caderno de Encargos dos contratos de gestão, envolvendo atividades de concepção, construção, financiamento, conservação e exploração dos estabelecimentos hospitalares. O referido diploma criou o *nomen juris* para alguns conceitos antes atinentes à área da ciência empresarial, dando valia ao fenómeno jurídico privatizante de menor e de maior extensão, que se subdivide doutrinariamente como privatização funcional *stricto sensu* e privatização orgânica funcional. De acordo com o art. 2.º, os ajustes entre o Estado e os operadores privados podem encontrar três extensões. Em primeiro lugar, os contratos podem ter por objeto apenas as atividades de concepção, construção, financiamento, conservação e exploração do edifício hospitalar, sem envolver a responsabilidade pela realização de prestações de saúde. Depois, existem as situações em que o Estado estabelece uma parceria duradoura com recurso ao financiamento privado, envolvendo apenas a responsabilidade pela realização das prestações de saúde. Por último, o Estado estabelece uma parceria duradoura que envolve financiamento privado e partilha de riscos com outras entidades para a gestão ou exploração de partes funcionalmente autónomas de um estabelecimento hospitalar. Contudo, é o art. 1.º do Anexo do Decreto-Regulamentar que aflora os *nomen juris,* auxiliando a definição da modalidade de privatização de acordo com a intenção de ajuste pelo Poder Público ou pela unidade hospitalar pertencente ao SNS:

> «**Beneficiário de subsistemas**» aquele que goza dos direitos resultantes dos serviços prestados por entidades públicas que, nos termos legais, assegurem directamente a prestação de cuidados de saúde e ou comparticipem nos encargos decorrentes dessa prestação; ou por entidades privadas que acordem com o Serviço Nacional de Saúde a prestação de cuidados de saúde ou o pagamento pelos seus encargos;

364 . OLIVEIRA, Susana Maria Sampaio Pacheco Pereira de. *Outsourcing* no Sector Hospitalar: Análise à Luz de Diversas Perspectivas. Dissertação de Doutoramento em Ciências Empresariais. Universidade do Porto. Julho 2011. p. 11.

«**Contrato de utilização do edifício hospitalar**» o acordo a estabelecer entre a entidade gestora do edifício e a entidade gestora do estabelecimento pelo qual se regerá o exercício dos direitos e obrigações destas entidades no âmbito do contrato de gestão e que têm por objecto o edifício hospitalar;
«**Edifício hospitalar**» o complexo constituído pelo terreno e por todas as obras, máquinas, equipamentos, infra-estruturas técnicas e acessórios funcionalmente aptos para a realização das prestações de saúde, com a delimitação do anexo do caderno de encargos;
«**Entrada em funcionamento do edifício**» o momento em que a entidade pública contratante considera preenchidos os requisitos de operacionalidade e desempenho do edifício nos termos fixados no contrato de gestão;
«**Estabelecimento hospitalar**» o conjunto de meios materiais e humanos e situações jurídicas organizados para a realização de prestações de saúde;
«**Produção prevista**» o conjunto de prestações de saúde a realizar através do estabelecimento hospitalar, em cada ano de duração do contrato de gestão, classificado por tipo de actos, técnicas e serviços de saúde;
«**Produção efectiva**» o conjunto de prestações de saúde efectivamente realizadas através do estabelecimento hospitalar, em cada ano de duração do contrato de gestão, classificado por tipo de acto, técnica e serviço de saúde;
«**Rede de referenciação hospitalar**» o dispositivo que regula as relações de complementaridade e apoio técnico entre as instituições hospitalares pertencentes a determinada área, de forma a garantir o acesso dos doentes aos serviços e às instituições prestadoras dos cuidados de que eles necessitam. Esta rede visa a complementaridade técnica e a continuidade de cuidados, num contexto de rentabilização da capacidade instalada;
«**Serviços de apoio**» os serviços de natureza complementar ou auxiliar cuja prestação é necessária ou útil para a prestação de cuidados de saúde e que não têm, eles próprios, a natureza de prestação de cuidado de saúde. São considerados serviços de apoio, designadamente, os seguintes:
a) Lavandaria;
b) Higiene e limpeza;
c) Segurança de pessoas e bens;
d) Portaria;
e) Alimentação;
f) Manutenção de redes;
g) Manutenção do edifício;
h) Jardinagem e manutenção de espaços verdes;
i) Estacionamento;
j) Abastecimentos: vapor e energia térmica, electricidade, águas e gases;
l) Comunicações;
m) Recolha e transporte de resíduos gerais;
n) Recolha e transporte de resíduos hospitalares;
o) Disposição e tratamento de resíduos gerais;
p) Disposição e tratamento de resíduos hospitalares;
q) Recolha e tratamento de efluentes líquidos;
r) Transporte;
s) Outros (ver nota 1).
«**Utentes**» as pessoas físicas assistidas no estabelecimento de saúde.

Cumpre referir que, a expressão *Estabelecimento hospitala*r possui um idêntico conceito de estabelecimento empresarial, a saber, complexo de bens

materiais e imateriais, móveis e imóveis, bem como os serviços. Este *conjunto de meios materiais e humanos e situações jurídicas organizadas* são os instrumentos necessários para que a pessoa personificada (ex.: hospital, E.P.E.) possa exercer a atividade de prestação dos cuidados de saúde.[365], reforçando a ideia de adoção da Teoria da Empresa como instrumento de reforma administrativa (ex.: Setor Público Empresarial da Saúde), já que o conceito de empresa, construído em Itália, configura o eixo dogmático do sistema da *empresarialidade*[366]. Esta percepção torna adequada a concorrência de todo e qualquer operador apto como agente das atividades de produção dos cuidados de saúde, desempenhando os serviços através de um mercado interno (público) que compõe o sistema único de saúde português. A *empresarialização* é uma nova característica estrutural de organização do sistema único de saúde, composta por operadores (públicos ou privados), que exercem os cuidados de saúde de forma habitual, profissional, organizada e focada no mercado (público) de saúde (o SNS). O fenómeno de privatização funcional também está inserido na visão do *new public management*, estabelecendo uma relação contratual entre operadores públicos e privados, para efeitos de entrega de serviços de cuidados de saúde aos utentes do SNS.

O limite vital de viabilidade dos fenómenos de privatização funcional no SNS português está diretamente relacionado com a circunstância de a aquisição do serviço privado continuar a ser uma atividade privada, sem se estabelecer como exercício da função pública em si mesma considerada. A aquisição e a instalação de equipamentos de medição de temperatura automática, instalados nas portas das unidades de saúde do SNS, é um exemplo de avanço tecnológico da iniciativa privada que auxilia na prevenção e diagnóstico prévio de utentes infetados com o sars cov 2 (COVID-19). Os equipamentos servem para auxiliar os profissionais de saúde, prestando assistência na triagem inicial dos utentes com *febre* (um dos principais sintomas da infeção). Contudo, a instalação dos equipamentos de medição de temperatura não configura uma privatização orgânica, sendo apenas um instrumento que contribui para a boa execução do serviço público de saúde da unidade hospitalar.

---

365. COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da Empresa. Alberto Asquini, Profili dell'impresa, in Rivista del Diritto Commerciale. 1943. V. 41. I. (tradução). Revista de Direito Mercantil . Nova Série – Ano XXXV. N.º 104. São Paulo: RT. Out.-Dez. de 1996. p. 118.

366 . ASCARELLI, Tullio. Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil, introducción y traducción de Evelio Verdera y Tuells. Barcelona: Bosch.1964. p. 122.

De acordo com João Pacheco de Amorim, o que Pedro Gonçalves denomina como privatização orgânica é possível classificar como privatização orgânico-funcional, pois a entidade privada possui responsabilidade de execução da tarefa pública, assumindo autonomamente a gestão e a direção da tarefa da sua incumbência. Contudo, esta autonomia de gestão e de direção da tarefa pelo operador privado não alcança extensão suficiente para se enquadrar num fenómeno de privatização orgânico-material, uma vez que, neste último, ocorre a alienação do capital social da empresa pública que explorava a atividade pública. Na privatização orgânico-funcional existe apenas a transferência temporária, em virtude do contrato público de regime jurídico de PPP da atividade, por forma a que o operador privado desempenhe uma tarefa ainda pública, sob sua conta e risco, mediante contrapartida de exploração da empresa pública arrendada/locada.[367]

A privatização funcional *stricto sensu* confunde-se, em certa medida, com o denominado *outsourcing*, isto é, a contratação de uma instituição externa da entidade pública prestadora dos cuidados de saúde no SNS, passando o operador privado contratado a realizar atividades que, em tese, seriam executadas por uma repartição da própria entidade pública responsável. Contudo, por opção de gestão, a entidade pública procura fora a contratação para a prossecução de uma atividade funcional específica dos seus serviços, importando uma privatização da operação contratada[368].

Ainda na égide do Decreto-Lei n.º 86/2003[369], os hospitais em regime de PPP podiam realizar ajustes *outsourcing* dos serviços, contratando operadores privados, de acordo com o art. 12 do Anexo do Decreto Regulamentar n.º 14/2003:

> Artigo 12.º
> Contratação de terceiros

[367] . AMORIM, João Pacheco de. Prestação de serviços (de imediata utilidade pública) *vs.* concessões de serviços públicos. N.º 19. Revista de Contratos Públicos. Jan. 2019. p. 45.

[368] . MAARSE, Hans. The Privatization of Health Care in Europe: An Eight-Country Analysis. Journal of Health Politics, Policy & Law. Vol. 31. N.º 5. 2006. p. 981-1014.

[369] . Revogado o Decreto-Lei n.º 185/2002 de 20-ago DR.IS-A [191], na redação do presente diploma, pela Lei n.º 95/2019 - Diário da República n.º 169/2019, Série I de 2019-09-04, nos termos previstos no n.º 2 do seu art. 3.º

> 1 - As entidades gestoras poderão recorrer à prestação de serviços por terceiras entidades para a execução das actividades objecto do contrato de gestão, designadamente para a prestação dos serviços de apoio.
> 2 - A entidade gestora do estabelecimento não poderá contratar terceiras entidades para a prestação de cuidados de saúde que lhe caibam prestar directamente.
> 3 - Para as actividades indicadas no contrato de gestão, a celebração de contratos com terceiros fica dependente de prévia autorização pela entidade pública contratante, a qual só será concedida caso:
> a) Seja demonstrada a idoneidade, a capacidade técnica e a capacidade financeira dos terceiros;
> b) O terceiro se comprometa à execução das suas tarefas em termos e condições iguais aos acordados com as entidades gestoras.
> 4 - A entidade pública contratante poderá ainda exigir que as entidades terceiras que venham a ser contratadas disponham ou adiram a sistema de acreditação ou de certificação da qualidade.
> 5 - Com excepção dos contratos cuja celebração haja sido prevista no contrato de gestão, na sequência da proposta apresentada na fase de concurso, a celebração de quaisquer contratos com terceiros deverá ser precedida de um procedimento para a contratação de terceiros, cuja tramitação será prevista no contrato de gestão, e que incluirá as seguintes fases:
> a) Fase de definição do objecto do contrato, a efectuar em conjunto pela entidade pública contratante, pela entidade gestora do edifício e pela entidade gestora do estabelecimento hospitalar;
> b) Fase de preparação da documentação do procedimento, a cargo da entidade gestora que será contraparte no contrato, que fica sujeita à aprovação da entidade pública contratante;
> c) Fase de procedimento, a cargo da entidade gestora que será contraparte no contrato;
> d) Fase de adjudicação, com intervenção conjunta da entidade gestora que será contraparte no contrato e da entidade pública contratante.
> 6 - A contratação de terceiros, nos termos dos números anteriores, não exime as entidades gestoras de qualquer das suas obrigações perante a entidade pública contratante.
> 7 - Sem prejuízo da necessidade de aprovação pela entidade pública contratante dos contratos nos termos do presente artigo, não são oponíveis à entidade pública contratante quaisquer pretensões, excepções ou meios de defesa que resultem das relações contratuais estabelecidas pelas entidades gestoras com terceiras entidades.

O N.º 1 do art. 12 do Decreto Regulamentar n.º 14/2003 contém uma autorização expressa na autorização de privatização funcional *stricto sensu*, ainda que já houvesse uma privatização orgânica funcional, ou seja, um operador privado com um papel de gestão das atividades dos cuidados de saúde no hospital público em regime de PPP - poderiam recorrer à prestação de serviços de apoio de outros operadores privados, a fim de alcançar os objetivos específicos do contrato de gestão, concretamente, a satisfação dos utentes com serviços eficientes e eficazes.

Os serviços de apoio estão enumerados em *numerus clausus* no art. 1.º do Anexo do Decreto Regulamentar n.º 14/2003 como serviços de natureza

complementar ou auxiliar. As operações não essenciais da unidade hospitalar definidas pela norma atribuem discricionariedade limitada ao gestor privado, admitindo a opção de terceirização nos casos de Lavandaria; Higiene e limpeza; Segurança de pessoas e bens; Portaria; Alimentação; Manutenção de redes; Manutenção do edifício; Jardinagem e manutenção de espaços verdes; Estacionamento; Abastecimentos: vapor e energia térmica, eletricidade, águas e gases; Comunicações; Recolha e transporte de resíduos gerais; Recolha e transporte de resíduos hospitalares; Disposição e tratamento de resíduos gerais; Disposição e tratamento de resíduos hospitalares; Recolha e tratamento de efluentes líquidos; Transporte, entre outros serviços, de acordo com a nota 1 anexa à norma.

Através do Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho, que alterou o Decreto-Lei n.º 86/2003, revendo o regime jurídico aplicável à intervenção do Estado nas PPP, ficou clara a intenção de criação de um mercado interno público dinâmico no SNS, passando a definir os parceiros públicos por meio de três figuras jurídicas, o Estado e entidades públicas estaduais; os fundos e serviços autónomos; e as entidades públicas empresariais. É manifesto que a política legislativa optou pela fragmentariedade das responsabilidades públicas, designando-as aos parceiros públicos. Os instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e privados estão mencionados no art. 2.º, N.º 4 do Anexo do Decreto-Lei n.º 141/2006 - contratos de concessão de obras públicas, de serviço público; contratos de fornecimento contínuo; contratos de prestação de serviços; contratos de gestão e contratos de colaboração, quando estiver em causa a utilização de um estabelecimento ou uma infraestrutura já existentes, pertencentes a outras entidades que não o parceiro público. A modalidade de privatização funcional *stricto sensu* não encontra suporte fático para incidência da norma, uma vez que são contratos de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, com prazo de duração igual ou inferior a três anos (não duradouros), que não envolvem obrigações para o parceiro público, no termo ou para além do termo do contrato (art. 2.º, N.º 5, alínea *e* do Anexo). Na privatização orgânica funcional existe uma clara partilha de responsabilidades e de riscos. O operador público acompanha e controla a execução dos objetos da parceria, garantindo o interesse público subjacente, enquanto o operador privado financia, executa e gere a atividade contratada (art. 5.º do Anexo), sendo certo que os riscos são previamente contratados (art. 7.º do Anexo).

O Código dos Contratos Públicos - Decreto-Lei n.º 18/2008 - veio regular um novo procedimento para as relações jurídicas contratuais entre operadores públicos e privados, tendo sido alterado pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho. Os Anexos IX e X do referido Código apresentam as listas de serviços públicos de saúde suscetíveis de contratualização pública, compondo a consolidação do regime substantivo dos contratos administrativos relacionados com as concessões na área da saúde. É no art. 407.º do Código que se estabelece a tipicidade das *concessões PPP*, levando em consideração o objeto contratualizado - quando o mesmo incidir em obras públicas, aplicar-se-á o N.º 1, quando incidir em serviços públicos, aplicar-se-á o N.º 2.[370] Estas tipologias aventadas sobre limites estritos da reserva legal são uma manifestação da opção da política legislativa em limitar o acesso dos operadores privados ao mercado interno do SNS, em determinados formatos contratuais. Se, por um lado, o Código de Contratos Públicos admitia a extensão para obras públicas e para serviços públicos, o atual art. 2.º, N.º 1 do Decreto-Lei n.º 23/2020, adotando o princípio da especialidade, acabou por restringir as *concessões em PPP* no âmbito da saúde aos serviços públicos ou, mais precisamente, à sua gestão[371].

O artigo 44.º do Código dos Contratos Públicos, ao tratar dos Cadernos de Encargos relativos aos contratos de concessão e ao afirmar expressamente que *as normas de exploração são estabelecidas também no interesse dos utentes*, revela uma clara manifestação da tendência legislativa do *new public management*. As

[370] . Código de Contratos Públicos (Decreto-Lei n.º 18/2008). Parte III Regime substantivo dos contratos administrativos. Título II Contratos administrativos em especial. Capítulo II Concessões de obras públicas e de serviços públicos. Secção I Disposições gerais. Artigo 407.º (Noção) 1 - Entende-se por concessão de obras públicas o contrato pelo qual o co-contratante se obriga à execução ou à concepção e execução de obras públicas, adquirindo em contrapartida o direito de proceder, durante um determinado período, à respectiva exploração, e, se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço. 2 - Entende-se por concessão de serviços públicos o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, directamente, pelo contraente público. 3 - São partes nos contratos referidos nos números anteriores o concedente e o concessionário.

[371] . Decreto-Lei n.º 23/2020. Artigo 2.º (Âmbito dos contratos de parceria de gestão na área da saúde) 1 - Para efeitos do disposto no presente decreto-lei, os contratos de parceria de gestão na área da saúde são acordos celebrados com entidades privadas e do setor social, nos termos da Base 6 da Lei de Bases da Saúde, aprovada em anexo à Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro, que têm por objeto principal assegurar a gestão e prestação de cuidados de saúde correspondentes a um serviço público de saúde em estabelecimentos, ou em parte funcionalmente autónoma daqueles, integrados ou a integrar no SNS, com transferência e partilha de riscos, podendo ainda envolver, entre outras, as atividades de conceção, construção ou conservação daquele estabelecimento, ou de parte funcionalmente autónoma deste.

proposições discricionárias contratuais estão vinculadas ao critério de alcance de efeitos práticos de procura da satisfação dos utentes do SNS. De acordo com a mesma essência hermenêutica, o art. 45.º do Código apresenta o Caderno de Encargos das parcerias público-privadas, afirmando a existência do mercado público do SNS e, contido nele, o respeito pelo princípio jurídico da concorrência, mitigada pela obediência de pré-requisitos dos operadores privados.

Tendo sido revogado o art. 2.º, N.º 5, alínea *e* do Decreto-Lei n.º 86/2003, que limitava o prazo de três anos[372] acima referido para configuração do elemento normativo essencial de longa duração às *concessões PPP*, o atual Decreto-Lei n.º 23/2020 acabou por omitir esta questão, gerando uma difícil distinção entre uma *concessão PPP* ou *outsourcing* e, até mesmo, um *contracting out*. É apenas através da observação de outros elementos essenciais de procedimentalização para contratação com o operador privado, bem como dos seus objetivos mais ou menos específicos, associados à existência de partilha de responsabilidades e de riscos entres os contratantes, que se pode caracterizar o fenómeno de privatização funcional como *stricto sensu* ou como orgânico.

Importa referir que, os fenómenos de privatização funcional *stricto sensu* avocam a transferência integral do risco da administração para a concessionária, através do *outsourcing* ou do *contracting out,* com o fim específico de suprimento da atividade específica acessória, viabilizando, desta forma, o objetivo global da atividade de cuidado de saúde de responsabilidade do operador público. Por outro lado, os fenómenos de privatização orgânica funcional traduzem a partilha do risco entre os operadores público e privado, sugerindo um ajuste contratual mais abrangente quanto à partilha de tarefas, de riscos e de financiamento. Ainda que ocorra um maior envolvimento global do operador privado na privatização orgânica funcional, este fenómeno revela também uma maior interação do ente público na condução do cumprimento das cláusulas contratuais erigidas com o objetivo de atingir os fins públicos.

---

372 . Decreto-Lei n.º 86/2003 de 26 de Abril. Artigo 2.º (Definição de parceria público-privada e âmbito de aplicação) 5 - Excluem-se do âmbito de aplicação do presente diploma: e) Todos os outros contratos de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, com prazo de duração igual ou inferior a três anos, que não envolvam a assunção automática de obrigações para o parceiro público no termo ou para além do termo do contrato.

Por intermédio do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio, Portugal criou a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (UTAP), entidade administrativa dotada de autonomia administrativa e subordinada ao Ministério das Finanças, tendo a incumbência de preparar, desenvolver, executar e acompanhar os processos de PPP, apoiando tecnicamente o Ministério das Finanças e as demais entidades públicas envolvidas (art. 35.º, N.º 1). Trata-se de uma espécie de órgão de controle preventivo no Governo, servindo de instrumento técnico de análise do mérito administrativo na preparação dos concursos de seleção dos operadores privados. O referido diploma estabelece especificamente uma procedimentalização, para efeitos de definição da vontade do Governo, concepção de uma *concessão PPP*, bem como de preparação, lançamento, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento das PPP(s).[373]

Apesar do Código de Contratos Públicos ter versado sobre o procedimento externo das parcerias com operadores privados, o Decreto-Lei n.º 111/2012 veio tutelar os procedimentos internos para os atos preparatórios e para os atos de desenvolvimento dos projetos, tocando ainda nos atos de execução e de acompanhamento dos contratos. Assim, acolhendo o princípio da legalidade, ficaram bem delimitadas quatro fases do procedimento de construção do ajuste contratual em regime de PPP, a saber, 1.ª) preparação; 2.ª) desenvolvimento do projeto; 3.ª) execução; e 4.ª) acompanhamento do contrato. A técnica de procedimentalização para definição da vontade administrativa na escolha do operador privado consubstancia um mecanismo tradicional na área da atividade administrativa, sendo *a tábua de salvação* para os adeptos da obediência da legalidade estrita para extração do interesse público. Embora a normativa preexistente dos ajustes em *concessões PPP* tenha flexibilizado as margens de liberdade negocial ao Estado, para o fim exclusivo de atender às exigências dos utentes dos serviços do SNS, a nova política legislativa nacional aparenta uma intenção de retroceder a hermenêutica tradicional administrativa de alcançar a vontade pública através do respeito pelo procedimento legalmente instituído (reserva legal)[374].

---

373 . PORTUGAL. Ministério das Finanças. UTAP. Disponível em: https://www.utap.gov.pt/atribuicoes.htm. Acesso em: 6.10.2020.

374 . A nova base hermenêutica no setor da saúde para as concessões PPP está consubstanciada na Lei n.º 95/2019, que aprovou a Lei de Bases da Saúde e revogou a Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, o Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto e o Decreto-Lei n.º 20/2020, que estabeleceu as regras para a celebração de contratos de parceria de gestão na área da saúde.

Todas as *concessões PPP* atualmente vigentes estão submetidas aos regimes jurídicos revogados, em razão da incidência do *tempus regit actum* descrito no art. 7.º do Decreto-Lei n.º 23/2020. Atualmente, a UTAP acompanha os seguintes contratos em regime de PPP na área da saúde:

Parceria	Entidade
Hospital de Braga - Gestão do Edifício	Escala Braga, Gestora do Edifício, S.A.
Hospital de Braga - Gestão do Estabelecimento	Escala Braga, Gestora do Estabelecimento, S.A
Hospital de Cascais - Gestão do Edifício	TDHOSP - Gestão de Edifício Hospitalar, S.A.
Hospital de Cascais - Gestão do Estabelecimento	HPP Saúde - Parcerias Cascais, S.A
Hospital de Loures - Gestão do Edifício	HL - Sociedade Gestora do Edifício, S.A.
Hospital de Loures - Gestão do Estabelecimento	SGHL - Soc. Gestora do Hospital de Loures, S.A.
Hospital de V. Franca Xira - Gestão do Edifício	Escala Vila Franca – Gestora do Edifício, S.A.
Hospital de V. Franca Xira - Gestão do Estabelecimento	Escala Vila Franca – Gestora do Estabelecimento, S.A.

FONTE: https://www.utap.gov.pt/

Ao tratar da privatização orgânica funcional, o objeto contratual tem em consideração a absorção global e integrada dos componentes de prestação do serviço público dos cuidados de saúde. Trata-se de um contrato típico administrativo, cujas regulações estão bem definidas no campo de atuação por extensão, num primeiro momento, por intermédio do Decreto-Lei n.º 185/2002, e hoje, mediante o Decreto-Lei n.º 23/2020. Os contratos de PPP são incrementos do avanço técnico jurídico dos tradicionais contratos de concessão, podendo ser chamados de *novas concessões* ou *concessões em PPP*. Importa referir que, a tipicidade dos contratos de PPP no âmbito da saúde trazem critérios de discricionariedade vinculada, de acordo com as opções da política legislativa vigente no momento da sua constituição, traçando uma liberdade mitigada negocial para os ajustes das categorias contratuais, no que concerne ao objeto, à partilha de riscos, ao prazo de duração e ao procedimento adjudicatório.

Na ótica do art. 2.º, N.º 1 e N.º 2 do Decreto-Lei n.º 185/2002, o objeto do regime jurídico das parcerias em saúde apresentava uma tendência na gestão e em financiamentos privados. O estabelecimento de parcerias em saúde tinha por objeto o ajuste duradouro de operadores privados para a execução de prestações de saúde em todos os níveis de cuidados de saúde (primários, diferenciados e continuados), bem como apoiá-los no âmbito do SNS. As parcerias em saúde objetivavam as atividades de concepção,

de construção, de financiamento, de conservação e de exploração dos estabelecimentos integrados ou a integrar no SNS, transferindo e partilhando riscos e recursos por intermédio do financiamento por outras entidades. Atualmente, com a revogação do Decreto-Lei n.º 185/2002, através da nova Lei de Base da Saúde e a edição do Decreto-Lei n.º 23/2020, a política legislativa alterou-se, restringindo o objeto do regime jurídico das parcerias, refutando o financiamento privado e focando na gestão. É provável que esta opção não seja a mais avisada, perante o sucesso de revitalização do SNS em época de crise económica e financeira no país, que, se socorrendo aos operadores privados, conseguiu manter o sistema único de saúde serviente aos utentes. Hoje, o art. 2.º, N.º 1 do Decreto-Lei 23/2020 deixa mitigado o objeto contratual na gestão e na prestação de cuidados de saúde dos serviços públicos de saúde em estabelecimentos integrados no SNS, havendo transferência e partilha de riscos, incluindo as atividades de concepção, de construção ou de conservação dos estabelecimentos ou de parte funcionalmente autónoma dos mesmos.

As repartições de riscos entre o Estado e o operador privado são ajustes consensuais, ficando os mesmos limitados às exigências obrigacionais previstas no art. 6.º, alíneas *a* a *c* do Decreto-Lei n.º 23/2020. O Estado assume o pagamento dos serviços, desempenhados pela Entidade Gestora, em benefício dos utentes. A nova lei coloca em dúvida características principais das *concessões PPP*, retirando a segurança jurídica para ajustes duradouros e deixando uma lacuna legislativa com o art. 3.º, N.º 4, designando um caráter meramente temporário, não dando preferência ao direito de renovação contratual, associado ao caráter supletivo, nos termos do art. 1.º, N.º 1. Ao que tudo indica, o espírito legislativo mudou em relação à regulação anterior, que incentivava o mercado interno público da saúde (*new public management*), passando hoje as *concessões PPP* a representar uma espécie de *slap hole* (*tapa buraco*) da incapacidade estatal, suprindo as necessidades no SNS.

A exigência da Entidade Gestora assumir a natureza de *sociedade comercial com sede e administração principal localizadas em Portugal*, constante do art. 4.º, N.º 2 do Decreto-Lei n.º 23/2020, colide, aparentemente, com o direito comunitário, uma vez que criou uma espécie de discriminação em razão da nacionalidade do operador

privado parceiro[375]. Neste ponto, é interessante ter em mente os desígnios principiológicos do Livro Verde sobre as PPPs e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões [COM(2004) 327 final], que proibe a discriminação entre os operadores potencialmente interessados e/ou em condições de assegurar o cumprimento das tarefas em questão[376]. Além disso, como já referimos, a lacuna temporal das concessões em PPP, no atual art. 3.º, N.º 1 do Decreto-Lei 23/2020, acabou por atingir frontalmente o elemento caracterizador do tipo ou forma contratual, de acordo com a orientação normativa comunitária, que expressamente refere no item 2, **A duração relativamente longa da relação, que implica a cooperação entre o parceiro do sector público e o parceiro do sector privado sobre diferentes aspectos de um projecto a realizar*[377].

No que concerne aos elementos em debate, entendemos que a nova política legislativa do Decreto-Lei n.º 23/2020, incentivada pelo espírito da Lei de Base da Saúde – Lei n.º 95/2019, veio descaracterizar os elementos base das *concessões PPP,* concretamente, no que diz respeito ao caráter duradouro e à satisfação de uma necessidade coletiva (entrega de serviços eficientes e eficazes para os utentes)[378]. Estas bases elementares de caracterização do regime jurídico das PPP são o alicerce para a segurança jurídica contratual, conferindo paridade de armas na relação sinalagmática de partilha de responsabilidades e de riscos dos operadores público e privado, em relação à atividade de cuidado de saúde em benefício dos utentes do SNS.

---

375 . VIANA, Cláudia. Os princípios comunitários na contratação pública. PARTE III - Evolução e desenvolvimento da disciplina comunitária específica da contratação pública. Capítulo II – As directivas de liberalização. Parte IV – As directivas comunitárias substantivas relativas à contratação pública. Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

376 . UNIÃO EUROPEIA. EUR-Lex. Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões [COM(2004) 327 final]. 30. A Comissão considera que o regime que decorre das disposições pertinentes do Tratado pode ser resumido nas obrigações seguintes: estabelecimento de regras aplicáveis à selecção do parceiro privado, publicidade adequada relativa à intenção de atribuir uma concessão e às regras que presidem à selecção, de molde a permitir o controlo da imparcialidade ao longo de todo o processo, situação de concorrência efectiva dos operadores potencialmente interessados e/ou em condições de assegurar o cumprimento das tarefas em questão, respeito do princípio da igualdade de tratamento dos participantes ao longo de todo o processo, adjudicação com base em critérios objectivos e não discriminatórios. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52004DC0327. Acesso em: 7.10.2020.

377 . UNIÃO EUROPEIA. EUR-Lex. Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões [COM(2004) 327 final]. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52004DC0327. Acesso em: 7.10.2020.

378 . CABRAL, Nazaré da Costa. As parcerias público-privadas. Coimbra: Almedina. 2009. p. 152.

Afinal, qual operador privado irá assumir um ónus público, realizando investimentos de enorme impacto financeiro, sem que existam circunstâncias bem delimitadas e atrativas de remuneração em contrapartida ao risco assumido. É utópico pensar que o mercado público da saúde tenha apenas atores privados caridosos com a missão do Estado, pois o custo de manutenção de uma relação jurídica contratual de assunção do dever de prestação dos cuidados de saúde aos utentes do sistema único de saúde é um negócio jurídico de elevado risco, que pode até gerar a inviabilidade de sobrevivência do operador privado.

A legislação pertinente relativamente ao fenómeno de privatização funcional encontra-se abaixo elencada:

Privatização Funcional	
Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto	Define o regime jurídico das parcerias em saúde com gestão e financiamentos privados (Revogado)
Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril	Define normas especiais aplicáveis às parcerias público-privadas (Revogado)
Decreto Regulamentar n.º 10/2003, de 28 de Abril	Aprovou as condições gerais dos procedimentos prévios à celebração dos contratos de gestão para o estabelecimento de parcerias em saúde
Decreto Regulamentar n.º 14/2003, de 30 de Junho	Aprova o caderno de encargos tipo dos contratos de gestão que envolvam as atividades de concepção, construção, financiamento, conservação e exploração de estabelecimentos hospitalares
Decreto-Lei n.º 141/2006, de	Primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, revendo o regime jurídico aplicável à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global de parcerias público-privadas (Revogado)
Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro	Código dos Contratos Públicos
Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio	Disciplina a intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas e cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos
Decreto-Lei n.º 75/2019, de 30 de Maio	Procede à constituição do Hospital de Braga, E. P. E. Obs.: O contrato de gestão do Hospital de Braga (Contrato de Gestão), celebrado em fevereiro de 2009, em regime de parceria público-privada (PPP), entre o Estado Português, representado pela Administração Regional de Saúde do Norte, I. P. (ARS Norte, I. P.), e a Escala Braga - Sociedade Gestora do Estabelecimento, S. A. (Escala Braga), terminou, na parte relativa à gestão do estabelecimento hospitalar, em 31 de agosto de 2019.
Decreto-Lei n.º 23/2020, de 22 de Maio	Estabelece as regras para a celebração de contratos de parceria de gestão na área da saúde Obs.: O presente decreto-lei não se aplica às parcerias cujo processo, nos termos do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, na sua redação atual, se tenha iniciado antes da sua entrada em vigor.

Parte 3 – Ruptura epistémica da Constituição da República Portuguesa

Sumário:

1. O processo de transformação da Constituição de 1976 (dirigente e autoritária) e a perspectiva de uma (nova) Constituição. 2. Transformações substanciais da (nova) Constituição. 2.1. Cronograma de transformação da CRP. 2.1.1. Democratização portuguesa e posterior desestatização da economia. 2.1.2. A introdução da interação da sociedade civil com o Estado Português. 2.1.3. As transposições de Portugal como Estado membro da União Europeia

1. O Processo de transformação da Constituição de 1976 (dirigente e autoritária) e a perspectiva de uma (nova) constituição

A Constituição da República Portuguesa de 1976 é um marco de rutura com os princípios políticos constitucionais conformadores da Constituição de 1933. Ao contrário da Constituição de 1933, a atual Constituição tem origem no poder constituinte representativo, trazendo consigo uma percepção estruturante distinta. O Estado Democrático é oriundo do constitucionalismo democrático-social, constituído pela força política dominante da nação. Assim, trata-se de um texto legitimado à implementação de ideias socialistas dentro de um cenário histórico da ideologia política, influenciado fortemente por legislações estrangeiras[379].

A construção da Constituição de 1976 está pautada pela forte influência do pensamento político do constitucionalismo na estruturação dos direitos econômicos, sociais e, até mesmo, culturais em Portugal.

Inserida no período do totalitarismo constitucional, a Constituição de 1976 é sedimentada pela inspiração social. A técnica jurídica empregada é usual na fase do constitucionalismo contemporâneo, criando desígnios a serem alcançados pelo Estado através de programas de governo (*as agendas políticas*). A característica marcante é criar um procedimento estático, que fixa categorias de *princípios-regras* indissociáveis para as ações de governo. O atributo evidencia um direcionamento comunitário, cujo

379 . CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 199.

papel fundamental é não autorizar um processo de evolução dinâmica dos conceitos jurídicos com *status* universalizados de solidariedade (fraternidade). Conhecidos como direitos de terceira geração, são fragmentados como direitos ou garantias à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento sustentável (anexo ao meio ambiente), à qualidade de vida (saúde, educação, providência social), tutela do património histórico e cultural, bem como o direito de comunicação[380].

O grande desiderato da Constituição de 1976 foi transformar as bases económicas e sociais do país. A competência legislativa (do poder político) para a estruturação do plano económico deu (e dá) ocasiona uma opção de reformas administrativas estruturais, admitindo nacionalizações (estatizações) de serviços de aptidão da sociedade para a responsabilidade do Estado (ex.: educação, saúde, etc.). O momento histórico de criação da CRP de 1976 admitia a exteriorização de conceitos jurídicos *garantistas*, revelando a preponderância do projeto constitucional em atingir alterações marcantes diante do anterior texto constitucional de 1933, de carácter corporativo do *Estado Novo,* com uma concepção autoritária-plebiscitária. Deu-se também a composição dos movimentos sindicais e a centralização da organização do trabalho pelo Estado, transformando os aspectos sociais no lema da tutela fundamental dos desígnios constitucionais.

Estes fenómenos jurídicos estão marcados no modelo constitucional estabelecido pelo poder constituinte originário. Como afirma J. J. Gomes Canotilho, trata-se de uma técnica-jurídica de *hipertrofia* do texto constitucional com *normas tarefas* e de *normas-fim*, ocasionando na *constituição programática* o impedimento de aberturas e de soluções políticas admissíveis na *constituição processo*[381].

A opção política socialista de construir um texto constitucional analítico, examinando e regulamentando um número exacerbado de assuntos, em relação ao meio de formação, à destinação e ao funcionamento do Estado, passou a conformar os fins e os programas de ação futura da nação, impedindo a orientação social-democrática

380 . SALERT, Ingo. W. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 58.

381 . CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 207-208.

de instituir planos mais adequados à realidade social atual.[382] A ausência de um sistema aberto de regras e princípios faz com que *os programas* de ação do governo fiquem limitados ao dirigido na década de setenta. Na verdade, não existem programas de governo, mas um único programa com *status* de lei fundamental. O atributo formal da vigente Constituição Portuguesa relaciona-se também com os limites extensivos do que ordena aos órgãos legislativos e, ao mesmo tempo, estabelece limites exíguos de como e quando tem que agir o poder legislativo infraconstitucional.

Paralelamente, as evoluções normativas são obstaculizadas no plano traçado pelo poder constituinte originário. O tipo rígido da Constituição torna impeditiva a livre modificação da lei fundamental, exigindo a utilização de um método intenso para a sua revisão, em virtude de essa ser uma garantia da própria Constituição, mesmo que, com tal exigência, não se consiga acompanhar e dar resposta às novas necessidades e/ou demandas da sociedade. O desiderato de estabilização reflete-se na construção normativa da técnica-jurídica constituinte, pois, ao tratar da Revisão Constitucional, delimita exaustivamente a competência e o tempo para a rever; a legitimidade de iniciativa de propor; a aprovação e a promulgação; o modo de inserção formal no texto constitucional; os limites materiais do reexame; e ainda as vedações de alteração da lei fundamental em momentos de estado sítio ou de estado de emergência (arts. 284.º a 289.º da CRP).

O poder de rever as bases hermenêuticas constitucionais é apoiado na característica da Constituição de 1976[383], ou seja, está ligado aos efeitos práticos dos contextos sociais com as regras jurídicas, dando resposta aos suportes fáticos. Esta noção técnico-jurídica pode demonstrar a limitação do legislador constitucional em estabelecer novos critérios epistémicos para o texto constitucional, estando o mesmo limitado à positividade de interdependência entre as *normas-tarefas* ou *normas fim* e o procedimento rigoroso, legalmente instituído, de fiscalização do texto constitucional. Em nossa conceção, é necessário dar um passo em frente, por forma a alcançar uma nova identidade substancial dos acontecimentos práticos.

---

382 . MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 10-11.

383 . CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 1060.

Apenas o poder constituinte pode romper a dependência do padrão estático do modelo *civil law*, onde há sujeição estrita no ordenamento jurídico posto pela lei fundamental. Talvez seja necessário admitir uma espécie de rutura da constituição, para que se estabeleça uma ordem jurídica prática e menos ideológica.

Desde a primeira Revisão de 1982 que já se acenavam fugas dos padrões socialistas do inicial texto constitucional, alterando as bases semânticas da lei fundamental e alcançando alterações conceituais das diretrizes de organização económica do país, nos termos do art. 80.º da CRP. A partir da segunda Revisão, em 1989, é possível verificar a mudança da matriz económica do país, através da desestatização dos ideais de nacionalização dos meios de produção e de outros bens, admitindo assim a privatização, surgindo um plano de desenvolvimento económico e social para Portugal. Porventura, a adesão de Portugal ao bloco económico da União Europeia (UE), em 1986, tenha, de certa forma, obrigado as bases políticas do país a cederem os seus pensamentos e aprovarem uma estrutura de estado compatível à axiologia de cooperação económica. Portugal necessitava urgentemente de se abrir para compor o mercado comum europeu.

As reformas e os investimentos em infraestrutura, dentro dos desígnios da UE, promoveram um crescimento económico do país. O Produto Interno Bruto (PIB)[384] aumentou quase setenta por cento no contexto europeu (1970 a 2003)[385]. Pois bem, através deste indicador macroeconómico é possível quantificar o desenvolvimento da atividade económica do país com a mudança de paradigma político-jurídico. A remissão de parte do poder constituinte das mãos da política interna elevou Portugal para um *status* mais adequado relativamente ao *mercado mundial,* devido à estabilidade e ao crescimento provocados pela terceira fase da União Económica e Monetária do Bloco Europeu. Através da Resolução do Conselho Europeu de 1997, Portugal, juntamente com outros países, foi obrigado a controlar a sua situação

384 . O PIB é a soma de todos os bens e serviços finais produzidos por um país, estado ou cidade, geralmente no período temporal de um ano. Todos os países calculam o seu PIB nas suas respectivas moedas. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php. Acesso em: 16.6.2019.

385 . A new sick mano of Europe. The Portuguese economy. Revista The Economist. Apr. 2007. Disponível em: https://www.economist.com/europe/2007/04/12/a-new-sick-man-of-europe. Acesso em: 2.2.2019.

orçamental e a rever as coordenadas das políticas económicas, *fechando as portas* dos cofres públicos com o objetivo de diminuição dos défices excessivos.[386]

A partir do início do ano de 1999, Portugal inseriu-se no uso da moeda comum (Euro - €), submetendo-se aos regulamentos da UE. Nos primeiros dez anos de inserção do país no Bloco, o crescimento económico elevou-se, ficando numa média de 3,7%. Sem prejuízo do crescimento do PIB nos primeiros anos de vigência da Constituição, constata-se que a inserção na UE e as consequentes adaptações na estrutura económica do país geraram a queda da inflação em 19,5% dos tempos socialistas para os 4,2%. Esta dinâmica macroeconómica estendeu-se até 2001, elevando em 0,2% relativamente aos anos anteriores e alcançando a média de 3,9%/ano. Estes dados demonstram que, mesmo havendo estancamento e/ou recessão nos anos subsequentes com percentual de crescimentos ínfimos de 0,5%/ano, em razão da conjuntura económica mundial, é através *da abertura dos mercados* que Portugal melhora a sua situação macroeconómica. Frise-se. O país tem mais da metade do PIB originário do setor de serviços[387]. Não existe justificação para que o Estado estatize parcela deste setor,

---

386 . UNIÃO EUROPEIA. EUR-LEX. Pacto de Estabilidade e Crescimento (1.997). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/stability_growth_pact.html?locale=pt. Acesso em: 17.6.2019.

387 . LOOK at any table of European economic data and Portugal stands out. GDP growth last year, at 1.3%, was the lowest not just in the European Union but in all of Europe. Since 2000 the Czech Republic, Greece, Malta and Slovenia have all overtaken Portugal in terms of GDP per head. And Portuguese GDP per head has fallen from just over 80% of the EU 25 average in 1999 to just over 70% last year. Portugal was the first country threatened with sanctions by the European Commission for breaching the euro zone's stability and growth pact, which sets ceilings for euro members' budget deficits. The commission thinks Portugal's sin was to let public spending soar out of control, pushing the forecast deficit in early 2005 up to 6.8% of GDP, the highest in the euro zone. Ironically the commission is now headed by José Manuel Barroso, a former Portuguese prime minister who ought to shoulder some of the fiscal blame. The government is still struggling to bring the deficit below the stability-pact ceiling of 3% of GDP. It also wants to shake off its image among economists of being a prime example of how not to behave when joining the euro. What this image neglects is that José Sócrates, the Socialist prime minister, has been getting to grips with reform in Portugal since he took office two years ago—with some success. After commissioning a central-bank audit that revealed the alarming state of government finances, he broke an election pledge and raised value-added tax from 19% to 21%. He has attacked public-sector privileges by holding down pay, raising the minimum retirement age from 60 to 65 and cutting sick pay sharply. This year the focus is on streamlining the public administration, which costs more as a share of public spending than in any other euro zone country. Doctors, nurses, teachers, police and other public-sector workers have all taken to the streets in protest. But Mr Sócrates's tough approach is bearing fruit. The deficit fell to 3.9% of GDP in 2006, better than the initial target of 4.6%. At the same time, a jump in exports helped to lift growth above forecast. Sharing the Iberian peninsula with the economic powerhouse of Spain, where growth has been above 3% in all but one of the past ten years, makes Portugal's performance look worse. In a poll last autumn, 28% of respondents said they would prefer to be part of a united Iberia under Spanish rule. Few Portuguese would really go that far, but they do ask why they are doing much worse than their neighbours. There are several answers, say central-bank economists. Portugal has suffered more than Spain from higher oil prices. Its unit labour costs have risen sharply, whereas Germany's have fallen. Until recently, it has suffered a big drop in demand in its main export markets, especially Germany. Spain's economy has been buoyed by a construction boom fuelled by rising immigration. Renewed political

impedindo a livre iniciativa, a concorrência, a assunção do lucro e o caráter cosmopolita das novas relações jurídicas, ao aderir ao mercado comum da UE[388].

Esta dinâmica iniciou-se de forma positiva em Portugal. A visão de esgotar os gastos públicos através de uma gestão económica racional, admitiu, *por ex.*, que, após a Revisão de 1989, o país vivenciasse a Lei de Bases da Saúde – Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, e o Estatuto do Sistema Nacional de Saúde – Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro, adotando o estilo de *contracting out* ou *outsourcing* e autorizando hospitais públicos a possuírem gestão privada em regime de PPP.

A admissão de contratação externa, através dos *contracting out* ou *outsourcing* foi um método de procura de serviços técnicos especializados do setor privado, autorizando a concorrência entre os *business players*, reduzindo as atividades estatais. A dinâmica de mercado implementada de forma inicial visou a indução de eficiência do setor da saúde, atribuindo um novo conceito ao *medical conditions* (utentes doentes). Nasce, a partir daqui, a ideia do utente poder escolher o seu médico e a unidade hospitalar que o tratará, passando estes operadores a procurarem estratégias, atraindo os *clientes* com melhorias das instalações de atendimento, das equipas de trabalho e de inserção de tecnologia[389].

Todas estas medidas vivenciadas em Portugal até 2005 inclusive, com denominação *sui generis* de *empresarialização* do setor público, com a criação de personalidade jurídica de forma jurídica-privada dos hospitais até então públicos em hospitais S.A., embora ainda de capital exclusivamente público, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2003, do Decreto-lei n.º 207/2004, de 19 de Agosto, e do

instability has also taken a toll: on average governments in Lisbon have lasted just two years since the return of democracy in 1974. But the biggest difference is that Spain reformed its public sector and disciplined its public finances before joining the euro, not afterwards. When interest rates fell and released a surge of growth in the late 1990s, Portugal responded with an expansionary fiscal policy instead of taming its deficit. This was Portugal's big missed opportunity: one that Mr Sócrates is now seeking, belatedly, to remedy. (A new sick mano of Europe. The Portuguese economy. Revista The Economist. Apr. 2007. Disponível em: https://www.economist.com/europe/2007/04/12/a-new-sick-man-of-europe. Acesso em: 21.6.2019).

388 . BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; BOITEUX, Fernando Netto. Manual de Direito Empresarial. Salvador: *Jus*Podivm. 2018. p. 39-51.

389 . RIBEIRO, José Mendes. Saúde: A liberdade de escolha. 1ª ed. Lisboa: Gradativa. 2009. p. 153-157.

Decreto-lei n.º 214/2004, de 23 de Agosto, estavam em consonância com as intenções causais da UE.

Estas medidas atendiam inicialmente aos objetivos gerais, trazidos pelos atos legislativos da UE. A partir de 1996, o Bloco Económico passou a emitir Diretivas cujo fim era incentivar as privatizações[390], por forma a alcançar os fins comuns da união económica dos vinte e oito países membros[391]. Deixar a intervenção estatal das atividades de produção, de transporte e de comércio faz parte da remodelação imposta aos membros do Bloco. Tratam-se de atos normativos. Apesar de serem normas de eficácia contida[392], as Diretivas determinam a transposição para o ordenamento jurídico dos países membros como ato jurídico vinculativo e de aplicação geral.

Não estamos perante uma faculdade de adaptação de Portugal ou de qualquer Estado-Membro. Tratam-se, antes, de normas coercivas de cumprimento de requisições dos atos legislativos do Conselho ou do Parlamento Europeu, atendendo ao disposto no art. 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)[393].

Como facilmente se intui, a inserção de Portugal no bloco económico gerou uma mitigação em relação a uma parte da sua soberania constituinte e, em ato contínuo, a submissão ao direito primário dos acordos vinculados entre os países membros, formalizados pelos Tratados da UE. Neste caminho, é possível sugerir que os objetivos da UE são prevalentes aos desígnios da CRP e das suas sucessivas revisões. Existem tensões adaptativas com o fim de harmonizar o ordenamento jurídico português com o ordenamento jurídico da UE. E a partir daí, todas as disposições normativas derivadas do ordenamento jurídico da UE são frutos dos propósitos vitais do direito comunitário, podendo-se exteriorizar por intermédio de procedimentos legislativos ou

390 . CORRÊA, Fábio. FMI exige cortes de gastos sociais e privatizações. Revista Online O Tempo. 4.4.2011. Disponível em: https://www.otempo.com.br/economia/fmi-exige-cortes-de-gastos-sociais-e-privatizacoes-1.352540. Acesso em: 25.5.2016.

391 . UNIÃO EUROPEIA. Regulamentos, diretivas e outros atos legislativos. Disponível em: https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_pt#diretivas. Acesso em: 10.12.2018.

392 . SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 116.

393 . UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Art. 288º – (...) A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. (...). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:12016E288. Acesso em: 20.6.2019.

não legislativos, mas todos com um forte poder coercivo, de maior ou menor intensidade de influência aos propósitos anteriormente designados exclusivamente pelos textos constitucionais dos Estados-Membros.

Num plano hermenêutico hierárquico de fontes do direito, é correto entender o caráter de preponderância do direito comunitário sobre o direito interno dos vinte e oito Estados-Membros.[394]

Em boa verdade, trata-se de um *princípio-regra*, constituído dentro do carácter jurisdicional de tendência *common law* do Tribunal de Justiça da UE[395], conforme se depreende nas razões de fundamentação do julgado no *Judgment of the Court of 15 July 1964. - Flaminio Costa v E.N.E.L. - Reference for a preliminary ruling: Giudice conciliatore di Milano - Italy. - Case 6/64*:

> O primado do direito comunitário é confirmado pelo artigo 189.º, nos termos do qual os regulamentos têm valor «obrigatório» e são directamente aplicáveis «em todos os Estados-Membros».
> Esta disposição, que não é acompanhada de qualquer reserva, seria destituída de significado se um Estado pudesse, unilateralmente, anular os seus efeitos através de um acto legislativo oponível aos textos comunitários.
> Resulta do conjunto destes elementos que ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade.
> A transferência efectuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do Tratado, implica, pois, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos, sobre a qual não pode prevalecer um acto unilateral ulterior incompatível com o conceito de Comunidade.
> Consequentemente, não obstante toda e qualquer lei nacional, há que aplicar o artigo 177.º, caso se coloque uma questão de interpretação do Tratado.[396]

---

394 . MARTINS, Patrícia Fragoso. Princípio do Primado do Direito da União Europeia. *in*. Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia. Uma Abordagem Jurisprudencial. Sofia Oliveira Pais (coord.). 3ª ed. E-Livro. Coimbra: Almedina. 2013.

395 . RAMOS, Rui Moura; PIÇARRA, Nuno. Conferência no Dia da Europa. O papel do Tribunal de Justiça da União Europeia na construção do projeto europeu. *in* Seminário de Doutoramento em Direito, 9.5.2019, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal.

396 . TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Judgment of the Court of 15 July 1964. - Flaminio Costa v E.N.E.L. - Reference for a preliminary ruling: Giudice conciliatore di Milano - Italy. - Case 6/64. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61964CJ0006&qid= 1563156867345&from=EM. Acesso em: 26.7.2016.

Tal como acertadamente refere o professor J. J. Gomes Canotilho, as disposições normativas do direito comunitário de aplicação direta passaram a ser uma *nova fonte da ordem jurídica constitucional portuguesa*, sendo que esta é prevalente na sua competência em razão da especialidade dos propósitos de inserção do país ao bloco económico, em detrimento da legislação estatal[397]. Talvez este possa ser o caminho para a ruptura dos limites materiais de revisão do art. 288.º da CRP, tendo em conta que, a admissão da supremacia do direito comunitário autoriza a abertura de uma nova lógica hermenêutica constitucional.

Este procedimento evolutivo constituinte é percebido na CRP, através das sucessivas revisões ao longo de sua vigência (anos 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005). Para se adaptar ao contexto constituinte europeu, Portugal tem realizado algumas alterações formais no texto constitucional. As revisões constitucionais acarretaram um corte epistémico das reflexões, das etapas socioeconómicas e dos limites tradicionais dos mecanismos processuais de alteração dos conteúdos constitucionais, ao ponto de, atualmente, ser manifesto o esforço do legislador interno em adaptar a CRP aos critérios constitucionais da economia europeia.[398]

Com o presente trabalho não visamos discutir os confrontos abstratos das discussões teóricas, mas apenas fornecer a percepção dos reais efeitos de transformação dos desígnios constitucionais internos de Portugal enquanto Estado-Membro submisso às regras jurídicas da UE. Atualmente, as normas comunitárias da UE conferem aos preceitos constitucionais portugueses incompatíveis a caraterística de um conjunto de normas de *status* formal e materialmente constitucional aparentemente viáveis, não passando, porém, de normas *mortas* e *expulsas* do ordenamento jurídico comunitário europeu. Assim sendo, é lícito concluir que, a constituição dirigente e autoritária de 1976 possui atualmente preceitos normativos inaplicáveis. Por outras palavras, a garantia da CRP conferida pelo procedimento de revisão mais rígido acabou, em certas situações, por decair nos seus limites absolutos de poder constituinte interno de

397 . CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 825.

398 . OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação Administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina. 2007. p. 427 e seg.

revisão, em prol de uma instabilidade de relativização de *possíveis revisões*, não instituídas formal e materialmente no poder revisor, anotado na constituição de 1976, mas originárias de prementes necessidades de compatibilização com o direito comunitário europeu, provocando, assim, uma espécie de abertura sistémica da ordem jurídica constitucional portuguesa, por intermédio dos critérios de obediências coercivas das regras jurídicas do direito comunitário.

De qualquer modo, existiram, até hoje, sete revisões formais na CRP[399] e uma oitava revisão inacabada com vários projetos em debate há mais de oito anos[400], denotando a demora do procedimento formal de revisão da lei fundamental portuguesa.

A primeira revisão em 1982 adaptou Portugal ao contexto de Estado Direito, reduzindo o caráter intervencionista do Estado. O centro político português, liderado por Pinto Balsemão e Mário Soares, tendo Jorge Miranda como um dos notáveis revisores constituintes, conseguiu reduzir o caráter intervencionista do Estado e aproximou a iniciativa privada para a inicial composição da economia mista. Apesar disso, manteve na lei fundamental as matérias de nacionalização e de reforma agrária.

A partir da segunda revisão, em 1989, alterou-se a matriz económica do país na direção da abertura para o mercado comum europeu. Através dos pensamentos liberais de Cavaco Silva e Vítor Constâncio, foram costuradas alterações no texto constitucional para liberalização da economia, adaptando-o aos critérios impostos pela integração económica internacional e europeia. A Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho, no seu art. 7.º, N.º 2 alterou, *por ex.*, o art. 9.º, alínea *d* da CRP, garantindo, além do bem-estar e a qualidade de vida do povo, o princípio da efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais, através da transformação e modernização das estruturas económicas e sociais. Esta revisão rompe com os desígnios jurídicos ideológicos do Estado Social, partindo para a construção de projetos normativos de efeito concreto,

399 . ALMEIDA, São José; GOMES, Sérgio B. As Revisões da Constituição da República Portuguesa. 40 anos da Constituição. Acervo Público. Disponível em: https://acervo.publico.pt/40-anos-da-constituicao/as-revisoes. Acesso em: 20.7.2019.

400 . PORTUGAL, Assembleia da República, 8ª Revisão Constitucional foi a apresentação em 16 de Setembro de 2010, Projeto de Revisão Constitucional por um conjunto de Deputados do Grupo Parlamentar do PSD.

capazes de alterar a matriz burocrática, estatizada e deficitária diante do orçamento do país.

De acordo com o art. 54º, N.º 1 da Lei Constitucional n.º 01/89, existe o fim do preceito constitucional da irreversibilidade das nacionalizações, autorizando as reprivatizações através da substituição do conteúdo do antigo art. 83.º para o art. 85.º e trocando o Nº. 1. Não obstante, estabeleceu um procedimento reforçado da lei-quadro para a admissão do fenómeno privatizante das empresas anteriormente nacionalizadas (Lei n.º 11/90, de 5 de Abril). Cumpre ainda referir que, a CRP reconheceu apenas a dimensão substancial de privatização, no art. 165.º, N.º 1, alínea *l* e no art. 293.º (usando a expressão como fenómeno de transferência total pela *despublicização* e pela *desestatização* do bem ou da tarefa pública.)[401] Todavia, tal não significa que outras dimensões de privatização não sejam aceites na ordem jurídica portuguesa, pois muitos dos fenómenos de privatização são verdadeiras reformas estruturais infraconstitucionais na organização administrativa dos serviços públicos.

A revisão de 1989 excluiu o direito ao acesso gratuito ao SNS. O art. 36º, N.º 1 da Lei Constitucional n.º 01/89 alterou o art. 64.º, N.º 2, alíneas *a* e *b*, da CRP, prevendo condicionantes económicos e sociais dos cidadãos para análise do critério de acesso aos cuidados de saúde de forma *tendencialmente gratuita.* O Tribunal Constitucional já tinha, anteriormente, fixado este entendimento no Acórdão n.º 731/95.

A norma reforçada das privatizações trouxe expressamente no art. 3.º de natureza conceitual seu objetivo de buscar a modernização as unidades econômicas, aumentando competitividade e contribuindo nas estratégias de reestruturação setorial e/ou empresarial, aumentando a capacidade empresarial no mercado nacional, bem como agenciando a diminuição da intervenção do Estado na economia. Através das privatizações, abriu-se a oportunidade de colaboração com o desenvolvimento do mercado de capitais, possibilitando o aumento de participação dos cidadãos na aquisição de ativos dos capitais das empresas, através de uma adequada dispersão do capital, dando particular atenção aos trabalhadores das próprias empresas e aos pequenos subscritores.

---

401 . CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa. Anotada. Vol. 1. 4ª ed. Coimbra: Coimbra. 2007. p. 998.

Apesar disso, o legislador constituinte manteve as responsabilidades do Estado. As mudanças estruturais tinham o papel primordial de reduzir o endividamento do Estado na economia.

A terceira revisão, em 1992, veio legitimar a inclusão de cláusulas do Tratado de Maastricht de 7 de fevereiro, conferindo-lhes carácter de normas constitucionais no quadro normativo interno português. Sem prejuízo de ainda se entender essencial a autonomia constitucional interna dos Estados-Membros, a UE condiciona de forma impositiva a submissão ao direito comunitário, sob pena de exclusão da comunidade.

A quarta revisão constitucional, em 1997, focou na reforma do sistema político português. Entretanto, atraiu-se a atenção para as medidas adjetas da revisão, uma vez que as mesmas tratam da *desconstitucionalização* de determinadas matérias, tais como a eliminação da obrigatoriedade do serviço militar em troca da opção de voluntariedade ou contratualização dos serviços, à semelhança do método de *contracting out* (art. 276.º, N.º 2 da CRP) ou a possibilidade de a lei infraconstitucional poder alterar a estrutura de composição do Poder Legislativo (art. 148.º da CRP).

Com as lideranças levadas a cabo por Marcelo Rebelo de Sousa e António Guterres compreende-se a abertura feita através da alteração do art. 64.º, N.º 3, ao substituir a expressão *controlar* por *fiscalizar,* por parte do Estado em relação às instituições de saúde pública ou privada que exerçam atividades no SNS. Ao alterar a expressão passou a admitir que, os serviços prestadores de cuidados de saúde no SNS possam ser desempenhados por terceiros (entidades públicas ou privadas)[402], cabendo ao Estado fiscalizar a administração da gestão dos serviços prestados no SNS e não mais controlar os atos de exercício da tarefa estatizada da saúde (art. 37.º, N.º 3 da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro).

As alterações do texto constitucional tiveram duas lógicas: uma lógica conjuntural de redução do *déficit* financeiro que resultou da estrutura estatizada

[402] . CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Vol. 1. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2007. p. 829-830.

dos serviços públicos essenciais e, por outro lado, uma lógica estrutural de remodelação da matriz económica para o modelo de mercado. Não obstante tais alterações, persistiu inalterado o conteúdo da lei fundamental no que cerne aos direitos económicos, sociais e culturais, revelando um legado ideológico socialista persistente no cenário político português.[403] Deste modo, o constituinte derivado não avançou substancialmente em relação ao novo contexto do direito comunitário económico, que estimula uma ordenação jurídica mais flexível e menos interveniente do Estado na vida económica, visando alcançar o interesse geral.

Apesar disso, cumpre lembrar que, a segunda revisão, em 1989, já tinha flexibilizado o direito social à saúde, retirando a gratuidade *tout court* e introduzindo a tendencial gratuidade dos serviços de saúde pública (art. 64º, N.º 2 da CRP). Surgiram, assim, as *taxas moderadoras* no SNS. Não se olvide que a construção jurídica é oriunda da norma infraconstitucional (art. 7.º da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro)[404], ou seja, a mudança dogmática está fundada na adaptação estrutural organizatória e funcional, através do direito administrativo da saúde[405]. O Tribunal Constitucional avalizou esta postura do legislador, autorizando uma interpretação de eficácia limitada ao dispositivo constitucional (Acórdão n.º 330/89, de 20 de Junho). Assim, é lícito concluir que, a *proteção da saúde* (art.64.º, N.º 2 da CRP) é construída de acordo com o programa implementado pelo Estado, visando a realização *dos fins sociais* (conceito: abstrato e político)[406].

Retomando a quarta revisão constitucional, é possível perceber que a mesma objetivou uma dinâmica em relação à reestruturação do Estado. Admitiu a intervenção da iniciativa económica privada, acabando com o monopólio estatal dos setores básicos, optando por tornar menos rígidas as matérias constitucionais. O antigo art. 87.º, N.º 3 e, atualmente, art. 86.º, N.º 3 da CRP, antes da revisão constitucional definia um poder-dever do legislador infraconstitucional em apontar *os setores básicos*

---

403 . MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito Económico. 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra. 2003. p. 30; 198.

404 . MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1313-1314.

405 . LOPES, Licínio. Direito Administrativo da Saúde. *In* OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro Costa (coords.). Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. III. Coimbra: Almedina. 2010. p. 225.

406 . SILVA, José Afonso da. Aplicação das normas constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 126.

nos quais é (era) *vedada a atividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza*. Após a revisão, o texto da lei fundamental passou a receber mitigação com a expressão a *lei pode definir os setores básicos*. Portanto, a intervenção do Estado na economia passou a ser uma faculdade da agenda política interna que sempre terá atenção à primazia dos desígnios do direito comunitário.

Daí surgiu a consolidação do que se convencionou teoricamente denominar como *setor empresarial do Estado*, pois não existe hoje na lei fundamental qualquer obrigatoriedade de reserva de competência ao exercício de atividades tidas como *essenciais* ou *básicas* por entidades pertencentes ao setor público administrativo (SPA). A aptidão legislativa na construção estrutural administrativa das intervenções dos poderes públicos na economia garantiu uma maior abertura do ordenamento jurídico português, de modo a tornar possível a criação de dimensões da privatização em setores antes exclusivamente estatais.

A quinta revisão, ocorrida em 2001, seguiu a mesma tendência da terceira revisão, adaptando as normas constitucionais internas na área da economia, das finanças e fiscais, da indústria, da agricultura e do comércio aos propósitos do direito comunitário. Porém, neste caso, a meta foi atribuir competência jurisdicional ao Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma em 1998.

A sexta revisão constitucional, em 2004, aflora a estrutura da Administração Pública direta em Portugal e uma nova organização de Estado, descentralizando o poder político-administrativo ao garantir autonomia às regiões autónomas dos Açores e da Madeira. Contudo, o principal objetivo na sexta revisão da lei fundamental foi harmonizar o texto formal e materialmente constitucional interno com o novo constitucionalismo comunitário. A Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho, aditou o art. 8.º, N.º 4 da CRP, cujo conteúdo reconhece *o princípio da primazia do direito comunitário* ao dispor que *as disposições dos tratados que regem a UE e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*.

No entanto, o art. 13.º da Lei Constitucional n.º 1/2004, alterou o art. 112.º, N.º 8 da CRP, passando a regular a forma de transposição dos atos jurídicos da UE para o ordenamento jurídico nacional, atribuindo *status* de normas infraconstitucionais através de leis, de decretos-leis ou de decretos legislativos regionais. Mesmo com o esforço de Durão Barroso e de Eduardo Ferro Rodrigues em compatibilizar o sistema modular *civil law* português com os ditames do novo sistema aberto com características de *common law* do direito comunitário, não é possível visualizar uma harmonização de um processo legislativo estático, característico do ordenamento jurídico português, com a ordem jurídica comunitária dinâmica, de efeitos concretos, visando estabelecer uma nova categoria de fontes de direito.

A supremacia do direito comunitário europeu sugere a quebra do escalonamento das normas jurídicas internas das nações, perdendo a lógica da constituição como o vértice da pirâmide e a base primordial da ordem jurídica do Estado. Surgindo a indagação, se durante um período a codificação constitucional foi o limite da racionalidade e da finalidade das ações do Estado, hoje a legislação da União Europeia é o rompimento deste esquema de aplicação da justiça? Nasce, assim, uma nova estrutura jurídica de conflitos sociais, cujo território jurídico abarca todos os Estados-Membros. Trata-se de uma recomposição dos objetivos da ordem económica comunitária, atingindo também a ordem social. Cremos que, no momento atual, estamos a vivenciar uma nova revolução *jus* liberal.

Nessa nova revolução *jus liberal*, os sistemas constitucionais são abertos, em virtude das necessárias evoluções e/ou adaptações sociais. A aptidão dirigente constitucional só é compatível com o espaço de tempo que está inserida a constituição no corpo social, dando normatividade ou consciência jurídica ao espírito do que se representa válido para o momento histórico. O conteúdo hoje constitucionalizado pode, amanhã, perder a razão de ser, sendo certo que tal circunstância não desvirtua a sua importância no momento em que foi elevado como valor fundamental. Em regra, o núcleo duro das matérias constitucionais da CRP no momento de sua constituição não representa atualmente as mesmas dimensões essenciais, visto que as concepções fundamentais comunitárias refletiram uma espécie de mutação na estrutura geral do governo e do processo político em Portugal. Nesta senda, em 2005, a sétima revisão constitucional previu a possibilidade dos cidadãos portugueses se pronunciarem pelo sufrágio direto e

secreto (voto) sobre a aprovação de Tratado que verse sobre a criação e o aprofundamento da UE (art. 295.º). Através da Lei Complementar nº. 1/2005, de 12 de Agosto, usando um instrumento da democracia indireta (o referendo), foi autorizado que os temas de relevante interesse para a UE sejam objeto de escolha do corpo social, a fim de apresentar a consciência jurídica no avanço do rompimento epistémico da ordem jurídica interna da nação. Assim, através de proposta da Assembleia da República ou do Governo, ao Presidente da República, será decidido a realização de questionário aos cidadãos portugueses (art. 115.º da CRP) sobre o desenvolvimento constitucional, compatibilizado com os desígnios do direito comunitário.

A inserção de Portugal no mercado único europeu trouxe problemas severos de adaptação da Constituição de 1976. As medidas jurídicas da UE têm impacto em áreas engessadas pelo constituinte português (ex.: saúde). Ao franquear os quatro alicerces da UE, no que concerne às liberdades de circulação de pessoas, de bens, de serviços e de capitais, admitiu a competência do legislador da UE para estabelecer modificações, visando atender aos objetivos gerais do Bloco.

Apesar de existir uma aparente separação, no aspecto doutrinário, entre os ordenamentos jurídicos da UE e dos Estados-Membros, não existe autonomia pura e distinta, em virtude de os sistemas jurídicos estarem em constante interação de metodização. Por outras palavras, o direito interno do Estado-Membro não tem autonomia para mensurar o grau de influência na constitucionalização do conteúdo do direito comunitário. Observe que, *por ex.*, os Regulamentos comunitários são *self executing*. Tratam-se de normas jurídicas de eficácia plena, direta e imediata, sendo aptas a produzirem efeitos jurídicos independentes de sua inserção no ordenamento jurídico interno do Estado-Membro, com *status* constitucional ou infraconstitucional, conforme preconiza o art. 249.º do Tratado da União Europeia (TUE). O princípio da primazia do direito comunitário confere um nível supralegal ao texto legal comunitário sobre o ordenamento jurídico interno, sobrepondo a hermenêutica clássica de soberania Constitucional como a CRP.[407] Se existe a prevalência na obediência do direito

[407] . PAIS, Sofia Oliveira. Princípios Fundamentais de direito da União Europeia: uma abordagem jurisprudencial. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2013. E-Book.

comunitário, justificável se torna o procedimento paulatino de abertura da Constituição de 1976 através das sucessivas revisões constitucionais.

É difícil formar um critério teórico, para estabelecer dicotomia entre o direito comunitário e o direito nacional português. Os princípios-regra da UE não são normas gerais, servindo as normas internas dos Estados-Membros de complementação para harmonização de uma ordem jurídica universal do bloco económico[408]. Portanto, é incongruente pensar numa visão monista ao relacionar as duas ordens jurídicas. Ao encará-las separadamente, tem-se que são independentes entre si. Não obstante, o direito comunitário tem primazia sobre o direito nacional, revelando ser uma ordem jurídica válida. O direito da UE é um direito positivo, não funcionando apenas como axioma para construção do direito nacional. Neste caso, também não tem cabimento uma visão pluralista, pois estamos perante ordens jurídicas que atuam ao mesmo tempo no espaço territorial português.

É plausível compreender que, não são sistemas diferentes e de mútua independência, pois o direito comunitário da UE vem, após adesão de Portugal, alterando substancialmente a base epistémica constitucional do ordenamento jurídico do país. E mesmo que se reconheça a relação de independência mútua entre os sistemas comunitário e português, a validação de ambas significa que existem efeitos práticos de criação de uma nova estrutura organizacional das tarefas e das missões dos Estados-Membros.

Pode afirmar-se que, a combinação normativa das ordens jurídicas têm concebido uma ordem constitucional de racionalização da economia comunitária, visando um espaço comum europeu mais liberal.[409] Saliente-se que a UE procura a coesão económica e social, ou seja, o crescimento equilibrado de todos os setores, sem distinção entre os serviços económicos ou de caráter social (art. 2.º do Tratado da União Europeia).[410] A partir daí, é aceitável a ideia de que a UE implementou no seu espaço

---

408 . HELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. Luís Carlos Borges (trad.). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 515-517.

409 . AMORIM, João Pacheco de. Direito Administrativo da Economia. Vol. I. Coimbra: Almedina. 2014. p. 161.

410 . UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia. «Artigo 2°. A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma União Económica e Monetária e da aplicação das políticas ou acções comuns a que se referem os artigos 3° e 3°-A, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso e equilibrado das actividades económicas, um crescimento sustentável e não

territorial jurídico o princípio-regra de conjuntura constitucional de imposição da harmonia de tratamento dos bens económicos e sociais.

Existe, portanto, uma espécie de relativização da rigidez e da autoridade da CRP, estando o futuro de Portugal está associado à UE e, assim, a abertura para se sintonizar aos desígnios do direito comunitário passou a ser a atividade prática da vida política e social da nação. A permanente adaptação da ordem jurídica portuguesa ao (novo) *jus* liberalismo da UE garante o estabelecimento de novos ritos e princípios socialmente institucionalizados, por forma a assegurar o consenso comunitário. Então, mesmo existindo os limites de revisão da CRP, é recomendável que se criem disciplinas contrárias ao próprio texto constitucional para alcançar efeitos concretos de construção de regimes jurídicos sustentáveis economicamente para o exercício do ónus público[411].

2. Transformações substanciais da (nova) Constituição

Já se passaram mais de vinte anos desde que Portugal reviu de forma substancial a CRP, por intermédio da quarta revisão constitucional da Lei Complementar nº. 1/97, de 20 de Setembro. Uma nova roupagem da organização económica da nação acabou por reconstruir, redimensionar e ajustar o modelo de Estado Social ao contexto comunitário da UE, instituindo um *Estado de bem regular e de fiscalizar (ainda) do tipo social*[412] com a realidade sócio económica do país, enquanto Estado-Membro do bloco europeu. A partir do art. 50.º da lei constitucional revista, foi possível verificar uma nova etiologia para CRP. Ao constitucionalizar o chamado *direito administrativo regulatório*, passou a tratar como incumbência prioritária a garantia do funcionamento eficiente dos *mercados*, procurando equilibrar a concorrência entre as empresas, afastando a

inflacionista que respeite o ambiente, um alto grau de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de emprego e de protecção social, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-membros.» Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT. Acesso em: 10.5.2019.

411 . CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 1078.

412 . ANTÓNIO, Isa Filipa. As parcerias público-privadas no sector da saúde: o advento do estado mínimo de regulação e o direito de acesso à saúde. Coimbra: Almedina. 2015. p. 16.

organização de monopólios ou de práticas lesivas do interesse geral no âmbito económico ou social (art. 81.º, alínea *f* da CRP).

É importante salientar que a Constituição Económica Portuguesa estabeleceu um novo *status* para a gestão pública, associada ao movimento do *new public management*. Este novo *status* teve impacto em todos os setores de atuação do Estado, tanto de natureza económica como de natureza social. Ocorreu a adaptação e a modificação das práticas de gestão do setor privado (direito societário) para o setor público (ex.: Sector Público Empresarial da Saúde – Decreto-Lei n.º 133/2013). O espírito epistemológico hermenêutico passou a preconizar a redução da máquina pública, sobrevindo os desígnios da eficiência e da competição no mercado (público).

A mutação constitucional deu outra perspectiva à (antiga) CRP, focada na governação e na capacidade de liderança política. Passou, desta forma, a reduzir o papel político para desenvolver novos instrumentos de controle e *accountability* (ex.: Entidade Reguladora de Saúde – Decreto-Lei n.º 309/2003; Decreto-Lei n.º 127/2009; Decreto-Lei n.º 126/2014). A Lei-quadro das Entidades Reguladoras Independentes, lei de natureza reforçada, é amostra da opção de uma (nova) CRP, direcionada à independência ou ao fracionamento de atribuições, conferindo autonomia de regulação e de fiscalização à entidade pública independente da Administração Pública (Lei n.º 71/2018, de 31 de Dezembro). A mitigação dogmática da dicotomia do público e do privado afastou o Estado do papel de comando entre o que é viável em termos de rede entre público-privado. A visão de um mercado público é a estratégia de construção de competição entre os operadores. Para existir coerência no modelo de mercado público, os resultados são avaliados pelo desempenho satisfatório e não no controle de gastos públicos. Os contratos públicos de gestão têm como objeto de fundo a satisfação de resultados, conquistados pelo desempenho, não apresentando congruência a criação de cláusulas contratuais de controle de gastos. O Estado otimiza os gastos através da criação de meios para o aumento de competição dos operadores. Não existe mais uma agenda política, a estrutura governamental é mínima.[413]

[413] . PETERS, B. Guy; PIERRE, John. Governance Without Government? Rethinking Public Administration. Journal of Public Administration Research and Theory. Vol. 8. Issue 2. April 1998. p. 223-243. Disponível em: https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.jpart.a024379. Acesso em: 1º.2.2016

A (nova) CRP, influenciada pelos desígnios da UE, deu azo à reestruturação epistemológica de uma gestão pública, baseada em preceitos analíticos distintos do modelo de Estado Social da (antiga) CRP.

Esta perspectiva liberal estabelece um cenário com a atuação de agentes económicos (de natureza privada) no procedimento de trocas de bens (com valor económico), seja através dos *serviços públicos económicos* (atividades de interesse económico geral), seja através dos *serviços públicos de caráter social* (serviços de interesse geral não económico), não existindo distinção entre eles.

A ideia de equilíbrio dos *mercados* não está relacionada com a atuação do Estado nas atividades ou nos serviços, mas antes na sua organização através de *regras de mercado* que admitam a *oferta* para a *procura de mercado* e, assim, os preços ficarão condicionados ao quantitativo de consumo dos bens e à disponibilidade do mesmo no mercado, dentro da perspectiva de ampla concorrência. Estes mercados podem ser mais genéricos, como é o caso das telecomunicações, onde se verifica variedades de tipos de bens disponíveis (redes de sistemas de comunicações: satélites, redes telefónicas, televisivas, emissoras de rádio, internet, etc.) ou mais especializados, como é o caso da saúde ou da educação, onde se afere a opção de unicidade do bem à escolha dos utentes consumidores. Sugere-se, assim, que a interação entre os fornecedores e os utentes consumidores para as trocas acabam por gerar uma *economia de mercado*, pouco importando se os serviços públicos são económicos ou de caráter social.[414]

Se, durante um período de tempo, a constitucionalização normativa foi símbolo de regulação das relações reais de poder, a técnica jurídica estática desautorizou mutações constitucionais, no que concerne às alterações dos textos normativos ou às modificações de sentidos normativos da constituição com maior celeridade diante das mudanças das necessidades sociais. De tal modo que, o procedimento jurídico de revisão do texto constitucional acabou, *por vezes*, por autorizar

414 . O'TOOLE JR., Laurence J. Treating networks seriously: Practical and research-based agendas in public administration. Public administration review. 1997; 57(1). p. 45-52. Disponível em: https://ris.utwente.nl/ws/portalfiles/portal/6654187/O%27Toole97treating.pdf. Acesso em: 10.2.2016.

a construção de resultados práticos que definem uma rutura com a própria ordem jurídica constitucional vigente.[415]

Talvez este seja o caminho seguido, diante da rigidez da CRP e da sua opção de mutação jurídico-positiva. Como facilmente se intui, a aderência à UE deu a Portugal um dever de estabelecer mutações fáticas (ou políticas) aos desígnios do direito comunitário. As revisões constitucionais levadas a cabo ao longo dos anos mostram que, um novo texto constitucional é vigente hoje sem qualquer vínculo consistente com a normatividade que o texto inaugural se propunha para ordem jurídica da nação. É por este motivo que alguma doutrina portuguesa qualifica estes períodos de revisão como revolucionários em Portugal. Tratam-se de alterações que criaram uma rutura com a ordem jurídico-política inicial na formação originária do texto da lei fundamental, em 1976. Ao passo que, é marcante nos processos de revisão constitucional portuguesa existirem acordos políticos entre os atores da nova e da antiga ordem jurídica, em relação ao conteúdo adequado para a lei fundamental, revelando a continuidade política e a quebra da hermenêutica jurídica do novo texto ou interpretação da (nova) constituição[416].

Repare-se ainda que, as mutações na CRP vão além dos simples procedimentos legislativos e/ou dos embates políticos de poder, recebendo influências das variações de interpretações dos textos constitucionais, atrelados aos contextos históricos e sociais em que são aproveitados pelo Tribunal Constitucional. A atividade jurisprudencial é uma marca decisiva em Portugal, como espécie de construção e de reconstrução constitucional, a fim de preencher as lacunas dos sentidos normativos do texto constitucional, dentro dos limites de espaço e de tempo das aplicações concretas das práticas constitucionais.

Isto é perceptível, *por ex.*, nas opções jurisprudenciais do Tribunal Constitucional Português no período de crise da economia mundial. A Suprema Corte

---

415 . NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Trabalho apresentado à XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Foz do Iguaçu, de 04 a 08 de setembro de 1994.

416 . ALMEIDA, São José; GOMES, Sérgio B. As revisões da Constituição da República Portuguesa. 40 anos da Constituição. Disponível em: https://acervo.publico.pt/40-anos-da-constituicao/as-revisoes. Acesso em: 10.5.2019.

recebeu influência das intenções formais do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro (PAEF), assinado em 2011, envolvendo Portugal e órgãos internacionais como a Comissão Europeia (CE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), cujo fim era reduzir o *déficit* orçamental para política económica do país. As medidas de austeridade económica impostas ao país foram fonte de interpretação das normas constitucionais, colocando ao lado de outros princípios como a igualdade, a proporcionalidade e a proteção da confiança. É possível referir alguns exemplos de flexibilização da vinculação jurídica da Corte Constitucional para atingir aspectos fáticos de crise, usando *o interesse público* como mecanismo de interpretação das normas constitucionais, tais com o acórdão n.º 396/2011 - que trata da redução remuneratória[417], ou o acórdão n.º 353/2012 - que retrata a suspensão do pagamento de subsídios de férias e de natal[418], perante as medidas normativas da Lei n.º 55-A/2010, de 15 de Novembro, e, corolário, as Leis Orçamentais (LOEs) de 2011 e 2012. As medidas judiciais revelam que os direitos fundamentais estão diretamente ligados ao contexto social para as suas concretizações prestacionais, de acordo com o texto constitucional.[419]

Considerando o direito à saúde como direito fundamental, a garantia constitucional do direito à proteção da saúde agrega uma intervenção proativa de construção legislativa em Portugal (art. 64.º da CRP). A eficácia prática está diretamente relacionada com os custos públicos e a necessidade de se fazerem escolhas na destinação das verbas a partir da perspectiva das finanças públicas do país[420]. O direito à saúde tem um conteúdo concreto, nos termos do art. 64.º da CRP e das normas infraconstitucionais de regulamentação (ex.: a Lei do SNS). Não existem direitos fundamentais além do expresso nas leis de legitimação dos serviços de saúde[421]. Assim, a tutela jurisdicional portuguesa tende, no seu plano de fundo, a assegurar o *mínimo social*, resguardando a

417 . PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html. Acesso em: 8.2.2016.

418 . PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html. Acesso em: 8.2.2016.

419 . PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7. Nº1. Jan./jun. 2014. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Público. p.170.

420 . HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of right: Why liberty depends on taxes.* Nova Iorque: Norton & Company. 1999.

421 . ALEXI, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. [trad.] Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p.500.

dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade[422]. Esta perspectiva leva a crer que o direito à saúde como norma programática de direito social não se reveste de direito subjetivo individual dos cidadãos.[423]

Em 1984, a Suprema Corte Portuguesa reconstruiu a norma constitucional por efeito prático, dando uma interpretação normativa ao termo *gratuito*, de modo a racionalizar o uso dos serviços públicos através da gradação da capacidade económica estatal (acórdão TC n.º 39/84, publicado em 5.5.1984): *(...) 1. O direito à proteção da saúde analisa-se numa pretensão jurídica, e não num poder de exigir do Estado uma determinada prestação. O seu conteúdo depende, por isso, no essencial, da vontade do legislador ordinário, que, aí, dispõe de um poder de conformação autónomo, pois, confrontado como está com a escassez dos meios — designadamente financeiros — para acudir a todas as necessidades sociais, tem que fazer opções num quadro de prioridades que ele próprio há dê traçar. 2. Deste modo, quando o artigo 64º, nº 2, da Constituição, prevê que o direito à proteção da saúde seja realizado, designadamente através de um serviço nacional de saúde — a criar —, o que nele se contém é uma diretiva para o legislador: este fica obrigado a assegurar aos cidadãos, ao menos, o conteúdo mínimo do direito à protecção da saúde — além do mais — criando um «serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito». A norma do artigo 64º, nº 2, é, assim, uma norma impositiva de legislação.*[424] (sublinhado nosso)

A forma de aperfeiçoamento das atuações dos órgãos estatais de poder ocasionam efeitos concretos de transformação ou alteração constitucional sem modificação do texto da lei fundamental, apresentando-se de enorme relevância para a construção de normas (abstratas ou concretas) infraconstitucionais que não estabelecem relação técnica jurídica ao texto constitucional *natimorto*. A CRP suporta, nesta visão teórica, um afastamento da característica de constituição normativa, uma vez que existe uma mitigação da sua força normativa. Os novos processos de construção e de reconstrução dos conteúdos dos textos constitucionais revelam outras fontes de

422 . CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 16 reimp. Coimbra-PT: Editora Almedina. 1941. p.481.

423 . ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. p.385.

424 . PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Disponível em: https://dre.pt/home/-/dre/384993/details/maximized. Acesso em: 3.5.2019.

orientação das expectativas e, até mesmo, do direcionamento das condutas do poder público, estabelecendo interpretações de acordo com as necessidades práticas.

Neste contexto evolutivo do direito, é sugerível que, a CRP teve, ao longo dos anos da sua vigência, um papel simbólico, pois adotou a característica de hipertrofia de construção de um sistema jurídico de excessiva atividade legislativa, em detrimento da função jurídico instrumental, atribuindo o *status* de uma Constituição normativa. Esta construção de pensamento está vinculada ao aparente papel de direcionamento das condutas e orientações das expectativas constitucionais através dos dispositivos formais do texto fundamental, mas a real articulação do poder político em transpor as suas exigências e objetivos através de novos elementos infraconstitucionais, que subvertem a estrutura jurídico-instrumental da constituição, promovendo a abertura hermenêutica. É possível refletir que, o discurso de constitucionalismo é uma mera aparência[425]. Os argumentos de defesa das estruturas normativas garantísticas dos direitos fundamentais, principalmente os de natureza social ou cultural (segurança social, saúde, educação, etc.), são discursos para a reconstrução das bases epistemológicas de novos paradigmas estruturais para a nação (liberal ou socialista, estatizado ou não, etc.)[426].

2.1. Cronologia de transformações da Constituição da República Portuguesa

Desde a sua promulgação, em Abril de 1976, a CRP sofreu sete revisões formais. O processo de mutação hermenêutica da lei fundamental direciona-se para a democratização do país e adaptação aos desígnios do direito comunitário, focando-se num processo de reforma administrativa constitucionalizado, com a desestatização económica, através da reforma da Constituição Económica como o primeiro passo de reconstrução do papel do Estado na tutela dos serviços públicos económicos, assim consideradas atividades de interesse económico geral, mas também com o espírito de

425 . HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. *Nouvelles modifications de la Constitution ? – Redécouvrir le préambule de la Constitution, ou l´éthique minimale appliquée à l'expertise constitutionnelle.* RFDA. Mai-juin 2009. p. 397-406.

426 . BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* Baden-Baden: Nomos. 1982. p. 29.

avançar estas reformas na responsabilidade constitucional sobre os serviços públicos de caráter social, enquanto atividades de interesse geral não económico.

O interesse geral é uma estrutura funcional de administração pública eficiente nos moldes de uma percepção dinâmica de função administrativa e, portanto, influente epistemologicamente no contexto construtivo de estrutura funcional. A integração económica internacional na comunidade europeia trouxe, para Portugal, um efeito de polarização em razão do seu diferente estágio de desenvolvimento económico, perante os demais países membros do bloco económico. O fenómeno da regionalização na Europa, acordo internacional formalmente constituído na forma mais complexa de união económica e monetária, tem a missão institucionalizada no corpo normativo comunitário, incentivando os meios de livre circulação de bens, pessoas e capitais entre os países membros, utilizando o processo macroeconómico e centrípeto. Deste modo, as transformações da CRP estão intrinsecamente relacionadas com o fenómeno político-económico de interação e de imposição de ideais de forças políticas referenciais da comunidade europeia.[427]

2.1.1. Democratização portuguesa e posterior desestatização da economia

A Revisão de 1982 iniciou a flexibilização económica do país, reduzindo o papel estatal e admitindo a atuação dos operadores privados, formando a estrutura de economia mista. A partir de 1988, observa-se uma lenta transformação do país, autorizando a privatização de quarenta e nove por cento do capital das empresas públicas. Em ato contínuo, veio a segunda Revisão de 1989, harmonizada com os desígnios da União Europeia, e ainda a Lei-Quadro das privatizações, no ano de 1990. A ideia reformista de modernização das unidades económicas no país, visando a competitividade, reestruturação setorial e empresarial, associada à missão de redução do

[427] . KOL, Jacob. Regionalization, Polarization and Blocformation in the World Economy. *In* Revista Integração e Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 1996. p. 17.

Estado e criação de mercado de capitais foram as metas instituídas pela UE para a redução da dívida pública do país[428].

A Revisão de 1989 procurou desestatizar a economia, reestruturando o país de acordo com a economia de mercado. O Estado perdeu uma parcela de domínio na construção da agenda económica do país, instituindo uma gestão pública de acordo com o princípio hermenêutico do *new public management*. A terceira Revisão de 1992 foi um passo marcante do fenómeno político-económico de imposição de ideais de forças políticas referenciais da comunidade europeia, adequando a CRP ao direito comunitário, através da preparação da aderência a união económica e monetária da UE – Tratado Maastricht[429].

O planeamento democrático, económico e social está consolidado no art. 80.º, alínea *e* da CRP. A referida disposição possuiu um conteúdo de efeito programático, admitindo a transformação das relações de produção capitalista. Contudo, apesar de coexistir formalmente a expressão planeamento na lei fundamental, pode sugerir-se a transformação para o *mercado,* sendo o elemento mais democrático de construção das bases económicas e sociais. Este pensamento é possível na ordem jurídica portuguesa a partir dos preceitos hermenêuticos inseridos na revisão constitucional de 1989. O planeamento consubstancia um mecanismo político, e não jurídico, de construção das bases económicas do país.

O plano anual não é mais um imperativo constitucional e a gestão política do país faz valer um conjunto de planos nacionais, que ultrapassam os limites económicos e tratam de questões sociais, em razão dos impactos dos gastos públicos com os serviços prestacionais. As *leis das grandes opções* são normas programáticas e possuem natureza reforçada. Não obstante, é possível mitigar o poder normativo destas leis, aplicando a especialidade dos programas específicos de ordem territorial ou setorial, através da descentralização (art. 90.º e art. 91.º, N.º 1 e 2 da CRP).

---

428 . SILVA, Aníbal Cavaco. As Reformas da Década. Lisboa. 1995, p. 140

429 . EUR-Lex. Tratado da União Europeia. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/teu/sign. Acesso em: 10.10.2017.

A viabilidade da transformação da (nova) CRP pode ser extraída das anotações de Jorge Miranda e Rui Medeiros ao N.º 4 do art. 64.º, que versa sobre a gestão descentralizada e participativa do SNS. Os autores afirmam que a liberdade de estruturação é legitimada de forma infraconstitucional e que é possível existir dimensões organizatórias (do tipo privatizante), avançando inclusive para a criação de um mercado com características empresariais (*empresarialização*)[430]. E mais, pode dizer-se que é aparente a constitucionalização do direito administrativo da saúde, ao tratar no item 4 do aspecto funcional da estrutura organizatória do SNS. Assim, até mesmo entidades fora da Administração Pública estão aptas a desempenhar as funções administrativas. A aplicabilidade direta do N.º 4 do art. 64.º como norma organizatória está relacionada com a intervenção legislativa infraconstitucional para a criação estrutural do regime jurídico dos serviços públicos de saúde, mas a lei de base da saúde, que concretiza a expectativa constitucional, limita-se à norma-fim organizatória que direciona as autoridades com poder político-normativo na criação do modelo estrutural do SNS.

A organização da Administração é a exata estruturação das pessoas, das entidades e dos órgãos aptos a desempenhar as funções administrativas. E, portanto, quando o N.º 4 do art. 64.º e o N.º 1 do art. 61.º da CRP gera uma interação sistemática no Título III dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, a iniciativa trata de estabelecer sinonímia em relação à percepção do mercado livre e regulado por lei de acordo com o *interesse geral*. E esta foi a direção da Corte Constitucional Portuguesa ao avalizar a legitimidade das entidades privadas, prestadoras de serviços públicos de saúde com base na Lei Nacional de Saúde vigente à época (item 5.2 do Acórdão nº 731/95)[431].

---

430 . MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa anotada. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1317-1320.

431 . Tribunal Constitucional. Acórdão nº 731/95, publicado em 26.3.1996, item 5.2 — É certo que das normas das Bases IV, n.º 1, e XII, n.º 1, da Lei n.º 48/90 resulta que o conceito de «sistema de saúde» é mais amplo do que o de Serviço Nacional de Saúde, já que engloba não apenas este, mas também todas as entidades públicas que desenvolvam actividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde bem como todas as entidades privadas e todos os profissionais livres que acordem com o primeiro a prestação de todas ou de algumas daquelas actividades. Mas a concepção vertida naquelas normas do Serviço Nacional de Saúde como uma estrutura de serviços públicos, que tem um papel predominante na prestação de cuidados de saúde, mas que não *esgota,* nem *absorve* todas as instituições públicas e privadas e profissionais que desenvolvam actividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, e, desde logo, como uma realidade que não é incompatível com a existência de um sector privado de cuidados de saúde, não infringe o artigo 64.º, n.º 2, alínea *a),* da Lei Fundamental. Com efeito, o texto constitucional não perfilhou um modelo de *monopólio* do sector público de prestação de cuidados de saúde — tendencialmente coincidente com o Serviço Nacional de Saúde —, antes admite a existência de um sector privado de prestação de cuidados de saúde em relação de complementaridade e até de concorrência com o sector público. Como salientam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (cfr. *ob. cit.,* p. 343), «a Constituição

O serviço público pode ser definido como uma categoria do direito administrativo como o é as pessoas e os bens, mas estas não são irmãs siamesas para a criação da estrutura de prossecução funcional da administração pública (de caráter económico ou social). Como já expressava Carlos Roberto Velho Cirne Lima, *antiga é a noção de uma categoria jurídica, na qual aspectos de pessoa e da coisa se consorciam*[432]. A abertura ou rutura epistémica da (nova) CRP promove a concretização do serviço público (de caráter económico ou social), como serviço realmente usufruído pela sociedade portuguesa. Assim, o que importa é que o serviço seja realmente prestado aos membros da coletividade, independentemente se a prestação é realizada direta ou indiretamente pela Administração Pública ou por terceiros imbuídos da função pública, pois o binómio eficiência e finalidade está intrinsecamente vinculado ao objetivo fim da lei fundamental - ocasionar a *prestação ao público* (da telecomunicação, da energia, da saúde, da educação, da segurança pública, entre outros).

E mais. Importa ainda ter em mente que o serviço público, enquanto conceito económico prescinde da noção do conceito jurídico, uma vez que a expressão promove o complexo de finalidades sociais a que as intenções do Estado estão sujeitas por opção constitucional e, para isso, a organização estrutural passa por critérios

não proíbe a *medicina privada,* mesmo a que assume carácter empresarial, cumprindo, todavia, ao Estado discipliná-la, controlá-la e articulá-la com o serviço nacional de saúde». Isto mesmo resulta expressamente da alínea *d)* do n.º 3 do artigo 64.º da Constituição. O diploma que regulamenta a disciplina e controlo das normas empresariais e privadas de medicina, bem como a sua articulação com o Serviço Nacional de Saúde é o Decreto-Lei n.º 13/93, de 15 de Janeiro. Nos termos deste diploma legal, são unidades privadas de saúde «os estabelecimentos não integrados no Serviço Nacional de Saúde que tenham por objecto a prestação de quaisquer serviços médicos ou de enfermagem, com internamento ou sala de recobro» (artigo 1.º, n.º 2), estando o seu funcionamento dependente de obtenção de uma licença a conceder por despacho do Ministro de Saúde (artigos 4.º a 9.º). As unidades privadas de saúde — cujos requisitos relativos a instalações, organização e funcionamento são definidos no Decreto Regulamentar n.º 63/94, de 2 de Novembro — «devem colaborar com as autoridades sanitárias nas campanhas e programas de saúde pública, nos termos que vierem a ser definidos por portaria do Ministro da Saúde» (artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 13/93), sendo reguladas por decreto-lei a sua colaboração e integração no sistema de saúde, designadamente através do regime de medicina convencionada (artigo 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 13/93). Por seu lado, o artigo 13.º, n.º 1, do mesmo diploma legal determina que a fiscalização das unidades privadas de saúde cabe à Direcção-Geral de Saúde, devendo esta avaliar e promover a qualidade técnica, assistencial e humana dos cuidados e tratamentos prestados. Em face do exposto, deve concluir-se que as normas constantes das Bases IV, n.º 1, e XII, n.º 1, da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, não violam o artigo 64.º, n.º 1, alínea *a),* e n.º 3, da Lei Fundamental, nem quaisquer outras normas ou princípios constitucionais. (Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950731.html, Acesso em 23.9.2019).

[432] . LIMA, Rui Cirne. Princípios de Direito Administrativo. Paulo Alberto Pasqualini (Rev.). 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2007. p. 203.

económicos de definição (custo/beneficio[433]) dos meios de prestação do serviço ao público[434]. E é também daí que se extrai a possibilidade de inserção de uma nova visão para a CRP, pois, uma vez inserido o princípio da regulação pública de carácter económico, a intervenção do Estado na criação de regras jurídicas abstratas prévias de definição do interesse público perde sentido (planificação e dirigismo Estatal), uma vez que o mercado e a livre concorrência se tornam os meios de se extrair o *interesse geral*. Ao Estado, através do papel regulatório de mercado, cumpre cuidar dos aspectos funcionais de livre concorrência, assegurando o direito dos utentes (agora, revestidos de consumidores), atuando na composição do sistema económico através da livre formação de preço e no arranjo de instrumentalização fracionada dos procedimentos decisórios de mercado (evitar: monopólios, oligopólios, cartelização, etc.).

É propositiva uma mudança relacionada com um conceito mais flexível de serviço público, fugindo, em parte, da percepção doutrinária francesa. Tal como definia Maurice Hauriou, o serviço público seria a tarefa técnica prestada ao público de forma regular e contínua, cujo fim seria suprir a satisfação da ordem pública e por uma organização também pública[435]. A transformação está apenas na discordância do elemento conceptual final de serviço público, no que concerne à possibilidade de uma organização formada por entes de qualquer natureza pública, privada ou social, inseridos num mercado competitivo que tenha a atribuição de disputar os utentes.

Na doutrina francesa, os meios de administração pública estatal são caracterizadores da predisposição dos propósitos da finalidade pública, fugindo da noção de materialização de meios com eficiência e com a finalidade de alcançar uma real prestação do serviço ao público. Se, mesmo existindo uma estrutura totalmente estatal, não se alcançar a satisfação de suprir os interesses gerais da população, pode afirmar-se que não se estará diante de uma organização administrativa capaz de objetivar os fins do serviço público. É interessante enfatizar que a visão clássica de serviço público trazia a percepção objetiva de comportamentos estatizados como condição intrínseca para o

433 . BENTHAM, Jeremy. *Introduction to the principles of morals and legislation*. J. H. Burns e H. L. A. Harts. Oxford: Oxford University Press. 1996. Cap. 1.
434 . ROMANO, Santi. *Principi di Diritto Amministrativo Italiano.* 3ª ed. Vol. VI. Nº. 312. Milano. 1912. p. 357.
435 . HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public.* 10ª ed. Paris. 1923. p. 25.

enquadramento como serviços públicos. Assim, responsabilizava a Administração Pública direta ou indireta na atribuição do exercício da atividade administrativa. Contudo, o *status* público atribuído ao serviço não se adjetiva por quem presta (entidades públicas ou privadas), mas para quem se presta (coletividade, cidadãos portugueses ou equiparados).

No que diz respeito às relações internacionais, o art. 2.º da Lei Constitucional n.º 1/1992, de 30 de Novembro, acrescentou a regra-princípio da subsidiariedade no ordenamento jurídico constitucional português. No interesse de coexistir entre os países membros da Comunidade Europeia, Portugal assentiu a adoção de técnicas jurídicas recíprocas na área económica e social, através dos indicadores do direito comunitário, a fim de estabelecer equidade e unicidade na construção das bases epistémicas da UE. Não obstante, ainda vinculada à figura de direcionamento através do dirigismo estatal na construção dos laços com o direito comunitário.

2.1.2. A introdução da interação da sociedade civil com o Estado Português

A quarta Revisão de 1997 tornou a CRP mais aberta à iniciativa popular, acrescentando instrumentos constitucionais de consulta à população do tipo referendo, por influência do Tratado de Amsterdão[436]. Com a quinta Revisão, em 2001, a CRP adaptou-se para se submeter à Justiça Internacional Europeia.

A Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, no seu art. 4.º acrescentou a regra-princípio da subsidiariedade - art. 6.º, N.º 1 da CRP. O carácter liberal promove a atividade do Estado, a título suplementar, em relação à vida social (art. 6.º, N.º 1 da CRP). A Lei Constitucional n.º1/2001, de 17 de Dezembro, alterou novamente o art. 7.º, N.º 6 da CRP, acrescendo agora a abertura dos espaços económicos e sociais através da liberdade, segurança e justiça, convencionando o exercício em comum ou em cooperação dos poderes necessários à construção da UE.

[436] . EUR-Lex. Tratado de Amesterdão que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses Tratados. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/ams/sign. Acesso em: 10.10.2017.

As revisões constitucionais de 1992 e de 1997 trouxeram ao ordenamento jurídico português uma nova padronização da interação entre a sociedade civil e o Estado, ligada ao princípio da subsidiariedade, na sua dupla aceção jurídica de descentralização política e, também, administrativa (subsidiariedade vertical). Por outras palavras, a informação fundamental transmitida pela (nova) CRP traz a prevalência da atuação da iniciativa privada na prestação dos serviços (subsidiariedade horizontal)[437]. O significado etimológico de subsidiariedade prende-se com a necessidade de intervenção do Estado enquanto prestador de auxílio, por forma a maximizar as capacidades de desenvolvimento e de aproveitamento dos recursos disponíveis. Porquanto, o papel do Estado é auxiliar e a sua intervenção deve ocorrer apenas quando existir necessidade justificada, conferindo real autonomia dos sujeitos e dos operadores nos mercados.[438]

É tarefa fundamental do Estado Português *promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais* (art. 9.º, alínea *d* da CRP). Sem prejuízo de a Constituição trazer o imperativo do Estado Social ou Providência, por meio de responsabilidade de criação de medidas concretas, *por ex*., de atividades de proteção dos cuidados de saúde (medidas preventivas e curativas; serviços de pequena, de média e de alta complexidade), é patente que o art. 37.º, N.º 3 da Lei Complementar n.º 1/97, alterando o art. 64.º, N.º 3, alínea *d* da CRP, ao retirar a expressão *controlar,* substituindo-a por *fiscalizar*, alterou a proposta de relações funcionais interorgânicas (direito administrativo constitucionalizado), abdicando da estrutura de hierarquia administrativa que utilizava os poderes dos órgãos superiores para o controle de sujeição dos órgãos inferiores – subalternos aos comandos do superior hierárquico, e passando para as relações intersubjetivas de independência funcional, atendendo aos desígnios de orientação e tutela das normas regulamentares do mercado interno (público), submetendo ao poder de polícia administrativa os operadores que procuram desempenhar as suas atividades de forma *adequada aos padrões de eficiência e de qualidade*.

---

437 . CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 341-342.

438 . MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 495.

É sugestiva a mudança e a renovação estrutural do SNS por intermédio do seu fim constitucional, autorizando relações funcionais de diversos operadores através da criação de uma rede de prestadores de cuidados de saúde (*stakeholders*), todos interessados em atuar de forma concorrencial e livre no mercado da saúde. A atual CRP está relacionada com a democracia participativa. Não cabe ao Estado contrariar a iniciativa privada. Este apenas deve atuar quando a iniciativa privada não é apta para prestar a atividade em apreço. A valoração da subsidiariedade está relacionada aos movimentos da humanidade socialmente organizada, constituída também como fonte de direito canônico – Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII (1891). As questões sociais foram entregues aos Estados num modelo de providência, não podendo, porém, se sobrepor à própria sociedade.

O Quadragésimo Ano foi a segunda Encíclica. Nela o Papa Pio XI trouxe o item n.º 79, criando conceito normativo canônico para subsidiariedade, apontando a sua importância para instaurar a ordem social:

> Verdade é, e a história o demonstra abundantemente, que, devido à mudança de condições, só as grandes sociedades podem hoje levar a efeito o que antes podiam até mesmo as pequenas; permanece, contudo, imutável aquele solene princípio da filosofia social: assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e capacidade, para o confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é subsidiar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los.[439]

Portugal está entre os países da Europa Ocidental com maior incidência da religião cristã[440]. Por esse motivo, a norma costumeira tem relevância para

---

[439] . CARTA ENCÍCLICA. QUADRAGESIMO ANNO DE SUA SANTIDADE PAPA PIO XI SOBRE A RESTAURAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DA ORDEM SOCIAL EM CONFORMIDADE COM A LEI EVANGÉLICA NO XL ANIVERSÁRIO DA ENCÍCLICA DE LEÃO XIII «RERUM NOVARUM». No 40º aniversário da magistral encíclica de Leão XIII « Rerum novarum », todo o orbe católico, movido dos sentimentos da mais viva gratidão, propõe-se comemorá-la com a devida solenidade. 5. - RESTAURAÇÃO DA ORDEM SOCIAL. Disponível em: http://www.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html#fnref76. Acesso em: 10.1.2020.

[440] . JESUS, Patrícia. Portugueses são mais cristãos e vão mais à igreja do que o resto da Europa ocidental Portugal, Itália e Irlanda têm as percentagens mais baixas, 15%, de pessoas que não se identificam com nenhuma religião. Diário de Notícias (on-line). 31.5.2018. Disponível em:

o sentido epistémico de formação da representação intelectual da população portuguesa. Trata-se de um princípio-valor, que absorve duas valências. Por um lado, pede a intervenção do poder público (Estado) para subsidiar a iniciativa da sociedade, e, por outro, exige que essa subvenção não destrua ou absorva as pessoas (físicas ou jurídicas), as famílias ou os grupos (entidades, empresas, etc.) que tomam as iniciativas. A subsidiariedade fundamenta o seu valor hermenêutico na procura de condições de elevação do desenvolvimento da sociedade, mitigando a dependência do Estado. Assim, a regra-princípio da subsidiariedade incentiva o dinamismo e a criatividade dos operadores, a fim de criar uma sociedade menos dependente do Estado[441].

Ao introduzir a norma-princípio da subsidiariedade, a partir da Quarta Revisão Constitucional (1997), a política legislativa constitucional causou uma revolução ou, talvez, uma rutura epistemológica, devolvendo aos cidadãos os poderes de iniciativa de execução das tarefas antes absorvidas pelo poder público (Estado). Esta adaptação hermenêutica constitucional é uma consequência do direito comunitário europeu, encontrando-se a mesma inserida no Tratado da União Europeia (art. 5.º e art. 12.º, alínea *b*, do Tratado da União Europeia)[442]. Deste modo, atualmente diante da (nova) roupagem da CRP, é possível afirmar que, a atuação do Estado deve ser supletiva no setor da saúde, já que o protagonismo da sociedade civil é tópico a ser considerado em qualquer processo legislativo infraconstitucional, sob pena de afrontar o desígnio da ordem jurídica do país.[443]

A obediência aos desígnios da subsidiariedade em prol do respeito da iniciativa da sociedade civil europeia é uma missão resolvida pela integração económica europeia. Portugal faz parte desse processo, submetendo-se ao direito

---

https://www.dn.pt/portugal/portugueses-sao-mais-cristaos-e-vao-mais-a-igreja-do-o-resto-da-europa-9396819.html. Acesso em: 1º. 1.2020.

441 . VALENTINI, Vando. Subsidiariedade no Ensino Cristão. Núcleo de Fé e Cultura do Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Caderno Pessoa & Sociedade. 25.1.2019. Disponível em: https://www.pucsp.br/fecultura/textos/pessoa_sociedade/24_subsidiariedade.html. Acesso em: 1º.1.2020.

442 . UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em: 4.3.2017.

443 . PINTO, Mário. Os partidos da "geringonça" não cumprem a democracia. Tirando o mérito financista do Doutor Centeno, o saldo negativo deste governo foi o de, à custa da economia que não é obra sua, ter aumentado o centralismo do Estado, contra a Constituição. Jornal Observador. 1º set. de 2019. (on-line). Disponível em: https://observador.pt/opiniao/os-partidos-da-geringonca-nao-cumprem-a-democracia/. Acesso em: 1º.1.2020.

comunitário - não existindo margem para desobediência formal. Para atingir uma união dos povos da Europa é importante entender que a norma comunitária tem subjacente as decisões políticas num plano supletivo. O exercício da cidadania em razão da sua aplicação prática está relacionada com a liberdade do progresso económico e social dos povos. A coesão dos mercados internos dos Estados-Membros é baseada no desenvolvimento de políticas de progresso económico e social (saúde comunitária).

Pouco sobrou das metas da originária CRP. A derivação das revisões constitucionais transformou, de forma significativa, os desígnios da lei fundamental portuguesa, sob forte influência do direito comunitário. Nesta lógica, aplicar os desígnios originais da CRP já revistos, é hoje desrespeitar a (nova) CRP vigente. Ao seu tempo de vigência, a CRP estabelece e expressa os desígnios constitucionais para a coordenação da ordem jurídica do país. As versões adaptativas da CRP estão anunciadas nas Leis Complementares constitucionais, sendo manifestações formais do procedimento processual constitucional de remodelação político-jurídico. Embora o procedimento de mudança seja rígido, existe flexibilidade de adaptação da norma constitucional ou da sua interpretação pelo Tribunal Constitucional,visando dar sentido à ordem jurídica, de acordo com o momento vivenciado pela sociedade[444].

O preâmbulo da CRP prevê expressamente que a missão institucional política do país era *abrir caminho para uma sociedade socialista.* Hoje, esta manifestação doutrinária não se compatibiliza com a (nova) CRP, já que a governação deixou de ser um papel soberano dos governantes e a participação popular nas decisões ganhou espaço com a criação de instrumentos como o referendo. Além disso, a soberania nacional sofreu uma mitigação, por força da aderência à UE, revelando a percepção de outros eixos de poder, além da reforma epistémica do papel subsidiário do Estado nas exigências económicas e sociais (art. 6.º da CRP).

Existe diferença nas expressões subsidiar e substituir. O Estado não assume, regra geral, o papel de substituir os operadores da sociedade civil, prestadores dos serviços, tornando tais serviços públicos. Esta atribuição pode ter sido necessária num

444 . BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 218-220.

determinado contexto histórico do pós-guerra mundial. Atualmente, cabe ao Estado subsidiar, com o que se afigure necessário, a subsistência da coletividade. Assim, é ilustrativo afirmar que, a reestruturação dos serviços nacionais de saúde está ligada ao critério de obediência ao princípio da subsidiariedade na sua dupla acepção jurídica de descentralização política e, também, administrativa (subsidiariedade vertical). A dupla definição está ligada às relações de interação do Estado com os atores da sociedade civil, sendo certo que prevalece a atuação da iniciativa privada na tarefa de prestação (subsidiariedade horizontal)[445].

Atualmente, a prestação dos serviços públicos não ocorre apenas pela iniciativa de entidades públicas no carácter de organização administrativa tradicional, focando na estrutura hierárquica centralizada e estatizada. A iniciativa da sociedade civil, compreendida por indivíduos, entidades sociais e privadas, é uma conquista da democracia participativa, levada a cabo através de redes de colaboradores interessados em desempenhar atividades nas múltiplas áreas e níveis. Trata-se de uma característica autorizada pela Constituição, que está espelhada numa gestão pública na tendência do *new public management*.

A Constituição versa sobre o papel sociopolítico do Estado. A sua função fundamental é servir e garantir os direitos e as liberdades fundamentais dos cidadãos. A nova atribuição do Estado está relacionada com a coordenação dos setores de serviços de interesse geral (económico ou não económico), procurando conjugar metodologicamente a análise e a ponderação dos riscos concretos de criar uma estrutura organizativa estatizada ou liberalizada.[446] Portanto, não se trata de uma escolha fundamentalmente política, é, antes, uma resposta científica, baseada em evidências técnicas e metodológicas. A opção de construção de um ambiente de mercado interno (público) está ligada às análises prévias e à fiscalização constante dos comportamentos dos operadores no ambiente, com o desiderato de criar instrumentos jurídicos de direcionamento dos atores para que estes alcancem índices de eficiência e de eficácia.

---

445 . CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 341-342.

446 . COUTINHO, Juliana Ferraz. O público e o privado na organização Administrativa. Da relevância do sujeito à especialidade da função. Coimbra: Almedina. 2017. p. 157-159.

O sentido atual da CRP visa a construção de uma organização administrativa descentralizada com a participação da sociedade civil. Os processos de revisão constitucional em Portugal são adequações necessárias à lei fundamental, para efeitos de dar continuidade política, quebrando ou alterando a hermenêutica jurídica do texto ou interpretação da (atual e vigente) constituição[447]. Esta situação pode ser representada claramente através da manifestação do atual Primeiro-Ministro, António Costa, na Convenção Nacional do Partido Socialista, realizada em junho de 2019, onde o mesmo incentiva uma Oitava Revisão Constitucional[448]. Deste modo, os limites formais, as circunstâncias e as matérias das propostas de revisão constitucional extraordinária relacionam-se com a maioria do poder político, já que o critério objetivo é o quórum de votação por maioria deliberativa. Esta circunstância promove os ajustes políticos, para que se consiga um quórum reforçado de deputados para prosseguir a evolução de um (novo) texto constitucional (art. 284.º, N.º 2 e art. 286.º, N.º 1 da CRP).

A (nova) CRP compatibiliza-se com a formatação de um Estado ainda Social, mas focado num papel de Regulação e de Fiscalização, instituindo uma gestão pública na tendência do *new public managment*.

Inicialmente, através da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, Portugal aprovou o regime jurídico da concorrência, abrangendo todas as atividades económicas, não fazendo distinção aos setores privado, público e cooperativo (art. 1.º). Apesar da norma tratar especificamente dos serviços de interesse económico geral, seria possível que a extensão interpretativa teleológica alcançasse maior liberalização, chegando aos serviços de caráter social, de acordo com os desígnios funcionais do direito comunitário[449]. Assim, tanto as empresas públicas, quanto as empresas a quem o Estado

---

447 . ALMEIDA, São José; GOMES, Sérgio B. As revisões da Constituição da República Portuguesa. 40 anos da Constituição. Disponível em: https://acervo.publico.pt/40-anos-da-constituicao/as-revisoes. Acesso em: 10.5.2019.

448 . MARGATO, Dina. António Costa admitiu, este sábado, fazer mudanças na Constituição, para que o combate à violência doméstica seja mais eficaz. Jornal de Notícias JN. 20 Jul. 2019. Disponível em: https://www.jn.pt/nacional/antonio-costa-admite-rever-constituicao-para-combater-violencia-domestica-11134344.html Acesso em: 20.12.2020

449 . A razão do bloco europeu é a coesão económica, territorial e social. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nos arts. 3º, 4º e 174º e seguintes revela a missão institucional do direito comunitário de promover (por competência exclusiva ou compartilhada) medidas de atração entre os Estados para constituição de um corpo comum comunitário. Portanto, a coesão objetiva a constituição de uma unidade lógica de tratamento dos bens jurídicos relacionados nos aspectos de interesse geral económicos ou sociais,

concedera direitos especiais ou exclusivos, encontrar-se-iam abrangidas pelas regras jurídicas. Todas as empresas encarregadas da gestão dos serviços de interesse geral submetem-se, em regra, ao regime da concorrência. Contudo, a incidência da regra jurídica não pode servir de mecanismo de cerceamento do próprio objetivo da norma jurídica, a saber, a criação de *mercados* internos (públicos) capazes de interagir com vários operadores (públicos ou privados).

É neste ponto que se mostra possível perceber a mudança da matriz administrativa levada a cabo pelo direito comunitário. A UE não seguiu o modelo francês de *service public* estatizado, de adoção de técnicas clássicas orgânicas de desconcentração e de descentralização administrativa, através de órgãos ou entidades pertencentes à Administração Pública direta ou indireta. O quadro liberal do bloco económico direciona normativamente os Estados para a economia de mercado, atingindo-se, assim, a possibilidade viável das entidades prestadoras dos serviços públicos poderem ser entidades não pertencentes à estrutura tradicional de Administração Pública (entidades privadas ou sociais), uma vez que o *interesse geral* passou a definir-se como uma estrutura funcional de administração pública eficiente.

A função administrativa continua a possuir caráter público, porém, o seu enfoque tornou-se dinâmico. O conjunto de competências, designadas pelo ordenamento jurídico constituído pela CRP estabeleceu responsabilidades a cargo do Estado. Os exercícios das competências são consubstanciados nas atividades administrativas. Por outras palavras, a função administrativa e a atividade administrativa são oriundas do mesmo fenómeno jurídico, e, por isso, são vistas formalmente como elementos jurídicos indissociáveis. As funções administrativas estão diretamente dirigidas ao conjunto de atribuições vinculadas à realização de determinadas finalidades expressas na constituição dirigente portuguesa.[450] Contudo, esta percepção teórica de indivisibilidade da função e da atividade administrativa não afeta a concepção de estrutura organizacional que trabalha com entidades prestadoras de serviços não estatizadas. A estrutura material só é formada eficazmente nas prestações positivas (ex.:

a fim de encontrar coerência de funcionamento da UE. (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 4.11.2019)

[450] . JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 232.

telecomunicações, energia, saúde, educação, etc.), quando o mercado concorrente está realmente criado de forma livre para atender os *stakeholders*. A exigência de uma estrutura material para a prossecução das funções públicas constitucionalizadas não pode ser vista de forma rígida no contexto europeu, uma vez que as estruturas estatizadas, formadas por entidades dependentes exclusivamente do orçamento público, foi uma estrutura disfuncional de Administração Pública, vivenciada no passado, que causou um *déficit* no erário público e não a não satisfação das necessidades coletivas.

2.1.3. As transposições de Portugal como Estado-Membro da União

Durante mais de doze anos, entre a terceira e a sétima revisão constitucional, Portugal tem feito pequenas alterações na lei fundamental com o objetivo fundamental de harmonizar o seu ordenamento jurídico interno com o direito comunitário. A adaptação ao novo contexto liberalizante do país, focado no desenvolvimento económico e no progresso do bem-estar, em padrões de equidade dos povos europeus, ofereceu-lhe um melhor *status* na interação enquanto Estado-Membro.

Como já foram tratadas as revisões anteriores, cumpre referir, neste ponto, a sexta Revisão Constitucional de 2004, que integrou mais preceitos jurídicos oriundos da UE na CRP, tentando transformá-la numa constituição não conflitante com os preceitos das regras das relações internacionais e do direito internacional do fenómeno político-económico de interação dos países membros do bloco económico. Assim, o desiderato visado foi harmonizar a ordem jurídica interna com as normas e os preceitos supralegais da UE e dos tratados europeus. Esta circunstância é evidenciada com o aditamento do art. 7.º, N.º 6 da CRP, por intermédio do art. 2.º da Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de julho, passando a ter a seguinte redação:

> «6. Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e execução de uma política externa, de segurança e de defesa comuns, convencionar o exercício, em comum, em

> cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia.»[451]

Por outras palavras, a dinâmica prática dos serviços de interesse geral económico ou de caráter social produziu ruturas relacionadas com os conceitos tradicionais da doutrina de direito administrativo, ocasionando a provável transformação conceptual de serviço público num lado administrativo constitucionalizado, que se dissocia dos efeitos jurisdicionais do esquema teórico tradicional francês[452]. O fenómeno de regionalização da UE ocasionou a convivência de países com sistemas jurídicos diferentes (*civil law* e *common law*), provocando conflitos não solucionáveis para a harmonização jurídica. O facto das forças políticas comunitárias estarem relacionadas com o modelo *common law* pode ter promovido a construção epistémica da base hermenêutica do direito comunitário mais estruturada aos desígnios deste modelo jurídico.[453] No sistema de *common law*, existe a possibilidade do uso da técnica jurídica do *overruling*, ou seja, apesar de existirem precedentes sobre casos semelhantes, é viável criar uma nova regra aplicável ao caso, através do ativismo construtivo de um novo entendimento. Isto significa que existem mecanismos de flexibilização do sistema, promovendo o processo dinâmico de tutela de novas relações jurídicas, de acordo com a conveniência e a oportunidade do contexto social. Isto faz com que o Estado possua mecanismos jurídicos num sistema aberto, capaz de tolerar interações entre operadores públicos e privados sem que exista uma distinção da incidência de regras jurídicas de direito público ou privado.[454] Para um tipo de gestão pública, baseado no *new public management*, acomoda menos tensão que o mercado interno (público) trate os operadores todos com as mesmas regras jurídicas. Isto acaba por influir num novo contexto do conceito tradicional de serviço público, executado exclusivamente por entes públicos, para ideia de interação de todos *stakeholders*, utilizando iguais regras jurídicas de tutela do mercado interno (público).[455]

---

451 . PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho. Disponível em: https://dre.pt/application/file/506721. Acesso em: 10.3.2018.

452 . COUTINHO, Juliana Ferraz. O público e o privado na organização Administrativa. Da relevância do sujeito à especialidade da função. Coimbra: Almedina. 2017. p. 31-47.

453 . GAMBARO, António; SACCO, Rodolfo. Sistemi giuridici comparati. Torino: Unione Tipográfico-Editrice Torineses. 2002. p.

454 . GORON, Lívio Goellner. A jurisprudência como fonte do direito: a experiência anglo-americana. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 47, abr. 2004. p. 284.

455 . KAUFMANN, Rodrigo. Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. 2010.

A sétima Revisão de 2005 veio admitir, através de consulta popular, o interesse da população portuguesa em aprofundar ainda mais os laços com os preceitos do direito comunitário.

Em 2011, o Comissário Europeu para os assuntos económicos e monetários do euro, Olli Rehn, já anunciava a criação de um programa de reformas destinadas a tornar Portugal competitivo economicamente *para pagar as suas contas*, seguido de vozes como Jean Claude Juncker, Primeiro Ministro do Luxemburgo.[456]

As privatizações foram um dos instrumentos utilizados por Portugal para atingir a liberalização e a modernização dos desígnios da Constituição Económica. O país atingiu sessenta por cento do plano de privatização, de acordo com o ex-Ministro das Finanças Vítor Gaspar, atendendo às metas de resgate de setenta e oito bilhões de euros. Através da alienação de participações das empresas de energia, denominadas Redes Energéticas Nacionais (REN)[457] e Energias de Portugal (EDP)[458]. Em meados de 2011, o Governo festejou a melhoria económica após a ajuda externa, ao contrário da Grécia, onde existiam severas dificuldades na captação de investidores dentro do plano político de resgate desenvolvido internamente. Em Portugal, os chineses foram os principais investidores do setor energético, sendo vinte e um por cento da EDP vendido para empresa *Three Gorges* por dois bilhões e setecentos milhões de euros e quarenta por cento da REN para as empresas *State Grid*, ficando com vinte e cinco por cento, e à *Omã Oil*, ficando com quinze por cento, por quinhentos e noventa e dois milhões de euros. As empresas referidas contam com participação do Governo Chinês, possuindo características mistas e estatizadas parcialmente - a *State Grid* é a maior empresa mundial de *utility* e a *Three Gorges* opera o maior projeto hidrolétrico do mundo, denominada Três Gargantas[459]. No que concerne aos consumidores, um ponto relevante foram os investimentos de um bilhão de euros do Banco de Desenvolvimento da China nas

456 . Portugal 'needs £70bn bailout'. United Kingdom: Indepedent. 8 de abril de 2011. Disponível em: https://www.independent.co.uk/news/world/europe/portugal-needs-70bn-bailout-2265130.html. Acesso em: 10.3.2018.

457 . Redes Energéticas Nacionais (REN). https://www.ren.pt/pt-PT/quem_somos/

458 . Energias de Portugal (EDP). https://portugal.edp.com/pt-pt/edp-em-portugal

459 . DAM, China. Three Gorges Dam. The Sanxia. Encyclopaedia Britannica. Disponível em: https://www.britannica.com/topic/Three-Gorges-Dam. Acesso em: 20.7.2019.

operações da REN, que acarretaram melhorias na capacidade de investimentos no fornecimento de energia.[460]

Em setembro de 2015, a jornalista económica Ana Suspiro, em editorial no jornal virtual Observador, retratou a retrospectiva dos efeitos económicos com as medidas práticas de dimensionamento da privatização em Portugal, intitulando o editorial como *Foram quase 10 mil milhões. Metade da receita serviu para baixar a dívida pública. O resto ficou nas empresas públicas. Os donos são estrangeiros, as caras ainda são portuguesas. E as estratégias?* Entre os pontos relevantes apontados, cumpre salientar que, o programa de privatizações em Portugal foi uma forma de obter assistência internacional. E, na verdade, pouco importa se existiu a imposição da *troika* ou opção política ideológica. Portugal necessitava de estabelecer uma estratégia económica e jurídica para sair da crise. As mudanças de estratégia foram uma opção, procurando modelos de privatização a serem adotados em alguns setores de atuação do Estado. Os governos socialistas e de Cavaco Silva destinaram esforços para as privatizações formais. O XIX Governo Constitucional português (2011-2015), de liderança do Primeiro Ministro Pedro Manuel Passos Coelho, do Partido Social Democrata (PSD), adotou a privatização substancial ou a privatização formal, ligada à desestatização da gestão ou da exploração de tarefas administrativas do Estado (ex.: REN, EDP, ANA Aeroportos Portugal[461], entre outras) ou do acesso a uma atividade económica (ex.: Fidelidade[462], Correios de Portugal S.A. – CTT sociedade aberta[463], entre outras).[464]

Os efeitos negativos da economia em Portugal obrigaram à aderência ao programa de metas estabelecido pelo *International Monetary Fund*, direcionado às mudanças estratégicas de estimulação do crescimento económico e, ainda, à reforma fiscal, para garantir estabilidade para os investidores. Entre os principais elementos do

---

460 . LIMA, Filipa; e SILVA, Filipe. Portugal atingiu 60% do plano de privatização, diz ministro. Caderno Economia. Revista Exame (*online*). 22 de fev. de 2012.

461 . VINCI Airports International S.A. https://www.ana.pt/en/institutional/ana/our-business-activity

462 . FOSUN, https://www.fosun.com/language/en/p/2569.html

463 . CTT, Correios de Portugal, Sociedade Anónima de capital aberto, http://www.ctt.pt/ctt-e-investidores/relacoes-com-investidores/estrutura-acionista.html?com.dotmarketing.htmlpage.language=3

464 . SUSPIRO, Ana. Foram quase 10 mil milhões. Metade da receita serviu para baixar a dívida pública. O resto ficou nas empresas públicas. Os donos são estrangeiros, as caras ainda são portuguesas. E as estratégias? Jornal Observador. 13.8.2015. Disponível em: https://observador.pt/especiais/dinheiro-das-privatizacoes/ Acesso em: 20.9.2018.

programa de metas da Agência especializada das Nações Unidas está a procura de soluções no mercado com o aumento da concorrência, redução de custos de mão-de-obra e aumento da produtividade e do emprego, por forma a garantir a sustentabilidade financeira do país.[465] A partir desse momento, é possível visualizar a criatividade construtiva dos administrativistas portugueses, que desenvolveram uma nova roupagem para a organização administrativa portuguesa, de acordo com a necessária procura de estabilidade financeira, de acesso ao comércio internacional e do consequente crescimento económico.

É possível perceber que, as transformações substanciais da CRP ocorreram num movimento *de baixo para cima*, ou melhor, surgiram da reconstrução da organização administrativa portuguesa. As alterações estruturais na máquina pública ocasionaram mudanças na lei fundamental, seja no aspecto interpretativo do texto, seja no contexto etimológico das normas de natureza reforçada. Um exemplo disso é a alteração da Lei de Instituição do SNS – Lei 56/79 e da Lei de Base da Saúde – Lei 48/90, que estabelecem marcos distintos na linha de pensamento estrutural de como prestar os cuidados de saúde no SNS. Não se trata de um simples axioma de que a iniciativa privada tem melhor eficiência de gestão relativamente à estrutura clássica da Administração Pública, pois o modelo de organização administrativa foi criado para adequar e para tornar o ambiente favorável às dimensões das privatizações.

Os números de captação monetária das privatizações substanciais ou formais, voltadas à desestatização da gestão ou da exploração de tarefas administrativas do Estado ou do acesso a uma atividade económica atingiram as metas de obtenção de receitas exigidas pela UE e pelo FMI.[466] Mesmo existindo críticas quanto ao uso de noventa por cento dos recursos obtidos com as operações privatizantes para o cumprimento da dívida pública[467], o esforço de Portugal em pagar as suas contas deu um

---

[465] . Portugal: Request for a Three-Year Arrangement Under the Extended Fund Facility. International Monetary Fund. June 2011. IMF Country Report nº. 11/127. Disponível em: https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2011/cr11127.pdf. Acesso em: 12.10.2018.

[466] . CRESPO, Emilio. Portugal conclui privatizações exigidas pela UE e pelo FMI. Esta operação permitirá ao país cumprir com folga o objetivo de receitas por privatizações e reduzir o *déficit* fiscal, como exigem a UE e o FMI. Revista Exame *online*. 27 dez. 2012. Disponível em: https://exame.abril.com.br/mundo/portugal-conclui-privatizacoes-exigidas-pela-ue-e-pelo-fmi/. Acesso em: 30.6.2018.

[467] . VILLALOBOS, Luís; CORREIA, Raquel Almeida. O Governo usou 90% das receitas com as privatizações para pagar a dívida pública. Os 4043 milhões arrecadados com a EDP, ANA e REN

status de confiança enquanto Estado-Membro da UE e consolidou o país como sendo dedicado às suas obrigações internacionais. O uso das receitas obtidas com as privatizações substanciais, para pagar as dívidas públicas, foi do mesmo modo influência dos acordos com os agentes financeiros internacionais, cuja Lei-Quadro das privatizações na década de 90[468] serviu de instrumento para redução do peso da dívida pública na economia do país.

As transformações da (nova) constituição portuguesa passaram por reformas infraconstitucionais de organização da Administração Pública[469]. Estas mudanças estão inseridas no período de estado de necessidade conjetural de redução dos gastos públicos do país[470]. E para isso, foi imprescindível alterar a matriz económica do país de acordo com uma releitura da lei fundamental[471]. Daí que, hoje, o atual modelo económico da CRP assegura a construção de uma estrutura de mercado para todo tipo de serviço público económico ou de caráter social[472]. A regulação pública passou a ser o papel preponderante da Administração Pública portuguesa, no cenário de economia de mercado e de livre concorrência[473].

Não houve qualquer desoneração por parte do Estado em relação à prossecução da atenção do interesse económico geral (serviços públicos económicos, ex.: telecomunicações, energia, transporte) ou não económico (serviços públicos de caráter social, ex.: saúde, educação), a transição está relacionada com o papel do Estado perante a sociedade, deixando aquele de ser extremamente interventivo e retornando os serviços à incumbência da sociedade. O Estado fica nas atribuições típicas de supervisão e de

representam apenas cerca de 2% do dinheiro que o Estado português deve aos credores. Revista Público *online*. 3 dez. 2013. Disponível em: https://www.publico.pt/2013/12/03/economia/noticia/governo-usou-90-das-receitas-com-as-privatizacoes-para-pagar-divida-publica-1614776. Acesso em: 10.6.2018.

468 . PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Lei-Quadro das Privatizações – Lei nº 11/90. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/332183/details/normal?q=Lei+n.%BA%2011%2F90

469 . ANTÓNIO, Isa. As parcerias público-privadas no sector da saúde. Coimbra: Almedina. 2015. p. 68-73.

470 . RIBEIRO, José Mendes. Saúde. A liberdade de escolher. Lisboa: Gradiva. 2009. p. 210-220.

471 . VALLE, Luís Meneses do. Racionamento e racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional. Vol. 1. Coimbra: Editora Coimbra. 2007. p. 311-3.

472 . FERREIRA, Eduardo Paz. Em torno da regulação económica em tempos de mudanças. Revista de concorrência e regulação. Instituto de direito económico, financeiro e fiscal – IDEFF. Faculdade de Direito de Lisboa. Ano I. Nº. 1. Jan./mar. 2010.

473 . GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. Revista da Faculdade de Direito do Porto. VII. Coimbra: Editora Coimbra. 2010. p. 61.

fiscalização das atividades desenvolvidas pelas entidades privadas. Retira-se do *núcleo duro* de tarefas do Estado questões que envolvem saberes, competências, experienciais técnicas e profissionais, cuja onerosidade dos recursos financeiros está fora das aptidões de manutenção do aparelhamento estatal e liberaliza-se ou dimensionam-se as privatizações dos serviços, ficando o Estado com o caráter de regulador dos mercados[474].

Portugal mudou, adequando-se aos desígnios da UE, estruturando (uma nova) administração pública, focada na regulação e na fiscalização. Foi construído um direito administrativo da concorrência, direcionado ao carácter funcional entre o direito europeu e o direito nacional. A atenção está voltada ao atendimento dos valores genéricos no bloco comercial de instituir um comércio livre entre os países da UE, materializado através da criação de mercado único. Existe um forte apelo para a liberalização dos mercados, passando este a desenvolver várias estruturas sem uma definição específica das naturezas pública ou privada dos setores (empresarialização).

Os princípios das liberdades fundamentais da ordem económica da UE estão contextualizados no direito administrativo da concorrência (art. I-4º, itens 1 e 2 do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa)[475]. A incorporação destes desígnios no ordenamento jurídico interno português foi imperativa. Criaram-se *setores empresariais públicos* que funcionam através de coexistência de atuações de entidades públicas e privadas[476]. A procura do alcance de maiores índices de eficiência e, ao mesmo tempo, da suficiência dos recursos para o atendimento do interesse geral económico está associado à garantia da concorrência, assegurando a liberdade de gestão (autonomia da vontade) na criação de estratégias de condutas no mercado interno pelos operadores. O papel normativo do Estado está vinculado à limitação de ajustes que restrinjam a concorrência. Para além disso, o Estado tem que monitorar os abusos de entidades com posições dominantes no mercado e evitar preventivamente concentrações (oligopólio ou monopólio).

---

474. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 352.

475 . UNIÃO EUROPEIA. Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Disponível em: https://europa.eu/europeanunion/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf. Acesso em: 25.6.2019.

476 . CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa. Anotada. Volume I. 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra. 2007. p. 962.

O processo de quebra dos monopólios legais de exploração de determinados serviços públicos económicos promoveu o acesso mais facilitado aos utentes, tendo em conta os múltiplos mercados em evolução, podendo fazer-se referência aos dados obtidos através da Autoridade da Concorrência (AdC), que tem poderes transversais sobre a economia portuguesa e legitimidade normativa regulatória da concorrência, coordenando as entidades reguladoras setoriais. A liberalização dos monopólios legais de setores é uma tendência da UE, sendo atualmente a exigência em voga a desestatização do transporte ferroviário de passageiros, por intermédio do 4.º Pacote Ferroviário. O objetivo é alcançar a livre concorrência de acesso às redes ferroviárias dos Estados-Membros. Através da Diretiva 2012/34, alterada pela Diretiva 2016/2370, foi prevista a determinação do direito comunitário da abertura do mercado ferroviário de serviços domésticos de transporte de pessoas e da governação da infraestrutura ferroviária do país[477].

Embora o transporte esteja inserido no capítulo II dos direitos e deveres sociais, ou seja, serviço de interesse geral não económico, a garantia do Estado em proporcionar uma infraestrutura urbanística com uma rede adequada de transportes não impede a criação de um mercado concorrente de transporte ferroviário, executado por privados. Ainda que a missão de garantir um zoneamento urbano equilibrado com o bem-estar na mobilidade urbana dos transeuntes continue a ter a natureza de direito e dever social do Estado (art. 65.º, N.º 2, alínea *a* da CRP).[478-479]

---

[477] . PORTUGAL. Autoridade da Concorrência. Recomendação no âmbito da liberalização de serviços de transporte ferroviário de passageiros. Dez./2018. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Recomendacoes_e_Pareceres/Documents/Recomenda%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20Liberaliza%C3%A7%C3%A3o%20Servi%C3%A7os%20Transporte%20Ferrovi%C3%A1rio%20Passageiros.pdf. Acesso em: 14.8.2019.

[478] . O pilar do mercado concluirá o processo de abertura gradual do mercado iniciado com o 1º pacote ferroviário. Estabelece o direito geral de as empresas ferroviárias estabelecidas num Estado-Membro operarem todos os tipos de serviços de passageiros em toda a UE, estabelece regras destinadas a melhorar a imparcialidade na governação das infraestruturas ferroviárias, evita a discriminação e introduz o princípio do concurso obrigatório para o setor público - contratos de serviços ferroviários. A concorrência nos mercados de serviços ferroviários de passageiros incentivará os operadores ferroviários a tornarem-se mais receptivos às necessidades dos clientes, melhorando a qualidade dos seus serviços e a sua relação custo-benefício. A licitação competitiva de contratos de serviço público permitirá economizar dinheiro público. (UNIÃO EUROPEIA. Quarto Pacote Ferroviário de 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2013_en. Acesso em: 14.8.2019.

[479] . PORTUGAL. Assembleia da República. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art65. Acesso em: 14.8.2019.

Os fins públicos ou de interesse público estão consubstanciados na assunção como responsabilidade própria do Estado, através da lei fundamental. Tal circunstância não limita a aptidão de transformações das atribuições do Estado, de acordo com o momento histórico que vivencia a nação ou o bloco económico em que a mesma está inserida. Mesmo que se promova a desestatização das execuções das tarefas públicas, não será necessário afastar a nova estrutura administrativa do conceito jurídico de serviço público, pois os critérios de encaixe teórico passam por elementos objetivos e subjetivos para alcançar os resultados práticos da prestação do serviço. Ao criarem entidades de aspetos novos, por ex., Hospitais S.A. ou Hospitais E.P.E., estar-se-á diante de novas estruturas prestacionais que, no fim, têm a missão de prestar o serviço público, cabendo ao Estado controlar e assegurar a efetivação dos serviços à coletividade. E este novo módulo público pode ser cumprido por entidades reguladoras setoriais, sendo dispensável a atuação do Estado no exercício direto das atividades prestacionais. Estas agências, técnicas e autónomas (de *political lobby*), passam a ter o papel legislativo de regulação e também de decisão das indagações *práticas de mercado*.

A proposta de construção de mercados de interesse geral económicos ou de caráter social não retira o conceito de serviços públicos. Os operadores destes mercados setoriais encontram-se submissos às regras jurídicas e às decisões das entidades reguladoras, que estabelecerão a aderência da manutenção da continuidade dos serviços; do alcance dos melhores coeficientes de qualidade e de segurança na execução da tarefa; de manutenção de preços acessíveis aos serviços, principalmente, quando a contrapartida (total ou parcial) é oriunda do erário público (cidadãos portugueses ou equiparados); de acesso irrestrito a toda coletividade, não fazendo distinção do *stakeholder* em relação ao tipo de utente (consumidor); de garantia ao tratamento igualitário (isonómico) e integral ao utente (consumidor), devendo ter o mais completo conjunto de serviços para oferecer aos consumidores[480].

[480] . AMORIM, João Pacheco de. Algumas possíveis (e desejáveis) alterações à Constituição, quase vinte anos volvidos sobre a última grande revisão constitucional (1997). *In.* FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo, *et al.* (Coords.) Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira. Coimbra: Almedina. 2017. p. 566.

A transformação do esquema tradicional de planeamento para um mercado dos serviços públicos, associado ao critério fundamental, tem finalidade satisfativa, do que será prestado (ex.: fornecimento de energia elétrica, de educação, de saúde, de transporte, etc.), pois a natureza do sujeito que presta o serviço é irrelevante para alcançar o objetivo de interesse público primário (os indivíduos da coletividade). Porquanto, se a estrutura de mercados setoriais é uma opção viável para uma nova organização administrativa do Estado, a discussão passa a ter pertinência em relação à garantia e à estrutura de funcionamento, cabendo ao Estado a regulação da manutenção dos elevados índices de eficiência dos setores de interesse geral.

As sete revisões constitucionais, associadas a algumas atitudes infraconstitucionais e jurisdicionais, causaram, ao longo dos anos, ruturas epistémicas no texto da lei fundamental. É possível alcançar percepções adaptativas para o atual modelo de Estado Social de Regulação Português. A Lei Quadro das Privatizações – Lei n.º 11/90, de 5 de Abril; as normas aplicáveis às parcerias público-privadas – Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril (atualmente revogado pela Lei n.º 95/2019); o Código de Contratos Públicos – Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro; a Lei-Quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo – Lei n.º 165/2013, 28 de Agosto, são exemplos de uma postura legislativa envolvida com a abertura sistémica dos mercados antes do monopólio estatal. No âmbito da saúde, a instituição de uma Entidade Reguladora Independente – ERS; a instituição de pessoas coletivas públicas – E.P.E.; os Hospitais em regime jurídico de PPP; a admissão de *contracting out* e de *outsourcing* revelam a abertura para a interação entre operadores públicos e privados, em atividades de interesse geral não económico, capazes de estabelecer uma rede nacional de prestadores no sistema único de saúde, em concorrência, para a captação de utentes e de procura de melhores ajustes negociais nos contratos programas.

Através da proporcionalidade é possível conduzir a construção de mecanismos de tutela jurídica administrativa, estabelecendo as regras de preservação dos fins pretendidos com os serviços públicos. A disciplina jurídica deve ser apta a atingir as necessidades preconizadas para a satisfação dos utentes dos serviços públicos. Deste modo, a existência de qualquer outra medida jurídica, além do espírito de tutela constitucional do bem jurídico, é via eleita desproporcional ao fim pretendido, em razão

da não admissão de engessamento por restrições sem que haja uma importância prática resolutiva.

Nos termos de estudos de Isa Filipa António de Sousa, as Parcerias Públicos-Privadas (PPPs) no setor da saúde são exemplos da construção da dependência da realidade económica do Estado Português como válvula propulsora da procura de uma equação entre o socialmente idealizado e o economicamente viável[481], para alcançar uma estrutura capaz de atingir os índices de satisfação de interesse geral. Alterar a estrutura da administração das prestações dos serviços públicos é procurar instrumentos de garantia prestacional (ex.: as várias formas de privatizações), assegurando ao legislador a formatação de meios capazes de cumprir a missão vinculada na CRP e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1950 ou na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000.

O sentido de serviço público proposto está relacionado com a essência material ou funcional, considerando a atividade de interesse geral em relação à qual o Estado assumiu a garantia da prestação do serviço. De imediato, trata da oposição ao sentido orgânico do conjunto de agentes da titularidade pelo fenómeno da desconcentração ou da descentralização tradicional dentro do próprio eixo de Administração Pública.

As novas formas da Administração exercer superintendência e desenvolver as atividades através de um processo de liberalização e de ampliação do conceito de serviço público são técnicas jurídicas interligadas com o direito administrativo constitucionalizado, que se submetem ao atual contexto de direito comunitário com carácter económico-empresarial. Daí que a divisão entre os setores público e privado, ou ainda entre entidades públicas e privadas, não são tão relevantes para definir a natureza da prestação do serviço em si considerado, já que as tarefas podem ser desempenhadas por ambos e em parceria numa via de mão-dupla (ex.: parcerias público-privadas). As mitigações de imposições ou de proibições da Constituição de 1976 ocorreram prontamente, mesmo sem reformas no conteúdo do texto da lei fundamental.

---

[481] . ANTÓNIO, Isa Filipa. As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde. Coimbra: Almedina. 2015. p. 68-76.

E, quem sabe, este foi o ponto de partida para uma nova roupagem interpretativa da CRP, pois as alterações de alguns setores de interesse geral mostram a construção de uma desconstitucionalização por modificações práticas ou concretas, ou seja, as normas fundamentais têm sido objeto de sucessivas revisões informais tendo em vista o processo burocrático de revisão da lei fundamental ou do contexto político do país. Contudo, as mudanças são capazes de hermeneuticamente colocar em dúvida a permanência do valor das normas constitucionais. Estas mudanças foram construídas através de um processo de superação dos limites materiais de revisão da constituição - artigo 288.º da CRP - tendo em conta a supremacia do direito comunitário. Nasceu, assim, a possibilidade de se afastar a percepção clássica de um núcleo essencial da Constituição formal e material.

Para que se possa compreender as transformações da (nova) CRP, é necessário entender que houve um real rompimento das bases teóricas do direito administrativo do século XIX, oriunda da concepção napoleónica de rígida hierarquia militar e dos conceitos de legalidade e discricionariedade administrativa. Estes conceitos encontravam-se ao serviço do sistema sócio-político no poder e, de certa forma, afastados dos princípios e dos valores democráticos. Ao elevar o direito administrativo constitucionalizado, torna-se possível constituir instrumentos de realização dos direitos fundamentais e dos valores tidos como essenciais, de modo mais flexível. A mudança para uma nova forma de realidade social e, consequentemente, a adaptação do modelo constitucional, sujeita-se ao desenvolvimento de meios viáveis para alcançar as prestações de atividades administrativas de modo efetivo. Para isso é necessário que toda a criação jurídica de direito administrativo, focada na teoria da organização da administração pública (ex. várias dimensões de privatização), que se funde, de forma concreta e paradigmática, aos valores constitucionais dentro do seu contexto teleológico.

Esta proposta de transformação da (nova) CRP está vinculada ao rompimento do discurso político. Direciona-se a criação de um núcleo prático da atuação administrativa e, de certo modo, deixam de ter tanta relevância os debates doutrinários referentes aos conceitos *consistentes* para a *discricionariedade administrativa* ou para *explicar* o que efetivamente está na base d*a conveniência e oportunidade administrativa*. E mais. O que é efetivamente de *interesse público*? A satisfação realista do administrado (utentes) e não dos administradores (classe política). Ao passo que, é, no mínimo, sugerível pensar que, a escolha do constituinte em compor um Estado Social através da

CRP com características extremamente caprichosas causou fraqueza sistémica das normas de natureza constitucional, uma vez que as mesmas se colocam em processos de ruptura entre as opções políticas na gestão do poder e as reais preferências dos destinatários dos serviços públicos (cidadãos, utentes, consumidores). A autocorreção é inevitável, de acordo com o passar do tempo, pelo progresso da sociedade, de modo que não há espaços para ilusões num ambiente de necessidades de respostas práticas[482]. Talvez a (nova) CRP seja oriunda de uma descontinuação na posição mais elevada da ordem jurídica em razão da perda de capacidade da Constituição em de se adaptar aos *novos mercados*. Não se pode esquecer que o sistema social interno do país passou a comunicar cognitivamente com o sistema comunitário europeu (Tratados; Atos Jurídicos: vinculativo – Regulamentos, Diretivas e Decisões; não vinculativos – Resoluções e Pareceres), causando fraqueza na ordem jurídica portuguesa e, consequentemente, gerando necessidade de adaptação para fins de harmonização interna como um conjunto de subsistemas operacionais organizados (agricultura, consumidores, energia, economia, saúde, transporte, etc.[483]). É a partir daí que se sugere o papel de relevância do direito administrativo - a reestruturação das atribuições organizacionais do Estado são efeitos práticos de regulação desta área[484], que quiçá, hoje não seja puramente de direito público (empresarialização do setores públicos, adoção do direito societário para entidades antes essencialmente públicas – ex.: S.A., E.P.E.).

No setor económico português, a Constituição Económica, no art. 80.º da CRP, tem duas concepções *natimortas* no atual contexto de sociedade europeia – as alíneas *d* e *e*. Se, antes da revisão de 1989 a redação dada à alínea *d* admitia a estatização de todos os *meios de produção* que fossem convenientes ao poder público (poder político), era nítido que não existiam critérios estabelecidos e a ideologia política implementava o planeamento económico do país. Era, assim, um entrave da área econômica e retardava o desenvolvimento nacional. E mais, tinha, ainda, uma blindagem

482 . LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Ana Cristina Arantes Nasser (Trad.). Petrópolis: Editora Vozes. 2010. p. 101-128.

483 . UNIÃO EUROPEIA. EUR-Lex. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/browse/summaries.html, Acesso em: 24.11.2019.

484 . (...) tendente a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 40.

no limite material de revisão da constituição, no art. 290.º, alínea *f*, que impedia alterações de natureza substancial[485].

As transformações, após a Segunda Revisão Constitucional, revelaram que, mesmo as cláusulas petrificadas na constituição são mutáveis diante das necessidades práticas evolutivas da sociedade[486]. Não obstante, a organização económico-social portuguesa persistiu após a reformulação da CRP com um conteúdo de texto normativo aquém das expectativas de mercado europeu liberalizado, estabelecendo a propriedade pública dos meios de produção de acordo com um conceito vago de *interesse coletivo* (art. 80.º, alínea *d* da CRP). Deste modo, o constituinte derivado progrediu de *status* cogente e imperativo das estatizações do que representa *interesse público* dos *meios de produção*, para o *status* facultativo de definição do que se considera *interesse público* pelo mesmo poder político gestor. De certo modo, isto representa uma grande margem de flexibilização das mudanças estruturais, de acordo com o ciclo do poder político gestor do país, podendo ocasionar descontinuidade do projeto de desenvolvimento e de equidade estrutural do país perante os outros países do bloco económico europeu.

A partir da década de oitenta, Portugal implementou a missão de assegurar as liberdades económicas e garantir ao setor privado o acesso às tarefas antes exclusivamente públicas. Os fenómenos privatizantes dimensionados de forma formal ou material nas várias áreas de *serviços públicos* evitaram a falência do país, que frequentemente gastava mais do que o dispunha nos cofres públicos.

A abertura proporcionou interação entre entidades públicas, privadas e sociais, admitiu investimentos oriundos da iniciativa privada e colocou Portugal no eixo dos propósitos do mercado comum europeu. Os *meios de produção* são partes integrantes do mercado e não existe razão para estarem nas mãos do Poder Público. E isto, por ex., afeta o domínio público das linhas férreas nacionais (art. 84.º, N.º 1, alínea *e* da CRP),

---

485 . CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Vol. 1. 1ª ed. São Paulo: Editora RT. 2007. 959.

486 . CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BARATIERI, Noel António. As cláusulas pétreas: a possibilidade de revisão constitucional de vinculações de receitas na área da educação. Revista Justiça do Direito, v. 31, n. 3, p. 585-602. Disponível em: http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/7837/4644/0. Acesso em: 21.11.2019.

pois as entidades públicas são titulares de bens de domínio privado. Pois bem, os bens que compõem os fins administrativos, tais como os Hospitais E.P.E., os Comboios E.P.E.[487] pertencentes ao modelo *sui generis* de Entidades Públicas Empresariais são dotados de personalidade jurídico-pública, porém, são regulados pelo direito societário, privado, e pelo direito laboral[488] que, em Portugal, é qualificado como direito privado e não como direito público, como acontece no Brasil.

Releva ainda apontar que Portugal pretendia prosseguir com alguns conceitos de *interesse público*, prestando determinados serviços públicos, tidos teoricamente como essenciais ou fundamentais. Contudo, a administração burocrática do século XX europeu, que procurava uma racionalidade técnica para projetar e criar um sistema administrativo focado na organização das relações humanas para maximizar a produtividade[489] (ex.: os sistemas nacionais de saúde para terem pessoas menos doentes, aumentando o capital trabalho do Estado), não subsiste mais no século XXI, com o avanço do mercado comum europeu através da integração económica. A adoção da escola da burocracia pelo direito administrativo tradicional perdeu sentido na dinâmica de mercado público do *new public managment*. As exigências de serviços satisfatórios não se associam mais à obediência de sequências contínuas de tarefas por unidades, órgãos por via de desconcentração ou por entidades administrativas indiretas, por meio de descentralização em literal obediência a estrutura hierárquica da organização administrativa[490].

O Estado observou a necessidade de criar um novo perfil de prestação dos serviços públicos, com o objetivo de atribuir autonomia de gestão e flexibilidade das atividades do prestador efetivo (executor). As empresas públicas de natureza institucional eram para ser o primeiro passo de liberalização dos mercados, intuindo-se que o objetivo das suas criações foi encontrar *um meio termo* entre a burocracia e a liberdade, garantindo às atividades autonomia administrativa, financeira e

---

487 . PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 137-A, de 5 de Junho de 2009. Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações. Publicado no Diário da República n.º 112, Série I, de 12 de Junho de 2009.

488 . PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Entidade pública empresarial. https://dre.pt/lexionario/-/dj/115077475/viewDisponível em: Acesso em: 23.11.2019.

489 . SILVA, Reinaldo O. da. Teorias da administração. São Paulo: Pearson Prentice Hall. 2008. p. 145-146.

490 . WEBER, Max. The theory of social and economic organization. Illinois: Free Press. 1947.

patrimonial. E, até hoje, a criação de entidades públicas de gestão privada (Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro) cria uma imensa dificuldade de compreensão teórica, uma vez que as mesmas não são regidas essencialmente pelo direito administrativo e, todavia, submetem-se a fiscalização e superintendência como entidades públicas, em razão do seu capital estatutário integral do Estado e da submissão de autoridades políticas do Governo.

O modelo de entidade pública de gestão privada é fortemente utilizado no setor hospitalar da saúde pública (ex.: Hospital de Santarém, E.P.E.), como também no setor da infraestrutura e do transporte (ex.: Navegação Aérea de Portugal-NAV Portugal, E.P.E.). Não se trata de uma fuga ao direito privado, pois parece ser apenas uma construção jurídica para alcançar a efetividade dos serviços públicos através da implementação de uma nova organização interna das entidades públicas, como consequência da utilização das técnicas jurídicas do direito societário. E, partindo da premissa que, a teoria da burocracia se vinculou inicialmente ao setor privado, pois é originária da organização das grandes empresas, de acordo com os pensamentos de Max Weber[491]. Não existe objeção na criação de outros instrumentos jurídicos capazes de regular novos fenómenos sociais formalmente ou substancialmente privatizantes, visando a adequação das necessidades práticas dos processos dinâmicos dos serviços públicos.

A anatomia das atividades estatais retrai-se na aceção de sociedade de mercados, afastando o Estado da tarefa de executor e retornando à função típica de regulador, de financiador parcial e de fiscalizador. Este papel de transformação pertence ao direito administrativo, pois atende aos aspectos dinâmicos e funcionais, mesmo que estejam constitucionalizados. E, alterar estas bases hermenêuticas, não retira da (nova) CRP o seu caráter fisiológico de estruturação dos sentidos dos mercados internos (públicos). Isto é, se o direito administrativo constrói meios para satisfazer as finalidades dos serviços, que lhes são constitucionalmente atribuídos, não será a própria constituição que impedirá a evolução das transformações.

O constituinte português tentou criar *cláusulas de barreira*, a fim de evitar o movimento centrífugo ao eixo de rotação, que se tornou a perceção analítica ou

[491] . SCOTT, W. Richard. Organizations: rational, natural and open systems. 3ª ed. Nova Jersey: Pertice Hall. 1996.

dirigente do conteúdo constitucional, sendo das regras integrantes formalmente na lei fundamental ou das estabelecidas como regras materialmente constitucionais apartadas[492]. Neste ponto, sugere uma transformação na Constituição Económica, uma vez que a sua rigidez está associada apenas aos movimentos de desconstitucionalização (centrífugo), já que se mostra excessivamente flexível na opção de agregar bens por mera qualificação como públicos (centrípeto). Isto é bem aparente na política legislativa constituinte do art. 84.º, N.º 1, alínea *f* da CRP, definindo em critério de *numerus apertus*, a possibilidade de classificar outros bens (privados na sua essência) como de domínio público[493].

Ao falar das justificações de inclusão dos bens no domínio público, tem-se o uso centrípeto dos desígnios da proporcionalidade (razoabilidade e adequação social). Não obstante, quando se trata dos efeitos de desconstitucionalização dos bens pelo fragmento de adequação ao novo contexto social português, enquanto Estado-Membro do mercado comum europeu, torna-se rígido o procedimento de rutura epistémica. Isto é aparente, atualmente, na tentativa de quebra do domínio público das *linhas férreas nacionais* (art. 84.º, N.º 1, alínea *e* da CRP), já que a meta do mercado comum europeu solicita um movimento centrífugo de desconstitucionalização com a abertura do mercado como expressa *o primeiro pacote ferroviário*[494]. A despublicização é uma forma de privatização em que o Estado exclui da sua titularidade o bem, serviço ou atividade. Dentro dos fenómenos privatizantes, a liberalização é a retirada da *publicatio* do setor económico, antes classificada como de domínio público, mas, em sua essência, privada. A abertura para a *livre iniciativa privada* do setor de transporte ferroviário impulsiona Portugal a romper qualquer tipo de monopólio público ou de exigência de título de habilitação para autorizar as empresas ferroviárias a operarem com serviços de passageiros no território jurídico da UE. Este processo gradual de liberalização, na sua fase inicial, já estabelece regras uniformes de concursos públicos dos serviços ferroviários (*contracting out*). O princípio da concorrência, antes exclusivo da área empresarial, foi introduzido ao direito administrativo, passando a ser fragmento

492 . MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 8.

493 . CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa. Anotada. Vol. 1. 4ª ed. Coimbra: Coimbra. 2007. p. 1004.

494 . UNIÃO EUROPEIA. Quarto Pacote Ferroviário de 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2013_en. Acesso em: 14.8.2019.

do desígnio da efetividade dos serviços públicos como meio para alcançar o fim de incentivar as operadoras ferroviárias a tornarem-se mais comprometidas na satisfação das necessidades dos clientes, melhorando a qualidade dos serviços (os benefícios) e, ao mesmo tempo, tentando reduzir as despesas (os custos). Assim, esta dinâmica de mercado pode reduzir os gastos do erário, transferindo uma parcela do ónus estatal aos operadores privados, na concorrência do mercado.

Outra alteração que se considera adaptativa na CRP diz respeito à alínea *e* do art. 80.º, que versa sobre o Planeamento do desenvolvimento económico e social do país. As sucessivas revisões constitucionais revelam a mitigação, por efeitos práticos, dos limites materiais de revisão expressos no art. 288.º, alíneas *f* e *g* da lei fundamental, que impõe abstratamente uma submissão de orientação da economia do país ao poder político. A coexistência de operadores de natureza pública, privada ou social nos múltiplos mercados não justifica a intervenção do Estado, com o argumento de um domínio de organização de carácter económico e social. Após as sucessivas revisões da (nova) CRP, o modelo económico do país passou a ser de economia de mercado, ou seja, de livre iniciativa. Por este caminho, os *stakeholders* revelam os seus interesses quando procuram estratégias de captação dos vários operadores do mercado de atuação (ex.: telecomunicações, energia, educação, saúde). Isto está relacionado com alguns fatores e situações que não dizem respeito apenas ao planeamento interno do país. São mudanças globais de perceção do envelhecimento da população mundial, de mitigação dos danos ao meio ambiente, da aceleração da transferência tecnológica, da difusão de padrões de qualidade, de mercados fragmentados e altamente qualificados, e da ineficiência das políticas protecionistas[495]. O direcionamento pelo Estado, através da planificação, não possui relevância prática jurídica, pois não racionaliza o processo económico e apenas se mostra apto a trazer um prognóstico dos resultados futuros. Esta é a estrutura do Estado Social, que fora importante numa época de necessidade de maior intervenção do Estado nas atribuições típicas da sociedade. Não subsiste a lógica, nos dias atuais, de o dever do

[495] . CHIAVENATO, Idalberto; SAPIRO, Arão. Planeamento Estratégico. Fundamentos e Aplicações. 5ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier. 2003. p. 21-23.

poder económico se subordinar ao poder político[496-497], sendo indicativo para o fim da corrupção ou *das extorsões políticas* para favorecimentos, *por ex*., em contratos públicos[498].

A inovação organizacional da Administração Pública e, por lógica, das bases epistemológicas do direito administrativo das organizações decorre da análise de alguns aspectos em Portugal, a saber, as inovações vivenciadas no país são frutos de um ambiente de diversidades de habitantes e de culturas, que se inseriram em Portugal na aderência à integração económica internacional do bloco económico europeu e de sua abertura aos países com idioma português; as inovações consistentes na UE acabaram por gerar garantias de liderança de mercado ao setor privado, para efeitos de fomentar a economia do bloco; a estrutura do macro mercado europeu estabelece um *benchmarks,* ou seja, um processo de comparação dos serviços e das práticas dos Estados-Membros, revelando a procura pelo desenvolvido económico e a possibilidade reconstrução dos modelos internos para efeitos de uniformização dos mercados; e, por fim, o foco no utente (cliente ou consumidor) dos serviços públicos.

Com efeito, o princípio do planeamento económico tem sido utilizado ao longo dos anos pelo poder político do país para legitimar uma restrição desconforme aos desígnios da UE, de liberdade da iniciativa e da organização do mercado através da iniciativa privada. Para além disso, insiste o poder político em diminuir a força das transformações constitucionais económicas, focadas no mercado e na concorrência. Isto é, para que se possa trabalhar a progressiva concretização da (nova) CRP, é necessário encarar a Constituição Económica enquanto uma opção de economia livre e de mercado, tratando os serviços públicos como área de atuação de entidades privadas ou sociais e retirando o monopólio público.

---

496 . tvi24. Reportagem da Tomada de posse de Marcelo. Ao Minuto: siga a cerimónia de tomada de posse de Marcelo de Rebelo de Sousa. 8.3.2016. Disponível em: https://tvi24.iol.pt/aominuto/56df08ea0cf25dc1853c1c21/poder-economico-deve-subordinar-se-ao-poder-politico/56e0045c0cf268202649b77d. Acesso em: 29.11.2019.

497 . MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo II. Coimbra: Editora Coimbra. 2006. p. 14.

498 . BRASIL. Ministério Público Federal. O caso lava jato. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso. Acesso em: 29.11.2019.

Dentro do contexto atual de sociedade de mercado, é aconselhável que as letras da lei fundamental não expressem falsas interpretações, pois não é mais incumbência ou tarefa do Estado executar as atividades produtivas *lato sensu* (art. 81.º, *caput* da CRP). Hoje, não é preciso a intervenção proativa do Estado nos serviços, pois, ao assegurar as forças produtivas a possibilidade da livre concorrência[499], existirá um auto equilíbrio do próprio mercado. Isto possivelmente eliminaria uma prática estatal de monopólio de determinadas atividades económicas ou sociais, que fluentemente podem ser atividades fragmentadas por outros operadores de natureza diversa da pública.

A transformação de Portugal caracteriza-o como Estado de liberdade económica e social. Fiscalizar e regular os mercados passou a ser o papel do Estado, bem como não intervir no mercado para assegurar a eficiência do setor público, no que concerne aos meios produtivos em si considerados (art. 81.º, alínea *c* da CRP). A garantia de atuação do setor privado é estabelecida pela lei fundamental, expressando claramente *a coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção* (art. 80.º, alínea *b* da CRP). Criar uma barreira de acesso a alguns mercados económicos ou sociais, através de opções políticas estatizantes, é desrespeitar o novo sentido dado à lei fundamental.

Os dias atuais não autorizam a persistência de conceitos normativos de setores *de propriedade*, pois os mercados não possuem donos. Existem, na verdade, operadores concorrentes, que se propõem a exercer determinadas atividades económicas ou sociais, em troca da obtenção do *lucro* (ganhos ou interesse público)[500]. Estas múltiplas atividades estão inseridas em mercados, cujos operadores se organizam como atividade profissionalmente preparada para a atuação especializada num determinado setor económico ou social, para produção ou circulação de bens ou de serviços. Assim, a administração pública passa pelo processo de *empresarialidade* (teoria da empresa)[501],

---

499 . UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/104/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1576029399133&uri=CELEX:32014L0104. Acesso em: 9.12.2019.

500 . ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Da Empresarialidade. As empresas no Direito. Coimbra: Almedina. 1999. p. 111-243.

501 . GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 76-78.

ou seja, os meios de produção são as entidades empresariais que, com personalidade jurídica própria (pública, privada, cooperativa ou social), têm as garantias constitucionais, e do direito comunitário europeu, de concorrem em mercados livres, não fazendo distinção entre setores e apostando na sua capacidade de competir na área profissional.

Talvez uma proposta mais arrojada seja eliminar a garantia de coexistência dos três setores (art. 82.º, N.º 1 da CRP), unificando num único mercado profissional competitivo com entidades públicas, privadas, cooperativas e sociais, todas competindo entre si para alcançar os melhores índices de satisfação dos utentes (clientes). Isto pode ser interpretado, *por ex.*, com um serviço nacional de saúde, único, funcionando numa rede integrada entre os operadores (art. 64.º, N.º 2, alínea *a* da CRP). De acordo com o autor João Pacheco de Amorim, é iminente a alteração do art. 82.º, N.º 2 da CRP, através da seguinte redação: *o setor público é constituído pelas empresas* (retirando a expressão *pelos meios de produção*) *sobre as quais exerçam, ou estejam em condições de exercer, uma influência dominante, o Estado ou outras entidades públicas*[502].

É retrógrada a permanência do texto constitucional, mencionando que *o sector público é constituído pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas*. Os serviços públicos não estão mais associados teologicamente ao direito comunitário, com a ideia conceitual de pública a prestação do serviço em razão da propriedade e da gestão. O conceito de fim público (de interesse público) é mutável, no que concerne ao que o Estado avocou para si, com responsabilidade estatal. Então, até mesmo a desestatização dos serviços públicos, não retira o Estado do cenário do mercado. Pelo contrário, criam-se novas entidades jurídicas independentes com atribuições de controlar e de assegurar os serviços prestados pelos operadores públicos ou privados, mas com a mesma natureza de bem jurídico público (ex. Entidades Reguladoras Independentes). O que importa hoje é a finalidade pública do serviço e não a natureza jurídica de quem presta.[503]

---

[502] . AMORIM, João Pacheco de. Algumas possíveis (e desejáveis) alterações à Constituição, quase vinte anos volvidos sobre a última grande revisão constitucional (1997). *In.* FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo, *et al.* (Coords.) Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira. Coimbra: Almedina. 2017. p. 571.

[503] . LIMA, Rui Cirne. Princípios de Direito Administrativo. Paulo Alberto Pasqualini (Rev.). 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2007. p. 208-212.

A criação do setor público empresarial português é um bom exemplo da reestruturação da administração pública do país e da própria remodelação da organização da Administração Pública. A partir do Decreto-Lei n.º 133/2013 foram estabelecidos os princípios e as regras do *novo* setor da empresarialidade, agora de carácter público, ou seja, denominadas empresas públicas, mesmo que a intenção fosse de transformá-las em efetivas empresas de *status* privado. A edição do diploma legal resultou em fortes críticas de incompatibilidades da hermenêutica tradicional de direito administrativo com os institutos jurídicos transmutados das estruturas societárias.

As transformações desejáveis para reestruturação da administração pública passam por uma remodelação ou rutura da lei fundamental, principalmente no que diz respeito à Constituição Económica, passando a alcançar outros bens jurídicos de caráter económico ou social.

Parte 4 – Um regime estrutural diferente para os serviços públicos de saúde

Sumário:

1. Perceção da viabilidade de reestruturação dos serviços públicos de saúde. 2. Uma revisão necessária do art. 64.º da CRP – Constituição da Saúde. 3. Prestadores de cuidados de saúde com dimensionamentos amplos da privatização. 3.1. Entidades Públicas Empresariais do Setor Público Empresarial da Saúde, retorno ao tipo sociedade anónima – S.A. 3.1.1. As Entidades Públicas Empresariais da Saúde. 3.1.2. É imprescindível romper as barreiras normativas recentemente criadas para retomar a reestruturação administrativa das entidades públicas prestadoras dos serviços do SNS, com base na empresa e não enquanto estabelecimentos públicos. 3.1.3. Uma proposta de tipo societário às Entidades Públicas como Sociedade Anónima do Setor Público Empresarial da Saúde. 3.1.3.1. Modelo de sociedade de economia mista S.A. nas empresas do SPE da Saúde. 3.1.3.2. O Estatuto da sociedade de economia mista S.A. do SPE da Saúde. 3.1.3.2.1. A formação do capital social da sociedade de economia mista, S.A. 3.1.3.2.2. A administração da sociedade de economia mista, S.A. a) Assembleia Geral – Ordinária e Extraordinária. b) Conselho de Administração. c) Direção Executiva. d) Conselho Fiscal. e) Funcionários. 3.2. Dimensão da privatização funcional dos serviços públicos da saúde. 3.2.1. Premissas dogmáticas de categorização do fenômeno funcional de privatização dos serviços públicos de saúde. a) A análise das exigências de legalidade das medidas de privatização. b) O exame da vinculação da entidade privada ao direito administrativo. c) A observação do controle público. d)O controle da responsabilidade civil decorrente dos atos praticados pela entidade privada. 3.2.2. Outra proposta de categorização do fenómeno funcional de privatização dos serviços públicos de saúde. 3.2.2.1. Unidades de Saúde em Parcerias Público-Privadas Institucionais. 3.2.2.2. Unidades de Saúde em regime jurídico de Parceria Público-Privada Contratuais. 3.2.2.2.1. Contrato de prestação de serviço. 3.2.2.2.2. Contrato de concessão de serviços públicos.

1. Perceção da viabilidade de reestruturação dos serviços públicos de saúde

Ao tratar de um regime estrutural diferente de um serviço público, pensamos imediatamente na ideia de estrutura orgânica da Administração Pública, composta por unidades orgânicas com atribuições administrativas para o exercício de determinadas funções. Algumas destas unidades orgânicas acabam, por razões de conveniência administrativa, por ganhar personalidade jurídica própria, denominando-se

pessoas coletivas de direito público. Tradicionalmente, os serviços públicos seriam executados por estas unidades jurídicas, sendo que cada entidade pública, personificada ou não, tem a incumbência de uma tarefa pública designada pela lei que a instituiu.

A criação de entes públicos com o desiderato de atender, abstratamente, *o interesse público,* é a tónica tradicional de desenvolvimento estrutural da organização dos serviços. A lei instituidora da entidade pública define a sua finalidade, qualificando as suas atividades como públicas/administrativas. Das várias espécies de pessoas coletivas públicas, cumpre mencionar que o art. 64.º, N.º 4 da CRP expressa claramente que o SNS tem uma gestão descentralizada e participativa. Isto significa que, além da autorização de estruturação através de várias espécies de pessoas coletivas públicas, assim compreendidas as possibilidades de regionalização dos ónus públicos no que concerne ao Estado, às regiões autónomas dos arquipélagos dos Açores e da Madeira e as autarquias locais, existem ainda as entidades institucionais (empresas públicas), cabendo, também, a interação com entidades privadas, administrativas ou não, no exercício do serviço público de saúde.[504]

A constitucionalização dos elementos da organização administrativa acabam proporcionar um debate da estrutura organizacional do sistema único de saúde português dentro da abordagem da (nova) CRP. De acordo com o *status* conferido à lei fundamental, após as sete Revisões Constitucionais, inaugurando o constitucionalismo contemporâneo, foram implementado na ordem jurídica portuguesa processos dinâmicos interpretativos, que viabilizam a transformação da organização administrativa de acordo com a atual axiologia da (nova) CRP. Tal circunstância garante a abertura sistémica na construção jurídica, uma vez que as normas/princípios admitem a atuação dos poderes públicos, para que atuem proativamente na criação de meios indispensáveis à prossecução dos fins públicos.[505]

O *new public management* conferiu à gestão pública outra definição de supremacia do interesse público, superando a concepção de legalidade estrita que

[504] . MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1319.

[505] . OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Constitucionalização do Direito Administrativo. Gen Jurídico. 11. fev. 2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/02/11/constitucionalizacao-do-direito-administrativo/. Acesso em: 31.10.2020.

vinculava o administrador à literalidade da lei, a fim de admitir a ponderação para a concretização do disposto no art. 64.º da CRP. Pois bem. As regras/princípios constitucionais passaram a ter ligação direta aos processos de adequação estrutural, para atingir os resultados práticos de satisfação dos utentes dos serviços públicos da saúde. Além do controle do Poder Judiciário, no que concerne às decisões discricionárias do Poder Público[506], usando as regras/princípios constitucionais, acabaram por exigir posturas construtivas de decisões de mérito administrativo, vinculadas aos objetivos satisfatórios de eficiência e de eficácia da tarefa pública dentro da *ratio* económica[507], concretamente, assegurar aos cidadãos bons padrões de cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação (art. 64.º, N. 3, alíneas *a* e *b* da CRP). A inclusão da sociedade civil no eixo de tomada de decisões sobre o interesse público é outra caraterística introduzida pelo neoconstitucionalismo. A participação dos cidadãos transcende as suas atuações em comissões administrativas de decisões, tratando-se, antes, de um processo real de devolução de atribuições, absorvidas pela estrutura complexa estatal, que eram da incumbência da sociedade civil. Por outras palavras, é a remodelação epistémica pós-positivismo do direito público, que admite rupturas epistémicas das normas positivas, através da criação de meios capazes de alcançar os fins de tutela da lei fundamental, partindo para uma visão de direito administrativo consensual, que se estrutura além das dimensões orgânico-públicas. Isto significa que, as instituições e os serviços oficiais, prestadores de cuidados de saúde, devem ser considerados como pertencentes ao SNS e dependentes do Ministério da Saúde. O mercado interno ou público da saúde, instituído em Portugal ao longo dos anos, autoriza que dimensões da privatização tragam operadores privados para a concorrência, compondo uma rede nacional de prestadores de cuidados de saúde.[508]

Sem sombra de dúvida, a CRP coloca a saúde como parte fundamental dos direitos e deveres fundamentais, enquadrando a mesma no caráter social,

---

506 . GOMES, Paulo Jorge. O dever de dispensa de medicamentos pelas farmácias comunitárias: à guisa de comentário a uma sentença do Tribunal de Comarca dos Açores. Vol. 3. N.º 3. Dez. 2016. www.e-publica.pt.

507 . CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2018. p. 172-194.

508 . BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 31 Out. 2020. doi: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618.

ou seja, serviço público de caráter social - atividades de interesse geral não económico. Desde a sua versão original, o art. 64.º da CRP sofreu três alterações formais, através das revisões constitucionais do art. 54.º da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro; do art. 36.º da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho; e do art. 37.º da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro. A primeira alteração da lei fundamental, que inseriu o N.º 4 no art. 64.º foi, inicialmente, inaugurar o fenómeno de desconstitucionalização da regulação de uma dimensão única orgânico-pública para a formação do serviço público nacional de saúde, através do SNS. Deste modo, iniciou, a partir da primeira alteração, a exclusão da ideia do SNS enquanto instrumento de serviço público de saúde, usando apenas entes públicos na execução dos cuidados de saúde.

A qualidade específica nacional ao serviço de saúde não retira do intérprete o dever de compreender que a alteração do N.º 2 do art. 64.º da CRP, ao acrescer as alíneas *a* e *c,* por intermédio do art. 36.º da Lei Constitucional n.º 1/89, veio deixar clara a intenção do constituinte derivado transpor aos outros operadores a atividade de execução, ao usar a locução *através de*. As duas alterações ao art. 64.º deram, no aspecto funcional, uma definição dos tipos de relações funcionais estabelecidas no SNS, definindo um serviço nacional com superintendência e tutela do Estado.

O SNS é uma estrutura que absorve todos os serviços públicos de saúde, numa percepção sistémica *una,* no espaço territorial nacional, atendendo os utentes.[509] Como norma de direito administrativo constitucionalizada, a *gestão descentralizada* do N.º 4 do art. 64.º da CRP estabeleceu a diretriz de estrutura organizatória numa dimensão funcional do SNS. Além disso, o gerúndio *descentralizada* está junto ao substantivo *gestão*, desempenhando o papel de adjetivo[510]. A lei fundamental impõe ao SNS uma característica, a saber, a dimensão orgânica ser estruturada no âmbito de direito administrativo, atendendo à estratégia de fragmentação dos operadores nas tarefas de prestação dos cuidados de saúde. Isto significa que existe a necessidade de um movimento centrífugo, em relação às atividades dos serviços públicos de saúde. Para o legislador infraconstitucional nasce a missão de elaborar processos operacionais menos burocráticos e mais focados em resultados, mostrando o afastamento

509 . CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2007. p. 828.
510 . FARACO & MOURA. Gramática. 12ªed. São Paulo: Editora Ática. 1999. p. 352.

dos desígnios tradicionais da gestão pública e a aproximação aos intentos do *new public management*.

O SNS é composto por uma administração fragmentada. Deste modo, analisando-o funcionalmente, o Estado-Administração tem a tutela de orientação das finalidades dos serviços públicos de saúde, exercendo o seu papel através da desconcentração pelo Ministério da Saúde (MS), departamento do Governo, nos termos do art. 198.º, N.º 2 da CRP. De acordo com o art. 1.º e o art. 2.º da Lei Orgânica do Ministério da Saúde – Decreto-Lei n.º 124/2011, de 29 de Dezembro, este é o órgão superior com o encargo de definir e de conduzir a Política Nacional de Saúde do país, tendo como critério prioritário a *ratio* da economicidade e da otimização do concretamente possível a ser aplicado no sistema único de saúde. O MS possui um conjunto de interesses públicos a serem tutelados, para garantia da observância das diretrizes da política de saúde constituída, aplicando medidas administrativas de acompanhamento e de avaliação. Em relação ao SNS, o MS desempenha funções administrativas típicas, no que concerne à direção dos serviços e das atividades da Administração direta do Estado, bem como à tutela de orientação reforçada em relação à Administração indireta e sobre à Administração autónoma (art. 199.º, alínea *d* da CRP e art. 2.º, alínea *b* do Decreto-Lei n.º 124/2011). O MS desempenha também funções de regulamentação, inspeção e fiscalização das atividades e das prestações de saúde em âmbito privado, revelando assim o seu papel de supervisão geral do sistema de saúde.

A Lei Orgânica do Ministério da Saúde revela uma opção do legislador infraconstitucional em constituir um modelo orgânico do SNS, com uma dimensão eminentemente orgânico-pública. Esta formatação não é epistemologicamente de perfeito encaixe ao contexto etimológico da (nova) CRP, que traz as regras/princípios da subsidiariedade (art. 6.º) e da autonomia privada (art. 61.º). A (nova) CRP cuidou de preservar uma estrutura administrativa de regulação do mercado interno (público) de saúde. Contudo, não obrigou que os prestadores dos serviços fossem entidades públicas. Não existe a proibição de que operadores privados, investidos de funções administrativas

nos serviços públicos de saúde, possam assumir obrigações de prossecução da atividade fim aos utentes.[511]

As regras programáticas contidas no art. 64.º da CRP não obrigam à manutenção de uma estrutura organizacional estática dos serviços públicos, constituída de entidades públicas. Ao contrário do que firmemente defendia António Arnaut, entende-se não haver amparo hermenêutico constitucional para esta definição[512]. A lei constitucional apenas garante o direito à proteção da saúde, e para isso assegura normativamente a instituição e a manutenção do SNS com as características de universalidade, de acesso integral e, atualmente, tendencialmente gratuito (art. 64.º, N.º 2, alínea *b* da CRP).

A dimensão orgânico-pública está direcionada pela (nova) CRP na unidade de instituições e serviços públicos correlacionados à finalidade de regulação do SNS[513] através do seu conjunto de atribuições de construção de uma Política Nacional de Saúde, que atenda aos objetivos constitucionais do art. 64.º, N.º 2, alíneas *a* e *b* da CRP. O modelo regulatório, instituído no sistema de saúde português, está bem delimitado pela Lei Orgânica do Ministério da Saúde. A estrutura orgânica, através de entes públicos, mostra as distribuições de competências, obedecendo os critérios do art. 64.º e demais dispositivos da CRP. O legislador infraconstitucional cumpre literalmente o texto constitucional, fragmentando ou segmentando a estrutura hierárquica tradicional, distribuindo as competências através de institutos públicos. A forma integrada de gestão da competência regulatória é composta por serviços interligados na Administração direta do Estado, organismos integrados na Administração indireta do Estado, órgãos consultivos e outras estruturas independentes.

Embora a lei fundamental traga hoje a opção preferencial do Estado intervir indiretamente, deixando o exercício da prestação direta e imediata

511 . MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1319.

512 . ARNAUT, António. Serviço Nacional de Saúde: SNS – 30 anos de resistência. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. *Idem.* ARNAUT, António; SEMEDO, João. Salvar o SNS – Uma nova Lei de Bases da Saúde para defender a Democracia. 1ª ed. Porto: Porto Editora. 2017. E-Book (wood.pt/Biblioteca).

513 . MAJONE, Giandomenico. *La Communauté Européenne: un Etar régulateur.* Paris : Montchrestien. 1996.

preferencialmente aos operadores (públicos, privados ou mistos), criados especificamente para estes fins (princípios da subsidiariedade e da especialidade), o Estado regulador, no âmbito da saúde, tem uma dimensão orgânico-pública bem desenvolvida, disciplinando as atividades reguladas através de normativos dinâmicos.

A estrutura estatal de regulação do sistema de saúde está organizada pela administração direta, por intermédio da desconcentração não personificada com serviços centrais, a saber, 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. A administração indireta está sob a tutela e a orientação do Ministro da Saúde - tratam-se de organismos personificados que, apesar de serem pessoas coletivas públicas, não possuem autonomia substantiva para configurar um fenómeno de verdadeira descentralização. Porquanto, os organismos centrais são fenómenos de desconcentração personificada, que se compõem pela Administração Central do Sistema de Saúde, I.P.; pelo INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P.; pelo Instituto Nacional de Emergência Médica, I.P.; pelo Instituto Português do Sangue e da Transplantação, I.P.; e pelo Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, I.P. Fazem ainda parte desta estrutura orgânica personificada, enquanto organismos periféricos, a Administração Regional de Saúde do Norte, I.P.; a Administração Regional de Saúde do Centro, I.P.; a Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, I.P.; a Administração Regional de Saúde do Alentejo, I.P. e a Administração Regional de Saúde do Algarve, I.P. (Capítulo II, arts. 3.º, 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 124/2011).

Toda esta estrutura regulatória está fragmentada visando o alcance de melhores padrões de eficiência operacional, nas várias tarefas no âmbito da saúde, focando na especialidade dos serviços. Portanto, qualquer proposta de dimensionamento de privatização abaixo descrito, importa na manutenção permanente da regulação racional e ainda mais intensa, no âmbito da competência do poder de polícia administrativa. Neste ponto, é forçosa a manutenção da estrutura orgânica estatal que atue no incentivo de produção de condutas dos operadores no mercado interno (público) da saúde, para que se defina os comportamentos favoráveis e imprescindíveis à proteção aos cuidados de saúde.

Antes de tratar de uma proposta de regime estrutural distinta dos serviços públicos de saúde, cabe uma proposta de alteração, em relação à dimensão orgânica-pública de regulação do sistema único de saúde. A Entidade Reguladora da Saúde (ERS) é uma entidade estatal, atendendo melhor compreensão estrutural ao modelo de Estado Regulador, sendo uma entidade administrativa independente diante do poder político (Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro – atualmente revogado).

A ERS é uma espécie de entidade administrativa independente com fins específicos ou especializados de regulação da atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde. Atualmente encontra-se subordinada aos regimes da Lei-Quadro n.º 67/2013, de 28 de Agosto, e do Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de Agosto, que a adaptou ao novo regime jurídico. Importa referir que, de acordo com o disposto no art. 6.º da Lei Orgânica do Ministério da Saúde, a ERS encontra-se no âmbito do Ministério da Saúde, funcionando como mini governo setorial. Deste modo, a ERS goza de poderes reduzidos, não possuindo poderes semelhantes às demais entidades reguladoras dos setores económicos (ex.: Entidade Reguladora Energética – ERSE). A própria natureza jurídica de criação de uma Entidade Reguladora Independente implica a mesma possuir autonomia para neutralizar as atividades dos operadores no mercado interno (público), por forma a atuarem dentro da dinâmica da livre concorrência. É através deste trabalho de regulação independente, baseado em evidências científicas, que se apresenta coerente a existência de uma pessoa coletiva pública separada da estrutura tradicional da Administração Pública.

No que concerne a este ente público *sui generis*, fruto de uma nova gestão pública no carácter do *new public management*, o legislador constitucional constitucionalizou matéria de direito administrativo, ao introduzir o art. 267.º, N.º 3 da CRP, com a quarta Revisão Constitucional, através da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, no seu art. 181.º, N.º 2, autorizando a existência, no ordenamento jurídico português, de Entidades Administrativas Independentes, dando ao legislador infraconstitucional o poder de constituir tais entes públicos. O que acabamos de expor mostra a intenção do legislador constituinte de afastar o poder político da tutela de orientação, fragmentando as relações intersubjetivas entre os órgãos dos entes públicos, com tomadas de decisões administrativas com base na especialidade técnica da sua finalidade administrativa. Por outras palavras, a (nova) CRP admite a interpretação de um

fenómeno de despolitização da gestão pública, dando a entender que foi estabelecido um valor supralegal de impermeabilidade do setor regulatório da Administração Pública ao poder político.[514]

A opção legislativa portuguesa foi instituir as Entidades Reguladoras Independentes, enquanto pessoas coletivas públicas com personalidade jurídica própria, implementando um modelo personificado aos moldes do *quasi-autonomous non-governmental organisation* do NHS Trust.[515] Em boa verdade, são juridicamente retratados no *administrative law* do Reino Unido como órgãos públicos, mas não pertencentes aos departamentos do Governo. Daí a expressão jurídica correta para este ente público no *common law* inglês – *Non-Departmental Public Bodies* (NDPB). Os entes públicos NDPB são tidos pelo sistema administrativo do Reino Unido como mecanismos de burocratização, sofrendo ataques constantes do poder político local. As Agências Reguladoras ou Entidades Independentes Reguladoras são entidades públicas custeadas pelo Estado, mas o Governo não possui a gestão sobre elas. As críticas quanto ao NDPB ser um elemento antidemocrático podem ser revertidas através da participação popular nos Conselhos de Administração dos entes públicos. E mais. O fim do NHS Trust foi relacionado à elevação do gasto público, para manter uma estrutura administrativa burocrática, especializada e lenta na sua eficiência operacional. Não obstante, a reforma administrativa no Reino Unido, com o fim do NHS *Trust,* foi procurar na terceirização dos serviços públicos de saúde outra dimensão da privatização.[516]

É possível perceber que, apesar de possuírem a mesma aparência, a ERS de Portugal está contida no espaço jurídico do Ministério da Saúde – departamento governamental (art. 6.º da Lei Orgânica do Ministério da Saúde), enquanto o NHS Trust era um ente público que não se encontrava no espaço jurídico do Governo (National Health Service Act 2006). A ERS está inserida na estrutura das Administrações Estaduais

514 . OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação Administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina. 2011. p. 319-320.

515 . UNITED KINGDOM. National Health Service Act 2006, Chapter 2, Primary Care Trusts (18). Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/41/part/2/chapter/2/2007-03-01. Acesso em: 1.2.2016

516 . GAY, Oonagh. Quangos. There is tension between reducing the influence of unaccountable 'quangos' and de-politicising controversial decisions. Key Issues for the New Parliament 2010. House of Commons Library Research. Decentralisation. Disponível em: https://www.parliament.uk/globalassets/documents/commons/lib/research/key_issues/Key-Issues-Quangos.pdf. Acesso em: 2.2.2016.

independentes, sendo uma autoridade de supervisão e regulação dos serviços de interesse geral (não) económicos da saúde com autonomias decisórias mais vigorosas que outros entes públicos. De acordo com a Lei-Quadro n.º 67/2013, a ERS exerce a supervisão e a regulação dos serviços de saúde. Assim, é indispensável, numa estrutura de mercado interno (público), garantindo a livre concorrência entre os operadores económicos, que a Entidade Reguladora não esteja vinculada administrativamente ao Estado-Administração. A única vinculação da ERS é a Política Nacional de Saúde proposta pelo Governo, não a podendo contrariar e engendrando esforços para a concretização da missão imposta pelo Ministério da Saúde. Sem prejuízo do exposto, a ERS deve prestar informações às autoridades do Governo e demais órgãos de controle externo.

A ERS necessita de independência estrutural orgânica, mas precisa ainda mais de independência funcional. A entidade em apreço deve estar livre da sujeição aos comandos do Governo, para o exercício da sua finalidade específica de regulação do mercado interno (público) da saúde.[517] Embora o art. 45.º, N.º 1 da Lei-Quadro n.º 67/2013 trate da independência funcional, no exercício da atividade típica da ERS, não admitindo influência de relações intersubjetivas entre o Governo e a Entidade, pela inaptidão do poder político influir diretamente na tutela técnica-científica quanto à orientação ou à imposição de estratégias de como atuar nas atividades de regulação, é patente que o Governo nomeia os escolhidos aos cargos de direção da entidade.

Dentro de um carácter de organização fundacional, no formato de fundação pública de direito privado, como ocorre na Agência de Acreditação e Avaliação do Ensino Superior – A3ES, possuir maior autonomia de gestão, já que não estão sujeitos, em primeira linha, ao direito público, no desenvolvimento da sua atividade. Isto é, estão sujeitas, em primeira linha, ao direito privado, mas submissas ao direito público no aspecto de organização e funcionamento (internos). São mais flexíveis em relação à sujeição aos desígnios de legalidade. Nos termos do art. 17.º, N.º 2, pensar na ERS como entidade pública *sui generis* independente efetivamente, é sugerível reconhecer a sua organização jurídica interna como uma fundação pública de direito privado, conforme

517 . LIBERAL, José Pedro Gouveia Vasconcelos Rodrigues. Direito Fundamental à protecção da saúde: de um direito originário a prestações aos direitos derivados. Dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2005.

dispõe o art. 4.º, N.º 1, alínea *c* da Lei-Quadro das Fundações – Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho.

Um dimensionamento de privatização funcional, aprofundando a independência da ERS, dá maior liberdade de atuação das competências técnico e cientificas, direcionando e controlando a atuação dos *players* no mercado interno (público) de saúde, a fim de almejar as missões na Política Nacional de Saúde. Esta proposta atende a nova dinâmica de boa administração, dando equidade ao sistema único de saúde por intermédio da separação das funções de autorização e aprovação da despesa pública, das operações e da execução dos serviços de saúde, bem como do controle e da contabilização, fracionando competências e atribuições dos atores do mercado interno (público) de saúde.

A estrutura orgânica da Administração Pública do sistema único de saúde português possui uma dicotomia bem delimitada, sendo o Ministério da Saúde responsável prioritário pela função administrativa de garantia do direito à proteção da saúde (art. 64.º, N.º 3 da CRP e art. 1.º e art. 2.º da Lei Orgânica do Ministério da Saúde). Neste aspecto primário estruturante, o sistema único de saúde está relacionado com a feição regulatória estatal, recebendo ordenação do exercício do poder administrativo através de desconcentração não personificada, representada por fracionamento de órgãos submetidos a hierarquia, ou desconcentrados com personificação jurídica e com dependência do Governo, por intermédio de orientações e tutelas. A figura independente da ERS está inserida no contexto jurídico departamental do Governo. Faz parte da Administração Pública independente, possuindo autonomia em relação às atribuições funcionais. Toda esta estrutura de Estado-Administração, na área da saúde, dá sustentação ao direito à proteção da saúde através dos órgãos e dos serviços organizados mediante o Ministério da Saúde.

No que concerne à estrutura organizacional de execução dos serviços públicos de saúde, é viável uma boa margem de flexibilização por dimensões da privatização, pois o exercício de atividades externas da Administração formam o mercado

interno (público) de saúde. Os operadores compõem a *segunda linha* estrutural orgânica da Administração Pública[518], sendo eles os prestadores dos cuidados de saúde.

Os operadores económicos que exercem as atividades de prestação dos serviços de saúde são responsáveis pelos encargos de satisfação de acesso às diversas exigências dos cuidados de saúde em relação aos utentes. Os operadores públicos do mercado interno (público) de saúde possuem uma certa autonomia de organização interna, sendo as pessoas coletivas públicas com caráter empresarial, entidades públicas organizadas nos moldes do direito societário (ex.: Hospital de Braga, E.P.E., Decreto-Lei n.º 75/2019; e Unidade Local de Saúde de Castelo Branco, E.P.E., Decreto-Lei n.º Decreto-Lei n.º 318/2009). Contudo, ainda subsistem alguns operadores do setor público administrativo no mercado interno de saúde (ex.: Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa, S.P.A., Portaria n.º 1373/2007 – Diário da República n.º 202/2007, Série I de 19 de outubro de 2007; Hospital Arcebispo João Crisóstomo – Cantanhede, S.P.A., e Instituto de Oftalmologia Dr. Gama Pinto, S.P.A.). Não obstante, atuam também operadores privados no mercado interno (público) de saúde, existindo atualmente três hospitais em regime de parceria público privada – PPP, submetidos ao regime jurídico recentemente revogado pela nova Lei de Base de Saúde, são eles: o Hospital Beatriz Ângelo; Hospital de Vila Franca de Xira; e Hospital de Cascais Dr. José de Almeida (Decreto-Lei n.º 185/2002 , de 20 de Agosto). Existe a atuação de operadores privados sem fins lucrativos através de acordos de cooperação no mercado interno de saúde, regulado pelo Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de Outubro, que especifica a relação do Governo com as instituições particulares de solidariedade social, reportando as duas normas infraconstitucionais anteriores da CRP (de 1976) – Decreto-Lei n.º 704/74, de 7 de Dezembro, e Decreto-Lei n.º 618/75, de 11 de novembro.

A ressalva do comportamento público no âmbito da prestação dos cuidados de saúde não está direcionada ao desempenho exclusivo de operadores públicos na segunda linha estrutural orgânica da Administração Pública da saúde (art. 64.º, N.º 2, alínea *a,* e N.º 4 da CRP). O SNS não pode ser visto como um serviço público em dimensão estrutural exclusivamente orgânico público. Longe disso, o SNS é o mercado interno público da saúde em território nacional, que depende de operadores privados para

518 . ANDRADE, José Carlos Vieira de. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017. p. 93.

alcançar os serviços de cuidados de saúde aos utentes (ex.: PPP; acordos com Misericórdias; *contracting out*; *outsourcing*). Isto significa que, o SNS enquanto mercado interno público da saúde é um instrumento de garantia dos utentes do acesso aos serviços de saúde (art. 64.º, N.º 3, alíneas *a* a *f* da CRP). E, caso este mercado interno público não atenda à exigência do utente, nada impede que este último procure a satisfação da sua exigência no mercado privado de saúde, em razão da tutela do direito fundamental pela CRP[519].

2. Uma revisão necessária do art. 64.º da CRP – Constituição da Saúde

O art. 64.º da CRP, classificado como norma constitucional programática, é fruto da natureza constitucional contemporânea, estando num embate genérico de divergências entre o Direito e a Política. É importante mencionar a fluidez do debate em torno do tema serviço público (de saúde), partindo da dúvida da sua eficácia e juridicidade enquanto bem jurídico de tutela do Estado. Isto ocorre pois existe uma mudança de significado do direito fundamental da saúde, de acordo com o momento social[520]. Importa referir que, não existem posições certas ou erradas para o tema, a norma constitucional tem um conteúdo mutável de acordo com o contexto vivenciado na sociedade portuguesa.

Em bom rigor, os preceitos do art. 64.º da CRP são as linhas de uma programação de atuação do Estado, reclamando obediência aos órgãos legislativos, de direção política e de organização administrativa. O programa político de proteção da saúde é coercivo em relação aos comportamentos públicos supervenientes, desde que atinentes ao programa de ações previamente estabelecidos na perspectiva atual da constituição, que fixa os fundamentos e os limites. A característica da CRP, ainda resquício do tipo rígido, atribui ao art. 64.º CRP um *status* de obrigatoriedade de um programa político de atuação do Estado no âmbito da saúde. Não obstante, as orientações

519 . MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1319.

520 . HUBER, Ernest Rudolf. Bedeutungswandel der Grundrechte. In Archiv des Öffentlichen Rechts. N. F. 23. Fasc. 1. p. 2-3.

do art. 64.º da CRP não regulam, de modo direto, a proteção da saúde. A norma constitucional regula a atividade estatal no sentido de assegurar o direito à proteção da saúde.[521] Deste modo, o art. 64.º CRP reivindica uma postura do Governo proativa para os fins de tornar seguro o acesso aos cuidados de saúde dos utentes. O N.º 3 do art. 64.º da CRP traz expresso o verbo transitivo direto *assegurar*, ou seja, garantir o direito à proteção da saúde compete, preferencialmente, ao Estado e não exclusivamente. Portanto, a norma constitucional não tem a virtualidade de estabelecer um complexo e exclusivo *serviço público de saúde*, formado por prestadores pertencentes e submissos ao órgão administrativo do Governo – Ministério da Saúde. A estrutura organizacional, a ser desenvolvida de acordo com o *new public management,* na percepção sistemática da (nova) CRP através do mercado interno público de saúde, é vinculada aos órgão legislativos.

O N.º 2 do art. 64.º da CRP tinha originalmente o seguinte conteúdo: o *direito à proteção da saúde é realizado pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito*. A norma programática trazia o papel do Governo de concretizar um programa de ação capaz de realizar a proteção da saúde por intermédio de três premissas – universalidade, integralidade e gratuidade. Assim, foi criado o Serviço Nacional de Saúde, na esfera de domínio do departamento governamental – denominado, à época, Ministério dos Assuntos Sociais, nos termos do art. 1.º da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro, instituindo um aparato de entes públicos. Observe-se. A norma infraconstitucional de instituição do SNS expressou a ideia de *rede*, *de órgãos e serviços* dentro de uma estrutura tradicional de organização administrativa, que visava tipos de relações funcionais de hierarquia interna administrativa com o poder de direção da Secretaria do Estado da Saúde (art. 2.º).

A partir do art. 37.º da Lei Constitucional n.º 1/97, de 5 de Outubro, que o N.º 2 do art. 64.º da CRP ganhou fracionamento, através das alíneas *a* e *b*, sendo que o direito à proteção da saúde passou a ser realizado *através de um serviço nacional de saúde.* É interessante mencionar que, antes da Revisão Constitucional, o legislador infraconstitucional, utilizando o seu poder de tutela constante do art. 161.º, alínea *c* da CRP, criou a Lei de Base da Saúde com a Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto (hoje revogada

[521] . BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 258.

pela Lei n.º 95/2019). A Assembleia da República trouxe, na Base XII, números conceituais, apresentando o sentido jurídico à expressão SNS como complexo de entes públicos que *abrange todas as instituições e serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde dependentes do Ministério da Saúde e dispõe de estatuto próprio* (N.º 2). Não obstante, a Assembleia da República autorizou a contratação de entidades privadas pelo Ministério da Saúde e pelas Administrações Regionais de Saúde (N.º 3). Assim, a organização estrutural de prestação dos cuidados de saúde continuou a ser executada através da *rede nacional de prestação de cuidados de saúde*, mas não só *de órgãos e serviços*, passou ainda a alcançar *os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde e os estabelecimentos privados e os profissionais em regime liberal com quem sejam celebrados contratos* (N.º 4).

Apesar da Assembleia da República optar por estabelecer um conceito jurídico do SNS como um complexo de serviços públicos de saúde – personificados ou não, formado por entes públicos, submissos ao Governo por intermédio do Ministério da Saúde, isso não proíbe a atuação de operadores privados na *rede nacional de prestação de cuidados de saúde*. Deste modo, a norma infraconstitucional não tem a capacidade de restringir a livre concorrência de atuação no mercado interno público de saúde com a abertura para atuação de operadores privados, uma vez que a lei fundamental não instituiu o monopólio público na área da saúde[522]. Como norma programática, o art. 64.º, N.º 2, alínea *a* da CRP talvez deva passar por um exame de verificação integrativa com o conjunto sistemático atual da Constituição, passando a ter uma nova redação, por forma a encontrar os fins sociais dentro de uma estrutura organizacional diferente da linha tradicional de direito administrativo.

Com a revisão de 1997, o direito à proteção da saúde passou a ser realizado através de um SNS *universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito*. O programa de ação do Governo deve viabilizar uma *rede nacional de prestação de cuidados de saúde*, que possuam aptidão para o atendimento satisfatório dos utentes nos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação (art. 64.º, N.º 3, alínea *a* da CRP). Assim, garantindo os meios

522 . CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 4ª ed. 2007. p. 829.

necessários para a prestação dos serviços por operadores capacitados, o Estado estará a atender à programação de atuação do Estado como lei fundamental no âmbito da saúde.

É importante referir que, não se pretende o fim do SNS, ou melhor, não se pretende a extinção de todas as instituições ou serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde, dependentes do Ministério da Saúde, com formatação jurídica estatizada. A desconstitucionalização do SNS é uma interpretação teleológica de observação dos fins sociais e humanísticos do art. 64.º da CRP, adaptando-o ao novo formato de mercado interno público de saúde como atual valor de circulação e mudança na sociedade.[523] A ideia de rede nacional de prestadores de cuidados de saúde afina-se com as reformas administrativas vivenciadas ao longo dos anos, na área da saúde, em Portugal, e revela flexibilidade funcional para a interação estratégica do mercado público com fenómenos de privatização ativa. Ao substituir a expressão *serviço nacional de saúde* por *rede nacional de prestadores de cuidados de saúde*, o constituinte deixou mais claro o programa de ação do Governo de assegurar uma panóplia de operadores capazes de prestar os cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação (art. 64.º, N.º 2, alínea *a* da CRP).

De certa forma, a ideia de *rede nacional de prestadores de cuidados de saúde,* trazida pelo legislador infraconstitucional, regulou a atividade estatal quanto à organização estratégica para alcançar meios viáveis de concretização dos serviços de saúde aos utentes. Esta circunstância viabilizou uma abertura sistémica e, de certa feita, eliminou a dicotomia entre um mercado interno público e outro privado, pois a ideia de um conjunto integrado de prestadores de cuidados de saúde, composto por *stakeholders* que agregam o sistema único de saúde (partes integrantes do programa de ação e de execução da Política Nacional de Saúde), dá ao Estado a viabilidade de escolha entre os vários operadores do mercado interno da saúde para celebrar contratos de colaboração subordinada.[524]

---

523 . BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 254.

524 . AMORIM, João Pacheco de Amorim. Algumas possíveis (e desejáveis) alterações à Constituição, quase vinte anos volvidos sobre a última grande revisão constitucional (1997). *In* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira. Cláudia Sofia Melo Figueiras *et al* (Coord.). Coimbra: Almedina. 2017. p. 568.

Como toda a norma programática, a Saúde, juridicizada constitucionalmente no art. 64.º da CRP, é mutável ao contexto vivenciado na sociedade portuguesa. As reformas no sistema de saúde português objetivam uma redução das despesas públicas, recorrendo à iniciativa privada, através de fenómenos de privatizações (ex.: Hospitais S.A., Hospitais E.P.E., Parcerias Público-Privadas, *contracting out*, *outsourcing*, etc.). As ideias de sustentabilidade e de racionalidade foram inseridas nos preceitos de atenção do programa de ação do Governo na construção de meios necessários ao acesso aos cuidados de saúde pelos utentes (art. 64.º, N.º 3, alínea *b* da CRP).

Por mera definição conceptual em leis infraconstitucionais, o SNS é a estrutura de entidades da Administração Pública responsável pela área da saúde (Lei n.º 48/90 – Base XII, N.º 2, atualmente revogado pela Lei n.º 95/2019 – Base 20, N.º 1), dirigidas pelo Ministério da Saúde. A existência deste complexo e oneroso aparato estatal revela o interesse (político) do Estado em participar no mercado interno público da saúde, enquanto prestador direto de cuidados de saúde. Refira-se ainda que, é dado factual, existe uma estrutura no país com operadores públicos e privados, tanto no âmbito da saúde, quanto no ensino, dentro de mecanismos de concorrência, na procura de contratos-programas ou de contratos de associação para prestação de serviços públicos de saúde ou de educação.

O programa de ação do Governo, exigido pelo texto constitucional, não determina, para a Assembleia da República, a construção de serviços públicos de saúde através de entidades públicas, dependentes hierarquicamente da direção do departamento ministerial do Governo. O art. 64.º da CRP também não refere que o Estado promoverá o direito à proteção da saúde através do SNS, dos Serviços Regionais de Saúde e de outras instituições públicas, centrais, regionais e locais. Esta exigência é nova da atual Lei de Base da Saúde (Lei n.º 95/2019 – Base 1, N.º 4). O art. 64.º, N.º 2, alínea *a* da CRP anuncia que o direito à proteção da saúde acontecerá através de um serviço nacional de saúde, não designando este serviço ao Estado. Apenas o N.º 3 do art. 64.º da CRP revela a responsabilidade prioritária do Estado em garantir o direito à proteção da saúde por intermédio de racional e eficiente cobertura, em todo o país, de recursos humanos e de unidades de saúde, bem como de regular e de fiscalizar as ações de produtos ou de serviços no âmbito da saúde. No fundo, a CRP exige do Governo uma obrigação

de resultado, garantindo os cuidados mínimos necessários para o bem-estar da população na medida das disponibilidades financeiras existentes (reserva do possível).

As novas Base 1, N.º 4 e Base 20, N.º 1 da Lei n.º 95/2019 – Lei de Base da Saúde, foram além daquilo que a CRP exigiu do programa de ação governamental. Passou a cobrar do Estado o deve executar o direito à proteção da saúde, por dentro de *estabelecimentos e serviços públicos prestadores de cuidados de saúde, dirigido pelo ministério responsável pela área da saúde.* Se antes era viável o Ministério da Saúde ou as Administrações Regionais de Saúde, I.P. contratarem entidades privadas para a prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do sistema público de saúde, quando considerassem mais vantajoso em qualidade e no custo, a fim de garantir satisfatório acesso aos cuidados de saúde (Lei n.º 48/90 – Base XII, N.º 3), hoje, em regra, tal não é permitido, salvo observando-se as excepcionais condições da Base 25 da Lei n.º 95/2019.

A lei fundamental entregou ao Estado o papel de assegurar a totalidade do conceito jurídico de saúde e, de forma intemporal, o acesso aos melhores serviços tecnologicamente desenvolvidos para melhorar a prevenção, o tratamento, a cura ou a manutenção do indivíduo em estado terminal com dignidade humana[525]. Logo, a saúde juridicizada constitucionalmente não é a obrigação do Estado concretizada numa estrutura estatizada de prestadores de serviços públicos de saúde, mas antes, instituir um programa de ação para entrega do acesso aos cuidados de saúde necessários aos utentes.

Outro ponto, alertado por J. J. Gomes Canotilho, é a compreensão do legislador infraconstitucional em relação aos limites racionais de concretização de assistência aos efetivamente necessitados e carecedores de recursos financeiros.[526] Esta razão sistemática interpretada na (nova) CRP garante racionalidade à proposta de revisão constitucional de João Pacheco de Amorim, em relação à tendencial gratuidade, para focar concretamente no assistencialismo do Estado aos mais necessitados. A criação das *taxas moderadoras* é um mecanismo de controle estatal, para moderar a procura e evitar solicitações inúteis dos serviços. Este método de só cobrar *taxas moderadoras* e não

525 . RIBEIRO, José Mendes. Saúde: A liberdade de escolher. Lisboa: Gradiva. 2009. p. 82-107.

526 . CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 348.

cobrar a quem pode pagar *taxas* com o valor real dos serviços torna impraticável a oferta de serviços mais avançados, em termos tecnológicos, pelos prestadores, tendo em conta que os valores previstos nos contratos programas, somados com os preços irrisórios tabelados das *taxas moderadoras*, não cobrem as despesas dos procedimentos mais onerosos.[527]

Uma interpretação sistémica do art. 64.º da CRP deve integrar todas regras do texto constitucional, inclusive da Lei Constitucional n.º 1/1989 que aborda a igualdade abstrata com tratamento isonómico dos utentes, bem como o conjunto sistemático de normas infraconstitucionais que transformaram as bases epistémicas da saúde, tal como a Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, alterando a Base XXXIV da antiga Lei de Base da Saúde (Lei n.º 48/90). Este método interpretativo da norma programática da saúde garantiu a declaração de constitucionalidade, por intermédio do acórdão n.º 731/95 do Tribunal Constitucional, no que concerne à concretização da prestação dos cuidados de saúde.[528]

O retorno ao sistema de pagamento pelo modelo reembolso prospectivo dos operadores, prestadores dos cuidados de saúde, iria estimular a concorrência e melhorar a qualidade do atendimento, pois quem trabalha mais e capta mais procura de serviço, deve receber mais. Mesmo que o que acabamos de referir represente aumento de gastos diretos com a saúde, para que os utentes alcancem serviços públicos de saúde com excelência é preciso estimular os operadores a procurarem a captação dos serviços, melhorando a qualidade dos serviços oferecidos. Para amenizar o impacto financeiro com a elevação dos gastos com a saúde é possível instituir uma formatação mista do modelo de financiamento, ficando parte com o Estado e outra parte custeada pelo utente, através de seguros sociais ou de desembolso direto, resguardando a tutela da gratuidade apenas aos mais necessitados. Assim, o papel de assegurar o direito à proteção da saúde prioritária pelo Estado ficaria dependente da condição económica do

---

527 . AMORIM, João Pacheco de Amorim. Algumas possíveis (e desejáveis) alterações à Constituição, quase vinte anos volvidos sobre a última grande revisão constitucional (1997). *In* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira. Cláudia Sofia Melo Figueiras *et al* (Coord.). Coimbra: Almedina. 2017. p. 568.

528 . PORTUGAL. Administração Central do Sistema de Saúde, IP. Revisão de Categorias de Isenção e Atualização de Valores das Taxas Moderadoras. Disponível em: http://www.chln.pt/media/k2/attachments/gestao_hospitalar/FAQ_taxas_moderadoras_Dezembro2017-1.pdf. Acesso em: 1º.1.2020.

utente, alterando o art. 64.º, N.º 3, alínea *a* da CRP. Isto não implica uma redução de direitos fundamentais, mas antes um direcionamento do direito assistencial para os carenciados efetivamente comprovados.

A divisão de responsabilidades pelo financiamento e pela prestação é um processo necessário para a consolidação de uma nova estrutura funcional para o desenvolvimento do mercado interno único da saúde. Esta divisão passa por dar um passo na revisão da CRP, pois, atualmente, não subsiste mais o modelo tradicional de Estado Social. A interação da capacidade económica do Estado com o que promete a norma programática da saúde, direito fundamental em abstrato, não é novidade nos dias atuais. Não é descabido afirmar que já se tornou quase posição uníssona na doutrina contemporânea ou neoconstitucionalista. Como já referimos na primeira parte do trabalho, a influência ou a coerência de propor um regime estrutural de funcionamento dos serviços públicos de saúde deve encontrar sintonia com a fonte de financiamento implementado no sistema de saúde. Na verdade, um modelo com fontes de receitas mistas para o subsídio dos cuidados de saúde parece ser mais coerente para alcançar os fins de entrega de prestações de serviços públicos de saúde satisfatórios dos utentes.

É notório que Portugal abdicou do método de financiamento exclusivo do Estado, quando reviu o art. 64.º, N.º 2 da CRP, alterando com acréscimo da alínea *a,* que afastou a expressão *gratuito* e incluiu o termo *tendencialmente gratuito,* através do art. 36.º da Lei Constitucional n.º 1/89, inaugurando o modelo de fonte mista para subsidiar os cuidados de saúde. Portanto, não é uma novidade em Portugal, pois o meio de financiamento exclusivo do Estado não subsiste mais no sistema de saúde. A questão está na gestão pública pelo método de financiamento e do sistema de pagamento a ser adotado para alcançar uma cobertura do atendimento das exigências dos utentes, fechando as contas públicas. É importante que os preceitos do art. 64.º da CRP tragam vinculação aos comportamentos públicos futuros, pois o Estado tem a atribuição de indicar a direção da sua atividade de gestão de organização do sistema de saúde e, para isso, é indispensável a sustentabilidade econômica e financeira dos operadores económicos. Ao especificar, na alínea *c,* N.º 3 do art. 64.º da CRP, que o Estado orienta as suas ações para a socialização dos custos dos cuidados médicos e de medicamentos, está a referir a finalidade do financiamento. Pois bem. Não se trata de socializar ou estatizar os meios de produção e de distribuição dos serviços ou dos fármacos, é a

exigência de um programa de ação do Governo, capaz de dispor de fundos para incentivar os operadores, prestadores dos serviços ou dos medicamentos, de forma a garantir acesso eficiente aos utentes do sistema de saúde. Assim sendo, o dispositivo constitucional deveria expressar o seguinte sentido, o Estado deve *orientar a sua ação para a contratualização dos serviços de saúde, através da adoção do sistema de pagamento dos prestadores de cuidados médicos e medicamentosos*, controlando a rentabilidade dos recursos por intermédio da aplicação correta e eficiente das disposições orçamentais.

A utilização da contratualização no âmbito dos serviços de saúde é realidade no mercado interno (público) de saúde em Portugal. É através de contratos públicos que a Administração Central do Sistema de Saúde, I.P., é responsável por desenvolver e por 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 (art. 14.º, N.º 2, alínea *a* do Decreto-Lei n.º 124/2011 e art. 3.º, N.º 2, alínea *a* do Decreto-Lei n.º 35/2012[529]), bem como as Administrações Regionais de Saúde, I.P., adquirem os serviços específicos das entidades prestadoras dos cuidados de saúde (art.19.º, N.º 3, alínea *e* do Decreto-Lei n.º 124/2011 e art. 3.º, N.º 2, alíneas *i, j* e *l* do Decreto-Lei n.º 22/2012[530]). O contrato não é compulsório, os operadores, prestadores dos cuidados de saúde, têm livre manifestação da sua vontade para pactuar ou não com o Estado, tratando-se, por isso, de um negócio jurídico de efeito sinalagmático.

---

529 . Decreto-Lei n.º 35/2012, de 15 de Fevereiro, art. 3.º, N.º 2.º, alínea *a* – A ACSS, I. P., prossegue as seguintes atribuições: a) Coordenar, monitorizar e controlar as actividades no MS para a gestão dos recursos financeiros afectos ao SNS, designadamente definindo, de acordo com a política estabelecida pelo membro do Governo responsável pela área 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.

530 . Decreto-Lei n.º 22/2012, de 30 de Janeiro, art. 3.º, N.º 2.º, alíneas – i) Afectar, de acordo com as orientações definidas pela Administração Central do Sistema de Saúde, I. P., recursos financeiros às instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde integrados ou financiados pelo Serviço Nacional de Saúde e a entidades de natureza privada com ou sem fins lucrativos, que prestem cuidados de saúde ou atuem no âmbito das áreas referidas nas alíneas e) e f); j) Celebrar, acompanhar e proceder à revisão de contratos no âmbito das parcerias público-privadas, de acordo com as orientações definidas pela Administração Central do Sistema de Saúde, I. P., e afectar os respectivos recursos financeiros; l) Negociar, celebrar e acompanhar, de acordo com as orientações definidas a nível nacional, os contratos, protocolos e convenções de âmbito regional, bem como efectuar a respectiva avaliação e revisão, no âmbito da prestação de cuidados de saúde, bem como nas áreas referidas nas alíneas e) e f).

Para ocorrência da gestão pública, os contratos-programas são acordos celebrados entre a Administração Central do Sistema de Saúde, I.P., e a Administração Regional de Saúde, I.P., onde ficam estabelecidos os critérios qualitativos e quantitativos, os objetivos impostos pela ACES, I.P. e os recursos afetos ao seu cumprimento, fixando as disposições normativas quanto à sua execução. Por via da desconcentração não personificada, os Agrupamentos de Centros de Saúde, por intermédio do Diretor Executivo, celebram os contratos-programa com o Conselho Diretivo da ARS, I. P., bem como os contratos de execução com as unidades funcionais do ACES, I.P., velando pela sua execução (art. 20.º, N.º 1, alínea *b* do Decreto-Lei n.º 28/2008). Cumpre referir que, é viável contratar a prestação de serviços com outras entidades, públicas ou não, bem como com as autarquias locais (art. 24.º, alínea *e* do Decreto-Lei n.º 28/2008).

A norma infraconstitucional traz o balizamento para a fixação de um planeamento estratégico de abordagem dos cuidados de saúde, estando organizado numa estrutura administrativa mercantilizada, com fixação de metas, por intermédio de contratos públicos, estabelecendo as linhas de atuação e de otimização dos recursos com os operadores. Deste modo, Portugal já deu um passo em frente para a instituição de um modelo de gestão pública na área da saúde, com dimensionamentos da privatização formal e funcional.

Nesse sentido, o art. 39.º do Decreto-Lei n.º 28/2008, que estabelece o regime da criação, estruturação e funcionamento dos Agrupamentos de Centros de Saúde do SNS:

> Artigo 39.º
>
> Contratos-programa
>
> 1 - Para efeitos do presente decreto-lei, contrato-programa é o acordo celebrado entre o diretor executivo do ACES e o conselho directivo da ARS, I. P., pelo qual se estabelecem, qualitativa e quantitativamente, os objectivos do ACES e os recursos afectados ao seu cumprimento e se fixam as regras relativas à respectiva execução.
>
> 2 - O contrato-programa é celebrado anualmente, devendo, designadamente:
> a) Delimitar o âmbito, prioridades e modalidades da prestação de cuidados e serviços de saúde, contemplando os programas nacionais e

> assegurando a sua harmonização e coerência em todo o Sistema Nacional de Saúde;
> b) Estabelecer objetivos e metas quantitativas em cada uma das áreas de intervenção do ACES;
> c) Prever indicadores de controlo da qualidade das prestações de cuidados de saúde;
> d) Definir instrumentos de acompanhamento e avaliação das actividades assistenciais e econômico-financeiras do ACES;
> e) Prever o tempo e o modo da atribuição de recursos, em função do cumprimento das metas qualitativas e quantitativas estabelecidas;
> f) Estabelecer as regras a que devem obedecer as unidades do ACES a fim de poderem funcionar como centros de produção e de custos;
> g) Estabelecer os mecanismos para a continuidade da prestação de cuidados, em especial os relativos à articulação funcional com a rede de cuidados diferenciados e a rede de cuidados continuados integrados;
> h) Prever as modalidades de apoio técnico da ARS, I. P., à gestão do ACES.
>
> 3 - Os modelos de contrato-programa são aprovados por despacho do membro do Governo responsável pela área da saúde.

A estrutura regulamentar e fiscalizadora portuguesa é funcionalmente operativa e desconcentrada, de forma não personificada (Administração Pública direta) e personificada (Administração Pública indireta), promovendo a fragmentariedade pela especialidade dos interesses locais de cada região do país. A questão é como incentivar os operadores, prestadores dos cuidados de saúde, a contratualizarem ou prestarem os serviços públicos de saúde de forma satisfatória? O modelo de destinação dos recursos é o ponto fulcral, quer em relação aos operadores públicos, quer em relação aos privados. O fenómeno de empresarialização das unidades de saúde do SNS, através das Entidades Públicas Empresariais (E.P.E.), acabou por confirmar ainda mais este posicionamento, já que a subsistência de qualquer entidade, pública ou privada está associada à obtenção de vantagens económicas. A contratualização é uma tentativa de assegurar o direito à proteção da saúde, de forma intemporal, dando acesso aos melhores serviços tecnologicamente desenvolvidos e, assim, alcançando a melhor otimização da prevenção, do tratamento, da cura ou da manutenção dos indivíduos em estado terminal com dignidade humana[531].

O modelo de pagamento prospectivo é prefixado os preços pelos serviços, tendo como base de cálculo os tipos e os quantitativos de serviços a serem prestados. Não existem vantagens de liberdade do pagamento, nem existe incentivo para o progressivo aumento na continuidade dos cuidados. Como há fixação de preços por

[531] . RIBEIRO, José Mendes. Saúde: A liberdade de escolher. Lisboa: Gradiva. 2009. p. 82-107.

admissão do serviço, não há estímulo de aumento de tecnologia na prestação dos cuidados, pois o objetivo a atingir é a economicidade no desempenho da prestação dos cuidados de saúde. A lógica de sobrevivência dos operadores é mitigar a atuação em serviços de cuidados de saúde onerosos, criando um procedimento seletivo de utentes com menos chances de possuírem adversidades com doenças com elevado custo no tratamento. Em regra, o pagamento prospectivo labora com o binómio eficiência e custo, ou seja, entregar o melhor da técnica médica possível dentro da capacidade dos recursos entregues pelo Estado, para pagar as respetivas despesas. Esta espécie de tabelamento de preços dos procedimentos de cuidados de saúde acaba por criando incompatibilidade entre os preços estabelecidos com os custos das práticas médicas mais avançadas, tornando as mesmas não operativas. No modelo de pagamento prospectivo, os operadores estão focados em elevar ao máximo a promoção dos serviços de cuidados de saúde, gerando um aumento de produtividade. O modelo retrospectivo é usado para as entidades públicas do Setor Público Administrativo, S.P.A., e do Setor Empresarial da Saúde, E.P.E.[532]

O art. 12.º do Decreto-Lei n.º 244/2012, de 9 de Novembro, que alterou o regime jurídico das E.P.E. do SNS, trouxe a forma de financiamento dos Hospitais, E.P.E., nos termos da revogada Base XXXIII da Lei de Base da Saúde – Lei n.º 48/90, trazendo o pagamento dos atos e serviços por intermédio de contratos-programa plurianuais, celebrados com as Administrações Regionais de Saúde, I.P., fixando os seguintes critérios: *a) A atividade contratada; b) Os objetivos e metas qualitativas e quantitativas; c) A calendarização das metas referidas na alínea anterior; d) Os meios e instrumentos para prosseguir os objetivos, designadamente de investimento; 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 atos clínicos*. A unidade de pagamento é opção infraconstitucional, condicionando a forma pela qual serão distribuídos os recursos financeiros aos operadores, prestadores dos serviços de saúde, para que estes possam suportar os custos de execução das atividades de cuidados de saúde. Logo, a adequação da alínea *c* do N.º 3 do art. 64.º da CRP pode melhor orientar os objetivos de otimização

532 . BARROS, Pedro Pita; GOMES, Jean-Pierre. Os Sistemas Nacionais de Saúde da União Europeia, Principais Modelos de Gestão Hospitalar e Eficiência no Sistema Hospitalar Português. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Economia, Universidade Nova de Lisboa. Jul. 2002. p. 33-57.

de um financiamento dos serviços públicos de saúde, baseados em unidades de pagamento que tornem atrativo e competitivo o mercado interno (público) de saúde.

Como facilmente se intui, a norma programática vincula o reconhecimento da necessidade de construção de uma estrutura de financiamento apta a fomentar o mercado interno (público) de saúde. O processo de privatização formal dos métodos de gestão, que sucedeu com a empresarialização no plano da atividade dos cuidados de saúde, deve estar associado à criação de uma modalidade de pagamento compatível para os prestadores dos serviços, a fim de fomentar a concorrência na procura de compensar os riscos, experimentados com a atividade, e os incentivos remuneratórios aos operadores. Os três estilos de unidades gerais de pagamento são a captação, a produção e o orçamento global. O pagamento por produção vincula o ato médico; a diária de internamento e a ocorrência têm por fim satisfazer os fatores de produção dos cuidados de saúde. Estar associado ao volume de produção conduz os operadores a dinamizarem o maior número possível de indicadores de produção de prestações de serviços de saúde. Se a opção for diárias de internação, a unidade de saúde será remunerada pelos dias de internação do utente. No caso de remuneração por ato médico, é um simples cálculo aritmético de soma, calculando o número total de serviços prestados. O pagamento feito através de ocorrências computadas na unidade de saúde está associado ao pagamento pelo conjunto de procedimentos executados para o tratamento da doença do utente, cabendo a unidade de saúde aplicar todos os meios possíveis para otimizar custos no tratamento do paciente, inclusivamente, não prestando alguns procedimentos médicos mais onerosos e mais eficientes, optando por outros menos avançados tecnologicamente e mais tradicionais com menores custos. O pagamento por capitação está relacionado com a absorção da responsabilidade pelo atendimento do núcleo regional da população, recebendo em contrapartida um valor pré-estabelecido por cada utente registado. O orçamento global, em regra anual ou plurianual, é realizado através de ajuste contratual, ficando estabelecidos os pagamentos com base nas despesas históricas dos operadores ou por intermédio de fundos, que libertam os recursos paulatinamente, de acordo com a obediência de critérios ou de metas de um programa, condicionante da eficiência na execução dos serviços de saúde.[533]

[533] . SANTANA, Rui Manuel Candeias. O financiamento por capitação ajustada pelo risco em contexto de integração vertical de cuidados de saúde: a utilização dos consumos com medicamentos como proxy da

A organização dos cuidados de saúde em Portugal está associada a três preceitos, a saber, a medicina preventiva, a medicina curativa e a medicina de reabilitação, nos termos do art. 64.º, N.º 3, alínea *a* da CRP. Estes preceitos acabam por se concretizar em níveis de prestação dos cuidados de saúde, ou melhor, em três escalas de organização para a oferta dos serviços de saúde. Num nível primário, estão os operadores responsáveis pelos cuidados de saúde primários (no âmbito do SNS, Centros de Saúde), atingindo atribuições com a educação, prevenção e diagnósticos precoces rotineiros. No segundo nível, encontram-se os operadores responsáveis pelos cuidados hospitalares, abordando os tratamentos de emergência e cuidados críticos com diagnósticos e tratamentos mais complexos (no âmbito do SNS, Hospitais E.P.E.; Hospitais PPP e Hospitais contratualizados – Misericórdias), e, por fim, no nível três, estão os operadores responsáveis pelos cuidados continuados, associados à reabilitação, aos cuidados domiciliares, aos cuidados dos doentes crónicos e demais cuidados pessoais (no âmbito do SNS, Hospitais E.P.E., Centro de Reabilitação e Terapêutica, entre outros).[534]

A Administração Central do Sistema de Saúde, I.P. publica as bases de referência para a contratualização, podendo dar-se como exemplos a Metodologia de Contratualização dos Cuidados de Saúde Primários[535]; a Contratualização dos Serviços de Saúde Pública Locais – Proposta de Articulação, Desenvolvimento, Formação e Implementação[536] e os Termos de Referência para a contratualização de cuidados de saúde no SNS para 2018[537].

carga de doença em ambulatório. Tese de Doutoramento. Escola Nacional de Saúde Pública. Universidade Nova de Lisboa. 2011.

534 . DIAS, Filipa Maria Brum da Silva Marques. O Modelo de Financiamento das unidades de saúde verticalmente integradas em Portugal: Desafios e Oportunidades. Mestrado em Matemática Aplicada à Economia e Gestão. Departamento de Estatística e Investigação Operacional. Universidade de Lisboa. 2018.

535 . PORTUGAL. SNS. ACS, I.P., Cuidados de Saúde Primários Metodologia de Contratualização. Dezembro 2019. Disponível em: http://www2.acss.min-saude.pt/Portals/0/MetodologiaContratualizaoCSP_2011.pdf. Acesso em: 1º.12.2019.

536 . PORTUGAL. SNS. ACS, I.P., Contratualização dos Serviços de Saúde Pública Locais. Comissão para a Reforma da Saúde Pública Nacional. Julho 2017. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2017/10/Contratualizac%CC%A7ao-_CRSPN.pdf. Acesso em: 1º.12.2019.

537 . PORTUGAL. SNS. ACS, I.P., Termos de Referência para contratualização de cuidados de saúde no SNS para 2018. Novembro 2017. Disponível em: http://www.acss.min-saude.pt/wp-content/uploads/2017/11/Termos-Referencia-Contratualizacao-SNS_2018.pdf. Acesso em: 1.º.12.2019

A porta de entrada do sistema de saúde em Portugal é o cuidado primário, que trabalha na lógica dos clínicos gerais ao estilo GIPs do NHS-inglês. Funcionam dentro da normativa contratual bipartida de financiamento, num esquema de fragmentação de responsabilidade por entidades estatais, no que concerne à contratualização. A primeira fase envolve a Administração Regional de Saúde, I.P., que compõe o organismo periférico da Administração Pública indireta do Estado, com o Agrupamento de Centros de Saúde, que são entidades despersonificadas (órgãos) que atuam por desconcentração da ARS, I.P., cujo *contrato-programa* traz um plano de desempenho. A segunda fase envolve o Agrupamento de Centro de Saúde - esta é a unidade de saúde que efetivamente executa o serviço de cuidado de saúde, cujo contrato é uma *carta de compromisso.*

É axiomática a influência do modo de financiamento na estrutura administrativa do sistema de saúde. Já no nível primário é possível perceber que o *contrato-programa* é, na verdade, a norma administrativa que rege as atividades de saúde a serem executadas na região de responsabilidade da entidade pública regional. É interessante também apreciar que a segregação de funções coloca em escala dentro de determinada região, por via da desconcentração, a possibilidade contratação de operadores para o exercício das atividades médicas preventivas e curativas básicas. Salienta-se que, é admitido ao ACES assinar a *carta de compromisso* com Unidades de Saúde Familiar de modelo *c*, ou seja, o ajuste é com conjunto de profissionais não agentes públicos, dando o caráter de privatização funcional da atividade e cabendo à entidade estatal regular e fiscalizar a execução dos serviços (art. 2.º, N.º 2 do Decreto-Lei n.º 298/2007, de 22 de Agosto; Despacho Normativo n.º 9/2006, de 16 de Fevereiro). Assim, não existe qualquer impedimento de os profissionais privados prestarem o serviço de saúde pública, sendo certo que a função continua a possuir uma natureza pública, apenas é executada por uma pessoa privada, que não retira as responsabilidades públicas do Estado[538-539].

---

538 . GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. Entidades Privadas com Poderes Públicos: O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas. Coimbra: Almedina. 2008. p. 359.

539 . BISCAIA, André Rosa. A reforma dos cuidados de saúde primários e a reforma do pensamento. Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar, [S.l.], v. 22, n. 1, p. 67-79, jan. 2006. ISSN 2182-5181. Disponível em: <https://www.rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/10211>. Acesso em: 23 maio 2020. doi:http://dx.doi.org/10.32385/rpmgf.v22i1.10211.

No que diz respeito aos cuidados secundários, ainda sobre a égide da recente Lei de Base da Saúde revogada – Lei n.º 48/90, existiam três tipos de empresas públicas *sui generis*, Hospitais, S.P.A, pertencentes à Administração Pública indireta, e os Hospitais, S.A. e E.P.E, pertencentes a um novo setor público empresarial, dando o carácter de instituição do mercado interno (público) de saúde. A partir da alteração do regime jurídico e dos Estatutos para unidades de saúde do SNS – Decreto-Lei n.º 18/2017, de 10 de Fevereiro, colocou-se fim ao modelo de empresa pública Hospital, S.A.[540] Para além disso, a contratualização das unidades hospitalares está integrada no *contrato-programa*, que vigorava para o triénio 2017 a 2019 e foi prorrogado para os anos de 2020 e 2021, no que diz respeito ao planeamento estratégico de definição dos objetivos, das principais linhas de ação, dos planos de investimento e das projeções económicas e financeiras, explicitando-se os ganhos de eficiência e de produtividade que assegurem a sustentabilidade a médio prazo das entidades do SNS[541]. Existem três etapas de contratualização. A primeira é o planeamento, onde estão fixadas as demandas da saúde populacional regional e a definição dos investimentos; a segunda é a contratação, momento de definição das cláusulas contratuais para firmar o *contrato- programa*, e o último passo é acompanhar a execução do *contrato-programa*[542].

Saliente-se ainda que, as empresas públicas do setor empresarial da saúde eram financiadas nos termos do art. 25.º do Decreto-Lei n.º 18/2017, encontrando compatibilidade com a anterior Lei de Base da Saúde – Lei n.º 48/90, devendo o financiamento refletir as necessidades de saúde da população abrangida e permitir um adequado planeamento da oferta de cuidados de saúde (N.º 1). O pagamento dos atos e serviços das unidades hospitalares, integradas no SNS pelo Estado, efetuava-se através de *contratos-programa* plurianuais, celebrados com a ACSS, I. P., e a ARS, I.P., constando a atividade contratada; os objetivos e as metas qualitativas e quantitativas; a

---

[540] . Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho, transformou os hospitais sociedades anónimas em entidades públicas empresariais.

[541] . PORTUGAL. SNS. ACS, I.P., Termos de Referência para contratualização de cuidados de saúde no SNS para 2018. Novembro 2017. Disponível em: http://www.acss.min-saude.pt/wp-content/uploads/2017/11/Termos-Referencia-Contratualizacao-SNS_2018.pdf. Acesso em: 1.º.12.2019

[542]. DINIZ, Vera Cristina Azevedo. A Influência das Políticas de Financiamento no Desempenho Económico- Financeiro dos Hospitais Públicos Portugueses. O caso da Contratualização nos Hospitais E.P.E. Dissertação de Mestrado em Contabilidade e Finanças. Faculdade de Economia. Universidade de Coimbra. Fevereiro 2013. p. 35-36.

calendarização das metas referidas na alínea anterior; os meios e instrumentos para prosseguir os objetivos, designadamente de investimento; 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 atos clínicos (N.º 2). Especificamente, no que toca às ULS, E. P. E., o financiamento era realizado por capitação ajustada pelo risco calculado com base nas caraterísticas da população da área de referência (N.º 5). A ULS, E.P.E, são financiadas de acordo com a população regional que abrange a sua competência, recebendo pelo método *per capita*, que consiste num valor referencial por pessoa abrangida pela sua competência, focado no risco da atividade no perímetro territorial de assistência.

A partir de 2002, a pasta da saúde na agenda do Governo lançou as Parcerias Público-Privadas, cujo fim era atrair os operadores privados, para partilhar os riscos da execução da atividade, que se demonstrava excessivamente onerosa para o erário público. A síntese do objeto dos contratos de Hospitais em regime de PPP é a introdução de um operador privado, gestor do estabelecimento, com responsabilidade de custear a infraestrutura de equipamentos e de prestação de serviços médicos no curso de dez anos, e um outro operador privado, administrador do edifício hospitalar, com responsabilidade de custear a construção, a reforma e a manutenção do prédio no tempo de trinta anos. A contrapartida do Governo era pagar pela produção e pela disposição de atividades de emergência, enquanto o administrador do imóvel recebe pela manutenção da infraestrutura.[543] Atualmente, subsistem apenas três hospitais sobre o regime de PPP com base no modelo contratual, são eles: Hospital Beatriz Ângelo, Loures; Hospital Cascais Dr. José Almeida e Hospital Vila Franca de Xira. Contudo, a opção política atual em Portugal acabou por subverter o princípio da subsidiariedade horizontal constante no art. 6.º da CRP[544], criando um princípio infraconstitucional de prevalência dos serviços públicos estatizados, no que se refere à gestão clínica dos estabelecimentos do SNS, conforme a Base 6, N.º 1 da Lei n.º 95/2019. Os operadores privados passaram ao papel de *tapa-buraco* do mercado interno (público) da saúde, diante do elemento normativo vago de *necessidade fundamentada*, cuja vontade administrativa é aprovada por membro

543 . PORTUGAL. SNS. ACSS, I.P., Parceiras Público-Privadas. Primeira Vaga PPP – Prestação de serviços clínicos e infraestruturais. Disponível em: http://www.acss.min-saude.pt/2016/10/12/parcerias-publico-privadas/. Acesso em: 1.º.10.2020.

544 . CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 341-342.

do Governo – art. 3.º, N.º 2 do Decreto-Lei n.º 23/2020, de 22 Maio, ou seja, perante a evidência de inaptidão estatal para suprir os serviços públicos de saúde, devem ser chamados, supletivamente, os operadores privados para cobrir as necessidades dos utentes de modo temporário.

É importante frisar que, desde a promulgação da nova Lei de Base da Saúde – Lei n.º 95/2019, o financiamento do SNS passou a ser regulado pela Base 23, que expressamente afirma no N.º 1 que: *o financiamento do SNS é assegurado por verbas do Orçamento do Estado, podendo ser determinada a consignação de receitas fiscais para o efeito, sem prejuízo de outras receitas previstas em lei, regulamento, contrato ou outro título*. O recente Decreto-Lei n.º 23/2020, que define as regras para a celebração de contratos de parceria de gestão na área da saúde, acaba por desincentivar ou inviabilizar futuras celebrações de contratos em regime de PPP, retirando o caráter de contrato de longo prazo, passando o mesmo a ter caráter transitório, podendo ser rescindido pelo Governo (art. 3.º, N.º 4); sendo que a remuneração da entidade gestora é oriunda das prestações de serviços executadas por esta aos terceiros ou das prestações de serviços não pactuadas no contrato de gestão (art. 6.º, alínea *c*). O Conselho de Ministros preocupou-se em constituir novas regras para a celebração de contratos de parceria de gestão na área da saúde, desincentivando novas pactuações ou renovações de hospitais em regime de PPP. O Hospital de Vila Franca de Xira é exemplo da proposta de descontinuidade das parcerias público-privadas. Mesmo existindo resultados positivos, já que recentemente três hospitais em regime de PPP ocupavam os primeiros lugares em excelência clínica do SNS – o Hospital de Vila Franca de Xira, o Hospital de Cascais e o Hospital de Braga –, baseado no maior número de áreas com classificação 3+.[545], a legislação infraconstitucional superveniente tem demonstrado desânimo na progressiva abertura do mercado interno (público) da saúde, afastando os operadores privados das tarefas públicas dos cuidados de saúde. Observe-se que, mesmo existindo sucesso no dimensionamento da privatização com melhoria de desempenho dos serviços prestados nos hospitais em regime de PPP[546], a falta de uma revisão constitucional do art. 64.º, com o fim de afinar

[545] . PEIXOTO, Ana Catarina. Três hospitais PPP ocupam pódio em Excelência Clínica do Sistema Nacional de Avaliação em Saúde. Observador. 1 julho 2019. Disponível em: https://observador.pt/2019/07/01/tres-ppp-ocupam-podio-em-excelencia-clinica-do-sistema-nacional-de-avaliacao-em-saude/. Acesso em: 10.11.2019.

[546] . NUNES, Alexandre Morais; MATOS, Andreia Afonso de. Análise do desempenho dos hospitais em parceria público privada no Serviço Nacional de Saúde português. J Bras Econ Saúde 2017; 9(3): 304-309.

sistematicamente os novos desígnios da sociedade portuguesa, acabou por autorizar uma reestruturação repentina e a quebra da continuidade de construção de um modelo de mercado interno (público) de saúde.

3. Prestadores de cuidados de saúde com dimensionamentos amplos da privatização

A organização do setor público da saúde em Portugal está dividida em duas esferas: o Setor Público Administrativo (S.P.A.) e o Setor Público Empresarial (S.P.E.). A lógica distintiva é a forma como funcionam as entidades de cada setor. A participação dos entes privados no cumprimento material de tarefas públicas de cuidados de saúde não está relacionada com as funções típicas da Administração Pública (central, regional e local).

A construção de uma rede nacional de prestadores de cuidados de saúde não atinge os papéis fundamentais do setor público administrativo, composto pelo Estado, pelos fundos e serviços autónomos, pela Administração Regional e Local e pela Segurança Social.

A administração central da saúde permanece intacta com o Ministério da Saúde, possuindo desconcentração orgânica para o desempenho das suas atribuições, compondo ainda a administração central, através de desconcentração (personificada ou não) - tem os Fundos e Serviços Autónomos, possuindo autonomia administrativa e financeira. Ainda em relação ao S.P.A., a desconcentração personificada (devolução de poderes) está focada na Administração Regional da Saúde – ARS e na Administração Local da Saúde, que são serviços desconcentrados da ARS sem personalidade jurídica própria, possuindo ambas aptidão ao nível da competência concorrente financeira no âmbito territorial, como ocorre, *por ex.*, com o Agrupamento de Centros de Saúde Amadora integrado à ARS de Lisboa e Vale do Tejo, I.P., por intermédio da Portaria n.º 276/2009, de 18 de Março.

Disponível em: https://docs.bvsalud.org/biblioref/2018/04/883029/doi-1021115_jbesv9n3p304-9.pdf. Acesso em: 10.12.2019.

Administração Direta do Estado	1. Secretaria-Geral do Ministério da Saúde 2. Inspeção-Geral das Atividades em Saúde (IGAS) 3. Direção-Geral da Saúde (DGS)
Administração Indireta do Estado	1. Administração Central do Sistema de Saúde (ACSS), I.P 2. INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P 3. Instituto Nacional de Emergência Médica (INEM), I.P 4. Instituto Português do Sangue e da Transplantação (IPST), I.P 5. Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge (INSA), IP 6. Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências (SICAD), I.P. 7. Administração Regional de Saúde do Norte 8. Administração Regional de Saúde do Centro 9. Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo 10. Administração Regional de Saúde do Alentejo 11. Administração Regional de Saúde do Algarve
Entidade Reguladora	1. Entidade Reguladora da Saúde (ERS)
Órgãos Consultivos	1. Conselho Nacional de Saúde 2. Conselho Nacional de Saúde Mental
Serviços Desconcentrados das Administrações Regionais de Saúde	1. Agrupamento de Centros de Saúde Almada-Seixal 2. Agrupamento de Centros de Saúde Amadora 3. Agrupamento de Centros de Saúde Arco Ribeirinho 4. Agrupamento de Centros de Saúde Arrábida 5. Agrupamento de Centros de Saúde Cascais 6. Agrupamento de Centros de Saúde Estuário do Tejo 7. Agrupamento de Centros de Saúde Lezíria 8. Agrupamento de Centros de Saúde Baixo Alentejo 9. Agrupamento de Centros de Saúde Baixo Vouga 10. Agrupamento de Centros de Saúde Lisboa Central 11. Agrupamento de Centros de Saúde Lisboa Norte 12. Agrupamento de Centros de Saúde Lisboa Ocidental e Oeiras 13. Agrupamento de Centros de Saúde Loures-Odivelas 14. Agrupamento de Centros de Saúde Médio Tejo 15. Agrupamento de Centros de Saúde Oeste Norte 16. Agrupamento de Centros de Saúde Oeste Sul 17. Agrupamento de Centros de Saúde Sintra 18. Agrupamento de Centros de Saúde de Trás-os-Montes – Alto Tâmega e Barroso 19. Agrupamento de Centros de Saúde do Douro I – Marão e Douro Norte 20. Agrupamento de Centros de Saúde do Douro II – Douro Sul 21. Agrupamento de Centros de Saúde do Alto Ave 22. Agrupamento de Centros de Saúde do Ave – Famalicão 23. Agrupamento de Centros de Saúde do Cávado I – Braga 24. Agrupamento de Centros de Saúde do Cávado II – Gerês/Cabreira 25. Agrupamento de Centros de Saúde do Cávado III – Barcelos/Esposende 26. Agrupamento de Centros de Saúde do Tâmega I – Baixo Tâmega 27. Agrupamento de Centros de Saúde do Tâmega II – Vale do Sousa Sul 28. Agrupamento de Centros de Saúde do Tâmega III – Vale do Sousa Norte

	29. Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto I – Santo Tirso/Trofa 30. Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto II – Gondomar 31. Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto III – Maia/Valongo 32. Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto IV – Póvoa de Varzim/Vila do Conde 33. Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto V – Porto Ocidental 34. Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto VI – Porto Oriental 35. Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto VII – Gaia 36. Agrupamento de Centros de Saúde do Grande Porto VIII – Espinho/Gaia 37. Agrupamento de Centros de Saúde de Entre Douro e Vouga I – Feira/Arouca 38. Agrupamento de Centros de Saúde de Entre Douro e Vouga II – Aveiro Norte 39. Agrupamento de Centros de Saúde da Cova da Beira 40. Agrupamento de Centros de Saúde do Baixo Mondego 41. Agrupamento de Centros de Saúde do Dão – Lafões 42. Agrupamento de Centros de Saúde do Pinhal Interior Norte 43. Agrupamento de Centros de Saúde do Pinhal Litoral 44. Agrupamento de Centros de Saúde do Alentejo Central 45. Agrupamento de Centros de Saúde do Algarve I – Central 46. Agrupamento de Centros de Saúde do Algarve II – Barlavento 47. Agrupamento de Centros de Saúde do Algarve III – Sotavento

Destarte, a reestruturação dos serviços públicos de saúde está relacionada com a atividade produtiva dos cuidados de saúde, que, hoje, já é prioritariamente desempenhada por entidades públicas dentro de uma disposição de dicotomia entre Código de Procedimento Administrativo, quanto ao funcionamento dos órgãos, e a lei societária de direito privado aplicável subsidiariamente, ou seja, por pessoas coletivas públicas do SPE, *por ex*., o Hospital da Senhora da Oliveira Guimarães, E.P.E., e a Unidade Local de Saúde de Castelo Branco, E.P.E. Apesar de exercerem atividades relacionadas com os serviços de interesse geral não económico (a Saúde), as empresas públicas do S.P.E. da saúde desempenham atividades de criação de *utilities*, mediante produção de serviços de saúde, submissas aos critérios de economicidade e de satisfação dos utentes. Existem ainda alguns estabelecimentos públicos do S.PA.; associação privada, sem fins lucrativos e de utilidade pública; hospitais em regime jurídico de PPP; e as unidades hospitalares misericórdias, instituições particulares de solidariedade social – entidades filantrópicas.

SNS - Setor Público Administrativo	1. Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa 2. Centro de Medicina de Reabilitação da Região Centro – Rovisco Pais 3. Hospital Arcebispo João Crisóstomo – Cantanhede 4. Hospital Dr. Francisco Zagalo – Ovar

	5. Instituto de Oftalmologia Dr. Gama Pinto
Associações participadas pelo Estado	1. Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)
SNS - Setor Público Empresarial	1. Instituto Português de Oncologia de Lisboa Francisco Gentil (IPO), EPE 2. Hospital de Braga, EPE 3. Unidade Local de Saúde de Castelo Branco, EPE 4. Unidade Local de Saúde de Matosinhos, EPE 5. Unidade Local de Saúde do Alto Minho, EPE 6. Unidade Local de Saúde da Guarda, EPE 7. Unidade Local de Saúde do Baixo Alentejo, EPE 8. Unidade Local de Saúde do Litoral Alentejano, EPE 9. Unidade Local de Saúde do Norte Alentejano, EPE 10. Unidade Local de Saúde do Nordeste, EPE 11. Centro Hospitalar Universitário do Porto, EPE 12. Centro Hospitalar de Entre o Douro e Vouga, EPE 13. Centro Hospitalar de Trás-os-Montes e Alto Douro, EPE 14. Hospital da Senhora da Oliveira Guimarães, EPE 15. Centro Hospitalar do Médio Ave, EPE 16. Centro Hospitalar Universitário de S. João, EPE 17. Centro Hospitalar Póvoa de Varzim/Vila do Conde, EPE 18. Centro Hospitalar Tâmega e Sousa, EPE 19. Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE 20. Centro Hospitalar Tondela Viseu, EPE 21. Centro Hospitalar Leiria, EPE 22. Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra, EPE 23. Centro Hospitalar Universitário Cova da Beira, EPE 24. Centro Hospitalar Médio Tejo, EPE 25. Centro Hospitalar Barreiro Montijo, EPE 26. Centro Hospitalar Universitário de Lisboa Norte, EPE 27. Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE 28. Centro Hospitalar de Setúbal, EPE 29. Centro Hospitalar Universitário do Algarve, EPE 30. Centro Hospitalar do Baixo Vouga, EPE 31. Centro Hospitalar Universitário Lisboa Central, EPE 32. Hospital de Magalhães Lemos, EPE 33. Hospital Santa Maria Maior, EPE – Barcelos 34. Hospital Distrital Figueira da Foz, EPE 35. Instituto Português de Oncologia de Coimbra Francisco Gentil (IPO), EPE 36. Hospital de Santarém, EPE 37. Hospital Garcia de Orta, EPE 38. Hospital Professor Doutor Fernando Fonseca, EPE 39. Instituto Português de Oncologia do Porto Francisco Gentil (IPO), EPE 40. Hospital Espírito Santo, EPE – Évora 41. Centro Hospitalar do Oeste, EPE
Setor Público Empresarial	1. SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE
Hospitais geridos pelas Misericórdias	1. Hospital de S. Paulo – Serpa 2. Hospital Luciano de Castro – Anadia 3. Hospital São José – Fafe

É patente, portanto, que, além da utilização da empresarialidade para a constituição de empresas públicas prestadoras de cuidados de saúde do SNS, existe

também a atuação de operadores privados, tanto do setor privado *for-profit* quanto *not-for-profit.* É, aliás, o caso dos hospitais em PPP e dos hospitais misericórdias.

3.1. Entidades Públicas Empresariais do Setor Público Empresarial da Saúde, retorno ao tipo sociedade anónima – S.A.

3.1.1. As Entidades Públicas Empresariais da Saúde

É manifesto que a criação do Setor Público Empresarial da saúde foi o primeiro passo para a construção de um modelo estrutural de mercado interno (público) de saúde, através da remodelação de pessoas coletivas públicas com características empresariais, E.P.E., que ganharam relativa independência administrativa, financeira e patrimonial, nos termos do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, com o regime jurídico de gestão hospitalar da Lei n.º 27/2002 e, posteriormente, alterado pelo Decreto-Lei n.º 18/2017. Por intermédio das Entidades Públicas Empresariais, E.P.E., e da sua coexistência com as poucas existentes entidades do Setor Público Administrativo, S.P.A., pertencentes à Administração indireta, foi instituído um mercado interno público de cuidados hospitalares, estando incluídos os hospitais em regime jurídico de PPP, cujo parceiro privado é *for-profit,* e os hospitais, geridos pelas Misericórdias, cujo parceiro privado é *not-for-profit*.

Dentro do carácter de fenómenos amplos de privatização, os prestadores dos cuidados de saúde do SNS, atualmente, estão dentro de uma estrutura administrativa em formatação de mercado (público) nacional. A intenção de empresarialização do SNS é a realidade em vista da totalidade esmagadora de entidades públicas, formatadas como E.P.E. Esta reforma administrativa, consolidada em Portugal, foi o primeiro passo para a desburocratização dos serviços públicos de saúde. Embora não configure um efeito concreto da transferência, uma vez que se trata de uma delegação de um ente público para outro. A forma de financiar, ou melhor, de contratualizar com estas empresas públicas, E.P.E. atribuiu sentido à existência de concorrência entre os

operadores públicos na captação dos contratos-programa com ARS, IP ou com ACS em âmbito local, bem como à possibilidade de escolha dos consumidores finais.[547]

Atualmente, o Setor Público Empresarial é composto pelos Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, E.P.E.; pelas Unidades Locais de Saúde, E.P.E., pelos Centros Hospitalares, E.P.E. e pelos Hospitais, E.P.E. Os entes referidos são classificados como pessoas coletivas públicas, cujos órgãos se submetem à parte II do CPA, sendo, contudo, aplicado subsidiariamente o direito societário (direito privado). Quando prestam as atividades de cuidados de saúde no âmbito do SNS encontram-se dentro da função administrativa de que estão investidos, sendo as relações jurídicas estabelecidas com os utentes o exercício de uma parcela das funções administrativas, consubstanciando, por isso, uma verdadeira relação jurídica administrativa. Pelo contrário, quando arrendam espaços da unidade hospitalar, atuam através de contratos individuais de trabalho, ou quando compram bens ou serviços[548], estão dentro de uma relação jurídica privada.

Cada uma destas empresas públicas E.P.E. é uma unidade empreendedora de serviços públicos de cuidados de saúde, necessitando de captar recursos financeiros para subsistir nas atividades. Os Estatutos dos hospitais, centros hospitalares e institutos portugueses de oncologia, E.P.E., constante no Decreto-Lei n.º 18/2017 – Anexo II, apresentam uma estruturação de tipo societário, composta por órgãos, fragmentados em funções específicas, a saber: conselho de administração; conselho fiscal, o revisor oficial de contas ou uma sociedade de revisores oficiais de contas, caso se encontrem abrangidas pelo regime constante da Lei n.º 148/2015, de 9 de setembro; ou fiscal único; e conselho consultivo (art. 5.º). O direito societário é o direito privado interno da empresa pública, que se aplica de forma subsidiária. Isto é, a E.P.E. da saúde deveria ser uma pessoa jurídica de direito privado, dotada de forma societária, com capital de titularidade de pessoa jurídica de direito público, que tem como objeto social os serviços públicos de saúde de caráter social.[549] Contudo, o Estatuto das E.P.E. da saúde define como pessoa coletiva de direito público de natureza empresarial, dotada de

547 . LOPES, Licínio. Direito Administrativo da Saúde. *In* Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. III. Paulo Otero e Pedro A. P. da Costa Gonçalves (Coord.). Coimbra: Almedina. 2010. p. 239-240.

548 . Exceto em relação aos procedimentos administrativos para contratação.

549 . JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 195.

autonomia administrativa, financeira e patrimonial, nos termos do regime jurídico do setor público empresarial (art. 1.º, N.º 1 do Anexo II do Decreto-Lei 18/2017).

A empresa pública E.P.E. tem personalidade jurídica própria, garantindo autonomia organizacional e titularidade de património próprio. Não obstante, a personalidade de direito público atrai todas as prerrogativas burocráticas de direito público, a que se submetem as entidades públicas S.P.A., apenas existindo distinção, efetivamente, no que diz respeito aos recursos humanos, em razão do regime do contrato de trabalho de acordo com o Código do Trabalho, nos termos do art. 27.º, N.º 1 do Decreto-Lei n.º 18/2017. A natureza empresarial impulsiona uma pessoa jurídica focada em otimizar recursos e direcionar esforços, a fim de alcançar o interesse social, que não pode ser confundido com o interesse geral não económico expresso no Plano Nacional de Saúde. A empresa pública E.P.E. da saúde é um tipo específico de pessoa coletiva empresarial, possuindo características próprias - não é uma sociedade Ltd. ou S.A. Os Estatutos do Anexo II referente aos hospitais, centros hospitalares e Institutos Portugueses de Oncologia, bem como do Anexo III, que diz respeito às unidades locais de saúde, disciplinam a estrutura e o funcionamento destas empresas públicas. Deste modo, o verdadeiro interesse social da E.P.E. da saúde é a estabilização entre os custos e as receitas da produção dos cuidados de saúde, cabendo tornar uma equação positiva e não deficitária para a empresa (ex.: Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra, E.P.E.).[550] Por outras palavras, as empresas públicas E.P.E. da saúde procuram a viabilidade económica, para se manterem auto-suficientes, através dos contratos-programa, firmados com ARS, I.P.

A realidade atual das entidades do S.P.E. consiste num quadro societário composto por uma pessoa de direito público de caráter unipessoal, sendo o capital exclusivo do Estado e indivisível. O objeto estatutário é a prestação de serviços públicos de saúde. Contudo, esta circunstância não desvirtua a sua essência de empresarialidade, que visa a finalidade lucrativa, isto é, a empresa procura alcançar a rentabilidade e ser viável economicamente. Sem prejuízo do exposto, o objeto social da E.P.E. deve concretizar as prestações dos serviços de interesse geral não económico da

[550] . ABREU. Jorge Manuel Coutinho de. Da Empresarialidade: as empresas no Direito. Coimbra: Almedina. 1999. p. 122-123.

saúde. Embora não haja um intuito lucrativo principal, é inegável que, para alcançar as prestações de cuidados de saúde satisfatórios dos utentes, é imprescindível existir uma contrapartida remuneratória por parte do pagador (o Estado e o Utente), que cubra, não só, os custos dos serviços, como também dê oportunidade para investimentos de melhoria progressiva da empresa.

Em relação à empresa enquanto sujeito jurídico, o empresário é o Estado. Não obstante, o estabelecimento está ligado à empresa no sentido dos seus objetos jurídicos. Esta empresa-objeto inclusive pode ser objeto de contrato público de gestão (concessão) ou exploração por *players* privados. É o caso, por exemplo, no modelo de contrato de PPP das primeiras vagas, que se baseou em contrato de gestão para a concepção, construção, financiamento, conservação e exploração dos edifícios hospitalares, incluindo a prestação dos cuidados de saúde[551]. É possível, então, visualizar que o fenômeno amplo de privatização no âmbito da prestação dos serviços públicos de saúde com a utilização da empresarialidade dos *players* públicos é instrumental em formato personificado. Contudo, pode haver também desdobramento numa privatização funcional das atividades por meio de contrato de PPP. ou dos hospitais Misericórdias.

O Decreto-Lei n.º 18/2017 apresenta em seus anexos os Estatutos para as empresas públicas, E.P.E., no âmbito da saúde, padronizando uma estrutura societária (organização interna). O Governo é quem domina praticamente de forma exclusiva a condução administrativa de atuação da unidade hospitalar, E.P.E., bem como restringe a autonomia gestionária para estabelecer equilíbrio econômico-financeiro da entidade (art. 6.º, N.º 1, e art. 19.º, N.º 1)[552]. Portanto, é nítida a dependência funcional das E.P.E. com o Governo, tornando-as quase numa espécie de instituto público. Daí a sugestão de transformar em personalidade jurídica de direito privado, avançando para além do uso do direito societário na organização interna da empresa pública. Isto implicaria, por exemplo, técnicas organizacionais próprias de atividade privada aos operadores públicos, dando maior aproximação ao contexto de atuação de sociedades

551 . PORTUGAL. Administração Central do Sistema de Saúde, IP. Parceiras Público-Privadas. Disponível em: http://www.acss.min-saude.pt/2016/10/12/parcerias-publico-privadas/. Acesso em: 10.10.2019.

552 . Decreto-Lei n.º 18/2017 - Artigo 19.º Superintendência 1 — Compete ao membro do Governo responsável pela área da saúde: a) Definir os objetivos e as estratégias das E. P. E., integradas no SNS; b) Emitir orientações, recomendações e diretivas específicas para prossecução da atividade operacional das E. P. E., integradas no SNS; c) Definir normas de organização e de atuação hospitalar.

comerciais às entidades ainda estatais mas com figurino privado. O que acabamos de expor não importa a transformação das E.P.E. em sociedades mercantis, pois o objeto social é o exercício da prestação de serviços públicos de saúde (de interesse geral não económico), não se tratando, assim, de uma atividade jurídica mercantil.

A natureza jurídica de direito público das E.P.E. coloca estas entidades ao lado dos institutos públicos e dos fundos públicos, ficando integradas na Administração indireta pública. Ao transformar a natureza jurídica das E.P.E., estas passariam a ser de direito privado, ficando integradas na Administração indireta privada. Ainda que, inicialmente, fossem sociedades de capitais exclusivamente públicos, como eram os hospitais S.A. (Lei n.º 27/2002, Resolução do Conselho de Ministros n.º 15/2003, Decreto-Lei n.º 207/2004 e Decreto-Lei n.º 214/2004), ou de capitais maioritariamente públicos, detendo o Estado cinquenta e um por cento das quotas ou das ações, persistiriam com a finalidade de prestação de serviços públicos de saúde. Passariam, todavia, a opção de formatação de sociedades comerciais (ex.: Ltd. ou S.A.), acabando com o tipo societário específico instituído para E.P.E. e passando a usar o direito privado tanto como forma jurídica, quanto para o regime jurídico de direito societário na organização interna das entidades públicas.

O que acabamos de expor acarretaria um fenómeno de empresarialização, sob a forma jurídica privada. Neste prisma, a entidade pública do SPE ganharia maior autonomia de gestão, pois, *por ex.*, uma unidade hospitalar com forma jurídica de S.A. teria na sua composição orgânica tradicional uma Assembleia Geral, órgão supremo da sociedade, cujas deliberações são a manifestação de vontade da empresa pública. A redução da influência do Governo na manifestação de vontade da empresa pública era inevitável, uma vez que o Estado atuaria como acionista, dando maior autonomia ao Conselho de Administração, nos termos do regime das S.A. Era, aliás, este regime que tinha em mente o legislador ao editar o art. 6.º, N.º 3 do Decreto-Lei n.º 207/2004. Refira-se que, por continuarem a ser entidades públicas, as unidades hospitalares S.A. do SPE deixariam de ser submissas ao poder de superintendência e de tutela do Ministro da Saúde, passando este a ser representado em atuação na Assembleia Geral e a ter que pensar nas finalidades ou nas satisfações das metas da empresa.

A fragmentação entre a Assembleia Geral, órgão supremo da empresa no formato S.A., e o Conselho de Administração promove a segregação de funções ou separação de poderes. A Assembleia Geral representa o vértice da pirâmide de gestão da sociedade, responsável pela construção da missão, da visão e dos valores estratégicos da vida social da entidade personificada (*poder de governo*) e o Conselho de Administração é incumbido da planificação tácita no que concerne à gestão das ações para concretização do interesse social, estabelecido na missão da empresa. Assim, o Conselho de Administração ganha maior autonomia e profissionalização na criação e na implementação da estrutura interna para operacionalização e supervisão das atividades rotineiras empresariais (*poder de administração*).

Cumpre observar que, a abertura de capital de uma unidade hospitalar do SPE não importaria, necessariamente, uma privatização orgânica-material, caso o Estado continue o acionista maioritário e, portanto, influenciador direto na administração societária. As entidades públicas empresariais persistiram na Administração Pública com forma privada *de mão pública*. Isto é, não haveria despublicização das unidades hospitalares do SPE, vinculadas ao SNS. Existiria apenas um fenómeno de privatização instrumental das atividades, tendo o Governo como principal ator na construção das metas da empresa. Inclusive, trata-se de uma técnica jurídica capaz de atingir a capitalização das empresas estatais, em virtude das frequentes dificuldades de manutenção do SNS exclusivamente com o orçamento público. É também uma opção de injetar recursos privados na caixa de empresas públicas, podendo alienar novos lotes de ações em bolsa de valores. Neste caso, as unidades hospitalares do SPE que optassem pelo formato jurídico de sociedade anónima poderiam procurar recursos financeiros nas bolsas de valores, como verdadeiras sociedades de economia mista. Então, seja com a abertura de capital, seja com o aumento de capital ou seja com a alienação parcial do capital, as três estratégias societárias dão a possibilidade de as entidades públicas do SPE se transformarem em sociedades de economia mista, reestruturando a empresa pública através de distribuição acionista, mas respeitando a cláusula estatutária vinculativa do maioritário capital social, com direito de voto, nas mãos do Estado. Deste modo, seria perceptível uma descentralização através do fenómeno privatizante amplo com a alteração da forma jurídica estatal de E.P.E. para unidades hospitalares, sociedades de economia mista, no formato jurídico privado de sociedade anónima.

Parece mais coerente estabelecer igualdade de tratamento das entidades públicas empresariais do SNS com o regime jurídico das demais entidades do setor público empresarial, atualmente regulado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro, mediante autorização da Assembleia da República através da Lei n.º 18/2013, de 18 de Fevereiro, nos termos do art. 161.º, alínea *d* da CRP. Embora o Decreto-Lei n.º 558/99, revogado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, trouxesse no corpo do texto legislativo a opção da estrutura societária organizacional para E.P.E., com órgãos de administração e de fiscalização nas modalidades e com as designações previstas para as sociedades anónimas (S.A.) (art. 27.º, N.º 1 do Decreto-Lei n.º 558/99, e hoje regulado pelo art. 13.º, N.º 1, alínea *a* do Decreto-Lei n.º 133/2013), atualmente, a aplicação do regime jurídico do setor público empresarial é aplicável apenas de forma subsidiária, em razão do princípio regra da especialidade, trazido pelo art. 18.º, N.º 3 do Decreto-Lei n.º 18/2017. Assim sendo, atualmente, fica evidente que as pessoas coletivas públicas, E.P.E. do SPE do SNS são formas jurídicas *sui generis* de Administração indireta pública, caracterizadas pela empresarialidade. Não obstante, devem comportar-se como verdadeiros institutos públicos, ao invés de agirem de acordo com a sua essência de empresa pública, que encontra melhor adequação enquanto pessoa coletiva de direito privado, possuindo o regime jurídico organizacional interno de direito societário (direito privado).

Atualmente, os membros dos órgãos das unidades hospitalares do SPE da saúde estão submissos à disciplina jurídica do Código de Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, Anexo) e dos Estatutos anexos do Decreto-Lei n.º 18/2017, possuindo uma influência insignificante as normas do Código das Sociedades Comerciais (Decreto-Lei n.º 262/86). De acordo com o art. 2.º, N.º 1 do Código de Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n.º 4/2015 – Anexo), as normas, que compõem o Código no que concerne *aos princípios gerais, ao procedimento e à atividade administrativa são aplicáveis à conduta de quaisquer entidades, independentemente da sua natureza* (inclui-se, assim, as E.P.E. da saúde), *adotam no exercício de poderes públicos ou regulada de modo específico por disposições de direito*

administrativo[553]. Destarte, os membros do SPE do SNS são tratados como agentes públicos, mas enquadrados no regime de trabalho de direito privado.

Cumpre referir o recente acórdão do Tribunal de Conflitos, processo n.º 02/2014, relator Alberto Augusto Oliveira. O mencionado acórdão tratou do conflito de jurisdição em relação ao contrato individual de trabalho decorrente do procedimento pré-contratual de 11 de Janeiro de 2017. Fixou-se o entendimento que *os tribunais da jurisdição administrativa são os competentes para a resolução dos litígios respeitantes a procedimentos de seleção regulados por normas de direito público que precedam a celebração de contratos individuais de trabalho de pessoal médico*. No caso, um médico intentou uma ação administrativa especial no Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra contra os Hospitais da Universidade de Coimbra, E.P.E., pretendendo a nulidade de atos do procedimento de concurso para o recrutamento e seleção e eventual contratação de especialistas de ortopedia. Neste contexto, é salutar trazer à colação a fundamentação clara da deliberação do Tribunal dos Conflitos:

> Adianta-se que se afiguram evidentes as notas de administratividade neste procedimento pré-contratual. Na verdade, a exigência de um procedimento formalizado previamente à contratação, ainda que mediante contrato de direito privado, e os princípios que o legislador manda observar nesse procedimento concursal *(lato sensu)* são impostos pela natureza pública do empregador. Na verdade, a Administração Pública, ainda quando autorizada a agir na obtenção dos ditos "recursos humanos" por meios jurídicos de direito privado, não tem o grau de autonomia dos restantes empregadores na seleção e recrutamento. Mesmo para estabelecer relações regidas pelo direito laboral comum, a lei estabelece com frequência um procedimento destinado a tornar efectivo o conjunto de regras de direito público a que deve obedecer. Com efeito, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, aplicam-se ao estabelecimento de relações de trabalho na Administração Pública, independentemente da natureza pública ou privada da vinculação, as regras do art.º 47.º, n.º 2, da Constituição, que impõe a igualdade de condições no acesso ao emprego, a publicitação da oferta de emprego e a garantia de imparcialidade na apreciação dos candidatos, assegurada pela fundamentação da decisão de contratar (cfr. ac. do TC n.º 61/2004 e jurisprudência nele citada). É para a garantia do respeito por esta vinculação fundamental da Administração no acesso ao emprego público e não como instrumento de mera salvaguarda do direito geral dos trabalhadores à igualdade no acesso ao mercado de trabalho (cfr. Art.º 24.º do Cod. do Trabalho) que o legislador torna obrigatório o procedimento de recrutamento e selecção em causa.

553 . PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro – novo Código de Procedimento Administrativo. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 23.12.2020.

Assim, o litígio a que a acção respeita insere-se na relação jurídica de direito administrativo que no âmbito deste procedimento concursal (*lato sensu*) se estabelece entre o ente público obrigado à abertura do procedimento em razão dessa qualidade e os candidatos que se apresentem (uma relação potencialmente poligonal) e não na relação contratual de direito privado entre cada trabalhador médico e o estabelecimento público em que serve.

Tanto basta para concluir que a resolução dos litígios respeitantes aos procedimentos de seleção para contratação de pessoal médico em regime de contrato individual de trabalho cabem no âmbito da jurisdição administrativa ao abrigo das als. a) e e) do n.º 1, não sendo dela excluídos pela al. d) do n.º 3, do art.º 4.º do ETAF (red. então vigente, actualmente al. d) do n.º 4 do art.º 4).

E não convence a objecção de que também os contratos privados podem ser precedidos de concurso ou de um procedimento mais ou menos formalizado de escolha do contraente. Isso é exacto, mas nesses casos a opção pelo procedimento concursal resulta juridicamente de uma manifestação da autonomia privada do contraente, segundo a avaliação que faça do que lhe é mais vantajoso, e não de uma imposição legal cuja observância é imposta ao ente público nessa qualidade de empregador público e para salvaguarda de um interesse diferenciado do interesse imediato de provisão com "recursos humanos" (os princípios fundamentais do emprego público).

E também não procede a objeção retirada do art.º 18.º do Dec. Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro (regime jurídico do sector empresarial do Estado e empresas públicas, entretanto revogado pelo Dec. Lei n.º 113/2013, de 3 de Outubro). Esse preceito não exclui do âmbito da jurisdição todos os litígios que não contempla expressamente, antes ressalva os critérios gerais de competência (n.º 2 do cit. Art.º 18.º), que é o que importa resolver.

É certo que a interpretação da lei neste sentido - de atribuir à jurisdição administrativa a competência para apreciação de litígios respeitantes a procedimentos pré-contratuais regulados por normas de direito público que precedam a celebração de contratos individuais de trabalho - conduz ao "dualismo" de competência jurisdicional no âmbito dos litígios relacionados com a contratação de pessoal ao abrigo deste regime de vinculação, com conhecidas desvantagens. Simplesmente, quando pretendeu atalhar aos inconvenientes de ordem prática decorrentes dessa aplicação dos princípios ordenadores da repartição de competência, o legislador fê-lo expressamente e no sentido inverso (cfr. al e) do n.º 1 do art.º 4.º do ETAF, quanto aos contratos, ainda que de direito privado, que sejam obrigatoriamente precedidos de um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público). Com a norma da al. d) do n.º 3 do art.º 4.º do ETAF (actualmente, al. b) do n.º 4 do art.º 4.º) o legislador optou por estabelecer que a regra da al. e) do n.º1 do art.º 4.º (extensão da jurisdição administrativa aos litígios respeitantes à validade, interpretação e execução dos contratos pelo "factor procedimento") não se aplica a estes casos (litígios decorrentes ou emergentes de contratos), mas não afastou os litígios suscitados nos procedimentos de direito administrativo que antecedem a celebração de tais contratos individuais de trabalho da jurisdição administrativa (Cfr. neste sentido Mário Esteves de Oliveira, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Vol. I,* pag. 68-69).[554]

[554] . PORTUGAL. Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P., Bases Jurídico-Documentais. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jcon.nsf/-/C8A840895BFDFC1E802580AD003BEEE5. Acesso em: 20.12.2020.

Além disso, a recente Lei n.º 72/2020, de 16 de Novembro, estabeleceu um regime transitório de simplificação de procedimentos administrativos, alterando o Código do Procedimento Administrativo. A primeira alteração legislativa do Código trouxe todo o procedimento para a deliberação da vontade da entidade pública, que representa um ato administrativo. Apesar da Lei n.º 72/2020 ter efeito temporário, até 30 de Junho de 2021, o texto legal mostra claramente que, mesmo as entidades do SPE do SNS são entidades públicas, possuindo uma estrutura interna de tipo societário, mas são, na verdade, uma modalidade de institutos públicos, que, na atividade de prestação de serviços públicos, exercem atividades administrativas. No âmbito dos cuidados de saúde, a manifestação de vontade é exteriorizada através de atos administrativos e as relações jurídicas a que se submetem são tuteladas pelo direito público. Ao que tudo indica, o art. 2.º, N.º 1 da Lei n.º 72/2020 submete ao regime transitório de direito administrativo qualquer entidade pública, incluindo as E.P.E. do SPE da Saúde. Logo, as entidades públicas do SPE do SNS são verdadeiramente estabelecimentos públicos do Estado, ainda que nas vestes formais de empresa pública[555], que, apesar da empresarialidade aplicada ao tipo societário *sui generis*, dando causa à formação de pessoas jurídicas híbridas[556] (ex.: Hospitais da Universidade de Coimbra, E.P.E.), são entes públicos que atuam no plano nacional de políticas públicas na área da saúde. Assim, as E.P.E. do SNS são empresas públicas dos serviços públicos sociais, quebrando a premissa de a empresa estar ligada ao conceito económico e aderindo ao suporte jurídico de criação de pessoas coletivas de direito público, mas que, em virtude da sua empresarialidade, faria mais sentido que fossem de direito privado.

De acordo com Marcello Caetano, as empresas públicas estão vinculadas a três bases epistemológicas. A primeira é a direção colegial - as empresas são geridas por Conselhos de Administração, não existindo viabilidade de órgão singular[557]. A segunda é a autonomia - as empresas têm autonomia administrativa e financeira que subsiste por via dos recursos captados pela personalidade jurídica. A terceira é a gestão privada - as empresas são estruturadas internamente com os critérios do direito societário

555 . CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Revista atualizada por Diogo Freitas do Amaral. 10ª ed. Tomo I. 10ª Reimpressão. 2015. p. 372-373.

556 . COUTINHO, Juliana Ferraz. O público e o privado na organização administrativa: de relevância do sujeito à especialidade da função. Coimbra: Almedina. 2017. p. 499-500.

557 . Exceção ao Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local – RJAE que admite a figura do administrador único.

(direito privado), existindo algumas ressalvas que os Estatutos acabam por trazer e que causam a redução dos efeitos da empresarialidade.[558] Os Estatutos das unidades hospitalares E.P.E. respeitam estes três princípios-regras de criação de uma empresa pública (Decreto-lei n.º 18/2017 – Anexos II e III). Não obstante, com o regime jurídico de S.A., a sociedade adapta-se melhor às bases epistémicas, pois, antes do Conselho de Administração, existe o órgão supremo da empresa, a Assembleia Geral, que não é um órgão social permanente, reunindo-se esporadicamente para efeitos de deliberação sobre matérias da sua competência e de interesse da sociedade. A sua importância prática consiste em exprimir a vontade da própria sociedade, sendo que o Conselho de Administração será o mandatário legal da sociedade em representação da vontade da mesma. Daí a relevância da Assembleia Geral. Esta traz real autonomia de gestão à sociedade. Mesmo que o Governo controle parte da sociedade e, portanto, mantenha um regime de comando permanente, o *management control* do Governo passa constantemente pelo crivo de fiscalização e de controle técnico administrativo da própria sociedade, através do sistema de esclarecimento completo dos negócios sociais – *full disclosure* e da autonomia de gestão dos órgãos de administração – Conselho de Administração ou Direção.

Na prática, a Assembleia Geral em sociedades mercantis abertas privadas não tem grande relevância prática, uma vez que os acionistas maioritários são detentores dos comandos das vontades da empresa, auto elegendo-se através de acordos prévios. Contudo, institucionalmente é viável que os acionistas minoritários se representem nos órgãos da sociedade, atribuindo direito de opinião e de inspeção em relação ao posicionamento dos acionistas maioritários. A Assembleia Geral passa a funcionar como um órgão complexo de gestão social, razão pela qual o Conselho de Administração é composto por profissionais competentes e que tenham aptidão para a tomada de decisões rápidas em prol da empresa. Posteriormente, à Assembleia Geral cabe a função de ratificação dos atos praticados pelo Conselho de Administração e das medidas adotadas pelos Diretores eleitos.[559]

---

[558] . CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Revista atualizada por Diogo Freitas do Amaral. 10ª ed. Tomo I. 10ª Reimpressão. 2015. p. 381-382.

[559] . CARVALHO, Modesto; KUYVEN, Fernando. Tratado de Direito Empresarial. Sociedades Anónimas. Tomo III. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2018. p. 705-706.

3.1.2. É imprescindível romper as barreiras normativas recentemente criadas para retomar a reestruturação administrativa das entidades públicas prestadoras dos serviços do SNS, com base na empresa e não enquanto estabelecimentos públicos.

A Assembleia da República, por intermédio da Lei n.º 27/2002, admitiu sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos (art. 2.º, N.º, alínea *c*), atribuindo a forma jurídico-privada[560] e aplicando a lei reguladora das sociedades anónimas (art. 19.º, N.º 1). Contudo, o diploma em apreço estabelecia uma superintendência reforçada em relação aos Ministros das Finanças e da Saúde, conferindo poderes de tutela económica e de orientações estratégicas (art. 19.º, N.º 2 e N.º 3), viabilizando as medidas de orientação além das meras diretrizes do Governo, através do Plano Nacional de Saúde. Não obstante, à época, a vigente Lei de Base da Saúde – Lei n.º 48/90, admitia, por intermédio da Base XXXVI, N.º 1, a implementação da gestão empresarial efetiva nas entidades públicas prestadoras dos serviços do SNS e incentivava experiências inovadoras de gestão.

Mesmo com a transformação das unidades do Setor Público Empresarial de sociedade anónima – S.A. para entidade pública empresarial – E.P.E., mantinha-se a intenção de levar a cabo uma reforma administrativa com base na empresarialização, ou melhor, na opção da estrutura de empresa em troca do estabelecimento público.

Atualmente, a Base 1, N.º 4 da Lei de Base da Saúde – Lei n.º 95/2019, define que *o Estado promove e garante o direito à proteção da saúde através do Serviço Nacional de Saúde (SNS), dos Serviços Regionais de Saúde e de outras instituições públicas, centrais, regionais e locais*. De acordo com a Base 20, o SNS *é o conjunto organizado e articulado de estabelecimentos e serviços públicos prestadores de cuidados de saúde, dirigido pelo ministério responsável pela área da saúde, que efetiva a responsabilidade que cabe ao Estado na proteção da saúde*.

560 . ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. Direito da Saúde. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2014. p. 126.

Concluindo, a Assembleia da República afirma que o SNS é um aglomerado *de estabelecimentos e serviços públicos* prestadores de cuidados de saúde. Quando utiliza as expressões *estabelecimentos* ou *serviços, personificados* (ou não), remonta aos institutos públicos nos moldes da doutrina clássica de Marcello Caetano, ou seja, a instituição de pessoas coletivas de direito público, que até são distintas do Estado, mas vinculadas ao Governo através da tutela e da superintendência, tornando-as parte integrante da estrutura orgânica do Estado, mesmo que de forma indireta. Deste modo, é notório que ressurgem as semelhanças com o direito público francês, que privilegia a expressão de *estabelecimento público*, traduzindo o regresso à figura clássica de instituto público no lugar de pessoas coletivas como os *institutos públicos*.[561]

Ademais, a Assembleia da República, ao colocar a expressão *dirigido* dá a entender que a relação funcional passará a ser intra-administrativa[562] entre a autoridade administrativa do órgão desconcentrado do Governo – Ministério da Saúde e os estabelecimentos e serviços prestadores, que integram o SNS (Base 22, N.º 1). Embora ainda não exista uma nova Lei ou Decreto-Lei que estabeleça uma natureza jurídica compatível com os desígnios da novíssima Lei de Base, o espírito da norma reforçada da saúde sugere que somente os *estabelecimentos públicos*, dotados de personalidade jurídica ou não, autonomia administrativa e financeira mitigada, com ou sem autonomia patrimonial, irão subsistir na reestruturação do SNS.

Ao que aparenta, é necessário alterar a atual Lei de Base da Saúde, para subsistir um real Setor Público Empresarial da Saúde no SNS. Caso contrário, Portugal sujeita-se e experimentar uma nova e iminente regulamentação de regime jurídico e de Estatuto, aplicável às unidades de saúde do SNS, para o Setor Público Administrativo da Saúde, colocando fim ao SPE do SNS ou qualquer outro movimento de reestruturação com base na empresarialização para a prestação dos serviços públicos de saúde. Por outras palavras, enquanto a Constituição Portuguesa incentiva movimentos centrífugos para a construção do sistema organizativo administrativo, a atual Lei de Base da Saúde tem o princípio vital do movimento centrípeto, concentrando o domínio da

561 . CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Revista atualizada por Diogo Freitas do Amaral. 10ª ed. Tomo I. 10ª Reimpressão. 2015. p. 187-188.

562 . ANDRADE, José Carlos Vieira de. Lições de Direito Administrativo. 5º ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017. p. 97.

gestão do Governo no Ministério da Saúde. Diga-se, isto não é uma novidade para Portugal. O espírito da (nova) CRP já foi concretizado através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 15/2013, com a criação da Unidade de Missão Hospitais S.A. e, posteriormente, com a inauguração dos Centros Hospitalares S.A., por intermédio do Decreto-Lei n.º 204/2004 e do Decreto-Lei n.º 214/2004. Mesmo tendo existido uma reforma em 2005, transformando o fenómeno da privatização amplo de empresarialização de forma jurídico-privada para jurídico-pública, foi mantido o alicerce de construção de entidades públicas empresariais para a prestação dos cuidados de saúde no SNS.

No momento presente, o SNS possui pessoas coletivas de direito público, vinculadas ao SPE da Saúde, com um modelo empresarial, mas tuteladas e orientadas pelo Governo como institutos públicos, não existindo coerência prática a manutenção de um tipo societário híbrido, que não se adequa aos critérios concretos empresariais e se submete, prioritariamente, à disciplina jurídica de direito público.

3.1.3. Uma proposta de tipo societário às Entidades Públicas como Sociedade Anónima do Setor Público Empresarial da Saúde

Apesar de não se tratar, neste subcapítulo, de uma forma de sociedade mercantil, as sociedades por ações são instrumentos societários bastante utilizados pelos Estados para empreitadas que necessitem de investidores. Portugal é exemplo histórico de utilização das sociedades por ações para a exploração e descoberta de novas terras. Basta lembrar de como foram viabilizadas as famosas viagens marítimas às Índias ou ao Brasil. O Estado associa-se a investidores, ficando como acionista maioritário ou exclusivo, a fim de viabilizar determinada atividade.[563] Assim, como facilmente se intui, o vínculo do tipo societário por ações é familiar ao Estado, na sua forma inicial de instituição do direito público. O que acabamos de expor é importante para não desviarmos do plano uma proposta de reestruturação de institutos públicos,

563 . BRAUDEL, Fernand. Os Jogos das Trocas. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 392-393.

formatados como E.P.E., em verdadeiras empresas públicas, sociedades de economia mista, em formato S.A.[564-565]

A opção da sociedade por ações ou sociedade de economia mista está, prioritariamente, na viabilidade da composição do capital poder ser conjugado com recursos públicos, por intermédio de pessoas de direito público ou outras pessoas administrativas e recursos de operadores privados. Enquanto empresas públicas propriamente ditas, o capital social é exclusivamente público, ou seja, apenas pessoas administrativas podem participar como acionistas. As sociedades de economia mista são empresas públicas, porquanto o acionista público é nela também dominante, mas de caráter *sui generis* em razão da composição mista de integração do seu capital social.

A sociedade por ações é empresarial, mesmo que o objeto social se prenda com serviços públicos de saúde de caráter social, ou melhor, serviços de interesse geral não económico, como o é a saúde, por definição constitucional. Quer uma empresa cem por cento pública societária, quer uma sociedade de economia mista, a entidade pública é uma personalidade jurídica de direito privado[566]. Assim, o Estado pode exercer os serviços de cuidado de saúde com maior flexibilidade, como se de um operador privado se tratasse. Não obstante, a adoção da forma empresarial pelas entidades públicas de prestação dos serviços não afasta o controle externo da máquina estatal. Contudo, a ideia de sociedade de economia mista promove a possibilidade de distribuição de riscos entre o Governo e os operadores privados, podendo reforçar a entidade pública. Pois bem. Ao contrário do que acontece com as empresas públicas, as sociedades de economia mista possuem maior autonomia económica. O Estado-empresário estará a diligenciar a atividade de caráter social (prestação de cuidados de saúde) em prol da coletividade.

---

564 . McCUSKER, John J. The Demise of Distance: The Business Press and the Origins of the Information Revolution in the Early Modern Atlantic World. American Historical Review. April. 2005.

565 . TRIVELLATO, Francesca. The Familiarity of strangers. The Sephardic Diaspora, Livomo, and Cross-Cultural Trade in the Early Modern Period. Commission Agency, Economic Information, and the Legal and Social Foundations of Business Cooperation. New Haven & London: Yale University Press. 2009. p. 153-176.

566 . CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 470.

Como os serviços públicos de saúde não são monopólio estatal[567], nada impede a existência de sociedades de economia mista no exercício das atividades de prestação dos cuidados de saúde. De grosso modo, as entidades do Setor Público Empresarial do SNS são prestadoras de serviços de cuidados de saúde. Assim, o Estatuto jurídico da sociedade de economia mista sujeitará as entidades públicas à disciplina jurídica do Código das Sociedades Comerciais – Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Agosto, Título IV, que trata das sociedades anónimas (S.A.). Apesar disso, a entidade pública estará a desempenhar um serviço público típico e, assim, estará submetida ao direito público, apenas nas relações jurídicas específicas de prossecução do objeto social. É o caso, por ex., da internação do utente do SNS, um ato administrativo de admissão. Porém, quando a relação jurídica não for a atividade fim (confiada uma função pública), é o direito comum que tutela as relações jurídicas, enquanto cumprimento de obrigações comerciais, trabalhistas e tributárias.

A sociedade de economia mista do SNS terá a forma jurídica de sociedade anónima (S.A.) e estará enquadrada como entidade pública do setor empresarial do Estado. Desse modo, pertencerá à Administração Estadual indireta privada. Apesar de estarem vinculadas à direção institucional do Governo, existe uma considerável redução da burocratização e do controle, ganhando diligência e eficiência no cumprimento do objeto social.

O regime jurídico tem uma natureza híbrida, uma vez que, embora sejam personalidades jurídicas de direito privado, submetem-se ao controle do Estado. Contudo, a entidade pública S.A. proposta é diferente da E.P.E. atual, pois esta possui uma forma jurídica particular ou diferente, sendo uma categoria de pessoa administrativa unipessoal, em razão do capital social pertencer exclusivamente ao Estado (pessoa instituidora), art. 16.º, N.º 2 do Decreto-Lei n.º 18/2017, de 10 de Fevereiro[568].

O Estatuto jurídico da sociedade S.A. do SNS trará o seu objeto social, o tipo de controle externo do Estado e o sistema de *full disclosure* a ser adotado

567 . CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Vol.1. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4ª ed. Coimbra, PT: Coimbra Editora. 2007. p. 829-830.

568 . Artigo 16.º Capital estatutário 1 — O capital estatutário das E.P.E., integradas no SNS é o fixado nos mapas I e II do anexo I ao presente decreto-lei. 2 — O capital estatutário das E.P.E., integradas no SNS é detido pelo Estado.

internamente, dando transparência às informações (instrumento de fiscalização ou de transparência para sociedade); a aplicabilidade das regras jurídicas do Código das Sociedades Comerciais; a obrigatoriedade de seleção mais simplificada para a contratação, visando o melhor interesse para empresa; a distribuição dos órgãos, indicando as suas funções e como funcionarão enquanto Assembleia Geral, Conselho de Administração e Fiscal, entre outros pertinentes.

A constituição pode iniciar-se com subscrição privada (fechada ao mercado), sob a forma de Decreto-Lei, como ocorreu, *por ex.*, com a criação do Centro Hospitalar do Barlavento Algarvio, S. A., com a natureza de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, e procedeu à extinção do Hospital do Barlavento Algarvio, S. A., e do Hospital Distrital de Lagos através do Decreto-Lei n.º 214/2004, de 23 de Agosto. Isto significa que não haverá oferta de ações inicialmente sem subscrição pública. Contudo, esta medida deve ser permitida pelo Estatuto jurídico da sociedade, na medida em que, se se tornar uma sociedade aberta, poderá ser uma estratégia da empresa para capitalização de recursos.

Em regra, o património da sociedade de economia mista S.A. será oriundo de bens corpóreos e incorpóreos destinados pelo ente público instituidor. No caso de entidade pública pertencente ao SNS, o Estado transfere o património para a entidade criada ou o instituto público transformado transfere para a entidade criada, passando a ter natureza de bens privados, cuja administração e responsabilidade é exclusiva da pessoa jurídica instituída. Entre outras circunstâncias, não é possível considerar estes bens, entregues pelo Estado por forma a se tornar acionista maioritário da pessoa jurídica de direito privado instituída, como bens públicos. Mesmo que a instituição da empresa S.A. do SPE da saúde vise a prestação de serviços públicos de saúde, o objeto social da empresa não altera nem impede os efeitos concretos da personalidade jurídica instituída pela forma de sociedade anónima. Assim, os bens privados da sociedade com destinação especial podem receber um tratamento especial, mais protetivo, por via de previsão legal, não se podendo, porém, negar a mudança da natureza jurídica, já que pertencem ao capital social da entidade pública de direito privado.[569] Sem prejuízo do exposto, as medidas

[569] . CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 485. Contra este entendimento, definindo como bens públicos de uso especial, MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros. 1993. p. 321.

legais protetivas dos bens de destinação especial não os podem blindar ao ponto de incentivar a empresa instituída a incumprir as suas obrigações.

Outra questão que se coloca prende-se com o quadro de funcionários da sociedade de economia mista na forma jurídica S.A. estar submetido ao regime laboral comum. Não nos parece adequado que, institutos públicos de saúde, revestidos formalmente de empresarialidade – E.P.E. (pessoas coletivas de direito público) tenham os seus trabalhadores sujeitos ao regime do contrato de trabalho, nos termos do Código do Trabalho, conforme preconiza o art. 27.º, N.º 1 do Decreto-Lei n.º 18/2017. É necessário existir congruência de regimes e, neste aspecto, a Base 22, N.º 5 da atual Lei de Base da Saúde – Lei n.º 95/2019 demonstra a intenção de reestruturação das carreiras públicas, ou seja, a criação de um plano de carreira de cargos e de funções públicas com dedicação exclusiva para o exercício das atividades de cuidados de saúde. Neste prisma, as entidades públicas empresariais do SPE da saúde passariam, em definitivo, a tornarem-se espécies de estabelecimentos públicos, colocando fim aos resquícios estruturais de empresa. Ao passo que, a proposta de reforma administrativa do SPE da saúde, nos moldes da empresa com forma jurídica S.A., não encontra congruência com a inclinação epistémica de organização e de funcionamento do SNS, por intermédio da nova Lei de Base da Saúde. Por outras palavras, para viabilizar a estrutura de um efetivo SPE da saúde é necessária uma nova Lei de Base da Saúde.

É importante fazer tal referência, na medida em que a construção de um quadro de servidores públicos ocasionará impactos consideráveis no aumento do orçamento global do Governo, relativamente ao setor da saúde. Um quadro permanente de agentes públicos acaba por gerar um aumento orçamental em cada plano plurianual, em razão dos reajustes de salários, da necessidade de novos servidores, entre outras justificações. Além disso, tendo em vista os escassos recursos financeiros do Estado para arcar com as despesas públicas, é certo que as melhores remunerações não serão encontradas nestes cargos públicos, principalmente quando se trata de profissionais de elevada qualificação técnica. Assim, o cenário aponta para a lógica do progressivo aumento das despesas públicas e, gradualmente, para a redução da procura de concursos

públicos pelos profissionais mais qualificados, que optam por atuar na iniciativa privada, por força das melhores remunerações auferidas.

Numa sociedade de economia mista S.A., o vínculo jurídico entre os trabalhadores e a pessoa administrativa é contratual. Ainda que o processo de seleção do trabalhador seja um procedimento administrativo de admissão, por via da seleção pública, o contrato de trabalho será essencialmente privado, cujos efeitos sinalagmáticos ocorrem *inter partes*. Nada impede, contudo, que, por meio da Lei de igual *status* do Código do Trabalho – Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, se crie algumas regras protetivas especiais para esta espécie de trabalhador, tais como, por exemplo, a regra relativa à estabilidade como incentivo de permanência na atividade laboral. Assim, mesmo que não sejam agentes públicos sob estabilidade estatutária, a relação jurídica contratual, em virtude de estarem a realizar um relevante serviço público, pode garantir alguns benefícios equiparados aos servidores.

Cumpre ainda referir a mudança de tratamento jurídico conferido à relação jurídica constituída entre o utente e o prestador do serviço público de saúde. Se o prestador for um estabelecimento público, a relação jurídica de internação do utente é um ato de admissão administrativo, regulado pelo direito público. Por outro lado, se o prestador for uma empresa pública de direito privado – sociedade de economia mista S.A., a relação jurídica de internação do utente passa a ser um ato jurídico de direito privado, na medida em que os atos jurídicos praticados pelos prestadores de serviços de saúde não são exercidos no âmbito da função pública propriamente dita. Destarte, prestar serviços de saúde não consubstancia uma delegação de função. A Constituição da Saúde – art. 64.º, N.º 2, alínea *b* da CRP, apenas garante uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde. A obrigatoriedade de criação do SNS está ligada à obtenção de meios viáveis para assegurar a proteção dos cuidados de saúde, pouco importando quem irá efetivar esta prestação, se um operador público ou privado.[570] Logo, não é imposição coerciva da Constituição da Saúde a criação de uma estrutura orgânico-pública para a atribuição de prestação dos serviços públicos de saúde.

[570] . MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1319.

A sua condição de serviço público de saúde ocorre em virtude do financiador maioritário ser o erário público.

O que acabamos de referir aflora a possibilidade das sociedades de economia mista S.A. utilizarem outras operações jurídicas para uma melhor estratégia administrativa da empresa, como, *por ex.*, adotando *contracting out* ou *outsourcing.* A autonomia empresarial flexibiliza os métodos de gestão, facilitando a procura de serviços técnicos especializados do setor privado, qualificando os serviços pela concorrência entre os operadores económicos. Com o devido respeito, não se percebe a razão pela qual uma pessoa administrativa do SPE estaria qualificada como pessoa pertencente à Administração indireta do Estado, uma vez que esta qualificação, no âmbito da Administração Pública, acaba por lhe conferir o *status* de instituto público e não de empresa em si considerada.

3.1.3.1. Modelo de sociedade de economia mista S.A. nas empresas do SPE da Saúde

A sociedade de economia mista assume a forma jurídica de sociedade anónima preferencialmente com a participação minoritária de operadores públicos ou privados (podendo, porém, ter capital exclusivamente público), a fim de manter a característica de sociedade pluripessoal. O seu objeto social será a prestação de serviços de saúde nos diversos níveis de cuidados de saúde (básico, média e alta complexidade), funcionando integrado ou não, de acordo com o Estatuto jurídico estabelecido. A unidade de saúde S.A. do SPE estará integrada na rede de prestadores de cuidados de saúde, sendo um operador no mercado da saúde que concorre com os demais operadores económicos. A viabilidade deste tipo de sociedade se coligar com outras empresas afigura-se importante enquanto mecanismo de realização de atividades acessórias ao objeto fim da sociedade de economia mista S.A., podendo explorar os serviços e efetuar as operações civis e comerciais relacionadas ao objetivo social, podendo articular relações jurídicas societárias para facilitar a execução das atividades, otimizando os custos para a empresa, que se desonera, por ex., com as contratações de profissionais altamente qualificados em determinadas áreas da saúde (ex.: cirurgia computadorizada, impressão em 3D de próteses, plataformas de telemedicina, etc.). Esta

possibilidade garante a manipulação societária de ajuntamentos participativos ou outras formas associativas, para efeitos de prossecução da atividade fim da empresa.

O regime jurídico aplicável será o definido pelo Decreto-Lei que instituir a sociedade de economia mista S.A., paralelamente ao Código das Sociedades Comerciais, o Decreto-Lei adaptado do SPE da Saúde, e, ainda, as normas pertinentes em relação a qualquer operador económico que atue no mercado interno da saúde. Apesar do estatuto jurídico da sociedade de economia mista S.A. ser criado como anexo ao Decreto-Lei de constituição, todas alterações aos referidos estatutos serão realizadas nos moldes do Código das Sociedades Comerciais e outras disposições específicas do tipo societário sociedade por ações, possuindo esta natureza de norma comercial (direito privado).

Ao contrário do que ocorreria no modelo dos Hospitais S.A., em que a titularidade das ações pertenceria apenas ao Estado e às empresas de capitais exclusivamente públicos, as sociedades de economia mista – S.A. possuem capital misto - público e privado. Para além disso, o tipo de sociedades em apreço admite a opção de abertura do capital ou, pelo contrário, a opção de manter as sociedades fechadas, de acordo com a conveniência gestionária da empresa. Assim sendo, torna-se viável que existam ações nominativas *nas mãos* de privados, mesmo que estes últimos não possam deter a sua maioria. O modelo de sociedade de economia mista promove a fidedigna empresarialização, criando um fenómeno de privatização dilatada em razão da participação de privados, embora ainda com domínio de gestão do poder público. Ao contrário do que ocorria nos hospitais S.A., onde a titularidade das ações pertencia *apenas ao Estado e a empresas de capitais exclusivamente públicos* e, ainda, *o exercício da função acionista do Estado* era *assegurado, conjuntamente, pelos Ministros das Finanças e da Saúde* (art. 6.º, N.º 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 281/2002), nas sociedades de economia mista, o acionista controlador é o Estado. Não obstante, o Estado deve garantir que, pelo menos, vinte e cinco por cento das ações emitidas pela sociedade estejam em circulação ou *nas mãos* de operadores privados. Isto coloca o Estado na real condição de acionista, levando as decisões referentes à empresa ao âmbito de competência e de legitimidade da Assembleia Geral e do Conselho de Administração. Surge, assim, a imprescindível necessidade de reunião com os demais acionistas para decidir a vontade da empresa, através da Assembleia Geral. Apesar de deter o controle acionista, o Estado passará a compreender a empresa como sujeito de direitos, independente da estrutura da

Administração Pública, possuindo um Conselho de Administração e Diretores Executivos que irão dirigir, de forma profissional, as atividades relacionadas com as atividades fins de cuidados de saúde.

As sociedades de economia mista do SPE da saúde não exploram especificamente atividades económicas de caráter económico. De certa forma, podem ser criticadas as suas formas societárias S.A. por estas não alcançarem caráter industrial ou comercial[571]. A respeito de tal crítica, cumpre referir que serão pessoas jurídicas de direito privado, pertencentes à Administração Estadual Indireta Privada, sendo instituídas por Decreto-Lei, com os fins de exercício das atividades de cuidados de saúde, ou seja, visando a prestação de serviços públicos de saúde[572]. Contudo, também deve ser permitido que estas empresas possam prestar serviços privados de saúde, incluindo a negociação de planos de saúde complementares. Daí ter-se-á igualmente uma atividade de saúde de interesse geral que adquiriu a natureza económica. Deste modo, a empresa prestará serviços públicos de caráter social, no âmbito da saúde, com interesse geral não económico e, ainda, serviços privados de saúde de interesse económico.

Alguns autores não irão considerar a transformação das E.P.E. em sociedades de economia mista, enquanto dimensionamento da privatização, uma vez que os privados não terão o controle acionista das empresas S.A. Contudo, o Estado irá reestruturar os seus prestadores de serviços públicos de saúde de modo empresarial, admitindo, eventualmente, a possibilidade de captação de recursos e de investimentos financeiros além das receitas obtidas através de contratos-programas com as ARS, IP, agindo efetivamente como empresa ou de acordo com os interesses da mesma. Apesar de poder modular a liberdade de transmissão das ações, o Estado-empreendedor e acionista controlador estará a decidir juntamente com os demais acionistas, através de Assembleia Geral, possibilidades de aumento de capital. O Conselho de Administração poderá decidir adquirir as próprias ações, reduzindo a sua exposição no mercado de capitais, quando decidir abrir capital. Deste modo, a sociedade de economia mista terá fins lucrativos para se manter eficiente e eficaz no mercado concorrente da saúde, procurando aprimorar as

571 . ABREU, Jorge Manuel Coutinho de; COSTA, Ricardo. Sociedade Anónima a Sedutora (Hospital, S.A., Portugal, S.A.). Unipessoalidade Societária. Coimbra: Almedina. 2003. p. 22.

572 . CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 471.

suas atividades e fins para a otimização de resultados, visando a sobrevivência da empresa.

As sociedades de economia mista da saúde prestarão serviços de saúde, tanto públicos como privados. A possibilidade destas sociedades obterem receitas superiores aos custos da produção, não só para reinvestimentos na empresa, mas também para efeitos de distribuição pelos acionistas, incentiva os fins lucrativos. Não é novidade a participação de operadores privados nas atividades de cuidados de saúde no SNS, por intermédio de contratos públicos em regime de PPP. Além de ser um sucesso de desempenho, de acordo com as avaliações técnicas dos hospitais incorporados nas primeiras vagas[573], os operadores privados obtêm lucros desta relação contratual.

O Estado, enquanto acionista maioritário, lucrará com a empresa, mesmo que parte desses ganhos sejam oriundos de pagamentos feitos pelo próprio orçamento do Estado, na condição de financiador prioritário dos serviços públicos de saúde (art. 64.º, N.º 3 da CRP). Contudo, é competência privativa da Assembleia Geral Ordinária deliberar sobre a destinação do lucro líquido e distribuição de dividendos. Através dos órgãos de administração da empresa será apresentada proposta sobre a destinação dos lucros líquidos dos exercícios financeiros, não partindo a mesma do Estado. O Conselho de Administração e os Diretores Executivos são responsáveis pela proposta de destinação dos lucros, cabendo à Assembleia Geral Ordinária deliberar pela aprovação. Apesar do Estado representar a vontade preponderante nas deliberações da Assembleia Geral, a gestão empresarial está consolidada, em razão das propostas serem oriundas dos órgãos de administração da empresa.

O estatuto da empresa deve conter uma cláusula de obrigatoriedade de distribuição dos dividendos, protegendo, desta forma, os acionistas minoritários, uma vez que os mesmos não detêm o controle acionista da sociedade. O valor de distribuição dos lucros líquidos pode ser representado em percentagem no estatuto da sociedade, sugerindo-se o montante de vinte a trinta por cento do lucro líquido do exercício

573 . PEIXOTO, Ana Catarina. Três hospitais PPP ocupam pódio em Excelência Clínica do Sistema Nacional de Avaliação em Saúde. O Hospital de Vila Franca de Xira, o Hospital de Cascais e o Hospital de Braga conseguiram os três primeiros lugares em Excelência Clínica, baseado no maior número de áreas com classificação 3+. Disponível em: https://observador.pt/2019/07/01/tres-ppp-ocupam-podio-em-excelencia-clinica-do-sistema-nacional-de-avaliacao-em-saude/. Acesso em: 1º.12.2019.

financeiro, deixando o restante lucro líquido em reservas, para fazer face a eventuais contingências e para reversão destas receitas em relação aos exercícios anteriores. A opção de possuir uma sociedade de economia mista aberta ou fechada pode alterar o procedimento de apreciação da distribuição dos dividendos. Nas sociedades abertas são os órgãos de administração que decidem, dando mero conhecimento à Assembleia Geral. Daí o caráter declaratório da deliberação da Assembleia Geral, cabendo a esta apenas observar a correção na distribuição dos dividendos, nos termos dos estatutos da sociedade. Nas sociedades fechadas o procedimento é semelhante. Quem decide a distribuição dos dividendos são os órgãos de administração da sociedade, porém, quando estes não se manifestam expressamente, a Assembleia Geral poderá deliberar de forma uníssona pelo efeito constitutivo negativo de não distribuição dos dividendos, em razão de situações justificáveis perante a vontade da sociedade.[574]

Além disso, é possível que as sociedades de economia mista considerem pertinente constituírem subsidiárias, sendo controladas e geridas suas atividades pela sociedade instituidora. É possível que a sociedade de primeiro grau instituidora resolva, *por ex*., fragmentar as suas atividades com o fim de exploração específica de determinada área de cuidados de saúde como a cardiologia, a traumatologia e a genética. Para tal pode procurar operadores públicos, como uma universidade pública com professores investigadores e corpo de investigadores na área, em programas de pós-graduação profissional, ou operadores privados, como empresas privadas com experiência na área específica em causa. A formação da sociedade de segundo grau irá atender aos fins específicos do objeto social da sua constituição, bem como afastará o controle direto da entidade política, controladora da sociedade de primeiro grau, tornando-se uma sociedade subsidiária empresarial[575].

A escolha dos operadores privados pode estar relacionada, *por ex*., ao potencial de inovação tecnológica na área da saúde. A Boston Consulting Group – BCG publicou, em junho de 2020, um relatório das empresas mais inovadoras, destacando a Royal Philips, com investimentos em inteligência artificial, equipamentos

574 . CARVALHOSA, Modesto. Sociedades Anónimas. Coleção tratado de direito empresarial. Vol. 3. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. p. 732.

575. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 474.

médicos e mecanismos de realidade virtual que promovem uma melhoria do atendimento médico.[576] De acordo com Joseph Frassica, Diretor Médico da Philips North América, a missão da empresa é *melhorar a vida de três bilhões de pessoas por ano, até 2030, por meio da inovação*[577]. A Forbes - revista de negócios e economia - publicou, a 13 de maio de 2020, a *GLOBAL 2000 – The World's Largest Public Companies*, onde frisa o potencial de crescimento das empresas públicas no mundo através do processo de interação com operadores privados, incluindo na área da saúde[578]. A Philips ficou entre as dez maiores empresas, investindo muitíssimo em pesquisas nos Estados Unidos. Portanto, a título de exemplo, a Philips é potencial parceira para figurar como acionista de uma sociedade de economia mista da saúde, uma vez que a mesma agrega um forte potencial de melhoria da qualidade e da eficiência do atendimento dos pacientes nas unidades de saúde.

Atualmente, as maiores empresas de saúde do mundo são a Medtronic, Abbott e Thermo Fisher. As referidas empresas possuem um elevadíssimo potencial de retorno social de produtos e de serviços, baseados em conhecimentos técnicos e científicos. Estas empresas incorporam, regularmente, tecnologia no mercado internacional da saúde. De acordo com a pesquisa da Deloitte, 2020 Global Life Sciences, o mercado mundial de saúde foi avaliado em US$ 425,5 bilhões em 2018, devendo chegar a US$ 612,7 bilhões em 2025.[579] A pandemia pelo COVID-19 trouxe desafios para a humanidade. Em rápida resposta, a empresa Medtronic apresentou ventiladores portáteis, acelerando os recursos de gestão remota dos ventiladores e permitindo aos profissionais de saúde ajustarem as respetivas configurações fora dos quartos dos pacientes. Os Laboratórios da empresa Abbott lançaram quatro testes para a COVID-19, sendo um teste de anticorpos altamente preciso – padrão ouro, possuindo elevadíssima capacidade de

---

576 . RINGEL, Michael *et al.* The Most Innovative Companies 2020. The Serial Innovation Imperative. June 2020. Boston Consulting Group. Disponível em: https://image-src.bcg.com/Images/BCG-Most-Innovative-Companies-2020-Jun-2020-R-4_tcm9-251007.pdf. Acesso em: 1º.12.2020.

577 . A Philips posiciona-se como a empresa de Tecnologia Médica mais inovadora do mundo. Periódico eletrônico: Saúde Business *by informa markets*. Diponível em: https://www.saudebusiness.com/indstria/philips-se-posiciona-como-empresa-de-tecnologia-mdica-mais-inovadora-do-mundo. Acesso em: 1º.12.2020.

578 . MURPHY, Andrea; TUCKER, Hank; COYNE, Marley; TOURYALAI, Halah. GLOBAL 2000 - The World's Largest Public Companies. May 13. Ano 2020. Disponível em: https://www.forbes.com/global2000/#1b8d5df3335d. Acesso em: 1º.7.2020.

579 . REH, Greg. Deloitte. 2020 Global Life Sciences. Disponível em: https://documents.deloitte.com/insights/2020globallifesciencesoutlook. Acesso em: 28.1.2021.

produção com plano de gestão de produção de trinta milhões de testes de anticorpos globalmente, em maio de 2020, dobrando a capacidade para 60 milhões em junho de 2020.[580] Se compararmos a população do Brasil, país com dimensão continental, com 211,8 milhões de habitantes em 2019[581], a empresa Abbott conseguiu, numa fração de meses, no decurso da pandemia, no ano de 2020, produzir testes para quase trinta por cento da totalidade da população brasileira.

É inquestionável o potencial de influência e de capacidade operacional destas três empresas no mercado mundial de saúde. O avanço tecnológico na área da saúde é inquestionável, sendo um fator propulsor do aumento de custo dos procedimentos médicos. A procura, por parte dos utentes, deste tipo de tecnologias, é outro fator a ser levado em consideração, sendo natural que os utentes procurem os procedimentos mais avançados na esperança da cura das doenças ou dos tratamentos de prevenção ou de reabilitação. Portanto, entendemos que uma visão mais arrojada poderá aproximar estas tecnologias dos mais desfavorecidos economicamente, por intermédio do auxílio do Estado. Esta circunstância pode ser facilitada em termos de custos, quando o Governo participa nesta interação do mercado da saúde como acionista maioritário de operadores públicos.

3.1.3.2. O Estatuto da sociedade de economia mista S.A. do SPE da Saúde

É possível sugerir uma estrutura de estatuto de sociedade de economia mista na forma jurídica sociedade anónima para as empresas públicas do setor público empresarial da saúde.

O primeiro capítulo tratará da natureza, sede e objeto social da sociedade. Apesar de adotar a forma de sociedade anónima, o capital não será

580 . EBELING, Ashlea. Medtronic, Abbott, Thermo Fisher Are The World's Largest Healthcare Companies In 2020. May 13. Ano 2020. Disponível em: https://www.forbes.com/sites/ashleaebeling/2020/05/13/medtronic-abbott-thermo-fisher-are-the-worlds-largest-healthcare-companies-in-2020/?sh=52cbc5757705. Acesso em: 1.7.2020.

581 . IBGE divulga estimativa da população dos municípios para 2020. Out./2020. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br. Acesso em: 12.12.2020.

exclusivamente público, tal como acontecia anteriormente com os Hospitais S.A. A denominação das sociedades será acompanhada da sigla S.A. Além da sede social, é possível criar delegações, centros e similares extensões da sede noutros lugares.

O objeto social consistirá na prestação de serviços de saúde, integrando a rede nacional de prestadores de serviços públicos de saúde e, concomitantemente, atuando no mercado da saúde. As atividades de saúde serão exercidas em caráter de livre competição com outras empresas públicas ou privadas, segundo as condições do mercado. Tanto a sociedade de primeiro grau quanto as suas subsidiárias – sociedades de segundo grau, associadas ou não a terceiros, poderão exercer em Portugal ou fora do território nacional qualquer das atividades integrantes do seu objeto social.

As sociedades de economia mista serão criadas por tempo indeterminado e exercerão as suas atividades adequadas ao objeto social, com superintendência da autoridade política do órgão do Governo Português, através das orientações da Política Nacional de Saúde, que apresenta as finalidades e deixa a cargo dos órgãos de administração das sociedades a criação das formas de alcançar os resultados pretendidos. O atendimento do interesse público estará alcançado sempre que os resultados forem atingidos pelas sociedades. É ainda importante que exista uma cláusula de controle do poder acionista do Estado, uma vez que, quando as sociedades de economia mista receberem diretrizes para cooperar com o interesse público, estas assumiram obrigações e responsabilidades diante das condições de mercado, dentro de critérios de avaliação técnicos e económicos para a projeção de investimentos e para análise do binómio custos *vs*. resultados operacionais específicos, colocando em prática o pretendido na Política Nacional de Saúde. O que acabamos de expor pode ser equacionado através da criação de Comités de Investimento, tendo como membros os acionistas minoritários, funcionários, académicos com experiência na área da saúde e da economia e membros da sociedade civil. Estes Comités de Investimento emitirão pareceres que devem ser publicados no exercício do *full disclosure* como instrumento de *compliance* empresarial. Assim, lograr-se-á alcançar a transparência das pretensões do Governo, com o uso do seu poder acionista, impulsionando o endividamento das sociedades em prol da implementação das políticas públicas irracionais e obrigando também a que, caso o Governo impulsione estas intenções, *pague a conta* dos resultados

operacionais deficitários ou cubra os retornos económicos das obrigações assumidas no mercado, em prol da sociedade.

As atividades da sociedade satisfarão o plano basilar de organização da empresa, que definirá o molde organizacional, fixando as atribuições das unidades estruturais da sociedade, bem como regulará as relações de funcionamento nos termos do Estatuto Social.

3.1.3.2.1. A formação do capital social da sociedade de economia mista, S.A.

O segundo capítulo irá incidir sobre o capital social, as ações e os acionistas. Pois bem. O capital social será inicialmente integrado e subscrito pelo Estado, que, posteriormente, poderá optar em mantê-la fechada ou aberta, sendo divididas as ações em ordinárias e preferenciais. As ações ordinárias e preferenciais são inconversíveis.

Em relação à forma das ações, as mesmas são nominativas, em razão da obrigatoriedade de inscrição nos livros de registro da sociedade do nome do proprietário do título, sendo certo que podem ser escriturais, caso sejam depositadas em nome do titular por instituição financeira autorizada pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários – CMVM. No que diz respeito à natureza, as ações distinguem-se em ordinárias (comuns), preferenciais e de fruição. A primeira vertente entrega direitos normais ao acionista com a outorga de direito a voto, já a segunda, apesar de ocasionar vantagens de prioridade na distribuição de dividendos fixos ou mínimos, prioridade de reembolso do capital com ou sem prêmio, não tem direito a voto. Por sua vez, a terceira vertente resulta da amortização das ações ordinárias e preferenciais, ocorrendo resgate quando a sociedade adquire as próprias ações, reduzindo a exposição no mercado de ações e retirando as ações adquiridas de circulação. Em sentido diverso, a amortização é a distribuição destas ações aos acionistas, sem redução do capital social da sociedade. Neste

caso, em vez de distribuir as quantias devidas aos acionistas diante da liquidação parcial, a sociedade entrega ações de fruição aos acionistas.[582]

A Assembleia Geral possui legitimidade exclusiva através da deliberação por maioria sobre os possíveis aumentos de capital mediante a emissão de ações. Por sua vez, o Conselho de Administração é o órgão da sociedade legitimado para definir a aquisição das próprias ações, com o fim de as manter em tesouraria, cancelá-las ou, posteriormente, aliená-las, ficando restrito ao saldo de lucros e de reservas disponíveis. O Estado, como acionista controlador, dará impulsos propensos a conservar em circulação as ações, emitidas pelas sociedade, definindo um mínimo de vinte por cento. Isto é importante para garantir o caráter misto do capital social da empresa, maioritariamente público, mas coexistente com privados. Como as ações preferenciais não têm direito a voto e a preponderância do interesse da sociedade é a captação de recursos no mercado, o capital social poderá ser aumentado com a emissão destas.

3.1.3.2.2. A administração da sociedade de economia mista, S.A.

O terceiro capítulo regulará os exercícios societários, no que concerne às instituições de outras empresas subsidiárias, controladas e coligadas. Estas empresas, *braços* da sociedade de primeiro grau, são instituídas com o fim de desempenhar algumas atividades específicas relacionadas com o objeto social da sociedade constituidora.

O quarto capítulo tratará da administração da sociedade de primeiro grau. Os antigos Hospitais S.A. possuíam os seguintes órgãos sociais: Assembleia Geral, Conselho de Administração e Fiscal Único; bem como órgãos de auxílio administrativo: Conselho Consultivo; órgãos de apoio técnico; e outros órgãos previstos no Estatuto (art. 5.º do Decreto-lei n.º 281/2002 – anexo). A sociedade de economia mista será conduzida pelo Conselho de Administração, que deliberará sobre as questões de gestão, e uma

582 . NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa. Vol. 1. 15ªed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 452-453.

Direção Executiva, que adotará a governação corporativa compatível com a linha de atuação da empresa.

a.) Assembleia Geral – Ordinária e Extraordinária

A Assembleia Geral consubstancia um órgão imprescindível da sociedade, no contexto organicista, estando a mesma hierarquicamente acima dos órgãos da administração e do Conselho Fiscal. O seu papel fundamental é zelar pelo interesse social da empresa, nos moldes do seu objeto social. Este dever relaciona-se com o interesse público da função social da empresa e do papel relevante que executa através do seu objeto social, responsabilizando o Estado controlador com o dever de executar de forma produtiva os fins sociais da sociedade. É a partir do órgão supremo da sociedade que se forma a vontade da mesma, através da soma das vontades individuais dos acionistas[583]. A democracia imperfeita, estabelecida na sociedade de economia mista, está consolidada pela *mão pública* constituída na condição do Estado ser o acionista controlador. Contudo, a prática de gestão coloca o controlador em constantes tentativas de acordos com os demais acionistas, criando uma estrutura de orientação prévia às reuniões formalmente instituídas, em regra, anualmente.

A Assembleia Geral não é um simples órgão homologatório das vontades do controlador, existindo inúmeras incompatibilidades entre as vontades dos acionistas que influenciam a construção das linhas de atuação da sociedade. Os princípios-regra de funcionamento da Assembleia Geral são a convocação, a instalação e a deliberação, devendo ser preenchidos os requisitos para a sua existência, validade e eficácia.

A Assembleia Geral pode assumir a forma ordinária ou extraordinária.

583. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. Vol.3. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 347-348.

Será Assembleia Geral Ordinária quando constituída anualmente, mediante convocação do Conselho de Administração, para deliberar sobre as questões da sua competência exclusiva, verificando as contas dos administradores, examinando, discutindo e votando as demonstrações financeiras, decidindo em relação à destinação dos lucros líquidos do exercício financeiro, bem como a distribuição de dividendos, elegendo os integrantes do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal.

A Assembleia Geral Extraordinária, como o próprio nome sugere, é uma convocação excepcional levada a cabo pelo Conselho de Administração, para efeitos de reformar o Estatuto Social da sociedade; decidir em relação à proposta de modificação no capital social pelo Conselho de Administração; decidir sobre a emissão de obrigações conversíveis em ações ou a sua venda quando em caixa; deliberar sobre a participação da sociedade em grupo de sociedades; decidir a exoneração de membros integrantes do Conselho de Administração; votar sobre a venda de obrigações conversíveis em ações de titularidade da sociedade e de emissão das suas subsidiárias e controladas; sobre abertura ou fecho do registro do seu capital e tudo o resto que não seja atribuição típica no rol taxativo de atribuições da Assembleia Geral Ordinária.

b.) Conselho de Administração

Seguindo a Teoria Organicista, a estrutura da sociedade tem no Conselho de Administração um órgão, entre outros, que compõe uma organização para o funcionamento da empresa. A sociedade de economia mista utiliza-se de um modelo misto entre o clássico e o germânico, pois, apesar de possuir os órgãos tradicionais, o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal fazem parte da sua estrutura de gestão. A Direção Executiva estará direcionada aos atributos relacionados com as atividades específicas ao fim da sociedade (ex. Diretor médico clínico; Diretor da enfermagem), exercendo o Conselho de Administração a função de um conselho geral, sendo o Conselho Fiscal um revisor oficial das contas.[584]

[584] . ALMEIDA, António Pereira de. Sociedades Comerciais. 3ªed. Coimbra: Editora Coimbra. 2003. p. 302-320.

O Conselho de Administração será integrado por uma composição ímpar de membros. Nos antigos hospitais S.A. eram cinco membros (art. 10.º, N.º 1 do Decreto-lei n.º 281/2002 – anexo). Porém, atualmente sugere-se um quantitativo maior, no mínimo sete e no máximo onze membros. A Assembleia Geral é quem designa, de entre os membros do Conselho de Administração, o Presidente do Conselho durante um período de governo delimitado, admitindo ou não a reeleição. Os acionistas minoritários têm lugar no Conselho de Administração. Os funcionários da sociedade também possuem lugar no órgão administrativo, atendendo à exigência de participação dos trabalhadores, constante no art. 89.º da CRP. Com o objetivo de não existir uma quebra da continuidade da gestão da empresa, a renovação do Conselho de Administração deve ocorrer na proporção fracionada em percentagem de um terço, garantindo a maioria atuante e a transformação paulatina. Os membros do Conselho de Administração indicados pelo Governo serão selecionados em listas tríplices, devendo atender a critérios rígidos de elevada especialização técnica e profissional para ocupar a cadeira de membro do Conselho de Administração, controlador acionário do poder estatal. Esta lista poderá, por ex., ser elaborada pela ERS, através de comissão autónoma de seleção de personalidades de reconhecido mérito para o desempenho do papel de representante do Estado na sociedade.

Ao Conselho de Administração, órgão de orientação e direção superior da sociedade, cumprirá delimitar as orientações gerais das atividades da empresa, definindo os objetivos estratégicos e as diretrizes executivas dos fins do objeto social. Contudo, este órgão não elabora o plano estratégico de execução, apenas o aprova, através de proposição da Direção Executiva, que é formada por pessoal técnico nas áreas de especialidade da empresa. Importa referir que, o plano estratégico é documento que, dentro de um período de tempo (em regra, dois ou três anos), irá definir as despesas e os investimentos para alcançar as metas e os resultados na execução do planeamento estratégico das atividades da empresa. O plano estratégico é um instrumento de auxílio do controle externo, seja para o Tribunal Administrativo, seja para a sociedade civil no *full disclosure*. Tendo em conta o caráter do conselho geral, a atribuição do Conselho de Administração é fiscalizar e avaliar a gestão da Direção Executiva. Entre as várias atribuições do Conselho de Administração podem referir-se as deliberações relativas à emissão de obrigações simples, não conversíveis em ações e sem garantia real. Como se trata de um ato de gestão puro, é papel do Conselho de Administração, assim como

disciplinar as regras de contratação dos funcionários e decidir pelas carreiras, de acordo com as peculiaridades das áreas de atuação. O Conselho de Administração decide as atribuições dos membros integrantes da Direção Executiva, que compõem o planejamento organizacional da empresa.

c.) Direção Executiva

A Direção Executiva é um órgão composto por membros responsáveis pelas atividades fins da empresa (ex. Diretor médico clínico, Diretor de enfermagem, Diretor de Gestão, etc.), executando estas atribuições de acordo com a missão, os objetivos, as estratégias e as diretrizes fixadas pelo órgão de administração geral. Os seus membros são técnicos-profissionais em áreas específicas, cujo fim é avaliar, aprovar (mediante deliberação) e submeter o plano estratégico através da projeção plurianual ou trienal, tendo em consideração o orçamento de financiamento e de investimento da empresa, os seus resultados de desempenho nas atividades fins, através de critérios de avaliação económica e de identificação dos responsáveis para as tarefas de execução dos projetos. Além disso, é a Direção Executiva que propõe alterações na estrutura organizacional da empresa e a necessidade de contratações, rescisões e aditamentos, por via de *contracting out* ou de *outsourcing*, atendendo aos desígnios de otimização e de economicidade dos serviços prestados pela empresa.

Como se trata de órgão executivo das atividades da empresa, a Direção Executiva tem o dever de, anualmente, apresentar relatório detalhado das suas atividades em geral, encaminhando ao Conselho de Administração ao Conselho Fiscal e à Auditoria Externa. Após estes órgãos deliberarem sobre o relatório da Direção Executiva e a empresa contratada emitir parecer de auditoria, o documento será encaminhado para Assembleia Geral Ordinária, a fim de deliberar a sua ratificação ou a não ratificação, submetendo, em ato contínuo, ao controle externo (Tribunal Administrativo). A Direção Executiva poderá constituir uma Comissão técnica de assessoria, para efeitos de desempenho profissional das atribuições executivas da empresa, contratando pessoas capacitadas por tempo determinado.

Atendendo ao método da fragmentariedade, tanto o Conselho de Administração quanto a Direção Executiva podem instituir as Comissões técnicas, que, na prática, são grupos de trabalho setoriais temporários, encarregados de opinar técnica e juridicamente sobre determinadas matérias de interesse da empresa, sendo certo que as suas conclusões são vinculativas. Estas comissões serão formadas de acordo com o regulamento interno da empresa, tratando-se de um modelo de organização empresarial, denominado pelo sistema *common law* do Reino Unido, de *committes* (Companies Act 2006)[585]. Contudo, as referidas comissões limitam-se ao papel de instruir os órgãos de administração da sociedade, cabendo a estes órgãos as deliberações sobre os temas estudados pelas Comissões[586].

A Direção Executiva indica ao Conselho de Administração elementos para compor os seus postos de diretores. É o órgão da administração que apresenta as informações, tanto ao Conselho de Administração, quanto aos Ministros dos Ministérios da Saúde e das Finanças, e aos órgãos de controle externo do Governo e da Bolsa de Valores, no caso de se tratar de empresa de capital aberto. O profissionalismo na gestão responsabiliza a Direção Executiva no relacionamento com os investidores, sendo o órgão de publicização das informações ao público em geral – *full disclosure,* a Comissão da Bolsa de Valores, entre outros *stakeholders*.

A cada diretor executivo será conferida uma área de conformidade e de governação, cabendo-lhe o papel de orientar e de promover o zelo dos preceitos da empresa, das suas diretrizes, bem como os procedimentos técnicos para a execução da atividade fim da empresa.

d.) Conselho Fiscal

O Conselho Fiscal é o órgão que não possui subordinação ao Conselho de Administração ou à Direção Executiva. O seu papel na estrutura da empresa

585 . UNITED KINGDOM. Parliament. Companies Act 2006. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents. Acesso em: 1º.12.2020.

586 . RIPERT, Georges; ROBLOT, Rene. Traite de droit comercial. Paris: Lgdj. 1977. p. 811-812.

relaciona-se com os movimentos económicos e financeiros, fiscalizando as contas dos administradores. As atribuições do Conselho Fiscal estão relacionadas com o dever-poder de diligenciar a procura do acesso aos dados e aos documentos que julgarem necessários para apuração dos movimentos económicos e financeiros da empresa.

São papéis típicos do Conselho Fiscal a fiscalização dos atos dos administradores; emissão de promoções em relação ao relatório anual da Direção Executiva, à intenção de alteração do capital social da empresa e demais movimentos que gerem impacto económico ou financeiro para empresa; identificação dos comportamentos irregulares ou ilícitos, comunicando aos órgãos da administração da empresa e ao controle externo e análise dos balancetes e de outras demonstrações financeiras, periodicamente.

Não obstante, a fiscalização dos atos e das contas dos administradores acabará também por ser auditada externamente pela entidade reguladora independente, que, no âmbito da saúde, é a ERS, regulada pela Lei-Quadro n.º 67/2013, de 38 de Agosto (art. 3.º, N.º 3, alínea *i*, que foi adaptado pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de Agosto), estando esta aquém da sua concreta função de entidade pública independente de auditoria externa à fiscalização orgânica das empresas prestadoras dos cuidados de saúde. Refira-se. A estrutura do mercado interno da saúde com operadores concorrentes promove o papel extremamente relevante das entidades independentes de regulação e de fiscalização, promovendo e defendendo, em consequência, a concorrência das atividades de cuidados de saúde, que, apesar de serem serviços de interesse geral não económicos, têm consequências económicas relevantes no orçamento do Estado e da sociedade civil em geral. Estas entidades públicas *sui generis,* em virtude de não se submeterem ao poder hierárquico do Ministério da Saúde ou das Finanças, têm o poder-dever de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção das infrações dos operadores económicos na execução dos serviços de saúde em Portugal (art. 3.º, N.º 2, alínea *e* da Lei-quadro n.º 67/2013).

O Conselho Fiscal, enquanto órgão interno da empresa, é fruto do modelo societário de sistema de fiscalização através do regime orgânico, oriundo do Direito Civil Italiano, conforme dispõe o artigo 2397 do Livro Quinto – De trabalho, localizado no Título Quinto, que trata das empresas, definindo que o Conselho Fiscal é composto por três ou cinco membros efetivos, acionistas ou não acionistas. Além disso,

dois auditores suplentes devem ser nomeados[587]. Nos termos da legislação italiana, é obrigatório a existência de membros do Conselho Fiscal com qualificação na área contabilística e inscritos na Ordem dos Revisores Oficiais. Os membros do conselho fiscal são solidariamente responsáveis pelos atos e pelas operações de gestão patrimonial do Conselho de Administração e da Direção Executiva.

É patente que a solução *supra* exposta é compatível com o ordenamento jurídico português - adoção do sistema dualista, que separa as funções de administração/gestão daquelas de controle/fiscalização. No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, dentro da área de direito público, é denominado como Princípio da Segregação de Funções. A segregação de funções é um desígnio fundamental do sistema de controle interno das entidades públicas, consistindo na separação de funções, nomeadamente de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização das operações das entidades[588]. A escolha do tipo societário S.A. retira qualquer possibilidade de adoção de um modelo monista, uma vez que o mesmo separa as atribuições de gestão e de controle da empresa.

É importante ressalvar que Portugal introduziu, de forma adaptada, o instituto do sistema *common law* ao instituir o sistema de auditoria externa das finanças das empresas públicas. As entidades reguladoras independentes assemelham-se às instituições de *auditing* do regime jurídico norte-americano e do Inglês, uma vez que são espécies de auditores públicos e independentes que auditam as entidades públicas através das informações entregues, de acordo com padrões normatizados. Apesar disso, a estatização do sistema de fiscalização português não autoriza dimensionamentos da privatização que alcancem o sistema dos Estados Unidos, *por ex.*, com caráter corporativo

---

587 . Codice Civile, LIBRO QUINTO - Del lavoro, Titolo V - Delle società, Capo V - Società per azioni, Sezione VI bis - Dell'amministrazione e del controllo. Dispositivo dell'art. 2397 Codice Civile. Il collegio sindacale si compone di tre o cinque membri effettivi, soci o non soci [2328, n. 10, 2335, n. 4, 2343, 2380 bis, 2488, 2519]. Devono inoltre essere nominati due sindaci [2400, 2542] supplenti. Almeno un membro effettivo ed uno supplente devono essere scelti tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro. I restanti membri, se non iscritti in tale registro, devono essere scelti fra gli iscritti negli albi professionali individuati con decreto del Ministro della giustizia, o fra i professori universitari di ruolo, in materie economiche o giuridiche. Disponível em: https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-v/capo-v/sezione-vi-bis/art2397.html. Acesso em: 15.2.2021.

588 . BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria nº 63/96, de 27 de fevereiro de 1996. Manual de Auditoria do TCU.

de certificação voluntária do tipo *American Institute of Certified Public Accountants*[589]. É interessante referir que, o sistema francês típico *civil law* também utiliza um modelo de auditoria externa, com os denominados peritos contabilistas contratados para execução a independente das funções de Conselho Fiscal das empresas, nos termos do artigo L822-1l, inciso II do Código Comercial Francês[590].

Os Conselhos Fiscais das empresas podem adotar o sistema de fiscalização recíproca, incluindo como conselheiros: administradores, auditores, advogados e autoridades estatais, quebrando qualquer relação intersubjetiva entre o Conselho Fiscal, em si considerado, e a empresa.[591] O Conselho Fiscal possui independência funcional mas está subordinado ao órgão superior da empresa – a Assembleia Geral. Embora os membros do conselho fiscal tenham, individualmente, um poder-dever de diligência, estão subordinados, enquanto membros do órgão colegiado, às deliberações da Assembleia Geral.

---

589 . American Institute of Certified Public Accountant. Disponível em: https://www.aicpa.org/. Acesso em: 15.2.2021.

590 . Code de commerce. Partie législative. LIVRE VIII : De quelques professions réglementées. TITRE II : Des commissaires aux comptes. Chapitre II : Du statut des commissaires aux comptes. Section 2 : De la déontologie et de l'indépendance des commissaires aux comptes. Article L822-11. I.-Il est interdit au commissaire aux comptes d'accepter une mission de certification auprès d'une entité d'intérêt public, lorsqu'au cours de l'exercice précédant celui dont les comptes doivent être certifiés, ce dernier ou tout membre du réseau auquel il appartient a fourni, directement ou indirectement, à l'entité d'intérêt public, ou aux personnes ou entités qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par elle dans l'Union européenne, au sens des I et II de l'article L. 233-3, les services mentionnés au e du paragraphe 1 de l'article 5 du règlement (UE) n° 537/2014 du 16 avril 2014. II.-Il est interdit au commissaire aux comptes et aux membres du réseau auquel il appartient de fournir directement ou indirectement à l'entité d'intérêt public dont il certifie les comptes, et aux personnes ou entités qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par elle au sens des I et II de l'article L. 233-3 et dont le siège social est situé dans l'Union européenne, les services mentionnés au paragraphe 1 de l'article 5 du règlement (UE) n° 537/2014 du 16 avril 2014. Par dérogation au premier alinéa du présent II, lorsqu'un membre du réseau auquel il appartient et qui est établi dans un Etat membre fournit à une personne ou entité qui contrôle ou qui est contrôlée par l'entité d'intérêt public, au sens des I et II de l'article L. 233-3, et dont le siège social est situé dans l'Union européenne des services mentionnés aux i et iv à vii du a et au f du 1 du même article 5 dans un Etat membre qui les autorise, le commissaire aux comptes analyse les risques pesant sur son indépendance et applique les mesures de sauvegarde appropriées. III.-Il est interdit au commissaire aux comptes d'accepter ou de poursuivre une mission de certification auprès d'une personne ou d'une entité qui n'est pas une entité d'intérêt public lorsqu'il existe un risque d'autorévision ou que son indépendance est compromise et que des mesures de sauvegarde appropriées ne peuvent être mises en œuvre. Disponível em : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000038586703/#:~:text=II.,II%20de%20l'article%20L. Acesso em : 16.2.2021.

591 . CARVALHOSA, Modesto. Sociedade Anónima. Tratado de direito empresarial. Vol.3. 2ªed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil. 2018. p. 954.

E. Funcionários

Os funcionários estão sujeitos às normas aplicáveis ao contrato individual de trabalho e aos regulamentos internos da sociedade de economia mista. A contratação ocorrerá através de procedimento de seleção pública, aprovados os critérios objetivos de escolha pela Direção Executiva, obedecendo os princípios da publicidade, da igualdade, da proporcionalidade e da finalidade do interesse público.

É interessante criar políticas de incentivo aos funcionários, do tipo partilha de uma percentagem dos resultados anuais, mediante critérios estabelecidos pelo Conselho de Administração da empresa.

3.2. Dimensão da privatização funcional dos serviços públicos da saúde

É possível visualizar uma estrutura de mercado interno de saúde em Portugal, tutelada pelo ordenamento jurídico nacional, utilizando operadores dos setores público e privado para a satisfação das necessidades de cuidados de saúde da população. Não obstante, a construção de um ambiente uníssono de mercado de saúde sem dicotomias ou distinção de tratamento jurídico entre os operadores instituirá um ambiente harmónico de competição, a fim de estabelecer uma concorrência efetiva na transferência de responsabilidade pela execução dos serviços e não das tarefas propriamente ditas dos serviços públicos de saúde, persistindo a tutela de caráter social para o bem jurídico saúde. Assim, será autorizado que o paciente escolha, no mercado interno de saúde, o seu médico e o hospital que o tratará, dando efeito aos padrões de concorrência entre os operadores, prestadores dos serviços de saúde.[592]

As responsabilidades do Estado permanecem em razão de não existir a transferência das atribuições. A mudança está relacionada com a dinâmica de execução material da tarefa pública na área da saúde. Ora, esta mudança não é tão radical quanto parece. Trata-se, antes, de uma alternativa de transformar a exceção em regra, já que a Direção-Geral de Proteção Social aos Funcionários e Agentes da Administração Pública

592 . RIBEIRO, José Mendes. Saúde: A liberdade de escolha. Lisboa: Gradiva. 2009. p. 153.

(ADSE) autoriza aos seus segurados a escolher os prestadores, através do financiamento dos seguros de saúde.

Tornar a execução dos serviços públicos de saúde menos estatizados não significa que estes deixarão de ser públicos. Pelo contrário, significa estabelecer um novo modelo estrutural para os serviços públicos de saúde. A Administração Pública continuará a ter o ónus de manter a racional e eficiente cobertura em todo o país dos cuidados de saúde com recursos humanos e com unidades de saúde à disposição dos utentes (art. 64.º, N.º 3, alínea *b* da CRP). O papel do Estado é garantir a oferta pública dos serviços de saúde, encetando esforços para articular os operadores no desempenho das atividades, dentro de uma lógica de funcionamento em rede, onde deverá existir articulação das três redes básicas de cuidados de saúde (primário, hospitalar e continuados).

Os serviços públicos de saúde podem estabelecer novos tipos de afinidades funcionais interorgânicas, instituindo relações jurídicas intersubjetivas com os operadores, previamente credenciados para pertencer à rede nacional de prestadores de cuidados de saúde, tendo o Estado o poder de os orientar. A liberalização das convenções é um mecanismo já utilizado em Portugal para a contratação de atividades de saúde complementares, tais como as análises clínicas, medicina física e reabilitação, diagnósticos, hemodiálise, cuja opção gestionária das E.P.E. acaba, por vezes, por ser *contracting out*. Sem prejuízo de existir uma tabela de preços de referência, que não deveria ter caráter vinculativo, a fim de admitir aos operadores públicos remunerar melhor os serviços mais qualificados dos operadores privados, a característica do contrato é a adesão aos termos previamente estabelecidos pela autoridade pública, o que cria uma quebra de equidade no negócio jurídico, decorrente da necessidade de preenchimento de requisitos objetivos previamente impostos pela autoridade administrativa para o registo dos operadores privados (uma espécie de autorização, a título precário, que autoriza os operadores privados a executarem os serviços públicos de saúde).

Importa ainda patentear que, a opção de *contracting out,* promove a redução de riscos económicos à entidade pública prestadora dos serviços de cuidados de saúde, uma vez que não são necessários investimentos para a exploração da atividade. As autorizações concedidas a título precário aos operadores estão relacionadas com os atos

administrativos exarados pelo poder vinculativo da autoridade pública, ou seja, preenchidos os requisitos legais objetivos, não caberá a este fazer qualquer juízo de conveniência ou oportunidade na concessão do registo. É um direito dos operadores obter tal registo para concorrerem no mercado interno da saúde[593].

A estrutura da Administração Pública está contemplada no art. 264.º da CRP, sendo certo que, ao longo da vigência da lei fundamental, este artigo já sofreu três revisões. Na última revisão, levada a cabo pelo art. 181.º da Lei Constitucional n.º 1/97, de 5 de Outubro, acresceu o N.º 3, dando autorização à Assembleia da República para instituir entidades administrativas independentes como a Entidade Reguladora de Saúde, e o N.º 6, dando permissão para que entidades privadas possam exercer poderes públicos, desde que sujeitas a fiscalização administrativa. Deste modo, a (nova) CRP autorizou a delegação de funções públicas. A Constituição da Saúde, no art. 64.º, não proíbe tarefas públicas concorrentes com atividades privadas[594]. Inclusive, Portugal tem utilizado, em tempos de crise financeira, *parceiros* privados para a execução das tarefas de cuidados de saúde, garantindo o acesso racional e eficiente de coberturas com recursos humanos e com unidades de saúde no território nacional[595].

Não existe um monopólio estatal para a estruturação dos serviços públicos de saúde. É viável a delegação dos serviços públicos de saúde, cabendo ao legislador estabelecer os respetivos limites subjetivos, autorizando ou não os prestadores de cuidados de saúde estrangeiros a atuarem no mercado interno nacional; limites qualitativos, dizendo quando e onde é justificável o dimensionamento da privatização funcional; e limites quantitativos, definindo o grau de interação entre operadores públicos e privados ou, até mesmo, a instituição de empresas mistas na composição do mercado interno da saúde.[596]

---

593 . ROSA, Márcio Fernando Elias. Direito Administrativo. 6ªed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 69-70.

594 . MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1317-1318.

595 . SIMÕES, Jorge Abreu. A iniciativa PPP na saúde – aspectos de política, finanças e gestão. *in* A reforma do sector da saúde. Uma realidade iminente? Nazaré da Costa Cabral, Olívio Mota Amador. Guilherme Waldemar d´Oliveira Martins (Orgs.) Coimbra: Almedina. 2010. p. 205-232.

596 . ANDRADE, José Carlos Vieira de. Lições de Direito Administrativo. 5ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017. p. 88-89.

Se não existe impedimento constitucional, deverá existir a criação da admissão de uma estrutura funcionalmente privatizada, por parte da Lei de Base da Saúde, enquanto lei de valor reforçado, no que concerne às bases epistémicas de estruturação dos serviços públicos de saúde. É preciso que exista, efetivamente, a possibilidade concreta de transferência da execução dos serviços, através de delegações ou de concessões. A atual Lei de Base da Saúde – Lei n.º 95/2019 fechou as portas para este debate, retomando pela maioria na Assembleia da República o caráter socialista de encarar o SNS, de forma totalmente estatizada. Contudo, a Lei n.º 48/1990, Lei de Base da Saúde revogada, admitia esta inovação em relação à estrutura funcional dos serviços públicos de saúde. Assim sendo, é certo que qualquer manuseamento de reestruturação jurídica estará indissociável ao precedente debate político de permissão construtiva da interação entre o Estado e os operadores privados.

A estratégia de reestruturação dos serviços públicos de saúde dentro de uma privatização funcional implicará a operação de transferência das execuções dos serviços de cuidados de saúde, permanecendo a tarefa constitucionalmente pública. Por este motivo, a privatização funcional dos serviços públicos de saúde não implicam o fim da *publicatio*. De forma simples, a necessidade de interação com os operadores privados, para fins múltiplos que importam a própria sobrevivência da assistência social do Estado na garantia dos cuidados de saúde, promove a criação de estratégias jurídicas de participação dos operadores privados na esfera da execução dos serviços públicos de saúde.[597]

Na estratégia de dimensões da privatização funcional, a responsabilidade assumida pelo Estado em garantir a execução dos serviços públicos de saúde acaba por direcionar o cumprimento das atividades aos prestadores, profissionais e especializados, constituídos juridicamente para os fins específicos dos cuidados (primários, hospitalares e continuados) de saúde. Isto significa que o Estado continuará a possuir o poder de gestão global da tarefa dos serviços públicos de saúde. Contudo, os operadores públicos, criados para os fins de execução das tarefas públicas, necessitam de possuir autonomia e independência de gestão, como se operadores privados fossem, de

[597] . GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina. 2008. p. 322-323.

modo a participarem de acordo com os interesses da empresa no mercado interno da saúde.

3.2.1. Premissas dogmáticas de categorização do fenómeno funcional de privatização dos serviços públicos de saúde

Através da dogmática analítica gizada por Pedro da Costa Gonçalves em relação às modalidades de privatização no campo da execução de tarefas públicas, foram estabelecidos quatro planos para apreciação, a saber, a) a análise das exigências de legalidade das medidas de privatização; b) o exame da vinculação da entidade privada pelo direito administrativo; c) a observação ao controle público; e d) a vistoria da responsabilidade civil decorrente dos atos praticados pela entidade privada.[598] O professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra faz distinção entre o fenómeno de privatização funcional e orgânica, considerando imprescindível a distinção relativa aos vários fenómenos de privatização, no âmbito da execução da tarefa pública.

a) A análise das exigências de legalidade das medidas de privatização

Estaremos perante o fenómeno de privatização funcional quando estiver em causa a contratação de serviços auxiliares, existindo previsão legal para a sua ocorrência. É o caso, *por ex.*, do art. 6.º, N.º 1 do Decreto-Lei n.º 39/2002, de 26 de Fevereiro, que flexibilizou a contratação de bens e serviços pelos hospitais, determinando a incidência das normas de direito privado, além das Diretivas Comunitárias da UE e dos Acordos sobre mercados públicos, celebrado na Organização Mundial do Comércio. São modalidades de *contracting out,* onde a empresa pública opta (por estratégia de gestão administrativa) por procurar serviços auxiliares através de aquisição externa. Neste caso, a contratação de colaboradores não retira a responsabilidade de gestão do Conselho de Administração do hospital, E.P.E.

598 . GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina. 2008. p. 350.

Quando o fenómeno consubstanciar uma privatização orgânica, dá-se a pluralização da Administração, ou seja, o operador privado assume a gestão da tarefa pública. Neste caso, o Estado cria uma entidade pública com forma jurídica privada, delegando (através de ato normativo) a tarefa pública. Este processo não implica a desestatização, muito menos a despublicização, uma vez que é uma entidade estatal que passa a responsabilizar-se pela tarefa pública. Este era, aliás, o caso dos antigos hospitais S.A. de capital exclusivamente público, com forma jurídica de direito privado (art. 2.º, N.º 1, alínea *c* e art. 19.º, N.º 1 da Lei n.º 27/2002) e, posteriormente, das unidades hospitalares E.P.E., ainda de capital exclusivamente público com forma jurídica de direito público (espécie de instituto público), possuindo organização interna de direito societário (art. 2.º, alínea *b* e art. 18.º, N.º 1 do Decreto-lei n.º 18/2017). Embora o fenómeno receba o *nomen iuris* de privatização orgânica, o evento prático não representa qualquer interação entre operadores públicos e privados, sendo nítida a descentralização administrativa entre entes da Administração Pública indireta – a ARS e a pessoa coletiva de direito público com estrutura de E.P.E.

Neste ponto, como já ilustrado no primeiro capítulo da parte dois deste trabalho, a privatização como fenómeno concreto, que procura a *transferência de um bem público ou de uma atividade pública para o setor privado*[599]*,* não ocorre no fenómeno meramente orgânico. Deste modo, a privatização orgânica só pode ser vista como uma reestruturação da própria Administração Pública, a fim de implementar técnicas de direito societário, por forma a otimizar a organização interna da empresa pública para o exercício dos serviços públicos de saúde. Não existe, portanto, qualquer interação com parceiros privados.

b) O exame da vinculação da entidade privada ao direito administrativo

O fenómeno da privatização funcional está associado ao instrumento contratual, um contrato administrativo, que envolve o parceiro privado com o parceiro

[599] . OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 8.

público. Portanto, não se trata de um ato administrativo de delegação de uma tarefa pública. O contrato é uma ferramenta jurídica de efeito sinalagmático, onde as partes estabelecem entre si direitos e obrigações. Isto é, os efeitos jurídicos que incidem sobre as reciprocidades jurídicas estão vinculadas ao ajuste pactuado, sendo esta a disciplina jurídica da relação jurídica consolidada. Deste modo, o operador privado acaba por se submeter a algumas normas de direito público em razão do instrumento contratual, que lhe impõe as obrigações contratuais de cumprimento de certas exigências legais em virtude da contraparte da relação contratual ser uma entidade pública.

Na privatização orgânica haverá a incidência das regras de direito público, em razão da entidade delegada ser um ente público que apenas possui forma jurídica privada (direito societário). Assim, enquanto entidade pertencente à Administração indireta do Estado, seja pública ou privada, submete-se à disciplina jurídica de direito público. Ora, como ente público delegado, a entidade com forma jurídica privada atuará com autonomia administrativa no exercício da função pública.

c) A observação do controle público

No fenómeno da privatização funcional, o controle público do exercício da tarefa pública, realizada pelo operador privado contratado, está mais direcionada aos resultados acordados no contrato administrativo, não cabendo averiguar se há ou não *déficit* de gestão na prossecução dos serviços prestados, até porque, a lógica de obtenção de parceiro privado para a execução da tarefa pública de prestação dos cuidados de saúde à população é exatamente fugir do sistema burocrático administrativo da gestão pública, procurando em operadores privados, com objeto social especializado nas áreas de atuação, a otimização dos serviços e a redução dos custos, dentro da tríplice: garantia de acesso, qualidade do serviço prestado e satisfação das necessidades do paciente. Assim sendo, o controle externo está relacionado com as atribuições da ERS relativamente ao cumprimento das metas e dos métodos previamente estabelecidos (como devem ser entregues os serviços públicos de saúde - art. 5.º, N.º 2, alíneas *a* a *c* do

Decreto-Lei n.º 124/2014, de 22 de Agosto – anexo, Estatuto da ERS)[600] e ao controle contabilístico dos resultados do contrato administrativo, cabendo à ARS, I.P. prestar contas no que diz respeito aos ajustes contratuais (art. 3.º, N.º 2 do Decreto-Lei n.º 22/2012, de 30 de janeiro).

Por outro lado, quando se trata de práticas de reestruturação administrativa através da criação de operadores públicos com características organizativas societárias de direito privado, ocorre a delegação de função pública entre entidades públicas. Assim, não se tratando da transferência do exercício de atividades de serviços de saúde do público para o privado, é natural que a nova entidade pública, mesmo que tenha características de privada, passe a ser a responsável no contexto da estrutura estatal pela execução, devendo ela prestar contas aos órgãos de controle externo da Administração Pública.

O que acabamos de expor é claro no Relatório n.º 1/2017 do Tribunal de Contas – 2.ª Secção, processo n.º 31/2016-Audit, aquando da auditoria de prestação de contas por entidades do Ministério da Saúde. Explica-se no item 8 o regime legal da prestação de contas das unidades de saúde do sector empresarial do Estado, em que estão contidas as unidades de saúde, E.P.E.:

> Enquadrados no sector empresarial do Estado (SEE), os hospitais EPE seguem o regime jurídico, específico, constante do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de dezembro, diploma legal que transformou em entidades públicas empresariais os hospitais com a natureza de sociedade anónima, estabeleceu o seu regime jurídico e aprovou os estatutos aplicáveis aos hospitais e centros hospitalares com a natureza de Entidade Pública Empresarial. O regime fixado neste diploma, bem como nos Estatutos a ele anexo tem caráter especial relativamente ao disposto no regime jurídico do Setor Público Empresarial (Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro). Não obstante a designação, estas entidades não têm natureza empresarial, no sentido em que não têm carácter industrial ou comercial, desenvolvendo a sua atividade à semelhança do que acontece com todos os hospitais integrados na rede

[600] . Decreto-Lei n.º 124/2014, de 22 de Agosto – anexo, Estatuto da ERS, Artigo 5.º Missão e atribuições 1 — A ERS tem por missão a regulação, nos termos previstos nos presentes estatutos, da atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde. 2 — As atribuições da ERS compreendem a supervisão da atividade e funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde no que respeita: a) Ao cumprimento dos requisitos de exercício da atividade e de funcionamento, incluindo o licenciamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde nos termos da lei; b) À 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; c) À legalidade e transparência das relações económicas entre os diversos operadores, entidades financiadoras e utentes. 3 — Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, incumbe, ainda, à ERS elaborar pareceres, estudos e informações previstos na lei.

> de prestação de cuidados de saúde e que consiste na satisfação de necessidades coletivas no domínio da saúde. Tratando-se de pessoas coletivas de direito público, financiadas maioritariamente pelo Estado, a cujo controlo a sua gestão está sujeita, é também o Estado que designa os titulares dos respetivos órgãos de gestão. Pelo Decreto-Lei n.º 12/2015, de 26 de janeiro, as unidades locais de saúde do SEE ficaram sujeitas ao mesmo regime dos hospitais EPE aplicando-se-lhes subsidiariamente o regime jurídico do setor público empresarial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro. Conforme resulta da conjugação da alínea b), do n.º 2, do artigo 2.º e alínea o), do n.º 1 do artigo 51.º ambos da LOPTC, as unidades de saúde do SEE (hospitais, centros hospitalares e unidades locais de saúde) prestam contas, estando legalmente obrigadas a remeter as mesmas ao Tribunal de Contas. Nos termos estatutários, compete ao conselho de administração das unidades de saúde, enquanto entidades públicas empresariais, a elaboração dos instrumentos de prestação de contas e a sua apresentação/remessa ao Tribunal de Contas recaindo, assim, a responsabilidade pelo cumprimento desta obrigação legal nos membros deste órgão. A prestação de contas constitui um imperativo legal que deve ser, obrigatoriamente, concretizado pelos responsáveis ao abrigo das Instruções do Tribunal de Contas - órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe (cfr. artigo 214.º, n.º 1 da Constituição e artigo 1.º, n.º 1 da LOPTC), permitindo ao Tribunal o exercício do controlo da legalidade e regularidade financeira da administração e da aplicação dos dinheiros públicos. A elaboração e apresentação tempestiva dos documentos de prestação de contas pelas unidades de saúde reveste-se ainda de crucial importância para o processo de elaboração da conta consolidada do Serviço Nacional de Saúde e do Ministério da Saúde , a cargo da Administração Central do Sistema de Saúde, IP, e para a elaboração, por este Tribunal, do seu relatório sobre o acompanhamento da situação económico-financeira do Serviço Nacional de Saúde.[601]

No fenómeno de privatização orgânica, o poder-dever da responsabilidade na prestação dos serviços públicos de saúde persiste na mão estatal de uma entidade pública, mesmo a mesma que execute a tarefa organicamente de forma privada. Deste modo, este novo operador público com forma jurídico privada é só mais um membro da Administração Pública, devendo estar sujeito ao controle público.

d) O controle da responsabilidade civil decorrente dos atos praticados pela entidade privada

[601] . PORTUGAL. Tribunal de Contas. Auditoria à prestação de contas por entidades do Ministério da Saúde. Relatório n.º 1/2017 – 2.ª Secção. Vol. 1. Processo n.º 31/2016-Audit. Disponível em: https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/RelatoriosAuditoria/Documents/2017/rel001-2017-2s.pdf. Acesso em: 15.5.2020.

A responsabilidade civil do Estado consubstancia o dever de indenizar as perdas e danos materiais ou morais sofridos por terceiros, em virtude de conduta irregular ou ilícita imputada a alguma entidade estatal.[602] Assim, mesmo que se trate de entidades públicas personificadas com autonomia administrativa, patrimonial e financeira, como o são as unidades hospitalares, E.P.E., nos termos do art. 1.º, N.º 1 do Estatuto dos Hospitais, Centros Hospitalares e Institutos Portugueses de Oncologia, E.P.E. – Decreto-Lei n.º 18/2017, de 10 de Fevereiro, Anexo II, o Estado, sendo o detentor exclusivo do capital social e o único financiador dos serviços prestados por estas empresas públicas, será direta ou indiretamente (subsidiariamente) responsável pelo dever de pagamento de quantia certa em dinheiro. Certo é que, as empresas públicas são entes jurídicos pertencentes à estrutura do Estado, estando encarregues, por delegação, de formular e manifestar a vontade estatal (que alguns denominam de interesse público). Assim, na prática, o Estado estará indiretamente responsabilizado pelas condutas irregulares ou ilícitas exercidas no âmbito de atuação da tarefa pública delegada.

A questão que levanta maiores problemas prende-se com o dever específico de diligência, que a atração de atividades de meio e não de resultado de cunho peculiarmente especializado de cuidados de saúde, deslocadas para a área pública, acabam por gerar sérias dificuldades de compreensão, pois as providências necessárias para evitar a consumação de resultados danosos a terceiros são muitas vezes oriundas da limitação da estrutura estatal para prestar o serviço, fruto de comportamentos negligentes, descuidados ou inaptos dos prestadores dos serviços. O dever de diligência dos agentes estatais, na acepção clássica das atividades públicas, está hermeneuticamente compreendido no que concerne às funções típicas do Estado, dentro da racionalidade jurídica clássica de direito público.

O contentamento do direito à proteção da saúde, enquanto direito fundamental por reconhecimento constitucional, compreende a atuação estatal conformadora da autonomia privada. O modelo político de intervenção estatal de conformação das condutas privadas passou a exigir da estrutura estatal condutas repressivas e imposições orientadas, visando promover, de forma coativa, condutas privadas ditas desejáveis pelo Estado. Em momento algum a lei fundamental determina

602 . JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ºed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 1073.

que o Estado realize comportamentos típicos da iniciativa privada. Os serviços são as atividades, que, em tese, obrigam o Estado a possuir uma organização com pessoas e materiais à disposição, de forma permanente e organizada – atualmente, o SNS. A natureza pública do direito à proteção da saúde, constante no art. 64.º, N.º 1 da CRP, possui natureza funcional associada ao seu *status* de direito fundamental, colocando a atribuição do serviço público de saúde ao Estado. Não obstante, é opção da lei infraconstitucional organizar a forma como serão ofertados estes serviços, sendo do conhecimento comum que as estruturas privadas instituídas com os fins específicos de cuidados de saúde, desassociadas das funções típicas estatais de regulação e de fiscalização, estarão mais focadas nos resultados práticos - prestar os cuidados de saúde aos pacientes.

A atribuição da titularidade do serviço público de saúde ao Estado não impede a transferência do exercício do serviço aos particulares. Os operadores privados assumem a obrigação de promover os direitos fundamentais, cabendo ao Estado o papel de possuir uma estrutura jurídica permanente e sistemática para regular, ajustar e fiscalizar as prestações destes serviços (*ainda públicos*) de saúde, executados por privados. Os serviços públicos de saúde têm natureza institucional. Atualmente, o SNS é a estrutura social construída pelos empenhos conjuntos de uma pluralidade indefinida de pessoas. Destarte, o SNS ultrapassa a identidade e a existência das entidades estatais, sendo um elemento jurídico formador da consciência da vida social saudável em Portugal.

Atualmente, já se admite a qualificação de públicos os serviços de saúde prestados sob o regime de direito privado, produzindo efeitos jurídicos no âmbito da regulação na área de direito público. Por conseguinte, existe um rompimento epistémico da percepção clássica de direito público, pois as atividades, realizadas como serviços públicos, são subordinadas ao regime de direito público, enquanto meios instrumentais indisponíveis para a concretização da obrigação constitucional, executados concretamente no cenário concorrente de mercado subordinado ao regime de direito privado.

No fenómeno de privatização funcional, o operador privado, atuando no estrito limite contratual, atua autonomamente na execução da atividade de cuidados de saúde, que, por convenção administrativa, reveste-se de uma função pública. Assim,

do mesmo modo que ocorre na construção de operadores públicos para o exercício da função pública, o Estado estará, aqui, responsabilizado de forma alusiva aos limites contratuais, custeando os danos nos casos de conduta irregular ou ilícita imputada a alguma entidade privada no exercício do serviço público de saúde.

Observe-se ainda que, seja pelo fenómeno orgânico ou funcional, os débitos originários dos serviços públicos acabam por se refletir no orçamento estatal, mesmo que não entrem nas despesas públicas específicas ou diretas da estrutura do SNS. Ainda hoje ocorre a transferência de verbas do orçamento do Estado para a Administração Central do Sistema de Saúde, I.P., que processa as despesas com aquisição de serviços de saúde aos hospitais empresarializados. Assim sendo, o discernimento do caráter económico das despesas com o SNS, com o fenómeno da privatização orgânica da quase totalidade das unidades hospitalares no formato E.P.E., fica sonegado na conta geral do Estado (principal documento de prestação de contas do Estado, representando o ciclo orçamental anual[603]), ficando apenas o valor adjunto da aquisição dos serviços de saúde.[604]

Nesse sentido, cumpre referir o trecho do Parecer n.º 1-A/2010 do Tribunal de Contas: *Deste modo, em termos globais, a empresarialização dos hospitais não retirou da CGE* (Conta Geral do Estado) *a despesa do Estado com o SNS, diminuindo apenas o grau de desagregação dessa despesa (apresentada numa única rubrica de classificação económica).*[605] Mesmo que exista um procedimento subfinanciado pelos utentes, através das taxas moderadoras, estas são insignificantes em relação às receitas das unidades hospitalares E.P.E., que subsistem com mais de oitenta por cento de financiamento público.[606] Por conseguinte, as consequências financeiras da

603 . PORTUGAL. Conta Geral do Estado. Disponível em: https://www.dgo.gov.pt/politicaorcamental/Paginas/Conta-Geral-do-Estado.aspx?Ano=2019. Acesso em: 10.2.2021.

604 . PORTUGAL. Parecer n.º 1-A/2010, de 27 de janeiro de 2010, do Tribunal de Contas. Parecer sobre a Conta Geral do Estado de 2008. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/2807121/details/normal?q=responsabilidade+subsidi%C3%A1ria+Estado+nos+hospitais+E.P.E. Acesso em: 10.2.2021.

605 . PORTUGAL. Parecer n.º 1-A/2010, de 27 de janeiro de 2010, do Tribunal de Contas. Parecer sobre a Conta Geral do Estado de 2008. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/2807121/details/normal?q=responsabilidade+subsidi%C3%A1ria+Estado+nos+hospitais+E.P.E. Acesso em: 10.2.2021.

606 . ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Sociedade Anónima. A Sedutora (Hospitais, S.A., Portugal, S.A.). Unipessoalidade Societária. Coimbra: Almedina. 2003. p. 26.

responsabilização civil serão sentidas pelos cofres do Estado, seja este sócio instituidor da entidade personificada empresarial, seja parte contratante do contrato administrativo com efeitos sinalagmáticos.

No que se refere à responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais entidades públicas, onde estão contidas as E.P.E., os atos cometidos contra terceiros pelos agentes públicos, no exercício das funções públicas, estão tutelados pelo art. 22.º da CRP. Tendo em conta que a forma orgânica das entidades públicas empresariais do SPE do SNS é uma espécie de entidade pública, ou melhor, é uma espécie de instituto público *sui generis*, em razão da roupagem empresarial, o princípio da responsabilidade patrimonial direta das entidades públicas por danos causados aos terceiros é oriundo de preceito da lei fundamental, derivando *do exercício das funções política, legislativa, administrativa e jurisdicional*, compreendendo *a responsabilidade do Estado por atos ilícitos, quer por atos lícitos, quer pelo risc*o. A responsabilidade civil extracontratual é objetiva e tem por base os seguintes elementos: conduta (comissiva ou omissiva), nexo causal e resultado lesivo ou potencialmente lesivo (risco). A norma constitucional em apreço possui eficácia plena, isto é, produz os seus efeitos de forma imediata, não necessitando de qualquer espécie de regulação infraconstitucional. Cabe, porém, ao legislador ordinário *estabelecer diferentes tipos de responsabilidade e fixar os especiais pressupostos de cada um deles*[607].

Ademais, a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que trata do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, no art. 2.º, N.º 1, *salvaguarda os regimes especiais de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa*. A expressão *função administrativa* possui uma etimologia mais abrangente, compreendendo todo exercício de *função pública*, incluindo as atividades por operadores privados. O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas, plasmado no art. 1.º, N.º 5 do Anexo da Lei n.º 67/2007, promove a incidência das regras jurídicas às pessoas coletivas de direito público e privado, pois ambas estão no exercício de *prerrogativas de poder público*.

---

607 . PORTUGAL. A responsabilidade civil extracontratual do Estado na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça. (Sumários de Acórdãos de 1996 a Outubro de 2014). 27.3.2003 - Revista n.º 84/03 - 2.ª Secção - Abílio Vasconcelos (Relator), Duarte Soares e Ferreira Girão.

Refira-se o Agravo n.º 385/07.0TVPRT-A.P1.S1 - 2.ª Secção, relator Conselheiro Álvaro Rodrigues, do Supremo Tribunal de Justiça, que apresenta um pensamento diametralmente oposto ao conteúdo da Lei n.º 67/2007:

> Sociedade comercial - Sociedade de capital público - Empresa concessionária de serviço público - Empresa pública - Pessoa colectiva de direito público - Responsabilidade civil do Estado - Lei aplicável - Aplicação da lei no tempo - Competência material I - A Metro…, S.A. é uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos que se rege pela lei comercial e seus estatutos e portanto uma sociedade de direito privado, concretamente, adoptando a forma de uma sociedade comercial. II - Com efeito, o n.º 3 do art. 2.º do DL n.º 394-A/98 de 15-12, que aprovou as bases da concessão da exploração, em regime de serviço público e de exclusivo, de um sistema de metro ligeiro na área metropolitana do ....., dispõe taxativamente que « A Metro do ....., S.A., é uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, que se rege pela lei comercial e pelos seus estatutos, salvo no que o presente diploma ou disposições legais especiais disponham diferentemente» (sublinhado nosso). III - A circunstância desta sociedade anónima ser de capitais exclusivamente públicos não lhe retira a qualidade de sociedade comercial e, portanto, de uma pessoa colectiva de direito privado, como todas as sociedades comerciais. IV - Por outro lado, certo é que as sociedades comerciais podem constituir Empresa Públicas, desde que obedeçam aos requisitos previstos no art. 3.º do DL n.º 558/99 de 17-12, isto é, desde que sendo sociedades constituídas nos termos da lei comercial, possam o Estado ou outras entidades públicas estaduais, exercer nelas, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das circunstâncias referidas nas duas alíneas daquele preceito legal. V - Porém o conceito de pessoa colectiva pública ou de pessoa colectiva de direito público não se confunde com o de empresa pública. VI - A sociedade anónima, sendo uma típica sociedade comercial (criada e regida pela lei comercial) é uma pessoa colectiva de direito privado, não colhendo também o argumento de que por ser uma sociedade de capitais exclusivamente públicos, tal a converteria em ente colectivo dotado de personalidade jurídica de direito público. VII - Neste sentido, escreveu o Prof. Carvalho Fernandes: «Tendo em conta os aspectos determinantes do seu regime jurídico, entendemos dever situar, em geral, as empresas de capital exclusiva ou maioritariamente públicos, no elenco das pessoas colectivas privadas». VIII - Para este civilista de Lisboa, há no entanto situações em que as denominadas empresas públicas de regime especial podem ser consideradas como pessoas colectivas públicas. IX - No que à competência jurisdicional *ratione materiae* tange, convirá ter presente o Acórdão deste Supremo Tribunal de 14-04-2008 (Proc. 08B845, Relator, o Exmº Conselheiro Salvador da Costa, disponível em www.dgsi.pt), que sentenciou no sentido de que «à concessionária do sistema do metropolitano do ....., pessoa jurídica de direito privado na forma de sociedade anónima de capital público, não é aplicável o regime substantivo da responsabilidade civil extracontratual concernente aos entes públicos, dada a falta de disposição legal nesse sentido e que não compete, por isso, aos tribunais da ordem administrava – mas sim aos tribunais da ordem judicial – o conhecimento do pedido de indemnização formulado contra a referida sociedade por danos causados ao seu autor pelo agrupamento complementar de empresas no exercício da sua actividade de construção no âmbito da mencionada concessão». X - O art. 1.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais

> Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31-12, veio dispor no seu n.º 5, que as disposições da referida lei, são aplicáveis também à responsabilidade civil das pessoas colectivas de direito privado (...) por acções ou omissões que adotem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo. XI - Porém, como doutamente alega a Recorrida, este diploma legal só entrou em vigor em 30-01-2008, já que o art. 6.º do mesmo estatui que tal lei entrava em vigor 30 dias após a sua publicação que ocorreu em 31 de Dezembro. XII - Assim sendo, tendo em atenção que o presente processo é de 2007, tal lei não lhe é aplicável, não só pelo disposto no art. 12.º do CC, como também pelo disposto no art. 22.º, n.º 2, da Lei n.º 3/99, de 13-01 (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais), aplicável in casu e segundo o qual, em matéria da lei reguladora de competência e tendo em conta que a competência se fixa no momento da propositura da acção «são irrelevantes as modificações de direito, excepto se for suprimido o órgão a que a causa estava afecta ou lhe for atribuída competência de que inicialmente carecesse para o conhecimento da causa». XIII - De resto, já no domínio do DL n.º 260/76, de 02-04, que foi o diploma legal antecessor do DL n.º 558/99, de 17-12, que atualmente disciplina o regime jurídico das empresas públicas, o seu art. 46.º, n.º 1, estatuía que «salvo o disposto nos números seguintes, compete aos tribunais judiciais o julgamento de todos os litígios em que seja parte uma empresa pública, incluindo as acções para efectivação da responsabilidade civil por actos dos seus órgãos, bem como a apreciação da responsabilidade civil dos titulares desses órgãos para com a respectiva empresa», o que só demonstra que tal regime de competência jurisdicional tem tradição no nosso ordenamento jurídico. 11-02-2010 - Agravo n.º 385/07.0TVPRT-A.P1.S1 - 2.ª Secção - Álvaro Rodrigues (Relator), Santos Bernardino e Bettencourt de Faria.[608]

Atualmente, por questões de política legislativa, a incidência das normas pertencentes ao regime de direito público constantes da Lei n.º 67/2007 abrange os suportes fáticos ocorridos nas pessoas coletivas de direito privado. Parece mais acertada a técnica jurídica adotada pela 2.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça - a empresa pública no formato jurídico S.A. é uma típica sociedade comercial, instituída e conduzida pela lei comercial. A empresa S.A. é uma pessoa coletiva de direito privado, mesmo que seja uma sociedade de capitais exclusivamente públicos. A opção do tipo societário não autoriza a mudança da sua natureza em razão do acionista unitário ou maioritário ser o Estado. São pessoas jurídicas de direito privado com controle do Estado.[609]

---

608 . PORTUGAL. A responsabilidade civil extracontratual do Estado na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça. (Sumários de Acórdãos de 1996 a Outubro de 2014). 11-02-2010 - Agravo n.º 385/07.0TVPRT-A.P1.S1 - 2.ª Secção - Álvaro Rodrigues (Relator), Santos Bernardino e Bettencourt de Faria.

609 . CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ªed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2009. p. 477.

Em Portugal, o art. 22.º da CRP trata da responsabilidade das entidades públicas, promovendo a incidência da responsabilidade de direito público. A extensão dessa responsabilidade às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos é uma opção de política legislativa infraconstitucional (Lei n.º 67/2007). No Brasil, *por ex.*, o art. 37, §6.º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê expressamente que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado que prestam serviços públicos responderão pelos danos que os seus agentes causarem a terceiros, adotando a Teoria da Responsabilidade Objetiva.[610] Acontece que, se se entender que a prestação do serviço de saúde não é típica do Estado, existirá responsabilidade civil *aquiliana* ou subjetiva de caráter privado, existindo a necessidade de discussão do elemento normativo culpa. Todavia, caso se considere o serviço de saúde atividade típica do Estado, a incidência da responsabilidade objetiva nasce em razão da regra jurídica de direito público (Constituição ou Lei de direito administrativo).

Quando estamos perante um ente personificado, público ou privado, o Estado estará juridicamente vinculado, seja por delegação ou por contrato, sendo responsável subsidiário e não solidariamente pelas consequências danosas ou de risco de dano causadas pelos prestadores no exercício da prestação do serviço público de saúde. Neste sentido, para José dos Santos Carvalho Filho, até mesmo uma sociedade de economia mista, quando o Estado é acionista maioritário, o património da entidade responde em primeiro lugar. No caso de tal património se mostrar insuficiente, o credor tem o direito de acionar a responsabilidade do Estado[611]. Contudo, de acordo com Diógenes Gasparini, quando se tratar de uma entidade com personalidade jurídica de direito privado, não haverá responsabilidade subsidiária.[612] Este entendimento é mais ajustado aos desígnios de direito societário, uma vez que o sócio (Estado) estará

---

610 . BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

611 . CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ªed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2009. p. 493.

612 . GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva. 17ªed. 2012. p. 292.

responsabilizado pela integralização do capital social da empresa, ficando adstrito àquele limite de risco.[613]

3.2.2. Outra proposta de categorização do fenómeno funcional de privatização dos serviços públicos de saúde

Numa recente publicação de janeiro de 2019, João Pacheco de Amorim apresentou uma nova categorização para o fenómeno concreto de privatização funcional, cujo título é Prestação de serviços de *imediata utilidade pública* vs. Concessões de serviços públicos.

Para o ilustre autor, existem três modalidades de privatização funcional. Podem ser instituídos operadores em (3.2.2.1.) *parceria público-privada institucional* ou ajustes através de contrato administrativo em (3.2.2.2.) *parcerias público-privadas contratuais*, subdividindo em (3.2.2.2.1.) *prestação de serviços ´de imediata utilidade pública´* ou em (3.2.2.2.2.) *concessões de serviços públicos*.[614]

3.2.2.1. Unidades de Saúde em Parcerias Público-Privadas Institucionais

No caso do fenómeno institucional de criação de uma empresa de economia mista (que pode surgir também da transformação de uma entidade anteriormente de capital social exclusivamente público), acontece - em qualquer dos casos - uma cessão (alienação) parcial do capital social, admitindo a participação minoritária do operador privado como sócio ou acionista da sociedade prestadora de serviços de saúde. Deste modo, as entidades públicas de capital exclusivamente público passam a ter caraterísticas de sociedades de economia mista.

---

613 . NEGRÃO, Renato. Curso de direito Comercial e Empresa. Vol.1. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 286-9.

614 . AMORIM, João Pacheco de. Prestação de serviços "de imediata utilidade pública" *vs.* concessões de serviços públicos. Revista de Contratos Públicos. N.º 19. Jan. 2019. p. 44.

Esta abertura de espaço jurídico para a participação de privados nas composições societárias, enquanto sócios ou acionistas das entidades personificadas em formato de empresa e não de instituto público, acabou por estabelecer um fenómeno jurídico peculiar e amplo de privatização funcional. O exercício da vontade societária através dos seus órgãos de administração ocorre por meio de um procedimento de votação nos moldes do direito societário (direito privado), levando em consideração o interesse da sociedade.[615] O operador privado, como interessado nos resultados sociais, tem o direito de votação e, portanto, de exteriorização da vontade do que considera melhor para a empresa.[616]

Estas empresas públicas - em sentido *lato* - são qualificadas como sociedades de economia mista pela simples participação societária de operador público e privado na composição social[617], sendo que, em Portugal, não se exige que o operador público seja o detentor maioritário do capital social ou o acionista controlador. Esta era a política legislativa constante do art. 48.º, N.º 2 do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, que estabelecia as bases gerais das empresas públicas[618], revogado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, ocasionando o surgimento das Empresas participadas (art. 2.º, N.º 2), fruto do institucionalismo jurídico organizativo empresarial, onde há minoritária participação permanente do Estado ou de quaisquer outras entidades públicas de carácter administrativo ou empresarial, sendo o *nomen iuris* Empresa Pública *stricto sensu,* em razão do operador público ser controlador da gestão da vontade social da sociedade (art. 3.º, N.º 1). O referido diploma legislativo encontra-se atualmente também revogado, vigorando o Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, que originou um novo regime jurídico do setor público empresarial, que estabelece regras de participação societária dos operadores privados com os operadores públicos, instituindo regras de

615 . WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Teoria geral da empresa. 2ªed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil. 2018. p. 103.

616 . HAURIOU, Maurice. Teoria dell´istituzione e della fondazione. Milano: Giuffrè. 1967. p. 20.

617 . ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Da Empresarialidade. As empresas no Direito. Coimbra: Almedina. 1999. p. 151.

618 . ARTIGO 48.º (Sociedades de economia mista e sociedades de capitais públicos) 1. Às sociedades constituídas em conformidade com a lei comercial, em que se associem capitais públicos e privados nacionais ou estrangeiros, não são aplicáveis as disposições do presente decreto-lei, salvo na medida em que os respectivos estatutos mandem aplicar alguns dos princípios aqui consagrados. 2. Igualmente não é aplicável o presente decreto-lei às sociedades constituídas em conformidade com a lei comercial, associando o Estado e outras entidades públicas dotadas de personalidade de direito público ou de direito privado, salvo na medida em que os respectivos estatutos remetam para os princípios aqui consagrados.

aquisição e alienação de participações sociais (art. 11.º); estrutura de governo societário, prezando pela segregação de funções (art. 30.º a art. 33.º); princípios de governo societário, definindo o papel de acionista ao Estado (art. 37.º); entre outras soluções que são técnicas-jurídicas do direito interno de organização das empresas (direito societário) adaptadas para a área do regime jurídico público.

Importa referir que, o art. 64.º da CRP não obriga o Estado a ter uma estrutura de prestadores de cuidados de saúde e, também, é certo que as atividades de cuidados de saúde não são funções típicas administrativas. A garantia de acesso aos cuidados de saúde (medicina preventiva, curativa e de reabilitação), plasmada no N.º 3, alínea *a* da Constituição da Saúde, admite uma atividade não reconduzível ao exercício da função administrativa, podendo uma nova Lei de Base da Saúde estabelecer um regime concorrencial, cuja tarefa pública possa ser delegada ou contratada por terceiros, prestadores de cuidados de saúde, através das diversas formas de interação societária capazes de facilitar o financiamento das despesas públicas com os serviços de saúde em Portugal.

O fenómeno de privatização institucional ressuscita, de certa forma, os antigos hospitais sociedade anónima, S.A., instituídos pela Lei n.º 27/2002, ao alterar a Base XXXVI com acréscimo do N.º 3 da revogada Lei de Base da Saúde – Lei n.º 48/90. O regime jurídico da gestão hospitalar dos Hospitais S.A. encontrava-se previsto no art. 19.º da Lei n.º 27/2002 – Anexo o regime de gestão hospitalar, possuindo características peculiares entre elas, a saber, característica de sociedade fechada, não possuindo registro na *Euronext Lisboa*, com subscrição simples do capital social instituído pelo Estado ou por outras empresas públicas, cujo montante era definido pela norma que criava o hospital S.A. e não por deliberação de Assembleia Geral de constituição. O Estado era acionista, possuindo tutela económica por intermédio dos órgãos de administração do Governo – Ministério das Finanças e da Saúde, sendo que este ainda orientava as diretrizes da Política Nacional de Saúde.

A transformação das Entidades Públicas Empresariais - E.P.E. - do Setor Público Empresarial da Saúde em sociedades de economia mista é um fenómeno de privatização funcional, denominada por João Pacheco de Amorim como *parceria público-privada institucional.* Isto porque, a empresa pública aliena aos operadores

privados participação minoritária acionista, deixando de possuir a totalidade das participações sociais, embora o Estado permaneça acionista controlador da empresa. Para além disso, pode instituir outras empresas subsidiárias ou coligar socialmente com outras, respeitando sempre a *mão-pública* na administração societária.[619] Apesar do ilustre autor *supra* mencionado estabelecer limites temporais para a permanência dos operadores privados como acionistas, a questão é uma opção empresarial e não de imposição legal, cabendo aos órgãos de administração da empresa pública definirem as estratégias de captação dos parceiros privados, definindo os seus interesses económicos ou a procura de experiência dos operadores privados para melhoria dos serviços (autonomia de vontade).[620]

Pode dizer-se que, a privatização funcional levada a cabo através de *parceria público-privada institucional* é um passo que vai além da mera privatização formal, que se consubstancia com a administração pública em forma privada, ou seja, os entes públicos passam a ter uma forma jurídico organizativa privada, submetendo-se à disciplina jurídica de direito privado no que concerne ao direito interno de organização da empresa (direito societário). Contudo, na privatização formal, o Estado é o único e exclusivo detentor do capital social da empresa, não admitindo a coparticipação de parceiro privado, mesmo que de forma minoritária. Assim, a estatização no fenómeno de privatização formal é totalmente hígida, enquanto na privatização funcional de *parceria público-privada institucional* acaba por mitigando este efeito estatizante, colocando o Estado no papel de acionista da empresa, o que lhe exige uma postura de atuação de acordo com os interesses da sociedade.[621]

Na privatização funcional através de *parceria público-privada institucional*, embora o Estado seja o acionista controlador, a vontade social é fruto da manifestação dos seus órgãos de administração sob a tutela do órgão societário supremo – a Assembleia Geral (ordinária ou extraordinária). Os acionistas minoritários, parceiros privados, têm funções de fiscalização e de exteriorização das suas vontades para

619 . AMORIM, João Pacheco de. Prestação de serviços "de imediata utilidade pública" *vs.* concessões de serviços públicos. Revista de Contratos Públicos. N.º 19. Jan. 2019. p. 44.

620 . CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. Sociedades Anónimas. Tratado de Direito Empresarial. Vol. 3. 2ªed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. p. 817-827.

621 . RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Comercial. Felipe de Solá Cañizares (trad.). Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. 1954. p. 597.

condução da sociedade, denotando um elemento distinto do fenómeno de privatização formal, onde o Estado não compartilha a sociedade com outros sócios. Todo e qualquer ato de gestão empresarial atentatório do direito de representação dos acionistas minoritários é nulo, respondendo pelas suas ações relacionadas com o exercício do poder de controle do ente governamental.[622]

3.2.2.2. Unidades de Saúde em regime jurídico de Parceria Público-Privada Contratual

O outro fenómeno de privatização funcional, identificado pelo autor João Pacheco de Amorim, está alinhado, em parte, com a dogmática jurídica de Pedro Costa Gonçalves, uma vez que a relação jurídica entre os operadores públicos e privados se dá por via contratual. O contrato é um conceito jurídico, mas está vinculado à realidade económico-social existente. Assim, este instrumento é uma mera tradução da realidade necessária para o cumprimento dos objetivos ajustados pelos participantes.[623]

O dirigismo contratual é mais severo neste tipo de relação, em razão do interesse geral não económico, que se consubstancia ao tratar do objeto finalístico contratual da prestação de serviços públicos de saúde. Talvez fosse mais acertado atribuir outra etimologia ao carácter contratual, uma vez que o bem jurídico contratado pelo operador público atingirá um resultado finalístico (serviço público) de caráter social, mas, na prática, a relação jurídica em si é económica, pelo efeito sinalagmático da contrapartida do cumprimento pelo serviço de saúde prestado. Neste aspecto, em razão do interesse público em jogo no âmbito da saúde (art. 64.º, CRP), o contrato é dirigido normativamente pelo Estado dentro do regime jurídico público, daí o *nomen iuris* de contrato administrativo, regulado pelo Código dos Contratos Públicos – Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro. Isto significa que, a autonomia de vontade é limitada pelos critérios de conveniência e oportunidade do operador privado, originando uma vontade discricionária e vinculada aos parâmetros de legalidade.

---

622 . CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. Sociedades Anônimas. Tratado de Direito Empresarial. Vol. 3. 2ªed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. p. 959.

623 . PAILLUSSEAU, Jean. Les contrats d´affaires. in CADIET, Loïc (coord.). Le droit contemporain des contrats – bilan et perpectives. Paris: Economica. 1987. p. 182.

O fenómeno da privatização pela via funcional contratual é um acordo de duas vontades, onde o operador público opta por não usar a sua estrutura estatal (pública), preferindo procurar a iniciativa privada, especializada e organizada para atender às exigências de cuidados de saúde. Daí surge uma regulamentação de interesses, que irá envolver as partes contratantes, com o escopo de se consubstanciar numa contratação de prestação de serviços ou numa concessão de serviços. Contudo, seja uma ou outra opção, o objetivo é a constituição de uma relação jurídica de transferência temporária da responsabilidade pela prestação de cuidados de saúde aos assistidos pelo SNS. Talvez seja esta a razão pela qual, Pedro Gonçalves denomina o fenómeno concreto como *privatização da produção*, pois o operador privado estará a receber, temporariamente, o ónus de concretizar uma prestação de serviços de saúde, adquirida em sentido *lato* pelo poder público de forma onerosa.[624]

3.2.2.2.1. Contrato de prestação de serviço

Existirá um contrato de prestação de serviços típicos quando a atividade contratada de cuidado de saúde for auxiliar (*de mero apoio*) ao operador público contratante, executada em estabelecimento de saúde. Pode ser uma prestação de serviço direta ou indireta. Será direta no caso de o operador privado atender diretamente ao utente do SNS e indireta quando apenas executar serviços acessórios ao serviço principal, prestado pelo próprio operador público.

3.2.2.2.2. Contrato de concessão de serviços públicos

Distinto é o fenómeno de privatização orgânica funcional. São exemplos os contratos de gestão e/ou de colaboração, como o eram em parte da sua faceta

624 . GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina. 2008. p. 358.

multifuncional os contratos firmados nas primeiras vagas do regime de PPP dos hospitais públicos[625], onde o operador privado atuava como uma espécie de concessionário da exploração do serviço público (Decreto-Lei n.º 185/2002, atualmente revogado pela Lei n.º 95/2019). Nestes ajustes contratuais, o objeto negocial era o estabelecimento do hospital público, ou seja, este conjunto de bens patrimoniais públicos estavam incluídos no conjunto de entidades estatais, criadas para prestar serviços de saúde no SNS, mas, por efeitos contratuais, eram passados para as mãos dos operadores privados, tendo em contrapartida reciprocidades de direitos e obrigações de longa duração. Não obstante, no âmbito da saúde, o legislador excluiu a transferência e a partilha do risco da exploração do estabelecimento hospitalar público, quebrando a similaridade do contrato de concessão.[626]

Atualmente, a privatização orgânico-funcional foi esvaziada, de certa forma, pela Base 6, N.º 1 da Lei de Base da Saúde – Lei n.º 95/2019, posteriormente regulada pelo Decreto-Lei n.º 23/2020, de 22 de Maio, que, por intermédio de oito dispositivos legais, reforçou o papel supletivo deste fenómeno de interação entre o público e o privado, só devendo ser utilizado quando houver *necessidade fundamentada* (Base 6, N.º 1). Este elemento normativo vago não foi completamente regulado, subentendendo-se que, nos casos de ineficácia ou de inaptidão estatal para desempenhar exclusivamente a atividade de prestação dos serviços de saúde, poderá socorrer-se dos operadores privados. De entre as condições necessárias à celebração de contratos de parceria de gestão, o art. 3.º, N.º 2 refere que, a *necessidade fundamentada* será definida por intermédio de *estudo*, feito pela ACSS, I.P., e pelo ARS, I.P., posteriormente aprovado pelo Ministério da Saúde – órgão da administração superior do Governo, dependendo de consulta pública por via de referendo, uma vez que antecede a proposta fundamentada. Deste modo, o negócio jurídico de uma contratação administrativa de gestão tornou-se um *ato político*, dependendo de um procedimento burocrático, impreciso e deveras custoso em razão do custo financeiro para instituir um procedimento eleitoral de consulta pública formal.

---

625 . PORTUGAL. Serviço Nacional de Saúde. Parcerias Público-Privadas no setor da Saúde. Disponível em: https://www2.acss.min-saude.pt/Default.aspx?TabId=1222&language=en-US. Acesso em: 5.2.2019.

626 . AMORIM, João Pacheco de. Prestação de serviços "de imediata utilidade pública" *vs.* concessões de serviços públicos. Revista de Contratos Públicos. N.º 19. Jan. 2019. p. 52.

O máximo que o Decreto-Lei n.º 23/2020 fez foi estabelecer parâmetros para o referido *estudo*, realizado pelos institutos públicos da estrutura desconcentrada personificada do Estado. Os parâmetros são critérios de delimitação espacial em relação às exigências de saúde pelos usuários do sistema único de saúde português ; a averiguação de operadores privados dispostos a pactuarem com o operador público, para o exercício da atividade contratada; e, por fim, verificam uma projeção do período necessário de interação com o operador privado até que o operador público consiga, pelos seus próprios meios, executar a atividade de cuidados de saúde. A expressão *necessidade* deve ser compreendida como os casos ou as situações concretas de determinada região do país em que fica constatada a impossibilidade do Estado agir, devendo estabelecer *quem* irá responsabilizar-se pelo exercício da prestação do serviço de saúde. A *fundamentação* está no dever da autoridade administrativa contratante alicerçar o objeto do contrato administrativo dentro dos limites de ineficiência operacional comprovada do operador público. Portanto, está muitíssimo aquém do contrato-matricial de implementação das PPP no setor da saúde do Decreto-Lei n.º 86/2003, que alterou o Decreto-Lei n.º 185/2002.

Se anteriormente o contrato de gestão era tido pela própria exposição de motivos da norma reguladora como uma espécie de contrato de concessão de serviço público[627], atualmente a figura do contrato de gestão está mais relacionado com o contrato de arrendamento (mercantil) de serviços (públicos) de saúde. A nova política legislativa não procura um parceiro privado para partilhar riscos. Pelo contrário, a nova Lei de Base da Saúde chama para si o risco financeiro da operação. A única pretensão é a transferência temporária (sem referir o período mínimo) das operações de funcionamento e de manutenção do estabelecimento ou serviço de saúde público em funcionamento ou inerte

[627] . Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto, revogado pela nova Lei de Base da Saúde – Lei n-º 95/2019. Na verdade, o contrato de gestão constitui um instrumento de natureza concessória que tem por referência um estabelecimento de saúde prestador, podendo, através dele, o Estado associar privados na prossecução do serviço público da saúde com transferência e partilha de riscos e recurso ao financiamento de outras entidades. O contrato de gestão reveste, assim, a natureza de verdadeiro contrato de concessão de serviço público, embora a sua designação pretenda clarificar que, no âmbito da saúde, o Estado mantém, em maior grau, a responsabilidade, designadamente, porque é necessário que todos os cidadãos, sem excepção, tenham o acesso a cuidados de saúde através de um Serviço Nacional de Saúde que observe as características de generalidade e universalidade, ainda que com o concurso de outras entidades na sua gestão. O contrato de gestão constitui, por isso, a matriz dos instrumentos contratuais para o estabelecimento das parcerias, pelo que os restantes meios de concretizar o têm por modelo.

pela inaptidão da estrutura estatal.[628-629] E, tendo em conta esta constatação, atualmente está-se mais próximo de um *contracting out* (*adquirir fora*) do que de uma intenção de transferência de risco da substância da implantação de relações jurídicas de parceria entre o público e o privado.[630]

628 . MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. Desintervenção do Estado, privatização e regulação de serviços públicos. Disponível em: www.fd.unl.ptlptlon-line/delDesEst.doc. Acesso em: 2.4.2015.

629 . CABRAL, Nazaré da Costa. As Parcerias Público-Privadas. Coimbra: Almedina. 2009. p. 167-8.

630 . YESCOMBE, Edward R. Public Private Partnership: Principles of Policy and Finance. 1st ed. Oxford: Elsevier Limited. 2007.

Considerações Finais

O atual modelo de sistema de saúde português é misto, não se reconduzindo estritamente nem ao modelo Bismarckiano nem ao modelo Beveridgiano. Contribuiu decisivamente para este cariz misto a reformulação a que foi sujeito o Sistema Nacional de Saúde desde a sua fundação, através das sucessivas revisões constitucionais e das subsequentes reformas administrativas que ditaram uma profunda reestruturação da organização administrativa portuguesa da saúde. Apesar de o Estado ser ainda o principal financiador dos serviços de saúde no país, este já não é o financiador nem o fornecedor exclusivo destes serviços. No que respeita ao financiamento, e no âmbito da prestação dos serviços públicos de saúde, o sistema de saúde português conta com o contributo das *taxas moderadoras* cobradas aos utentes do SNS, e no que se refere ao fornecimento, é hoje significativa a parcela da população portuguesa que opta pelos cuidados de saúde oferecidos pelas iniciativas privada e social.

A inexistência de um monopólio estatal na prestação dos cuidados de saúde garantiu ao Governo, ao longo dos anos de crise económica no país, a possibilidade de reestruturar a organização administrativa do sistema de saúde. Isto ocorreu por necessidades práticas resultantes da escassez de recursos financeiros, em razão do imperativo constitucional de garantia da manutenção da assistência social dos cuidados da medicina em geral (preventiva, curativa e de reabilitação). A aproximação à iniciativa privada foi a saída encontrada para a manutenção dos serviços públicos de saúde, à luz do novo caráter das funções do Estado resultante quer de uma reavaliação pelo poder constituinte derivado dos valores consagrados na lei fundamental portuguesa, quer sobretudo da pressão externa da União Europeia, que obrigou o país, de acordo com os ajustes internacionais, a garantir sua própria sustentabilidade económico-financeira.

A reorganização administrativa das entidades públicas prestadoras dos serviços de saúde foi inspirada nestes renovados valores, deixando de lado a figura jurídica tradicional do instituto público, na espécie de estabelecimento público, com a transmutação dos operadores públicos da saúde em empresas públicas, seja, num primeiro momento, na forma jurídica privada (Hospitais S.A.), seja, em momento subsequente, na forma jurídica pública (Hospitais E.P.E). Para além disso, foram estabelecidas parcerias

público-privadas, promovendo a abertura de atuação de operadores privados nas funções de prestação dos serviços públicos de saúde.

A alteração da base hermenêutica do direito público desfigurou um sistema marcado pela estrita legalidade, com uma abertura epistémica à contratualização (baseada na autonomia de vontade das partes, ainda vinculada aos limites legais), em que tanto operadores públicos como privados prestam os cuidados da medicina em geral. Substituiram-se, assim, os ditames da legalidade estrita por critérios de conveniência e oportunidade administrativa, tendo em vista a manutenção dos serviços públicos de saúde, em função da procura dos utentes, com a criação do mercado (interno/público) de saúde, onde os operadores concorrem para contratar com as ARS, I.P. ou com os ACES (órgãos desconcentrados das ARS) para a prestação dos serviços (públicos) de saúde.

É importante salientar que as transformações hermenêuticas da organização administrativa se devem ao contexto histórico vivenciado no país e na Europa, à revelia da tradicional afinidade teleológica com a epistemologia do direito administrativo de influência francesa, adotado em parte no modelo-quadro de *civil law* que impera em Portugal. Os institutos jurídicos dessa reorganização administrativa dos serviços públicos de saúde estão mais associados ao contexto anglo-saxónico de modelo quadro *common law*, que não estabelece a mesma dicotomia para o Direito, entre público e privado.

Mais se refira que, Portugal separou as funções públicas no âmbito do mercado interno (ou público) de saúde, delimitando de forma clara as entidades que regulam e fiscalizam daquelas que prestam os serviços. O sistema português de saúde possui hoje um formato segmentado, resultante da utilização das técnicas jurídicas tradicionais de desconcentração e de descentralização administrativa, bem como outras técnicas-jurídicas, designadamente arranjos associativos entre os entes públicos responsáveis pela regulação, gestão e fiscalização da saúde em geral no país.

Os Serviços de Saúde da Administração Direta do Estado são a administração pública ligada ao Ministério da Saúde que, por via da desconcentração, procuram tornar mais simples e especializada a gestão do Sistema de Saúde no país. As competências necessárias para a realização das atribuições do Ministério da Saúde estão

repartiddas pelos seguintes órgãos: Secretaria-Geral, Inspecção-Geral das Actividades em Saúde, Direcção-Geral de Saúde, Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências e Direção-Geral de Proteção Social aos Trabalhadores em Funções Públicas.

Para além disto, o Ministério da Saúde possui um arcabouço de institutos públicos (I.P.), organizados ao abrigo de um processo de descentralização administrativa, os quais integram a chamada Administração Indireta do Estado na Saúde e que se dividem em duas categorias jurídicas - uma primeira composta pelos institutos de caráter nacional e uma segunda por institutos com atribuições e competências territorialmente delimitadas. Assim, enquanto as entidades da Administração Geral da Saúde funcionam como direções-gerais personificadas, com jurisdição em todo território de soberania portuguesa, as entidades da Administração Local da Saúde são institutos públicos regionais, que têm a sua jurisdição limitada a cada uma das regiões-plano em que se divide o território continental do país, mais precisamente às regiões Norte, Centro, Lisboa e Vale do Tejo, Alentejo e Algarve: são as Administrações Regionais de Saúde (ARS, I.P.) que possuem atribuições importantíssimas na gestão das necessidades locais para efeito de contratualização dos serviços necessários à respetiva satisfação.

Esta estrutura organizativa revela uma Administração próxima a interesses territorialmente diferenciados: estamos perante uma *agenda pública* de aquisição dos serviços de cuidados de saúde, especificamente direcionada às exigências dos utentes de cada região. O sistema de saúde não está, por isso, orientado para a satisfação de um interesse público geral e abstrato, construído através da norma jurídica. Por conseguinte, existe, neste ponto, uma quebra do paradigma do direito administrativo tradicional, com a implementação de um esquema organizativo funcionalizado ao suprimento das necessidades concretas de prestação aos cidadãos dos cuidados da medicina em geral.

Paralelamente, a criação de uma entidade pública independente com missão regulatória da saúde, denominada Entidade Regulatória de Saúde (ERS), traduziu-se numa maior segmentação dos papéis, antes centrípetos, do Governo, nas tarefas de regulação da saúde no país. A ERS é uma entidade com funções de coordenação das atividades de satisfação de necessidades de cuidados de saúde procurados no país,

cujas instruções, quanto ao modo de execução dos serviços de saúde (ao seu caráter mais ou menos satisfatório) são direcionados para todo e qualquer prestador, seja ele um operador público ou privado.

A organização centrífuga dos serviços (públicos) de saúde criou um formato estrutural dos cuidados de medicina em geral desmembrado e setorial, mas articulado em termos operacionais: mesmo que divididos por setores de atividade, designadamente em cuidados de saúde (i) primários, (ii) hospitalares e (iii) continuados integrados, os diversos operadores possuem mecanismos de gestão pública para assegurar a necessária interação na assistência dos pacientes.

Na organização administrativa do Serviço Nacional de Saúde (SNS), as entidades públicas prestadoras passaram, na sua maior parte, a assumir o formato de empresa pública. Esta mudança jurídico-orgnizativa abrangeu os cuidados de saúde hospitalares, por via da criação dos chamados «Hospitais S.A.», e, depois, da transformação destes em Hospitais E.P.E. (Decreto-Lei n.º 233/2005). Para além disso, Portugal desenvolveu a dimensão funcional dos serviços públicos, abrindo espaço para as parcerias entre públicos e privados, investindo operadores privados no exercício de funções públicas. Os primeiros contratos de parceria público-privada (PPP) dos hospitais públicos são exemplos da instituição de instrumentos economicamente mais viáveis e eficientes, comparativamente com o modelo burocrático e estritamente formal do direito administrativo clássico, que foi cedendo espaço a uma lógica nova de criação de bases hermenêuticas de direito público direcionadas à resolução de problemas práticos, que se foca mais na na ideia do serviço ao utente do que na obediência à clássica legalidade administrativa.

Esta mudança de paradigma resultou de uma abertura metodológica do direito administrativo e também da evolução da Constituição social e económica para um modelo mais liberal, com o incremento de processos concretos de privatização em diversas dimensões (formal, orgânica, material, orgânico-material e funcional), obrigando a abertura destes processos à implementação de uma série de mecanismos jurídicos de regulação vinculados aos desígnios de procura de resultados com otimização de custos, de eficiência e de eficácia no exercício das atividades de prestação de cuidados de saúde.

As reformas administrativas em Portugal, no âmbito da saúde, propiciaram uma estrutura organizativa dinâmica em relação aos prestadores dos cuidados de saúde. As estratégias amplas da privatização ativa utilizadas estão, contudo, cingidas aos desígnios da Constituição da Saúde (art. 64.º, CRP) e da Lei de Base da Saúde, que delimitam o modo como o Governo irá garantir os serviços de saúde em todo o território nacional.

A estrutura dos serviços públicos de saúde começa por ser uma consequência das opções do poder político da Assembleia da República, antes mesmo de se traduzir numa escolha da melhor técnica-jurídica de organização administrativa: tal relação de causa-efeito tem-se evidenciado sob a égide da Constituição de 1976, primeiro com a criação do SNS, por intermédio da Lei n.º 56/79, depois com a primeira lei reforçada de bases da saúde – Lei n.º 48/90, que trata de todo o sistema de saúde, envolvendo público e privado, atualmente com a nova lei de bases da saúde – Lei n.º 95/19.

Ainda sob a vigência da antiga Lei de Base da Saúde – Lei n.º 48/90, o país experimentou transformações no sistema administrativo dos serviços públicos de saúde. A participação de operadores económicos privados nas atividades dos serviços públicos de saúde, através de contratos administrativos de PPP, somada à transformação dos institutos públicos hospitalares em entidades públicas de formato jurídico privado, como foi o caso dos «Hospitais S.A.» ou do formato jurídico público com caráter empresarial, que ainda hoje apresentam os «Hospitais E.P.E.», alterou substancialmente a dinâmica funcional da função do setor público da saúde.

É importante salientar o espirito liberal da antiga Lei de Bases da Saúde, que incentivava expressamente o fenómeno da privatização passiva, apoiando o desenvolvimento do setor privado de prestação de cuidados de saúde e admitindo a concorrência com o setor público (Base XXXVII, N.º 1). O que acabamos de expor, contudo, não alterou a base epistemológica de sujeição às normas de direito administrativo por qualquer operador no exercício da função pública de prestação dos cuidados de saúde. O caráter regulatório de um direito público renovado que, ao abrigo da nova racionalidade político-jurídica da Constituição, substitui o clássico controlo

governamental por poderes regulatórios confiados a entidades reguladoras independentes, revolucionou a forma de encarar a estrutura orgânica da Administração Pública. O foco já não reside tanto no clássico aspeto estrutural de constituição de pessoas coletivas públicas incumbidas da prestação de serviços públicos essenciais, mas mais no aspecto funcional, ou nas dimensões funcionais, de prestadores de bens ou serviços de interesse geral que tanto podem ser entidades públicas como entidades privadas. Na dimensão de privatização funcional, que é a mais relevante no âmbito da prestação de cuidados de saúde sob responsabilidade pública, as atividades administrativas passam a poderem ser desenvolvidas não exclusivamente por órgãos das entidades públicas personificadas, mas também por particulares, através de ajustes contratuais.

Em Portugal, a embrionária experiência na área da saúde conseguiu, de certo modo, demonstrar que as atribuições do SNS consistentes na garantia dos cuidados da medicina para todos, em cumprimento da previsão nesse sentido da Constituição da Saúde, garantia juridicizada pelo conceito de *interesse público*, não podem ser confundidas com uma legitimação ou qualificação para a prestação dos serviços de saúde, ainda que, por efeitos legais, a competência seja primacialmente atribuída a entidades públicas. Por outras palavras, a referida abertura hermenêutica propiciou uma Administração Pública encarregue desta fundamental parcela da atividade administrativa multiorganizada e contratual (com operadores privados), estabelecendo relações funcionais que extrapolam a visão *intra* ou *inter* orgânica, através de fenómenos amplos da privatização.

A alegada falta de coerência na planificação e na programação da atividade e da própria organização administrativa da saúde, apontada por alguma doutrina, no que diz respeito aos fenómenos amplos da privatização dos serviços públicos (de saúde), a propósito dos acontecimentos concretos vivenciados no país, resulta de uma avaliação enviesada que é característica da hermenêutica tradicional de direito administrativo. Ora, os fenómenos de privatização na área da saúde não foram acontecimentos tradicionais, não podendo, portanto, ser devidamente apreciados e aquilatados à luz de hermenêutica administrativista clássica. Pelo contrário, tais fenómenos constituíram uma alternativa prática ou empírica que gerou uma rotura epistémica do direito público tradicional do modelo *civil law*, promovendo uma junção hermenêutica de regras jurídicas de direito privado com aceção, intenção, sentido ou

significados *adaptados* de direito administrativo (o conjunto destas regras é denominado doutrinariamente como *direito privado administrativo)*[631].

Neste ponto, cabe referir que o SNS possui uma estrutura fragmentada de regulação e de fiscalização, através de pessoas coletivas públicas com finalidades exclusivas e necessárias para planificação e para programação dos serviços públicos de saúde, sendo que, *por ex*., a ARS do Norte, I.P., está integrada na Administração Indireta do Estado, fracionando-se, por seu turno, em serviços desconcentrados que conhecem a designação legal de Agrupamentos de Centros de Saúde – ACES, cuja tarefa pública se encontra direcionada aos interesses dos residentes da área geográfica de intervenção, no acesso aos prestadores de cuidados de saúde. Trata-se de uma estrutura administrativa focada nas relações entre órgãos de entes públicos distintos, cuja missão é recebida do Ministério da Saúde, a quem cabe a atribuição de implementar dentro dos recursos disponíveis a Política Nacional de Saúde (art. 3.º, N.º 1 e N.º 2, alínea *a* do Decreto-Lei n.º 22/2012, de 30 de Janeiro).

Assim, o SNS, na sua atribuição principal de instituto jurídico de regulação e de fiscalização dos serviços públicos de saúde, está organizado de acordo com o carácter tradicional de direito administrativo. No âmbito do SNS, existe uma relação intersubjetiva entre as entidades públicas que o compõem, sejam elas entes do setor público administrativo (institutos públicos e fundações públicas) ou, ainda, entidades do setor público empresarial (entidades públicas empresariais). Tratam-se de pessoas coletivas públicas, personificadas ou não, com fins específicos, dentro do contexto de *devolução de poder* ou, nos termos da doutrina moderna, de uma *desconcentração personificada* ou *descentralização técnica*.

A estrutura fracionada da Administração Pública do SNS tem a finalidade exclusiva e necessária de assegurar a continuidade dos serviços públicos de saúde, prosseguindo tal interesse público através de entidades públicas de fins específicos. Assim, quando o Conselho diretivo de uma ARS, I.P. contrata prestações de cuidados de saúde a operadores públicos ou privados, está a manifestar um interesse

631 . DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Privado Administrativo. São Paulo: Atlas. 2013.

qualificado nas necessidades público-administrativas da área geográfica em causa (art. 5.º, N.º 2, alínea *f* do Decreto-Lei n.º 22/2012).

A aparência externa da estrutura do SNS revela dimensionamentos amplos de privatização relacionados com os prestadores dos serviços públicos de saúde. Temos, desde logo, a chamada privatização formal, levada a cabo através da remodelação estrutural da organização administrativa da saúde, traduzida na criação de um Setor Público Empresarial da Saúde, constituído por pessoas coletivas públicas de fins específicos de prestação de cuidados de saúde : são os casos das Unidades Locais de Saúde, E.P.E., dos Centros Hospitalares, E.P.E. e dos Hospitais, E.P.E.. O referido fenómeno de privatização formal ocasionou a formação de um mercado público de saúde com uma dinâmica concorrencial ajustada aos moldes da *empresarialização*. Contudo, para além do fenómeno que acabamos de referir, foram também introduzidos outros fenómenos privatizantes.

A partir de 1996, as Administrações Regionais de Saúde contrataram parcerias público-privadas, inaugurando nesse final de século um longo e bem-sucedido período de experiências com contratos de PPP, como o do Hospital Amadora-Sintra, implememtando um inovador programa de privatizações no setor da saúde. Foram criados laços com a iniciativa privada para a construção e gestão de novos hospitais, admitindo-se os serviços da medicina privada no âmbito do SNS. Os contratos públicos de parceria público-privada na saúde tinham ações múltiplas, desencadeando fenómenos de privatização funcional: através do mesmo ajuste contratual pactuava-se a gestão de concepção, de construção, de financiamento, de conservação e de exploração das unidades hospitalares e admitia-se, ainda, a exploração das atividades de cuidados de saúde no local (Decreto-Lei n.º 185/2002, atualmente revogado pela Lei n.º 95/2019). Vale observar que a política legislativa da época procurava ou dava abertura a outras soluções testadas internacionalmente que apoiassem os serviços públicos de saúde, tendo ficado expressa essa intenção no corpo das disposições de motivos da norma definidora do regime jurídico de parcerias em saúde.

No incício da primeira década de 2000, o Setor Público Empresarial da Saúde enveredou pela senda da privatização orgânica-formal, através da empresarialização, admitindo, *por ex.*, os contratos individuais de trabalho nas entidades

públicas empresariais, contratos esses submetidos ao Código do Trabalho – Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro (direito privado), vínculos laborais anteriormente enquadrados no regime jurídico especifico da Administração Pública – Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho (direito público). Não se pode, por isso, afirmar que o subsequente aprofundamento da abertura à privatização tenha propiciado *uma nuvem obscura* de atuação da administração pública através do direito privado, uma vez que com a empresarialização dos hospitais foram criadas bases epistemológicas de fusão das normas jurídicas de direito privado com o espírito de direito público.

A mudança afetou a base jurídica conceptual de *serviço público*, deixando a sua qualificação de (serviço) *público* de assentar na natureza do ente que presta o serviço (quem presta o serviço? uma organização pública[632]), para passar a traduzir a sua aptidão (*pública*) para satisfazer o interesse (*público*), que constitui a respetiva razão de ser - os interesses dos destinatários dos serviços (a quem se presta o serviço? aos utentes do SNS[633-634]).

A Constituição da Saúde (art. 64.º, CRP) promove possíveis e viáveis reestruturações dos serviços públicos de saúde. A imposição constitucional de criação do SNS constitui uma obrigação do Poder Público, no sentido de este obter meios viáveis para assegurar a proteção dos cuidados de saúde, pouco importando *quem* irá efetivar esta prestação, se um operador público ou privado.[635] Neste sentido, a titularidade do serviço (público) de saúde nas mãos do Estado não impede fenómenos práticos de transferência do exercício do serviço a operadores económicos privados.

Os *serviços públicos de saúde* têm natureza institucional. Nesse sentido, o SNS é uma estrutura social construída pelos empenhos conjuntos de uma pluralidade indefinida de entidades, constiutindo um elemento jurídico formador de consciência da vida social saudável em Portugal. Por outras palavras, é sugerível que o espírito do art. 64.º, n.º 2, alínea *a)* da CRP, em relação ao SNS, ultrapassa a limitação

---

632 . HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Administratif et de Droit Public. 10ªed. Paris. 1923. p. 25.
633 . WADE, H. W. R. Administrative Law. 3ªed. Oxford. 1974. p. 298.
634 . WHITE, Leonard. Introduction to the Study of Public Administration. New York: Macmillan. 1955. p. 402.
635 . MIRANDA, Jorge; MEDERIOS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 1319.

restritiva da atual Base 20, N.º 1 da Lei n.º 95/2019 – nova Lei de Base da Saúde, que se cinge à identidade e existência de entidades estatais.

O espírito da Constituição da Saúde é aberto e, para isso, aponta o teor programático do art. 64.º da CRP, que remete para o plano infraconstitucional a missão de organização administrativa *de como prestar* os serviços públicos de saúde.

Existem várias opções de construção da estrutura de prestação dos cuidados médicos em geral.

A opção tradicional de criação de entidades públicas em formatos variados, mas mais associados ao modelo do instituto público (com a criação de institutos públicos *sui generis*, como os Hospitais S.P.A. e os Hospitais E.P.E.), é característica da de uma organização administrativa assente em prestadores de serviços de saúde com perfil público e da estatização das atividades dos cuidados de saúde. Com tal escolha de política legislativa, o serviço público de saúde ganha esta definição em razão *de quem presta* as atividades de cuidados de saúde, ou seja, o serviço é público por ser proporcionado por uma entidade pública.

Outra alternativa, já experimentada em Portugal, e com comprovado sucesso nas primeiras duas décadas do séc. XXI, é a da criação de algumas dimensões amplas de privatização ativa, com instituição de um mercado público de saúde, o qual, e apesar de contar com a existência e atuação de institutos públicos *sui generis* com formato empresarial (ex.: Hospitais, E.P.E.), admite a participação de operadores privados na prestação dos serviços (públicos) de saúde, através de contratos públicos (ex.: Hospitais em PPP; *contracting out*; *outsourcing*). Nesta hipótese, a prestação dos serviços de cuidados de saúde está, em certas circunstâncias, desestatizada, mas sem alteração do caráter público (*publicização*) do serviço, em razão da relevante função pública, delegada ou contratada, de cuidados médicos em geral, direcionados aos utentes que optaram pela assistência social assegurada pelo Estado (designadamente no âmbito do SNS).

O método de financiamento dos serviços públicos de saúde deve estar harmonizado com a opção estrutural de prestação aos pacientes dos cuidados da

medicina em geral de forma eficiente e eficaz e de acordo com as tecnologias disponíveis na ótica dos pacientes.

No mercado público de saúde, instituído nos últimos anos, em Portugal, deverá ser desenvolvido o sistema de pagamento *ex post* aos prestadores, públicos ou privados, a fim de impulsionar a concorrência e a melhoria na qualidade de atendimento dos clientes/usuários dos serviços públicos de saúde. Isto porque, a base de pagamento deverá sempre assentar nas atividades efetivamente desenvolvidas pelos operadores, e não na assinatura de um contrato-programa com base de pagamento na despesa histórica da unidade de cuidados de saúde.[636]

O modelo de financiamento retrospectivo atende mais às exigências da estrutura tradicional de prestadores de serviços públicos de saúde estatizados do tipo institutos públicos, não havendo, num tal contexto, motivo para incentivar os operadores públicos no sentido do aumento de produção, da melhoria da qualidade de atendimento ou da atualização tecnológica, com o objetivo de melhorar o seu posicionamento entre os demais operadores. São paradigmáticos desse modelo anacrónico os contratos-programas assinados entre ARS, I.P. e prestadores públicos personificado, em regra, com formato E.P.E., que levam em linha de conta apenas as despesas dos serviços prestados aos utentes, sem a preocupação de recompensar, por exemplo, as melhorias introduzidas no funcionamento do instituto público *sui generis* (pelo formato empresarial), através de captação de recursos financeiros próprios.

O modelo de financiamento prospectivo atende mais à estrutura de mercado interno de saúde, uma vez que a base do pagamento é o coeficiente de produção, que se traduz pela atividade desenvolvida, levando em consideração o tipo de cuidado da medicina desenvolvida , o quantitativo e os preços praticados. Trata-se de um mecanismo negocial de carácter económico, que coloca o operador em ajuste com um instituto público regulador (ex.: ARS, I.P.), que lhe cobra o nível de eficiência operativo da atividade médica e força o mesmo a organizar-se internamente para reduzir gastos e custos, sem perda de qualidade.

---

[636] . CARVALHO, João Pedro Pinheiro de Oliveira Rodrigues. Sistema de Financiamento Hospitalar: uma reflexão. Trabalho de Mestrado integrado em Medicina. Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. Abril, 2010. p. 6.

Este critério de financiamento aumenta os gastos com a prestação dos serviços públicos de saúde. Contudo, a proposição de reformulação do procedimento de financiamento misto, por intermédio dos recursos do erário público e das taxas moderadoras, com cobrança de valores coerentes aos usuários, de acordo com a respetiva capacidade económica e financeira, garante o caráter de assistência social à proteção da saúde e, ao mesmo tempo, o financiamento necessário à atualização dos equipamentos, em função dos avanços tecnológicos do mercado da saúde.

Na perspetiva que se acaba de referir, é de ponderar a hipótese de criação de outros mecanismos de financiamento indireto dos serviços públicos de saúde, através, por ex., de prestadores de cuidados de saúde em formato jurídico de sociedade de economia mista de tipo societário S.A., de capital aberto ou fechado, com influência dominante pública, encentando-se, desta forma, outra via de privatização funcional institucional, através de uma transferênciaparcial do capital social da sociedade, que ocasionará uma partilha de riscos na prossecução do respetivo objeto social.

A perfilhação nacional de um mercado público de saúde, que passou também pelo fenómeno da privatização formal dos prestadores públicos de cuidados de sáude, através da respetiva empresarialização, promoveu uma administração negociada pelas ARS, I.P., que passou a definir compromissos contratuais juridicamente vinculativos para os operadores partes nesses acordos. Ora, numa segunda etapa deste mesmo caminho, é económica e juridicamente viável a criação de unidades de saúde assentes em parcerias público-privadas institucionais, com a prossecução do mesmo interesse público, desenvolvendo atividades igualmente públicas – ainda que a sociedade tenha, na sua estrutura acionista, operadores económicos privados com capacidade de influir na manifestação de vontade social, sempre sem prejuizo de os poderes públicos manterem uma influência dominante nas deciões estratégicas e, em geral, nos destinos da sociedade prestadora.

O direito público, mais precisamente o direito administrativo, assumiu, dentro da estrutura de mercado púbico de saúde, o papel de garante da previsão da Constituição da Saúde de proteção da saúde, por intermédio da efetivação de meios concretos de acesso de todos os cidadãos aos cuidados da medicina em geral. Após a

ocorrência dos amplos fenómenos de privatização ativa vivenciados em Portugal, a estrutura de regulação do mercado público de saúde promoveu que o Estado se remetesse a um papel essencialmente de *garante* (e já não essencialmente *prestador*) da prestação dos necessários cuidados de saúde a toda a população. Por conseguinte, com a referida reforma administrativa deu-se o primeiro passo na desoneração do Estado do papel de protagonista da execução dos serviços (públicos) de saúde.

A composição do Sub-setor Público Empresarial da Saúde por Entidades Públicas Empresariais, com forma jurídico-pública, aproxima mais esta estrutura orgânica do pradigma do instituto público (cf. o Decreto-lei n.º 18/2017). Ora, este universo de institutos públicos *sui generis* têm mais *aparência* do que *substância* empresarial, uma vez que não estamos perante reais entidades públicas empresariais que desempenhem com independência as tarefas de prestação dos serviços públicos de saúde.

Não obstante a consideração que se acaba de tecer, descortinava-se na Lei de Base da Saúde revogada recentemente – Lei n.º 48/90 – um espírito de transformação dos operadores públicos, dada a real fragmentação e independência das funções públicas que lhes eram confiadas. Acresce que o mercado público de saúde criado em Portugal não consistiu numa mera privatização orgânico-formal. Com efeito, a empresarialização dos serviços públicos de saúde implicou a adoção de métodos de gestão e funcionamento próprios das empresas privadas, com utilização de algumas técnicas jurídicas de direito privado, que deram azo a um microssistema jurídico de *direito administrativo (privado)* de grande complexidade jurídica.

Pois bem. A nova Lei de Base da Saúde – Lei n.º 95/2019 – criou um real paradoxo no sistema de saúde português, todo ele estruturado à luz da anterior lei de bases, na medida em que contraria o sistema administrativo (ainda) vigente de prestação dos cuidados da saúde. Desde logo, a nova Base 20, N.º 1 é clara quanto à necessária constituição dos prestadores dos serviços do SNS em formato de estabelecimentos públicos. Ora, o que acabamos de expor traduz uma reversão da estrutura de mercado público de saúde para o velho modelo de entes públicos personificados (institutos públicos de regime especial) ou não (órgãos fracionados dos institutos públicos) subordinados quase-hierarquicamente ao Governo (ex.: Hospitais S.P.A., no âmbito dos cuidados hospitalares – cf. Decreto-lei n.º 284/99; ACeS como o

que agregou o Centro de Saúde Ave/Famalicão à Unidade de Saúde UCSP Nine, no âmbito dos cuidados de saúde primários – cf. Decreto-lei n.º 28/2008).

No prisma da nova Lei de Base da Saúde, os serviços públicos de saúde estão vinculados a um sentido subjetivo, ou seja, os serviços de saúde serão públicos quando prestados por órgãos ou institutos públicos do Estado, subentendendo-se que um SNS só composto por entidades públicas volta a ser o responsável exclusivo pela execução das atividades voltadas à coletividade, apenas atuando os operadores privados nas funções públicas de prestação dos cuidados da medicina de forma excepcional e temporária. Dá-se, portanto, uma quebra epistémica da visão do mercado público da saúde com sentido objetivo, fundamentalmente focado num serviço de saúde estruturado em razão da atividade prestada à coletividade (ao universo dos utentes do SNS) em si mesma considerada, a qual podia ser prestada quer pelo Estado e pelos seus agentes, quer por particulares investidos nessa missão.

A noção clássica do critério orgânico de execução das atividades públicas de saúde foi reintroduzido nas Bases do SNS, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea *f*) da CRP, sendo certo que a Lei n.º 95/2019 deixou claramente a opção política de estabelecer o regime jurídico através de *serviços e estabelecimentos do SNS e demais instituições públicas*, expressando a opção política por diversas vezes no texto legal, quando trata dos sistemas locais de saúde (Base 9) e quando enfatiza que o SNS é conjunto organizado e articulado de *estabelecimentos e serviços públicos* (Base 20, n.º 1). Além disso, a Assembleia da República impôs ao Governo o dever de reestruturar a organização e o funcionamento do SNS[637], a fim de readequar a natureza jurídica dos estabelecimentos e dos serviços (Base 22, N.º 1). Assim, assiste-se, inclusive, ao abandono do modelo de empresa pública (de mercado público de saúde), retornando-se ao modelo de instituto público com fins específicos.

É intrigante neste aspecto que, mesmo existindo um Governo disposto a continuar uma estrutura de mercado público de saúde e a desenvolver outras estratégias de parceria entre o público e o privado na consecução da atividade de prestação dos cuidados de saúde do SNS, a Assembleia da República imponha a sua soberania,

[637] CANOTILHO, J. J. GOMES, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. 16 reimp. Coimbra-PT: Editora Almedina. 2003. p. 752.

emoldurando princípios e bases gerais para reestruturar a organização do SNS que não se adequam ao construído ao longo dos últimos anos no país. E, sobretudo, que o legislador parlamentar faça recair sobre o Governo o consequente dever de emitir a normação necessária à administrativização de um Setor Público Empresarial atualmente caracterizado por desenvolverem os operadores públicos que o integram uma ação concorrente com outros operadores privados, que também prestam cuidados de saúde no âmbito de uma única rede nacional de prestação de cuidades públicos de saúde.

No que diz respeito à Constituição da Saúde, parece-nos que a Assembleia da República exacerbou a sua reserva de competência para fixação de bases gerais ao regime jurídico a ser instituído aos serviços públicos de saúde. Na etimologia da (nova) CRP (da lei fundamental resultante das sucessivas revisões ao texto aprovado em 1976), deu a lei constitucional revista ensejo a uma interação entre o público e o privado, estabelecendo em relação à organização e funcionamento dos serviços de interesse geral, o *princípio da subsidiariedade* (artigo 6.º, n.º 1, CRP), constitucionalizando o procedimento administrativo através do *principio da participação dos interessados* (de participação também dos operadores privados, portanto, nas ditas atividades de interesse geral), princípio esse inserido no texto fundamental, através do artigo 199.º da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, que alterou o artigo 267.º, n.º 1 da CRP (preceito que trata da estrutura da Administração).

Existem limites para a reserva de competência da Assembleia da República, no que respeita à fixação das bases gerais ao regime jurídico do SNS, limitado que está este órgão de soberania, no que respeita à definição do que seja (do que tenha de ser) o *serviço público* (no caso, o serviço público de saúde), tendo em conta as referidas transformações da Constituição. Esta limitação está diretamente relacionada com a transição, também vivenciada em Portugal, e refletida na Lei Fundamental, do Estado Social prestador para o Estado Regulador, transformação operada sem prejuízo da necessária tutela dos direitos sociais fundamentais, no caso da proteção da saúde, através do artigo 64.º da CRP. As dimensões de privatização foram implementadas na organização dos serviços públicos de saúde no âmbito desta tranformação do modelo de Estado, pelo que alterar este sentido hermenêutico histórico é deturpar as transformações das formas de atuação do Estado acolhidas na Constituição.

Nas duas primeiras décadas do séc. XXI, Portugal quebrou a dogmática tradicional assente na dicotomia rígida entre, por um lado, um serviço público de saúde em sentido subjetivo (exclusivamente composto por organismos do setor público administrativo), e um universo residual (e simplesmente *tolerado*) de prestadorees privados de cuidados de saúde. E fê-lo flexibilizando a classificação das atividades do Estado, desde logo através da viabilização do estabelecimento de parcerias entre operadores públicos e privados (uma das espécies de privatização no sentido amplo deste termo). Isto, de certo modo, mitigou a segregação do tradicional *serviço público* de saúde relativamente a uma atividade de exploração económica no setor da saúde por definição *privada*, com uma inédita mistura também no campo da saúde entre Estado e sociedade.

Resultou da alteração que se acaba de referir a perda de sentido epistemológico das expressões "apenas entidades estatais desempenham o interesse público" ou "as entidades da sociedade civil somente desempenham atividades de interesse privado", na medida em que toda a atividade de prestação dos cuidados de saúde realizada para os utentes do SNS, fosse ela desenvolvida por privados ou por entidade públicas, passou a consubstanciar o exercício de funções públicas (administrativas), com omnipresença do interesse público.[638]

Reitere-se que, esta transformação foi inspirada pelo texto constitucional revisto, ao qual o Governo deve direta obediência – razão pela qual as fronteiras do sistema público de saúde deverão ser delimitadas à luz de uma leitura atualista da lei fundamental, nos termos de um regime jurídico de prestação dos serviços públicos de saúde construído pelo Governo, a quem compete a criação de uma estrutura administrativa capaz de alcançar a missão da Constituição da Saúde, sem prejuízo da observância das bases gerais delimitadas pela Assembleia da República.

Das observações e análises empreendidas ao longo da construção do presente trabalho cientifico, e que se encerram por meio das presentes considerações finais, é evidente *aos olhos deste professor* que nas primeiras duas décadas do século XXI Portugal instituiu uma *zona híbrida*, causando a ruptura do modelo dicotómico de repartição entre atividade (exercício, prestação) pública e privada no que concerne ao

[638] . MOREIRA, Vital. Administração Autónoma e Associações Públicas. Coimbra: Coimbra Editora. 1997. p. 24.

mercado público (interno) de saúde, com aderência à *agenda liberal* da União Europeia. E com esta verdadeira revolução ficou definitivamente desmentida a clássica asserção de que a realização do direito à proteção da saúde só seria constitucionalmente exequível através de um serviço nacional de saúde inteiramente composto por entidades estatais: na verdade, e sem prejuízo do caráter dirigente da Constituição da Saúde, a norma programática do art.º 64.º CRP não tem hoje, seguramente, tal alcance.

Não está consagrado, pois, na Constituição da Saúde, um regime de monopólio estatal, admitindo a lei fundamental, na sua letra e, sobretudo, atualmente, no seu espírito, um regime de concorrência, através da implememntação de um mercado público de saúde com operadores públicos e privados. Mesmo partindo da incontornável *relevância pública* dos serviços de saúde, dado o seu caráter intrinsecamente social (neste sentido, todas as atividades de prestação de serviços de saúde são, por definição, de interesse geral não económico), reitere-se que estes podem ser prestados quer por entidades estatais quer por particulares.

Nesta senda, é incongruente tentar aplicar o modelo doutrinário dicotómico tradicional, com um extemporâneo regresso ao critério orgânico ou subjetivo do serviço público de saúde, como pretende a atual Lei de Bases da Saúde, sobretudo quando a estrutura administrativa organizativa de prestadores de cuidados de saúde no país já não assenta, há muito, nesse esquema de repartição estanque de atividades, mantendo-se, aliás, em vigor parcerias públicas-privadas bem sucedidas, *por ex*., no setor hospitalar. O Poder Público, e mais precisamente o Governo, tem autorização constitucional para instituir cooperações úteis, a fim de ampliar a efetividade da dispensa dos necessários cuidados de saúde aos utentes do SNS. O que importa é que, seja o operador público ou privado, quando estiver a prestar um serviço público de saúde, este seja desempenhado em prol dos administrados (utentes/pacientes/usuários) do SNS[639].

O SNS é um serviço público de crucial importância, promovendo a garantia de atividades consideradas essenciais e prioritárias para a comunidade. Porém, os prestadores de cuidados de saúde não têm, necessariamente, de ser de titularidade estadual. Logo, o *serviço nacional* de relevância pública da Constituição da Saúde é mais

[639] . PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. 10ºed. Tomo I. Madrid: Marcial Pons. 1998. p. 483.

amplo do que o conceito administrativo clássico de *serviço público*. A regularidade, a acessibilidade e a disciplina da prestação dos cuidados de saúde em geral transcende a dimensão subjetiva do prestador, podendo (mais do que isso , devendo) o Governo contratar, fiscalizar e incentivar todo um amplo leque de operadores chamados a essa missão (órgãos, institutos públicos, empresas – públicas ou privadas, PPP, consórcios, associações, sociedades de economia mista, etc.), de forma a caber a cada um deles uma parcela da tarefa de prestação dos serviços públicos de saúde.[640]

Dentro da categoria de serviço social de interesse geral, adotado pela Comissão Europeia (Brussels, 20.12.2011, COM(2011) 900 final)[641], a Constituição da Saúde deve ser interpretada teleológica e sistematicamente com a normação comunitária, a fim de alcançar os propósitos jurídicos dos cuidados de saúde em geral para a população portuguesa, zelando no sentido de a intervenção estatal garantir aos mais vulneráveis, em razão dos princípios da solidariedade e da igualdade, um acesso efetivo e eficaz, a preços acessíveis, aos serviços. A igualdade *in concretu* alcança-se com o indispensável tratamento equitativo dos indivíduos, de acordo com as suas condições socioeconómicas, exigindo-se, desde logo, contrapartida financeira para o custeio das despesas dos serviços de saúde aos utentes que tenham capacidade contributiva para tanto.

Atualmente, a saúde universal está mais direcionada para o conjunto dos chamados serviços mínimos, os quais são previamente definidos em razão da evidência científica. Isto garante acesso dos pacientes do SNS aos fornecimentos dos cuidados de saúde essenciais, com padrão de qualidade compatível ao tempo do tratamento e com preços adequados à condição socioeconómica do país e do usuário do serviço prestado.

---

[640] . Definição dos serviços de interesse geral: Serviços de interesse geral são serviços que as autoridades públicas dos Estados-Membros classificam como sendo de interesse geral e, por conseguinte, sujeitos a obrigações específicas de serviço público. Tais serviços podem ser prestados quer pelo Estado, quer pelo setor privado. Exemplos de serviços de interesse geral: transportes públicos, serviços postais e cuidados de saúde. Comissão Europeia. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest_pt. Acesso em: 2.12.2019.

[641] . UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Um enquadramento de qualidade para os serviços de interesse geral na Europa Bruxelas, 20.12.2011, COM(2011) 900 final. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0900:FIN:PT:PDF. Acesso em: 2.12.2019.

A tendência contemporânea de estrutura de mercado público de saúde em Portugal promoveu um modo diferente de prestação dos serviços públicos de saúde. Na verdade, o estímulo e a competição entre prestadores e a partilha da rede, enquanto efeito de diminuição do monopólio natural, não fizeram com que o Estado renunciasse ao papel de disciplinador ou regulador da atividade de prestação de cuidados de saúde desenvolvida pelos operadores privados. Tão somente passou a estrutura administrativa portuguesa a admitir um complexo sistema de competição organizada, restrita e determinada pelo Governo entre operadores públicos e privados, todos eles igualmente prestadores dos serviços públicos de saúde.

Um processo dinâmico de criação de dimensões amplas de privatização nos serviços públicos de saúde alcança exercícios mais arrojados de proposições de parcerias e de cooperação entre parceiros públicos e privados, como é o caso do modelo de sociedade de economia mista, que admite coparticipação nos riscos de financiamento e da atividade em si considerada.

Referências bibliográficas

A new sick mano of Europe. The Portuguese economy. Revista The Economist. Apr. 2007. Disponível em: https://www.economist.com/europe/2007/04/12/a-new-sick-man-of-europe. Acesso em: 2.2.2019.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de; COSTA, Ricardo. Sociedade Anónima. A Sedutora (Hospital, S.A., Portugal, S.A.). Unipessoalidade Societária. Coimbra: Almedina. 2003.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. As novíssimas Empresas Públicas (segundo o DL 133/2013). Luís Pedro Cunha et all [orgs.]. Boletim de Ciências Económicas. Homenagem ao Prof. Dr. António José Avelãs Nunes. Volume LVII. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Tomo I. 2014.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Da Empresarialidade. As empresas no Direito. Coimbra: Almedina. 1999.

AFONSO, Rui Pedro Marques. Relatório de Estágio. Centro Hospitalar de Coimbra, EPE. Faculdade de Economia. Universidade de Coimbra. 2010.

AGAPITO, Pedro Manuel Alvito. Serviço Nacional de Saúde (SNS) versus Seguros Privados de Saúde (SPS): Os Seguros de Saúde Mutualistas. Dissertação de Mestrado. Ciências Sociais Humanas. Universidade da Beira Interior. Jun. 2016.

AGAPITO, Pedro Manuel Alvito. Serviço Nacional de Saúde (SNS)versus Seguros Privados de Saúde (SPS): Os Seguros de Saúde Mutualistas. Dissertação de Mestrado. Ciências Sociais Humanas. Universidade da Beira Interior. Jun. 2016.

Agência Lusa. Tribunal de Contas encontra desequilíbrios nas contas da Entidade Reguladora da Saúde. O Tribunal de Contas encontrou deficiências da Entidade Reguladora da Saúde e concluiu que são cobradas taxas superiores aos seus custos

operacionais. Observador (on-line). 26 jan. 2017. Disponível em: https://observador.pt/2017/01/26/tribunal-de-contas-encontra-desequilibrios-nas-contas-da-entidade-reguladora-da-saude/. Acesso em: 30.4.2018.

ALBERNAZ, Jorge Luiz Morales. Breve Classificação dos Direito Fundamentais. Revista online. Publicado 14.4.2011. p.3. Disponível em: http://www.diritto.it/docs/31450-breve-classifica-o-dos-direito-fundamentais. Acesso em: 9.1.2016.

Alexa J, Rečka L, Votápková J, van Ginneken E, Spranger A, Wittenbecher F. Czech Republic: Health system review. Health Systems in Transition. European Observatory on Health Systems and Policies. World Health Organization. Vol. 17. N.º 1. 2015.

ALEXI, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. [trad.] Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

ALFERES, Eduardo Henrique. Autopoiése do Direito. Revista Âmbito Jurídico (on-line). 1º de maio de 2.010. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/autopoiese-do-direito/. Acesso em: 10.09.2017.

ALLEN, Justin et al. A definição europeia de Medicina Geral e Familiar. World Family Doctors Caring for People. WONCA EUROPE. 2.002. p. 6. Disponível em: https://www.woncaeurope.org/file/b662cccc-6ad6-4d34-a9a2-fd02d29fae5b/European%20Definition%20in%20Portuguese.pdf. Acesso em: 2.10.2019.

ALMEIDA, António Pereira de. Sociedades Comerciais. 3ªed. Coimbra: Editora Coimbra. 2003.

ALMEIDA, São José; GOMES, Sérgio B. As Revisões da Constituição da República Portuguesa. 40 anos da Constituição. Acervo Público. Disponível em: https://acervo.publico.pt/40-anos-da-constituicao/as-revisoes. Acesso em: 20.7.2019.

American Institute of Certified Public Accountant. Disponível em: https://www.aicpa.org/. Acesso em: 15.2.2021.

AMORIM, João Pacheco de Amorim. Algumas possíveis (e desejáveis) alterações à Constituição, quase vinte anos volvidos sobre a última grande revisão constitucional (1997). *In* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira. Cláudia Sofia Melo Figueiras et al (Coord.). Coimbra: Almedina. 2017.

AMORIM, João Pacheco de. Direito Administrativo da Economia. Vol. 1. Coimbra: Almedina. 2014.

AMORIM, João Pacheco de. Prestação de serviços "de imediata utilidade pública" vs. concessões de serviços públicos. Revista de Contratos Públicos. N.º 19. Jan. 2019.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Lições de Direito Administrativo. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Lições de Direito Administrativo. 5ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004.

ANTÓNIA, Isa Filipa. As parcerias público-privadas no sector da saúde: O advento do estado mínimo de regulação e o direito de acesso à saúde. Coimbra: Almedina. 2015.

ANTÓNIO, Isa Filipa. As parcerias público-privadas no sector da saúde: o advento do estado mínimo de regulação e o direito de acesso à saúde. Coimbra: Almedina. 2015.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. A ciência jurídica administrativa. 3.ª Tiragem. Coimbra: Almedina. 2012.

ARNAUT, António; SEMEDO, João. Salvar o SNS – Uma nova Lei de Bases da Saúde para defender a Democracia. 1ª ed. Porto: Porto Editora. 2017. E-Book (wood.pt/Biblioteca).

ARNAUT, António. Serviço Nacional de Saúde – SNS: 30 anos de resistência. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.

ARNAUT, António. Serviço Nacional de Saúde: SNS – 30 anos de resistência. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.

ARNAUT, António. Serviço Nacional de Saúde. 30 anos de resistência. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.

ASCARELLI, Tullio. Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil, introducción y traducción de Evelio Verdera y Tuells. Barcelona: Bosch.1964.

ASQUINI, Alberto. Profili dell´impresa. RDC. 1943. P.I.

AZEVEDO, Helda; MATEUS, Céu. Economias de escala e de diversificação: uma análise da bibliografia no contexto das fusões hospitalares. Revista Portuguesa de Saúde Pública. Lisboa. Vol. 32. N.º 1. p. 106-117. Março 2014. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0870-90252014000100013&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 1º.12.2018.

AZEVEDO, Maria Eduarda. Temas de Direito da Economia. Coimbra: Almedina. 2013.

BAPTISTA, Tiago de Castro. A Liberalização do Mercado Energético em Portugal – Verdadeira Concorrência? Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. José Manuel Nunes Sousa Neves Cruz [orientador]. 2014.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (Coord.). Teoria Jurídica da Privatização: Fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017.

BARCELOS+. IDEALMED – Unidade Hospitalar de Coimbra. Disponível em: https://www.bacelar.pt/bacelar-equipa-unidade-hospitalar-de-excelencia-em-coimbra/. Acesso em: 8.6.2020.

BARIFOUSE, Rafael. Coronavírus: Médicos podem ter de fazer 'escolha de Sofia' por quem vai viver na Itália. BBC News Brasil em São Paulo. 13 Março 2.020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51864814. Acesso em: 30.3.2020.

BARROS, Pedro Pita; MACHADO, Sara Ribeirinho; SIMÕES, Jorge de Almeida. Portugal. Health system review. Health Syst Transit. Ano 2011; 13(4): 1-156. Disponível em: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22222781/. Acesso em: 2.7.2017.

BARROS, Pedro Pita. Economia da saúde: conceitos e comportamentos. Coimbra: Almedina. 2009.

BARROS, Pedro Pita; GOMES, Jean-Pierre. Os Sistemas Nacionais de Saúde da União Europeia, Principais Modelos de Gestão Hospitalar e Eficiência no Sistema Hospitalar Português. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Economia, Universidade Nova de Lisboa. Jul. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 31 Out. 2020. doi: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e Eficácia das Normas. São Paulo: Renovar. 9ª ed. 2009. p. s/n

BASE: Contratos Públicos Online. Disponível em: http://www.base.gov.pt/Base/pt/ResultadosPesquisa?type=contratos&query=adjudicanteid%3D359440. Acesso em: 23.8.2020.

BBC. História. William Beveridge (1879-1963). Disponível em: http://www.bbc.co.uk/history/historic_figures/beveridge_william.shtml. Disponível em: 1º.3.2018.

BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; BOITEUX, Fernando Netto. Manual de Direito Empresarial. Salvador: JusPodivm. 2018.

BENTHAM, Jeremy. Introduction to the principles of morals and legislation. J. H. Burns e H. L. A. Harts. Oxford: Oxford University Press. 1996. Cap. 1.

BEVERIDGE, Sir William. (2000). Social insurance and allied services : report / by Sir William Beveridge. Bulletin of the World Health Organization : the International Journal of Public Health 2000 ; 78(6) : 847-855 https://apps.who.int/iris/handle/10665/57560. Acesso em: 1º.8.2019.

BISCAIA, André Rosa; HELENO, Liliana Correia Valente. A Reforma dos Cuidados de Saúde Primários em Portugal: portuguesa, moderna e inovadora. Ciênc. saúde coletiva [online]. 2017, vol.22, n.3, pp.701-712. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017223.33152016.

BISCAIA, André Rosa. A reforma dos cuidados de saúde primários e a reforma do pensamento. Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar, [S.l.], v. 22, n. 1, p. 67-79, jan. 2006. ISSN 2182-5181. Disponível em: <https://www.rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/10211>. Acesso em: 23 maio 2020. doi:http://dx.doi.org/10.32385/rpmgf.v22i1.10211.

BISCAIA, André Rosa. A reforma dos cuidados de saúde primários e a reforma do pensamento. Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar, [S.l.], v. 22, n. 1, p. 67-79, jan. 2006. ISSN 2182-5181. Disponível em: <https://www.rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/10211>. Acesso em: 23 maio 2020. doi:http://dx.doi.org/10.32385/rpmgf.v22i1.10211.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

BORBA, Cláudio. Direito Tributário. 22ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007.

BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise. Coimbra: Almedina. 2015.

BRASIL. IBGE divulga estimativa da população dos municípios para 2020. Out./2020. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br. Acesso em: 12.12.2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. O caso lava jato. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso. Acesso em: 29.11.2019.

BRASIL. Produto Interno Bruto. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php. Acesso em: 16.6.2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria nº 63/96, de 27 de fevereiro de 1996. Manual de Auditoria do TCU.

BRAUDEL, Fernand. Os Jogos das Trocas. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 392-393.

BRITO, Miguel Nogueira de. Direito Administrativo de Polícia. In Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. 1. Paulo Otero e Pedro Gonçalves (Coord.). Coimbra: Almedina. 2017.

BRYDE, Brun-Otto. Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Baden-Baden: Nomos. 1982.

BULLETIN, Philip Musgrove. Health insurance: the influence of the Beveridge Report. Bulletin of the World Health Organization. 2000. 78 (6). p. 846. Disponível em: https://www.who.int/bulletin/archives/78(6)845.pdf. Acesso em: 1º.12.2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

BUONOCORE, Vicenzo. Trattato di Diritto Commerciale. Turim: G. Giappichelli. 2002.

BURKHOLDER, Nicholas. Outsourcing: The Definitive View, Applications and Implications. New Jersey: John Wiley & Sons. 2006.

BUSI, Marco. Editorial: Rationale, Vision and Values, Strategic Outsourcing: An International Journal. Vol. 1. Nº 1. 2008.

CABRAL, Ana Paula. Reforma do Sector da Saúde – o Serviço Nacional de Saúde e o Novo Paradigma na Proteção da Saúde. In. CABRAL, Nazaré da Costa; AMADOR, Olívio Mota; MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira (Orgs.). A reforma no sector de saúde: uma realidade iminente? Coimbra: Almedina. 2010.

CABRAL, Nazaré da Costa. As Parcerias Público-Privadas. Coimbra: Almedina. 2009.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BARATIERI, Noel António. As cláusulas pétreas: a possibilidade de revisão constitucional de vinculações de receitas na área da educação. Revista Justiça do Direito, v. 31, n. 3, p. 585-602. Disponível em: http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/7837/4644/0. Acesso em: 21.11.2019.

CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. 10ª ed. Coimbra: Almedina. 2015.

CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. 10ª ed. Coimbra: Almedina. 2015.

CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Revista atualizada por Diogo Freitas do Amaral. 10ª ed. Tomo I. 10ª Reimpressão. 2015.

CAETANO, Marcello. Princípios fundamentais de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense. 1977. p. 339.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Vol.1. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4ª ed. Coimbra, PT: Coimbra Editora. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa. Anotada. Vol. 1. 4ª ed. Coimbra: Coimbra. 2007.

CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 16 reimp. Coimbra-PT: Editora Almedina. 1941.

CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 16 reimp. Coimbra-PT: Editora Almedina. 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. 16 reimp. Coimbra: Almedina. 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

CARVALHO, Modesto; KUYVEN, Fernando. Tratado de Direito Empresarial. Sociedades Anônimas. Tomo III. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

CASTRO, Vinícius. Constitucionalismo e Direito à Saúde: o mal-estar do ativismo judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018.

CEMBRANELLI, Fernando. What are the six forces that affect innovation in healthcare? Saúde Business by Informa Markets. 22 Jan. 2012.

CHAMBERLIN, John R.; JACKSON, John E. Privatization as institutional choice. Journal of Policy Analysis and Management. Vol. 6. Nº 4. 1987.

CHIAVENATO, Idalberto; SAPIRO, Arão. Planejamento Estratégico. Fundamentos e Aplicações. 5ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier. 2003.

CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier. 2003.

COELHO, Luiz Fernando. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. Rio de Janeiro: Forense. 1981.

COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas e ALMEIDA FILHO, Naomar de. Health concepts in current science-oriented discourse. História, Ciências, Saúde – Manguinhos. Rio de Janeiro. Vol. 9(2). Maio-ago. 2002.

COLISTETE, Renato Perim. Et al. O que há de novo no Reino? Revista Teoria e Debate. São Paulo. N.º 35. 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da Empresa. Alberto Asquini, Profili dell'impresa, in Rivista del Diritto Commerciale. 1943. V. 41. I. (tradução). Revista de Direito Mercantil . Nova Série – Ano XXXV. N.º 104. São Paulo: RT. Out.-Dez. de 1996.

CORRÊA, Fábio. FMI exige cortes de gastos sociais e privatizações. Revista Online O Tempo. 4.4.2011. Disponível em: https://www.otempo.com.br/economia/fmi-exige-cortes-de-gastos-sociais-e-privatizacoes-1.352540. Acesso em: 25.5.2016.

Country Note: How does health spending in Portugal compare? OECD Health Statistics. Jul. 2015.

Country Report Uganda. Uganda's human resources for health: paradoxes and dilemmas. This document is part of Wemos and ACHEST's contribution to the Health Systems Advocacy Partnership. October 2019. Disponível em: https://www.wemos.nl/wp-content/uploads/2019/11/Wemos_Country-report-Uganda-2019_Ugandas-Human-resources-for-health_Paradoxes-and-dilemmas.pdf. Acesso em: 30.6.2020.

COUTINHO, Juliana Ferraz. O público e o privado na organização administrativa. Coimbra: Almedina. 2017.

COUTINHO, Juliana Ferraz. O público e o privado na organização administrativa: da relevância do sujeito à especialidade da função. Coimbra: Almedina. 2017.

CRESPO, Emilio. Portugal conclui privatizações exigidas pela UE e pelo FMI. Esta operação permitirá ao país cumprir com folga o objetivo de receitas por privatizações e reduzir o déficit fiscal, como exigem a UE e o FMI. Revista Exame online. 27 dez. 2012. Disponível em: https://exame.abril.com.br/mundo/portugal-conclui-privatizacoes-exigidas-pela-ue-e-pelo-fmi/. Acesso em: 30.6.2018.

CRUZ, Isabel Maria Correia da. Percursos da New Public Management num Hospital EPE. Tese de Doutoramento em Gestão – Especialidade em Contabilidade: Instituto Universitário de Lisboa. Business School. Lisboa. 2013.

CTT, Correios de Portugal, Sociedade Anónima de capital aberto, http://www.ctt.pt/ctt-e-investidores/relacoes-com-investidores/estrutura-acionista.html?com.dotmarketing.htmlpage.language=3

DAM, China. Three Gorges Dam. The Sanxia. Encyclopaedia Britannica. Disponível em: https://www.britannica.com/topic/Three-Gorges-Dam. Acesso em: 20.7.2019.

DEL VECCHIO, Giogio. Philosophie du droitp. Dalloz: Bibliothèque Dalloz. 2003.

DENHARDT, Janet Vinzant; DENHARDT, Robert B. The new public service: serving, not steering. 3ª ed. Armonk, NY: M. E. Sharpe. 2011.

DEODATO, Sérgio. Direito da Saúde. Coimbra: Almedina. 2012.

DIAS, Filipa Maria Brum da Silva Marques. O Modelo de Financiamento das unidades de saúde verticalmente integradas em Portugal: Desafios e Oportunidades. Mestrado em Matemática Aplicada à Economia e Gestão. Departamento de Estatística e Investigação Operacional. Universidade de Lisboa. 2018.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Vol. 3. São Paulo: Saraiva. 1998.

DINIZ, Vera Cristina Azevedo. A Influência das Políticas de Financiamento no Desempenho Económico- Financeiro dos Hospitais Públicos Portugueses. O caso da Contratualização nos Hospitais E.P.E. Dissertação de Mestrado em Contabilidade e Finanças. Faculdade de Economia. Universidade de Coimbra. Fevereiro 2013.

Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 29.1.2017.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Fontes. 2005.

EBELING, Ashlea. Medtronic, Abbott, Thermo Fisher Are The World's Largest Healthcare Companies In 2020. May 13. Ano 2020. Disponível em: https://www.forbes.com/sites/ashleaebeling/2020/05/13/medtronic-abbott-thermo-fisher-are-the-worlds-largest-healthcare-companies-in-2020/?sh=52cbc5757705. Acesso em: 1.7.2020.

ECONOMIST. A new sick mano of Europe. The Portuguese economy. Revista The Economist. Apr. 2007. Disponível em: https://www.economist.com/europe/2007/04/12/a-new-sick-man-of-europe. Acesso em: 21.6.2019.

ENRIQUES, Luca; KRAAKMAN, Reinier *et al.* The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach. The American Journal of Comparative Law. Vol. 52. Issue 4, Autumn 2004. p. 1011–1036.

ESCOVAL, Ana. Evolução da administração pública da saúde: o papel da contratualização. Factores críticos do contexto português. Tese de Doutoramento em Gestão: Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa. Faculdade de Lisboa. 2003.

ESCOVAL, Ana. O processo de contratualização na saúde em Portugal (1996-2005). Revista Portuguesa de Saúde Pública. Volume N.º 10. 2.010. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/4461/1/T-10%20ESCOVAL%20p-7.pdf. Acesso em: 30.1.2018.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. Direito da Saúde. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2014.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. Direito da Saúde. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2014.

ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da atividade de Direito Privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina. 1996.

ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado. Coimbra: Almedina. 1996.

ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o Direito Privado. Coimbra: Almedina. 1996.

ESTORNINHO, Maria João. Organização administrativa da saúde: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino. Coimbra: Almedina. 2008.

FADUL, Élvia M. Cavalcanti. Agencias reguladoras multisetoriais: desafios organizacionais e dinámicas de poder. VII Congreso Internacional de CLAD sobre la Reforma del Estado y de l Administración Pública, Lisboa, PT, 8 a 11 de oct. 2002.

FARACO & MOURA. Gramática. 12ªed. São Paulo: Editora Ática. 1999.

FAZZIO JR., Waldo. Manual de Direito Comercial. 15ª ed. São Paulo: Atlas. 2014.

FERREIRA, Eduardo Paz. Em torno da regulação económica em tempos de mudanças. Revista de concorrência e regulação. Instituto de direito económico-financeiro e fiscal – IDEFF. Faculdade de Direito de Lisboa. Ano I. Nº. 1. Jan./mar. 2010.

FERREIRA, Mariana Ribeira Jansen Ferreira; MENDES, Aquilas Nogueira. Mercantilização nas reformas dos sistemas de saúde alemão, francês e britânico. Ciênc. saúde coletiva [online]. 2018. vol.23, n.º 7. p.2159-2170. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1413-81232018237.12972018. Acesso em: 1.2.2019.

FOSUN, https://www.fosun.com/language/en/p/2569.html

FREITAS, Lourenço Vilhena de. Direito Administrativo das Privatizações. In Tratado de Direito Administrativo Especial, Vol. VII. Paulo Otero; Pedro Gonçalves (Coord.). Coimbra: Almedina. 2017. p. 280-295.

FSC. Disponível em: https://ic.fsc.org/em. Acesso em: 12.9.2018.

GAMBARO, António; SACCO, Rodolfo. Sistemi giuridici comparati. Torino: Unione Tipográfico-Editrice Torineses. 2002.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GAY, Oonagh. Quangos. There is tension between reducing the influence of unaccountable 'quangos' and de-politicising controversial decisions. Key Issues for the New Parliament 2010. House of Commons Library Research. Decentralisation. Disponível em: https://www.parliament.uk/globalassets/documents/commons/lib/research/key_issues/Key-Issues-Quangos.pdf. Acesso em: 2.2.2016.

GLENNGARD, Anna. International Health Care System Profiles. Sweden. 5 June 2020. Disponível em: https://www.commonwealthfund.org/international-health-policy-center/countries/sweden. Acesso em: 20.6.2020.

GOMES, Paulo Jorge. O dever de dispensa de medicamentos pelas farmácias comunitárias: à guisa de comentário a uma sentença do Tribunal de Comarca dos Açores. Vol. 3. N.º 3. Dez. 2016. www.e-publica.pt.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

GONÇALVES, Célia de Deus. Relatório da Revisão do Sector de Saúde. República de Moçambique. Ministério da Saúde. Set. 2012.

GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. Entidades Privadas com Poderes Públicos: O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas. Coimbra: Almedina. 2008.

GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. Estado Garantia e Mercado. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, vol. VII (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público). 2010. p. 97-128. Disponível em: http://www.pedrocostagoncalves.eu/PDF/estado_garantia_mercado.pdf. Acesso em: 20.12.2019.

GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. Revista da Faculdade de Direito do Porto. VII. Coimbra: Editora Coimbra. 2010.

GORON, Lívio Goellner. A jurisprudência como fonte do direito: a experiência anglo-americana. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 47, abr. 2004.

GRIMSEY, Darrin; MERVYN, Lewis. Public Private Partnerships. The worldwide revolution in infrastructure provision and Project finance. Cheltenham UK: Edward Elgar. 2004.

GUEVARA, Marcelo. El IVA y los servicios de salud. Los pagos que se hagan con tarjetas de crédito y débito generan la posibilidad de que se devuelva el tributo pagado al contribuyente. 5 Jun. 2019. Disponível em: https://www2.deloitte.com/cr/es/pages/about-deloitte/topics/blog/el-iva-y-los-servicios-de-salud.html. Acesso em: 20.12.2019.

HARFOUCHE, Ana Paula. Políticas de saúde: fundamentação, prioridades, opções e resultados. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. 2016.

HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Administratif et de Droit Public. 10ª ed. Paris. 1923.

HAURIOU, Maurice. Teoria dell´istituzione e della fondazione. Milano: Giuffrè. 1967.

HELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. Luís Carlos Borges (trad.). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. Nouvelles modifications de la Constitution ? – Redécouvrir le préambule de la Constitution, ou l´éthique minimale appliquée à l'expertise constitutionnelle. RFDA. Mai-juin 2009.

HERZLINGER, Regina A. Let's Put Consumers in Charge of Health Care. Harvard Business Review. July 2002. Disponível em: https://hbr.org/2002/07/lets-put-consumers-in-charge-of-health-care. Acesso em: 22.12.2019.

HERZLINGER, Regina A. Let's Put Consumers in Charge of Health Care. Harvard Business Review. July 2002. Disponível em: https://hbr.org/2002/07/lets-put-consumers-in-charge-of-health-care. Acesso em: 22.12.2019.

HIMSS. Disponível em: https://www.himss.org/. Acesso em: 12.9.2018.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The cost of right: Why liberty depends on taxes. Nova Iorque: Norton & Company. 1999.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The cost of right: Why liberty depends on taxes. Nova Iorque: Norton & Company. 1999.

HUBER, Ernest Rudolf. Bedeutungswandel der Grundrechte. In Archiv des Öffentlichen Rechts. N. F. 23. Fasc. 1.

IRTI, Natalino. Teoria Generale del Diritto e problema del mercato. Rivista di Diritto Civile. Ano XLV. Pádua: CEDAM. Jan. – Fev. 1999.

JELLINEK. G. System der subjektiven Rechte. Freiburg: Mohr. 1892. (trad.) Sistema dei diritti pubblici subiettivi. Milano: Società Editrice Libreria. 1912. p. 10. *Apud.* TEIXEIRA, A. V. O sistema dos direitos públicos subjetivos de Georg Jellinek: reconstruindo as origens dos direitos fundamentais na teoria dos quatro status. In. STRECK. L. et al. (org.) Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

KAUFMANN, Rodrigo. Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. 2010.

KOL, Jacob. Regionalization, Polarization and Blocformation in the World Economy. In Revista Integração e Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 1996.

LAKATOS, Eva Maria. Metodologia científica. São Paulo: Atlas. 1991.

LIBERAL, José Pedro Gouveia Vasconcelos Rodrigues. Direito Fundamental à protecção da saúde: de um direito originário a prestações aos direitos derivados. Dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2005.

LIMA, Filipa; e SILVA, Filipe. Portugal atingiu 60% do plano de privatização, diz ministro. Caderno Economia. Revista Exame (online). 22 de fev. de 2012.

LIMA, Rui Cirne. Princípios de Direito Administrativo. Paulo Alberto Pasqualini (Rev.). 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2007.

LOPES, Licínio. Direito Administrativo da Saúde. In Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. III. Paulo Otero e Pedro A. P. da Costa Gonçalves (Coord.). Coimbra: Almedina. 2010.

LOPES, Licínio. Direito Administrativo da Saúde. In Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. III. Paulo Otero e Pedro A. P. da Costa Gonçalves (Coord.). Coimbra: Almedina. 2010.

LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Ana Cristina Arantes Nasser (Trad.). Petrópolis: Editora Vozes. 2010.

MAARSE, Hans. The Privatization of Health Care in Europe: An Eight-Country Analysis. Journal of Health Politics, Policy & Law. Vol. 31. N.º 5. 2006.

MAARSE, Hans. The Privatization of Health Care in Europe: An Eight-Country Analysis. J Health Polit Policy Law. 2006. Vol. 31. Ed. 5ª. p. 981–1014. Disponível em: https://doi.org/10.1215/03616878-2006-014. Acesso em: 1º.5.2020.

MAGALHÃES, Andreia Sofia Henriques. A Empresarialização dos Hospitais Públicos no período de 2002 a 2005, Dissertação de Mestrado, Instituto Universitário de Lisboa, Abril 2010.

MAGALHÃES, Marco Aurélio de et al. Long-term outcomes of drug-eluting stents compared to bare-metal stents for acute ST-elevation myocardial infarction: results from the EINSTEIN Registry. Revista Brasileira de Cardiologia Invasiva. vol.16. N.º 3. São Paulo. 2008.

MAIA, Ana. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. Governo não renova contrato da PPP do Hospital de Loures. O Ministério da Saúde tinha de comunicar a decisão sobre a renovação ou não do contrato de gestão clínica com o Grupo Luz Saúde até este sábado. 18 Jan. 2020. Revista Publico.pt (online). Disponível em: https://www.publico.pt/2020/01/18/sociedade/noticia/governo-nao-renova-contrato-ppp-hospital-loures-1900726. Acesso em: 2.5.2020.

MAJONE, Giandomenico. La Communauté Européenne: un Etar régulateur. Paris : Montchrestien. 1996.

MAJOR, Maria João; MAGALHÃES, Andreia. Reestruturação do serviço nacional de saúde em Portugal: balanço da empresarialização dos hospitais públicos portugueses. Revista de Administração, São Paulo, Vol. 49, N.º 3, p. 476-490, Setembro 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-21072014000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11.6.2017.

MAJOR, Maria João; MAGALHÃES, Andreia. Reestruturação do serviço nacional de saúde em Portugal: balanço da empresarialização dos hospitais públicos portugueses. Revista de Administração, São Paulo, Vol. 49, N.º 3, Setembro 201

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. Teoria Jurídica da Privatização. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017.

MOREIRA, Sara. Análise de Eficiência dos Hospitais-Empresa: uma aplicação da Data Envelopment Analisis. Boletim Económico. Artigos. Primavera 2008. Banco de Portugal. p. 127-150. Disponível em:

https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/ab200804_p.pdf. Acesso em: 1º.12.2018.

MARGATO, Dina. António Costa admitiu, este sábado, fazer mudanças na Constituição, para que o combate à violência doméstica seja mais eficaz. Jornal de Notícias JN. 20 Jul. 2019. Disponível em: https://www.jn.pt/nacional/antonio-costa-admite-rever-constituicao-para-combater-violencia-domestica-11134344.html Acesso em: 20.12.2020

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 228: 13-29, abr./jun. 2002.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. Desintervenção do Estado, privatização e regulação de serviços públicos. Disponível em: www.fd.unl.ptlptlon-line/delDesEst.doc. Acesso em: 2.4.2015.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián Baquer. Sentido y formas de la privatización de la administración pública. In Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública. N.º 39. 2000.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política. Coimbra: Coimbra, 2003.

MARTINS, Patrícia Fragoso. Princípio do Primado do Direito da União Europeia. in. Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia. Uma Abordagem Jurisprudencial. Sofia Oliveira Pais (coord.). 3ª ed. E-Livro. Coimbra: Almedina. 2013.

MATEUS, Augusto et al. Sector Privado da Saúde em Portugal. Sociedade de consultores Augusto Mateus & Associados / Millennium bcp. Jun. 2017.

MATEUS, Augusto et al. Sector Privado da Saúde em Portugal. Sociedade de consultores Augusto Mateus & Associados / Millennium bcp. Jun. 2017.

MATEUS, Augusto et al. Sector Privado da Saúde em Portugal. Sociedade de consultores Augusto Mateus & Associados. Millennium bcp. Junho 2017.

MAXIMIANO, Antônio C. Teoria geral da administração: da escola científica a competitividade em economia globalizada. São Paulo: Atlas. 2000.

MAXIMIANO, Antônio Cesar Amaru. Administração para empreendedores: fundamentos da criação e da gestão de novos negócios. São Paulo: Pearson Pretice Hall. 2006.

McCUSKER, John J. The Demise of Distance: The Business Press and the Origins of the Information Revolution in the Early Modern Atlantic World. American Historical Review. April. 2005.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: RT. 1992.

MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo II. Coimbra: Editora Coimbra. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 34ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 228.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 10ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2015.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010.

MIRANDA, Jorge. Funções, órgãos e actos do Estado. 1990.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Vol. 2. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra.

MONAGHAN, Christopher. Constitucional and administrative law. United Kingdom: Pearson. 2015.

MONCADA, Luís Cabral de. Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação. Coimbra: Almedina. 2012.

MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito Económico. 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra. 2003.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

MOREIRA, Vital. A nova entidade reguladora da saúde em Portugal. In Revista de Direito Público Econômico. Belo Horizonte: Editora Fórum. Ano 2. n.º 5. 2004.

MOREIRA, Vital. Organização administrativa. Coimbra: Coimbra Editora. 2001.

MURPHY, Andrea; TUCKER, Hank; COYNE, Marley; TOURYALAI, Halah. GLOBAL 2000 - The World's Largest Public Companies. May 13. Ano 2020. Disponível em: https://www.forbes.com/global2000/#1b8d5df3335d. Acesso em: 1º.7.2020.

MUSCHELL, Jeff. Privatization in Health. Health Economics. Technical Briefing Note. Division os Strengthening of Health Services. World Health Organization. June 1995.

MUSCHELL, Jeff. Privatization in Health. Health Economics. Technical Briefing Note. Division os Strengthening of Health Services. World Health Organization. June 1995.

MUSCHELL, Jeffrey; Força-Tarefa da OMS para Economia da Saúde . Privatização em saúde. Organização Mundial de Saúde. 1.995. Disponível em: https://apps.who.int/iris/handle/10665/58523. Acesso em: 23.4.2019.

National Board of Health and Welfare, Statistik om äldre och personer med funktionsnedsättning efter regiform. National Board of Health and Welfare. 2017.

NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa. Vol. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Trabalho apresentado à XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Foz do Iguaçu, de 04 a 08 de setembro de 1994.

NUNES, Alexandre Manuel Martins Morais. Reformas da gestão hospitalar: Análise dos efeitos da empresarialização. Tese Doutoramento. Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade de Lisboa. 2016.

NUNES, Alexandre Morais; HARFOUCHE, Ana Paula de Jesus. A reforma da Administração Pública aplicada ao setor da saúde: a experiência portuguesa. Revista de

Gestão em Sistema de Saúde. 2015. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5294593.pdf. Acesso em: 10.4.2020.

NUNES, Alexandre Morais; MATOS, Andreia Afonso de. Análise do desempenho dos hospitais em parceria público privada no Serviço Nacional de Saúde português. J Bras Econ Saúde 2017; 9(3): 304-309. Disponível em: https://docs.bvsalud.org/biblioref/2018/04/883029/doi-1021115_jbesv9n3p304-9.pdf. Acesso em: 10.12.2019.

NUNES, Alexandre Morais. Do mundo empresarial à gestão hospitalar: a experiência portuguesa. Revista da FAE. Curitiba. Vol. 20. N.º 1. p. 93-104. jan./jun. 2017.

O'TOOLE JR., Laurence J. Treating networks seriously: Practical and research-based agendas in public administration. Public administration review. 1997; 57(1). p. 45-52. Disponível em: https://ris.utwente.nl/ws/portalfiles/portal/6654187/O%27Toole97treating.pdf. Acesso em: 10.2.2016.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. Revista de Direito Administrativo. V. 241. Rio de Janeiro. jul. - set. 2015.

OLIVEIRA, Maria do Rosário Monteiro da Costa. A Contratualização nos Cuidados de Saúde Primários em Portugal. Dissertação de Mestrado. Secção Autónoma de Ciências Sociais Jurídicas e Políticas. Universidade de Aveiro. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Constitucionalização do Direito Administrativo. Gen Jurídico. 11. fev. 2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/02/11/constitucionalizacao-do-direito-administrativo/. Acesso em: 31.10.2020.

OLIVEIRA, Susana Maria Sampaio Pacheco Pereira de. Outsourcing no Sector Hospitalar: análise à luz de diversas perspectivas. Dissertação de Doutoramento em Ciências Empresariais. Universidade do Porto. Julho 2011.

OLIVEIRA, Susana Maria Sampaio Pacheco Pereira de. Outsourcing no Sector Hospitalar: Análise à Luz de Diversas Perspectivas. Tese de Doutoramento em Ciências Empresariais. Universidade do Porto. Jul. 2011.

OMS/WHO Constituição da Organização Mundial da Saúde – 1946. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: 20.6.2019.

OMS/WHO. Organização Mundial da Saúde Ambientes de trabalho saudáveis: um modelo para ação: para empregadores, trabalhadores, formuladores de política e profissionais. OMS. tradução do Serviço Social da Indústria. Brasília: SESI/DN. 2010.

OSBORNE, Stephen. The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practice of public governance. London: Routledge. 2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3343001/mod_resource/content/0/Anexo%20sem%20t%C3%ADtulo%2000582.pdf. Acesso em: 18.8.2020.

OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In. Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. Coimbra: Coimbra Edithis tora. 2001.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação Administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina. 2007.

OTERO, Paulo. Privatizações e Transferências e Participações Sociais no Interior do Sector Público. Coimbra: Coimbra Editora. 1999.

OTERO, Paulo. Tratado de Direito Administrativo Especial. Volume 3. Coimbra: Almedina. 2010.

PACHECO FILHO, Calino. Déficit da previdência: a verdade que se encerra. Indicadores Econômicos FEE. Porto Alegre. v. 35. N.º 3. 2008.

PAILLUSSEAU, Jean. Les contrats d´affaires. in CADIET, Loïc (coord.). Le droit contemporain des contrats – bilan et perpectives. Paris: Economica. 1987.

PAIS, Sofia Oliveira. Princípios Fundamentais de direito da União Europeia: uma abordagem jurisprudencial. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2013. E-Book.

PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial. Disponível em: estudogeral.sib.uc.pt. 2002.

PEIXOTO, Ana Catarina. Três hospitais PPP ocupam pódio em Excelência Clínica do Sistema Nacional de Avaliação em Saúde. Observador. 1 julho 2019. Disponível em: https://observador.pt/2019/07/01/tres-ppp-ocupam-podio-em-excelencia-clinica-do-sistema-nacional-de-avaliacao-em-saude/. Acesso em: 10.11.2019.

PEIXOTO, Ana Catarina. Três hospitais PPP ocupam pódio em Excelência Clínica do Sistema Nacional de Avaliação em Saúde. Política. Parcerias Públicos Privadas. Observador. 1º Jul. 2019. Disponível em: https://observador.pt/2019/07/01/tres-ppp-ocupam-podio-em-excelencia-clinica-do-sistema-nacional-de-avaliacao-em-saude/. Acesso em: 1.2.2020.

PEREIRA JÚNIOR, Aécio. Evolução histórica da previdência social e os direitos fundamentais. Teresina, 2005. Disponível em: http//jus2.uol.com.br. Acesso em: nov. 2011.

PEREIRA, Paulo Trigo et al. Economia e Finanças Públicas. 3ª ed. Lisboa: Escolar Ed. 2009.

PETERS, B. Guy; PIERRE, John. Governance Without Government? Rethinking Public Administration. Journal of Public Administration Research and Theory. Vol. 8. Issue 2. April 1998. p. 223-243. Disponível em: https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.jpart.a024379. Acesso em: 1º.2.2016

PETTER, Lafayete Josué. Direito Financeiro. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2012.

Philips se posiciona como a empresa de Tecnologia Médica mais inovadora do mundo. Periódico eletrônico: Saúde Business by informa markets. Disponível em: https://www.saudebusiness.com/indstria/philips-se-posiciona-como-empresa-de-tecnologia-mdica-mais-inovadora-do-mundo. Acesso em: 1º.12.2020.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Brasília a. 49 n. 193 jan./mar. 2012.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7. Nº1. Jan./jun. 2014. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Público.

PINTO, Mário. Os partidos da "geringonça" não cumprem a democracia. Tirando o mérito financista do Doutor Centeno, o saldo negativo deste governo foi o de, à custa da economia que não é obra sua, ter aumentado o centralismo do Estado, contra a Constituição. Jornal Observador. 1º set. de 2019. (on-line). Disponível em: https://observador.pt/opiniao/os-partidos-da-geringonca-nao-cumprem-a-democracia/. Acesso em: 1º.1.2020.

POLLITT, A. Inglaterra. in. RAMOS, S.; VINOCUR, P. (Comp.). Sistemas de salud y reformas: diferentes respuestas a la relación entre el Estado y el mercado. Buenos Aires: Centro de Estudios de Estado y Sociedad, FLACSO. 2000. p. 41-79.

POMBEIRO, António Figueiredo. PPP/PFI: As parcerias público privada e sua auditoria. Lisboa: Áreas. 2003. p. 63.

Portugal 'needs £70bn bailout'. United Kingdom: Indepedent. 8 de abril de 2011. Disponível em: https://www.independent.co.uk/news/world/europe/portugal-needs-70bn-bailout-2265130.html. Acesso em: 10.3.2018.

PORTUGAL, Assembleia da República, 8ª Revisão Constitucional foi a apresentação em 16 de Setembro de 2010, Projeto de Revisão Constitucional por um conjunto de Deputados do Grupo Parlamentar do PSD.

Portugal, Itália e Irlanda têm as percentagens mais baixas, 15%, de pessoas que não se identificam com nenhuma religião. Diário de Notícias (on-line). 31.5.2018. Disponível em: https://www.dn.pt/portugal/portugueses-sao-mais-cristaos-e-vao-mais-a-igreja-do-o-resto-da-europa-9396819.html. Acesso em: 1º. 1.2020.

PORTUGAL, Lei n.º 45/78, de 11 Julho, Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Disponível em: https://dre.pt/application/file/a/297973. Acesso em: 10.2.2017.

Portugal: Request for a Three-Year Arrangement Under the Extended Fund Facility. International Monetary Fund. June 2011. IMF Country Report nº. 11/127. Disponível em: https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2011/cr11127.pdf. Acesso em: 12.10.2018.

PORTUGAL. Parlamento. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art140. Acesso em: 10.2.2016.

PORTUGAL. A responsabilidade civil extracontratual do Estado na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça. (Sumários de Acórdãos de 1996 a Outubro de 2014). 27.3.2003 - Revista n.º 84/03 - 2.ª Secção - Abílio Vasconcelos (Relator), Duarte Soares e Ferreira Girão.

PORTUGAL. A responsabilidade civil extracontratual do Estado na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça. (Sumários de Acórdãos de 1996 a Outubro de 2014). 11-02-2010 - Agravo n.º 385/07.0TVPRT-A.P1.S1 - 2.ª Secção - Álvaro Rodrigues (Relator), Santos Bernardino e Bettencourt de Faria.

PORTUGAL. Administração Central do Sistema de Saúde, I.P., Parcerias Público-Privadas no setor da Saúde. Disponível em: http://www2.acss.min-saude.pt/DepartamentoseUnidades/DepartamentoGest%C3%A3oeFinanciamentoPrestSa%C3%BAde/ParceriasP%C3%BAblicoPrivadas/tabid/1222/language/pt-PT/Default.aspx. Acesso em: 20.8.2020.

PORTUGAL. Administração Central do Sistema de Saúde, IP. Parceiras Público-Privadas. Disponível em: http://www.acss.min-saude.pt/2016/10/12/parcerias-publico-privadas/. Acesso em: 10.10.2019.

PORTUGAL. Administração Central do Sistema de Saúde, IP. Revisão de Categorias de Isenção e Atualização de Valores das Taxas Moderadoras. Disponível em: http://www.chln.pt/media/k2/attachments/gestao_hospitalar/FAQ_taxas_moderadoras_Dezembro2017-1.pdf. Acesso em: 1º.1.2020.

PORTUGAL. Assembleia da República. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art65. Acesso em: 14.8.2019.

PORTUGAL. Autoridade da Concorrência. Recomendação no âmbito da liberalização de serviços de transporte ferroviário de passageiros. Dez./2018. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Recomendacoes_e_Pareceres/Documents/Recomenda%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20Liberaliza%C3%A7%C3%A3o%20Servi%C3%A7os%20Transporte%20Ferrovi%C3%A1rio%20Passageiros.pdf. Acesso em: 14.8.2019.

PORTUGAL. Companhia Portuguesa de Seguros de Saúde, SA. Disponível em: https://www.medis.pt/sobre-nos/#grupo-ageas-portugal. Acesso em: 20.12.2019.

PORTUGAL. Conta Geral do Estado. Disponível em: https://www.dgo.gov.pt/politicaorcamental/Paginas/Conta-Geral-do-Estado.aspx?Ano=2019. Acesso em: 10.2.2021.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 137-A, de 5 de Junho de 2009. Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações. Publicado no Diário da República n.º 112, Série I, de 12 de Junho de 2009.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro – novo Código de Procedimento Administrativo. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 23.12.2020.

PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/384993/details/maximized. Acesso em: 10.1.2018.

PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Entidade pública empresarial. https://dre.pt/lexionario/-/dj/115077475/viewDisponível em: Acesso em: 23.11.2019.

PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho. Disponível em: https://dre.pt/application/file/506721. Acesso em: 10.3.2018.

PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Lei n.º 37/2007, de 10 de Agosto. Disponível em: https://data.dre.pt/eli/lei/31/2007/08/10/p/dre/pt/html. Acesso em: 10.07.2018.

PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Preâmbulo do Decreto-Lei 203/2008. Disponível em: http://data.dre.pt/eli/dec-lei/203/2008/10/10/p/dre/pt/html. Acesso em: 11.6.2018.

PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Tribunal Constitucional Português. Acórdão nº 39/84. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/384993/details/maximized. Acesso em: 24.6.2018.

PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Tribunal Constitucional Português. Acórdão nº 39/84. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/384993/details/maximized. Acesso em: 24.6.2018.

PORTUGAL. Diário da Repúblico Eletrónico. Lei-Quadro das Privatizações – Lei nº 11/90. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/332183/details/normal?q=Lei+n.%BA%2011%2F90

PORTUGAL. Energias de Portugal (EDP). https://portugal.edp.com/pt-pt/edp-em-portugal

PORTUGAL. Entidade Reguladora de Saúde. Disponível em: https://www.ers.pt/pt/quem-somos/. Acesso em: 30.3.2018.

PORTUGAL. Entidade Reguladora de Saúde. Sistema Nacional de Avaliação em Saúde. SINAS@Hospitais: 2.ª publicação de 2019. 16 Jan 2020. Disponível em: https://www.ers.pt/media/3093/resultadossinas.pdf. Acesso em: 27.5.2020.

PORTUGAL. Entidades de Saúde. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/institucional/entidades-de-saude/. Acesso em: 13.11.2017.

PORTUGAL. História dos Serviço Nacional de Saúde. Disponível em: https://www.historico.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc19/os-ministerios/ms/quero-saber-mais/quero-aprender/historia-sns.aspx. Acesso em: 30.12.2016.

PORTUGAL. Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P., Bases Jurídico-Documentais. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jcon.nsf/-/C8A840895BFDFC1E802580AD003BEEE5. Acesso em: 20.12.2020.

PORTUGAL. Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção. Base: Contratos Públicos Online. Disponível em: http://www.base.gov.pt/Base/en/Search/Contract?a=2054023. Acesso em: 20.10.2019.

PORTUGAL. Instituto Nacional de Estatística. Conta Satélite da Saúde – 2016 a 2018. Disponível em: https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=380662129&att_display=n&att_download=y. Acesso em: 5.12. 2019.

PORTUGAL. Instituto Nacional de Estatística. Conta Satélite da Saúde – 2016 a 2018. Disponível em: https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=380662129&att_display=n&att_download=y. Acesso em: 5.12. 2019.

PORTUGAL. Instituto Nacional de Estatísticas. Saúde em Portugal 2018 – Hospitais. INEP, I.P., Lisboa. 2.020. Disponível em: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=ine_inst_infografia&INST=427164258&xpid=INE. Acesso em: 1º.5.2020.

PORTUGAL. Lei Orgânica do Ministério da Saúde. Decreto-lei n.º 124/2011, de 29 de Dezembro. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/115165188/202005080310/exportPdf/maximized/1/cacheLevelPage?rp=indice. Acesso em: 09.12.2019.

PORTUGAL. Lei-Quadro dos institutos públicos. Lei n.º 3/2004 de 15 de Janeiro. Artigo 2.º Âmbito de aplicação. 1 - Os institutos públicos integram a administração indirecta do Estado e das Regiões Autónomas. (...) 3 - Não se consideram abrangidas nesta lei as entidades públicas empresariais previstas no Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro.

4 - As sociedades e as associações ou fundações criadas como pessoas colectivas de direito privado pelo Estado, Regiões Autónomas ou autarquias locais não são abrangidas por esta lei, devendo essa criação ser sempre autorizada por diploma legal. (...) TÍTULO II - Princípios fundamentais. Artigo 4.º Conceito. 1 - Os institutos públicos são pessoas colectivas de direito público, dotadas de órgãos e património próprio.

PORTUGAL. Ministério da Saúde. Relatório Anual do Acesso 2018. Acesso a cuidados de saúde nos estabelecimentos do SNS e Entidades convencionadas. p. 109. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2019/09/Relatorio_Acesso_2018-v.final_.pdf. Acesso em: 4.4.2020.

PORTUGAL. Ministério das Finanças. UTAP. Disponível em: https://www.utap.gov.pt/atribuicoes.htm. Acesso em: 6.10.2020.

PORTUGAL. Ministério Público. Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC): Conteúdo. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/faq/pacto-internacional-sobre-os-direitos-economicos-sociais-e-culturais-pidesc-conteudo. Acesso em: 9.7.2018.

PORTUGAL. Parecer n.º 1-A/2010, de 27 de janeiro de 2010, do Tribunal de Contas. Parecer sobre a Conta Geral do Estado de 2008. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/2807121/details/normal?q=responsabilidade+subsidi%C3%A1ria+Estado+nos+hospitais+E.P.E. Acesso em: 10.2.2021.

PORTUGAL. Parecer n.º 1-A/2010, de 27 de janeiro de 2010, do Tribunal de Contas. Parecer sobre a Conta Geral do Estado de 2008. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/2807121/details/normal?q=responsabilidade+subsidi%C3%A1ria+Estado+nos+hospitais+E.P.E. Acesso em: 10.2.2021.

PORTUGAL. Parlamento Português. Segunda Revisão da Constituição da República de Portugal. Disponível em: http://www.parlamento.pt/RevisoesConstitucionais/paginas/default.aspx. Acesso em: 11.6.2018.

PORTUGAL. PARPÚBLICA - Participações Públicas, SGPS, S.A., sociedade gestora de participações sociais de capitais exclusivamente públicos. Intervém nos processos de empresas em procedimentos de privatização, acompanhando a reestruturação, bem como na gestão imobiliária e promoção de PPP. Disponível em: https://www.historico.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc14.aspx Acesso em: 2.7.2018.

PORTUGAL. PORDATA – Base de dados Portugal contemporâneo. INE/DGS/MS. Atualização em 12 de dezembro de 2.019. Disponível em: https://www.pordata.pt/Portugal/Hospitais+n%C3%BAmero+e+camas-142. Acesso em:

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de dezembro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=591&tabela=leis. Acesso em: 20.2.2019.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Decreto-Lei nº 133/2013, de 03 de outubro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1992&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=. Acesso em: 20.2.2019.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Processo n.º 382/08 Plenário Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Acordam no Plenário do Tribunal Constitucional. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=cadilha&ficha=663&pagina=25&exacta=&nid=8966. Acesso em: 28.2.2020.

PORTUGAL. Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2002, de 7 Março. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/250410/details/maximized. Acesso em: 2.6.2017.

PORTUGAL. Secretaria Geral do Ministério da Saúde. Legislação do SNS. Disponível em: http://www.sg.min-saude.pt/sg/conteudos/legisaude/legis+sns.htm#a15. Acesso em: 31.4.2020.

PORTUGAL. Secretaria Geral do Ministério da Saúde. Legislação. Disponível em: http://www.sg.min-saude.pt/sg/conteudos/legisaude/legis+sns.htm#a15. Acesso em: 12.8.2020.

PORTUGAL. Serviço Nacional de Saúde. Administração Central do Sistema de Saúde (ACSS), I.P. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/entidades-de-saude/administracao-central-do-sistema-de-saude/. Acesso em: 10.2.2019.

PORTUGAL. Serviço Nacional de Saúde. Parcerias Público-Privadas no setor da Saúde. Disponível em: https://www2.acss.min-saude.pt/Default.aspx?TabId=1222&language=en-US. Acesso em: 5.2.2019.

PORTUGAL. Serviço Nacional de Saúde. Prevenção e promoção da saúde. 11.7.2018. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/noticias/2018/07/11/prevencao-da-doenca-e-promocao-da-saude/. Acesso em: 20.12.2018.

PORTUGAL. Serviços Nacionais de Saúde. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/institucional/entidades-de-saude/. Acesso em: 10.2.2018.

PORTUGAL. SNS. ACS, I.P., Contratualização dos Serviços de Saúde Pública Locais. Comissão para a Reforma da Saúde Pública Nacional. Julho 2017. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2017/10/Contratualizac%CC%A7ao-_CRSPN.pdf. Acesso em: 1º.12.2019.

PORTUGAL. SNS. ACS, I.P., Cuidados de Saúde Primários Metodologia de Contratualização. Dezembro 2019. Disponível em: http://www2.acss.min-saude.pt/Portals/0/MetodologiaContratualizaoCSP_2011.pdf. Acesso em: 1º.12.2019.

PORTUGAL. SNS. ACS, I.P., Termos de Referência para contratualização de cuidados de saúde no SNS para 2018. Novembro 2017. Disponível em: http://www.acss.min-saude.pt/wp-content/uploads/2017/11/Termos-Referencia-Contratualizacao-SNS_2018.pdf. Acesso em: 1.º12.2019

PORTUGAL. SNS. ACSS, I.P., Parceiras Público-Privadas. Primeira Vaga PPP – Prestação de serviços clínicos e infraestruturais. Disponível em: http://www.acss.min-saude.pt/2016/10/12/parcerias-publico-privadas/. Acesso em: 1.º.10.2020.

PORTUGAL. SNS. Hospital Dr. Francisco Zagalo – Ovar. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/entidades-de-saude/hospital-dr-francisco-zagalo-ovar/. Acesso em: 10.12.2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 39/84, de 11 de Abril. Plenário. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html. Acesso em: 10.6.2018.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 731/95, processo n.º 274/90. Plenário. Relator Conselheiro Alves Correia. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950731.html. Acesso em: 20.9.2018.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html. Acesso em: 8.2.2016.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html. Acesso em: 8.2.2016.

PORTUGAL. Tribunal de Contas. Auditoria à prestação de contas por entidades do Ministério da Saúde. Relatório n.º 1/2017 – 2.ª Secção. Vol. 1. Processo n.º 31/2016-Audit. Disponível em: https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/RelatoriosAuditoria/Documents/2017/rel001-2017-2s.pdf. Acesso em: 15.5.2020.

PORTUGAL. Tribunal de Contas. Relatório de Auditoria n.º 15/2009 AUDIT. Processo n.º 18/08.Primeira Vaga de Hospitais. Auditoria ao Programa de Parcerias Público Privadas da Saúde. Abril 2009. p. 22. Disponível em: https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/RelatoriosAuditoria/Documents/2009/rel015-2009-2s.pdf. Acesso em: 1º.4.2017.

PORTUGAL. Tribunal de Contas. Relatório de Auditoria n.º 15/2009 AUDIT. Processo n.º 18/08.Primeira Vaga de Hospitais. Auditoria ao Programa de Parcerias Público Privadas da Saúde. Abril 2009. p. 37-38. Disponível em: https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/RelatoriosAuditoria/Documents/2009/rel015-2009-2s.pdf. Acesso em: 1º.4.2017.

PORTUGAL. Tribunal de Contas. Sentença n.º 3/2018. Processo n.º 1/2017. Julgamento de Contas 3.ª Secção.

PREVENIR. Disponível em: http://prevenir.eu/wp-site/index.php/pt/home-default/. Acesso em: 20.12.2019.

Privatização da EDP. Disponível em: https://www.edp.com/pt-pt/historias/privatizacao-da-edp. Acesso em: 9.1.2018.

RAAB, Jorg; MANNAK, Remco S.; CAMBRE, Bart. Combining Structure, Governance, and Context: A Configurational Approach to Network Effectiveness. in Journal of Public Administration Research and Theory. August 2013.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

RAMOS, Rui Moura; PIÇARRA, Nuno. Conferência no Dia da Europa. O papel do Tribunal de Justiça da União Europeia na construção do projeto europeu. in Seminário de Doutoramento em Direito, 9.5.2019, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal.

Recognition of fund-holding practices of doctors. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/19/part/I/crossheading/fundholding-practices/1991-04-01. Acesso em: 20.1.2019.

Redes Energéticas Nacionais (REN). https://www.ren.pt/pt-PT/quem_somos/

REH, Greg. Deloitte. 2020 Global Life Sciences. Disponível em: https://documents.deloitte.com/insights/2020globallifesciencesoutlook. Acesso em: 28.1.2021.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 25ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003..

RIBEIRO, José Mendes. Reforma do Sector Público Hospitalar: Programa de Empresarialização de 34 hospitais portugueses. Revista Portuguesa de Saúde Pública. Vol. Temático 4.

RIBEIRO, José Mendes. Saúde: A liberdade de escolha. 1ª ed. Lisboa: Gradativa. 2009.

RINGEL, Michael et al. The Most Innovative Companies 2020. The Serial Innovation Imperative. June 2020. Boston Consulting Group. Disponível em: https://image-src.bcg.com/Images/BCG-Most-Innovative-Companies-2020-Jun-2020-R-4_tcm9-251007.pdf. Acesso em: 1º.12.2020.

RIPERT, Georges; ROBLOT, Rene. Traite de droit comercial. Paris: Lgdj. 1977.

RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Comercial. Felipe de Solá Cañizares (trad.). Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. 1954.

ROBISON, Mark. The Political Economy of Governance Reforms in Uganda. Institute of Development Studies. May 2006.

ROCA, Javier García. El concepto de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad. Reala – Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, Madrid: MAP – Ministerio de Administraciones Públicas / INAP – Instituto Nacional de Administración Pública, n. 282, p. 23-70, ene./abr., 2000.

RODRIGUES, Miguel Ângelo Vilela; ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz de. Nova gestão pública na governação local. 2005. Braga: Universidade do Minho. Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/4545/1/INA2005.pdf. Acesso em: 30.5.2016.

ROMANO, Santi. Principi di Diritto Amministrativo Italiano. 3ª ed. Livro VI. N.º 312. Milão. 1912.

ROSA, Márcio Fernando Elias. Direito Administrativo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

ROSA, Márcio Fernando Elias. Direito Administrativo. 6ªed. São Paulo: Saraiva. 2004.

SABROZA, Paulo Chagastelles. Concepções sobre Saúde e Doença. Disponível em: http://www.abrasco.org.br/UserFiles/File/13%20CNS/SABROZA%20P%20ConcepcoesSaudeDoenca.pdf. Acesso em: 20.6.2019.

SALERT, Ingo. W. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

SALVADOR, Evilásio. Quem financia e qual o destino dos recursos da seguridade social no Brasil. In SEMINÁRIO da ANFIP. Sonho ou realidade: 20 anos da seguridade social na constituição. Brasília – DF. 2008.

SANTANA, Rui Manuel Candeias. O financiamento por capitação ajustada pelo risco em contexto de integração vertical de cuidados de saúde: a utilização dos consumos com medicamentos como proxy da carga de doença em ambulatório. Tese de Doutoramento. Escola Nacional de Saúde Pública. Universidade Nova de Lisboa. 2011.

SANTOS, Ana Sofia. Gasta-se mais com saúde em Portugal. Economia (on-line). 4 de jul. 2019. Disponível em: https://expresso.pt/economia/2019-07-04-Gasta-se-mais-com-saude-em-Portugal. Acesso em: 14.12.2019.

SCHMITT, Carl. Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassungs. 1931. In Verfassungsrechtliche Aufsätze..

SCHULTEN, Nils Böhlke und Thorsten. The Privatisation of Hospitals in Germany:Lowering Confidence of Germans in Their Hospitals? HealthManagement. Vol. 10, Issue 4. 2008. Disponível em: https://healthmanagement.org/c/hospital/issuearticle/the-privatisation-of-hospitals-in-germany-lowering-confidence-of-germans-in-their-hospitals. Acesso em: 05.02.2019.

SCOTT, W. Richard. Organizations: rational, natural and open systems. 3ª ed. Nova Jersey: Pertice Hall. 1996.

Segunda avaliação da ERS atribui excelência clínica a 84% dos hospitais. SINAS@Hospitais 2019. Excelência Clínica. 31 Jan. 2020. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/noticias/2020/01/31/sinashospitais-2019-excelencia-clinica/. Acesso em: 27.5.2020.

SILVA, Aníbal Cavaco. As Reformas da Década. Lisboa. 1995.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

SILVA, Reinaldo O. da. Teorias da administração. São Paulo: Pearson Prentice Hall. 2008.

SIMÕES, Jorge Abreu. A iniciativa PPP na saúde – aspectos de política, finanças e gestão. in A reforma do sector da saúde. Uma realidade iminente? Nazaré da Costa Cabral, Olívio Mota Amador. Guilherme Waldemar d´Oliveira Martins (Orgs.) Coimbra: Almedina. 2010. p. 205-232.

SIMÕES, Jorge Abreu. As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal. In Revista Portuguesa de Saúde Pública. Vol. 4. 2004.

SIMÕES, Jorge. 30 Anos do Serviço Nacional de Saúde - Um Percurso Comentado. Coimbra: Almedina. 2010.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrnhardt. Interesse Público, legalidade e mérito. Coimbra: MCMLV. s/n.

STOLEROFF, Alan; CORREIA, Tiago. A empresarialização do sector hospitalar público português: a desregulação do mercado de trabalho médico e os desafios sindicais para a sua re-regulação. e-Working Paper N.º 47/2008. p. 4. Centro de Investigação e Estudos de Sociologia. Lisboa. Portugal. Disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/719/1/CIES-WP47_Stoleroff-Correia_.pdf. Acesso em: 1º.6.2017.

SUSPIRO, Ana. Foram quase 10 mil milhões. Metade da receita serviu para baixar a dívida pública. O resto ficou nas empresas públicas. Os donos são estrangeiros, as caras ainda são portuguesas. E as estratégias? Jornal Observador. 13.8.2015. Disponível em: https://observador.pt/especiais/dinheiro-das-privatizacoes/ Acesso em: 20.9.2018.

TAM, Waikeung. Privatising Health Care in China: Problems and Reforms. Journal of Contemporary Asia - J CONTEMP ASIA. N.º 40. 2010.

The Commonwealth Fund. International Health Care System Profiles. Disponível em: https://international.commonwealthfund.org/countries/. Acesso em: 20.1.2020.

The Health Fundation. Working for patients (1989) Department of Health. Disponível em: https://navigator.health.org.uk/content/working-patients-1989. Acesso em: 10.2.2019.

TIKKANEN, Roosa. et al. International Health Care System Profiles. China. The Commonwealth Fund. 5 June 2020. Disponível em: https://www.commonwealthfund.org/international-health-policy-center/countries/china. Acesso em: 12.7.2020.

TORRENTE, Nicolas de. The evolving role of the state, donors and NGOs providing health services in a liberal environment, Some insights from Uganda. 8 Jan. 1999.

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 4.11.2019)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Judgment of the Court of 15 July 1964. - Flaminio Costa v E.N.E.L. - Reference for a preliminary ruling: Giudice conciliatore di Milano - Italy. - Case 6/64. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61964CJ0006&qid=1563156867345&from=EM. Acesso em: 26.7.2016.

TRIVELLATO, Francesca. The Familiarity of strangers. The Sephardic Diaspora, Livomo, and Cross-Cultural Trade in the Early Modem Period. Commission Agency, Economic Information, and the Legal and Social Foundations of Business Cooperatio. New Haven & London: Yale University Press. 2009.

tvi24. Reportagem da Tomada de posse de Marcelo. Ao Minuto: siga a cerimónia de tomada de posse de Marcelo de Rebelo de Sousa. 8.3.2016. Disponível em: https://tvi24.iol.pt/aominuto/56df08ea0cf25dc1853c1c21/poder-economico-deve-subordinar-se-ao-poder-politico/56e0045c0cf268202649b77d. Acesso em: 29.11.2019.

UNIÃO EUROPEIA. Alteração da população - Saldo demográfico e taxas brutas em nível nacional (demo_gind). Metas de referência na estrutura de metas do Euro SDMX (ESMS). Agência compiladora: Eurostat, o escritório de estatística da União Europeia. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/cache/metadata/en/demo_gind_esms.htm. Acesso em: 11.4.2020.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000C/364/01). Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 18.12.2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 29.1.2017.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/104/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1576029399133&uri=CELEX:32014L0104. Acesso em: 9.12.2019.

UNIÃO EUROPEIA. EUR-Lex. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/browse/summaries.html, Acesso em: 24.11.2019.

UNIÃO EUROPEIA. EUR-Lex. Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões [COM(2004) 327 final]. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52004DC0327. Acesso em: 7.10.2020.

UNIÃO EUROPEIA. EUR-Lex. Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões [COM(2004) 327 final]. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52004DC0327. Acesso em: 7.10.2020.

UNIÃO EUROPEIA. EUR-LEX. Pacto de Estabilidade e Crescimento (1.997). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/stability_growth_pact.html?locale=pt. Acesso em: 17.6.2019.

UNIÃO EUROPEIA. EUR-Lex. Tratado da União Europeia. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/teu/sign. Acesso em: 10.10.2017.

UNIÃO EUROPEIA. EUR-Lex. Tratado de Amesterdão que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses Tratados. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/ams/sign. Acesso em: 10.10.2017.

UNIÃO EUROPEIA. Eurobarometer. Public Opinion in the European Union. Report Number 44. October and December, 1.995. Disponível em: https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/eb/eb44/eb44_en.pdf. Acesso em: 10.4.2018.

UNIÃO EUROPEIA. Portugal. Programa de Estabilidade e Crescimento – 2002-2005. p. 16. Disponível em: https://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/pdf/20_scps/2001-02/01_programme/pt_2001-12-01_sp_pt.pdf. Acesso em: 10.2018.

UNIÃO EUROPEIA. Programa de Estabilidade e Crescimento, atualização para o período 2002-2005. Dezembro de 2001. p. 18. Disponível em: https://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/pdf/20_scps/2001-02/01_programme/pt_2001-12-01_sp_pt.pdf. Acesso em: 13.6.2018.

UNIÃO EUROPEIA. Quarto Pacote Ferroviário de 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2013_en. Acesso em: 14.8.2019.

UNIÃO EUROPEIA. Quarto Pacote Ferroviário de 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2013_en. Acesso em: 14.8.2019.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamentos, diretivas e outros atos legislativos. Disponível em: https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_pt#diretivas. Acesso em: 10.12.2018.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em: 4.3.2017.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado que estabelece uma Constituição para Europa. Disponível em: https://europa.eu/europeanunion/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf. Acesso em: 25.6.2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:12016E288. Acesso em: 20.6.2019.

UNITED KINGDOM. National Health Service Act 2006, Chapter 2, Primary Care Trusts (18). Disponível em:

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/41/part/2/chapter/2/2007-03-01. Acesso em: 1.2.2016

UNITED KINGDOM. Commonwealth Fund. Disponível em: https://www.commonwealthfund.org/about-us/newsroom. Acesso em: 1º.3.2017.

UNITED KINGDOM. Legislation.gov.uk. Legislation by Type: UK Statutory Instruments (3390), Scottish Statutory Instruments (370), Wales Statutory Instruments (229), UK Public General Acts (18), Northern Ireland Statutory Rules and Orders (9), Acts of the National Assembly for Wales (2), Northern Ireland Statutory Rules (1), Acts of the Scottish Parliament (1)

UNITED KINGDOM. Legislation.gov.uk. National Health Service and Community Care Act 1990. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/19/contents. Acesso em: 2.1.2019.

UNITED KINGDOM. NHS Clinical Commissioners. Disponível em: https://www.nhscc.org/ccgs/. Acesso em: 25.3.2020.

UNITED KINGDOM. Nuffieldtrust. Health & social care explained. Disponível em: https://www.nuffieldtrust.org.uk/health-and-social-care-explained/nhs-reform-timeline/. Acesso em: 1º.2.2019.

UNITED KINGDOM. Parliament. Companies Act 2006. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents. Acesso em: 1º.12.2020.

UNITED KINGDOM. Parliament. Disponível em: https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/coll-9-health1/health-01/nhs-act-page-2/. Acesso em: 9.4.2018.

UNITED KINGDOM. Health and Social Care Act 2012. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/section/10. Acesso em: 14.6.2019.

UNITED KINGDOM. Department of Health & Social Care. We support ministers in leading the nation's health and social care to help people live more independent, healthier lives for longer. Disponível em: https://www.gov.uk/government/organisations/department-of-health-and-social-care/about. Acesso em: 10.4.2016.

UNITED KINGDOM. Health and Social Care Act 2012. Chapter N.º 7. Part 1. The health service: overview. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/section/5. Acesso em: 26.5.2018.

UNITED KINGDOM. Health and Social Care Act 2012. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/introduction. Acesso em: 20.4.2016.

UNITED KINGDOM. National Health Service and Community Care Act 1990. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/19/contents. Acesso em: 15.4.2019.

UNITED KINGDOM. National Health Service and Community Care Act 1990. Fund-holding practices

UNITED KINGDOM. National Institute for Health and Care Excellence – NICE. Disponível em: https://www.nice.org.uk/about/who-we-are/structure-of-nice. Acesso em: 20.4.2016.

UNITED KINGDOM. The National Institute for Clinical Excellence (Establishment and Constitution) Order 1999. UK Statutory Instruments1999. N.º 220. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/220/contents/made. Acesso em: 20.4.2016.

VALENTINI, Vando. Subsidiariedade no Ensino Cristão. Núcleo de Fé e Cultura da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Caderno Pessoa & Sociedade. 25.1.2019. Disponível em: https://www.pucsp.br/fecultura/textos/pessoa_sociedade/24_subsidiariedade.html. Acesso em: 1º.1.2020.

VALLE, Luís Meneses do. Racionamento e racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional. Vol. 1. Coimbra: Editora Coimbra. 2007.

VARONE, Frédéric. De I ´irrationalité institutionnelle de la nouvelle gestion publique. In La pesée comptable – État, Néolibéralisme, Nouvelle gestion publique. Paris: Presses Universitaires de France. 1998.

VATICANO. CARTA ENCÍCLICA. Disponível em: http://www.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html#fnref76. Acesso em: 10.1.2020.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. Vol. 2. São Paulo: Malheiros. 2006.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. Vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. Vol.3. São Paulo: Malheiros. 2008.

VIANA, Cláudia. Os princípios comunitários na contratação pública. Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

VIEIRA, Pedro Siza. Os tipos contratuais subjacentes às parcerias público-privadas em Portugal. In Manual Prático de Parcerias Público-Privadas. Sintra: NPF – Pesquisa e Formação. 2004.

VILLALOBOS, Luís; CORREIA, Raquel Almeida. O Governo usou 90% das receitas com as privatizações para pagar dívida pública. Os 4043 milhões arrecadados com a EDP, ANA e REN representam apenas cerca de 2% do dinheiro que o Estado português deve aos credores. Revista Público online. 3 dez. 2013. Disponível em: https://www.publico.pt/2013/12/03/economia/noticia/governo-usou-90-das-receitas-com-as-privatizacoes-para-pagar-divida-publica-1614776. Acesso em: 10.6.2018.

VINCI Airports International S.A. https://www.ana.pt/en/institutional/ana/our-business-activity

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Teoria geral da empresa. Vol. 1. 2ª ed. Coleção Tratado de direito empresarial. Modesto de Carvalho (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

WEBER, Max. The theory of social and economic organization. Illinois: Free Press. 1947.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Constitution. Disponível em: https://www.who.int/about/who-we-are/constitution. Acesso em: 8.6.2020.

YESCOMBE, Edward R. Public Private Partnership: Principles of Policy and Finance. 1st ed. Oxford: Elsevier Limited. 2007.