

UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

DISSERTAÇÃO DE DOUTORAMENTO

# **As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde**

---

O Advento do Estado Mínimo de Regulação e o Direito de  
Acesso à Saúde.

ISA ANTÓNIO



Orientador: Professor Doutor Luis Miguez Macho  
Co-Orientadora: Professora Doutora Isabel Fonseca

## ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

AJDA – Actualité Juridique-Droit Administratif

Art. – Artigo

BEI – Banco Europeu de Investimentos

BM – Banco Mundial

BMI – Banco Monetário Internacional

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

BOO – Build, Owen, Operate

BOT – Build, Operate, Transfer

BTO – Build, Transfer, Operate

CÓD. – Código

CJA – Cadernos de Justiça Administrativa

C.S.COM.– Código das Sociedades Comerciais

C.R.P. – Constituição da República Portuguesa

CCP – Código dos Contratos Públicos

CEDF – Carta Europeia dos Direitos Fundamentais

CPA – Código de Procedimento Administrativo

CPC – Código de Processo Civil

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CPC – Custo Público Comparável

CSP – Comparador do Sector Público

DBFM – Design, Build, Finance, Maintain

DBFO – Design, Build, Finance, Operate

DCMF – Design, Construct, Maintain, Finance

DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

EP – Economia Pura

ERS – Entidade Reguladora da Saúde

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

FMI – Fundo Monetário Internacional

|          |   |                                                          |
|----------|---|----------------------------------------------------------|
| IGS      | – | Inspecção Geral de Saúde                                 |
| INFARMED | – | Instituto da Farmácia e do Medicamento                   |
| INTOSAI  | – | International Organization of Supreme Audit Institutions |
| LBS      | – | Lei de Bases da Saúde                                    |
| LCSP     | – | Ley de Contratos del Sector Público                      |
| LEO      | – | Lei de Enquadramento Orçamental                          |
| FDC      | – | Faculdade de Direito de Coimbra                          |
| FDUC     | – | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra          |
| LTC      | – | Lei do Tribunal de Contas                                |
| NAO      | – | National Audit Office                                    |
| OE       | – | Orçamento de Estado                                      |
| PEC      | – | Pacto de Estabilidade e Crescimento                      |
| PE       | – | Parlamento Europeu                                       |
| PPP      | – | Parcerias Público-Privadas                               |
| PFI      | – | Project Finance Initiative                               |
| RAP      | – | Revista de Administración Pública                        |
| RARS     | – | Regulamento das Administrações Regionais de Saúde        |
| RDP      | – | Revista de Direito Público                               |
| RDES     | – | Revista de Direito e Estudos Sociais                     |
| RFDA     | – | Revue Française de Droit Administratif                   |
| RJ       | – | Revista Jurídica                                         |
| ROA      | – | Revista da Ordem dos Advogados                           |
| RLJ      | – | Revista de Legislação e Jurisprudência                   |
| RSJ      | – | Revista de Scientia Juridica                             |
| RSG      | – | Rivista di Scienze Giuridiche                            |
| SCUT     | – | Concessão de Obra Pública sem custos para o utilizador   |
| SPA      | – | Sector Público Administrativo                            |
| SPE      | – | Sector Público Empresarial                               |
| SPV      | – | Special Purpose Vehicle                                  |
| SNS      | – | Serviço Nacional de Saúde                                |
| STA      | – | Supremo Tribunal Administrativo                          |
| STJ      | – | Supremo Tribunal de Justiça                              |
| T.C.     | – | Tribunal de Contas                                       |
| T.Const. | – | Tribunal Constitucional                                  |
| TCE      | – | Tratado da Comunidade Europeia                           |

TEDH –Tribunal Europeu dos Direitos do Homem  
TJUE –Tribunal de Justiça da União Europeia  
TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias  
TMaast. – Tratado de Maastricht  
TUE – Tratado da União Europeia  
UCP – Universidade Católica Portuguesa  
UE – União Europeia  
UEM – União Económica e Monetária  
VfM – Value for Money

## INDICE

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| ABREVIATURAS.....                 | 1  |
| INDICE.....                       | 4  |
| PLANO DA OBRA.....                | 9  |
| INTRODUÇÃO À PRIMEIRA PARTE ..... | 11 |

### PARTE I

#### ENQUADRAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO «DIREITO À PROTECÇÃO DA SAÚDE» E A EVOLUÇÃO DO PAPEL CONFORMADOR DO «ESTADO SOCIAL DE PRESTAÇÃO».

### CAPÍTULO I

#### O DIREITO SOCIAL À PROTECÇÃO DA SAÚDE E O PAPEL DO «ESTADO SOCIAL DE PRESTAÇÃO».

#### SECÇÃO I - OS DIREITOS SOCIAIS. PARA UMA PERSPECTIVA DOGMÁTICA DA NATUREZA E RELEVÂNCIA JUSFUNDAMENTAL DOS DIREITOS SOCIAIS.....15

|                                                                                                                                                                                                                                                                             |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 0. Nota prévia.....                                                                                                                                                                                                                                                         | 15 |
| 1. Direitos Sociais: «mais que direitos jusfundamentais, verdadeiros direitos humanos».....                                                                                                                                                                                 | 17 |
| 2. Reconhecimento, Garantia e Efectividade dos Direitos Sociais: fragilidades, críticas e principais meios de tutela.....                                                                                                                                                   | 20 |
| 2.1. A Problemática compatibilização entre a Promoção dos Direitos Sociais, o Princípio da Confiança, o Princípio da Solidariedade e o Princípio da Proibição da Reversibilidade.....                                                                                       | 21 |
| 2.2. O dilema entre a Promoção dos Direitos Sociais e o «Princípio da Sustentabilidade» ou «Princípio da Reserva do Financeiramente Possível». O critério decisivo da «Dignidade da Pessoa Humana».....                                                                     | 29 |
| 3. Da Equiparação dos «Direitos Sociais» aos «Direitos de Liberdade». Consideração do Direito à Saúde enquanto «direito social <i>especial</i> » elevado à categoria <i>jusfundamental</i> a «direito de liberdade»?.....                                                   | 41 |
| 3.1. A premissa essencial: «direitos sociais» enquanto direitos imprescindíveis à concretização dos «direitos de liberdade».....                                                                                                                                            | 45 |
| 3.2. Assunção de uma dogmática unitária de ambos os direitos constitucionais, «direitos sociais» e «direitos de liberdade». Especial atinência ao «direito à saúde» enquanto «direito social <i>especial</i> » digno de tutela idêntica à dos «direitos de liberdade»?..... | 50 |
| 4. Conclusão: a inevitável (?) dependência da realidade económica actual.....                                                                                                                                                                                               | 53 |

**SECÇÃO II – O ESTADO COMO GARANTE DO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL DE «BEM-ESTAR SOCIAL» E A SAÚDE.....61**

|                                                                                                                                                                                                          |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 0. Nota prévia.....                                                                                                                                                                                      | 61 |
| 1. A «Saúde» enquanto direito social especial com assento constitucional: noção juridicamente funcional de «saúde». O seu conteúdo: dimensões, positiva e negativa. A dimensão prestadora do Estado..... | 64 |
| 1.1. Garantia e Efectividade. Mecanismos Garantísticos e de Protecção.....                                                                                                                               | 67 |
| 2. Exigibilidade perante o Estado de matriz social. O dever estadual concernente aos Direitos Sociais numa tríplice vertente: a) dever de respeito; b) dever de protecção; c) dever de promoção.....     | 71 |
| 2.1. Em particular, os deveres de: d) assegurar a prevenção da doença; e) assegurar a garantia da saúde; f) assegurar a assistência na doença.....                                                       | 75 |
| 3. O « <i>Welfare State</i> » e os Principais Modelos de Saúde.....                                                                                                                                      | 81 |
| 3.1. O Modelo de Bismarck .....                                                                                                                                                                          | 85 |
| 3.2. O Modelo de Beveridge .....                                                                                                                                                                         | 88 |
| 4. Conclusão: A Reconformação do estatuto e atribuições do Estado Social na saúde.....                                                                                                                   | 91 |

**CAPÍTULO II**

**O SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE (SNS).**

**SECÇÃO I – O SISTEMA DE SAÚDE PORTUGUÊS.....96**

|                                                                                                                                                                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 0. Nota prévia.....                                                                                                                                                                                                                                 | 96  |
| 1. O Serviço Nacional de Saúde.....                                                                                                                                                                                                                 | 98  |
| 1.1. Origens e Missão.....                                                                                                                                                                                                                          | 98  |
| 1.2. Características e Princípios Estruturantes.....                                                                                                                                                                                                | 100 |
| 1.2.1. A Gestão descentralizada e Participada do Serviço Nacional de Saúde.....                                                                                                                                                                     | 103 |
| 1.2.2. Os Princípios da Universalidade, da Generalidade e de <i>Tendencial</i> Gratuitude. A Garantia Constitucional de Continuidade do Sector Público dos Meios de Produção e o Princípio de Subsidiariedade na Intervenção Económica Pública..... | 110 |
| 2. Os Subsistemas de Saúde. Coexistência com o Serviço Nacional de Saúde.....                                                                                                                                                                       | 112 |
| 3. A Admissibilidade de um Sector Privado na Saúde.....                                                                                                                                                                                             | 117 |
| 3.1. A empresarialização do sector da saúde e os direitos do «utente-consumidor».....                                                                                                                                                               | 122 |
| 3.2. A Privatização na Prestação de Cuidados de Saúde: as «unidades privadas de saúde». Enquadramento legal. Conceito: critério da natureza jurídica/critério orgânico.....                                                                         | 127 |
| 3.2.1. O denominado «terceiro sector». Em especial, as Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS).....                                                                                                                                | 133 |
| 3.2.2. Algumas Formalidades «habilitantes».....                                                                                                                                                                                                     | 135 |
| 4. Conclusão: O Serviço Nacional de Saúde perante os novos desafios sociais e económico-financeiros.....                                                                                                                                            | 136 |

**SECÇÃO II - A ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE (ERS) PERANTE O “NOVO” DESAFIO DA EMPRESARIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....142**

|                                                                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 0. Nota prévia.....                                                                                                                                 | 142 |
| 1. Modelo, Estrutura e Forma de Actuação.....                                                                                                       | 147 |
| 2. Caracterização e Composição Orgânica.....                                                                                                        | 151 |
| 3. Missão, «Esfera de Jurisdição» e Competências.....                                                                                               | 153 |
| 4. Conclusão: A admissibilidade de privados na prestação de cuidados de saúde e a emergência de uma Autoridade de Regulação no sector da saúde..... | 158 |

**CONCLUSÃO À PRIMEIRA PARTE** - A Falência do «*Welfare State*», a intervenção dos privados na prestação de cuidados de saúde e o Advento do Estado Mínimo de Regulação.....168

**INTRODUÇÃO À SEGUNDA PARTE.....185**

**PARTE II**

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS  
NO SECTOR DA SAÚDE.**

**CAPÍTULO I**

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.  
GENERALIDADES.**

**SECÇÃO I – A FIGURA JURÍDICA.....188**

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 0. Nota prévia.....                                                                              | 188 |
| 1. A Figura Jurídica: conceito polissémico.....                                                  | 191 |
| 1.1. Breve Distinção entre a «Parceria Público-Privada» e a «Concessão».....                     | 201 |
| 1.2. Breve Distinção entre a «Parceria Público-Privada» e a «Contrato de Serviços Públicos»..... | 212 |
| 2. Breve Perspectiva Comparatística.....                                                         | 219 |
| 2.1. A Experiência do Reino Unido: o « <i>Project Finance Initiative (PFI)</i> ».....            | 220 |
| 2.2. A Experiência de França e o « <i>Contrat de Partenariat Public-Privé</i> ».....             | 229 |
| 2.3. A Experiência de Itália e a figura do « <i>Promotore</i> ».....                             | 233 |
| 3. Objecto e Características Principais das PPP's à luz do Direito Europeu.....                  | 239 |
| 3.1. A Relação Contratual Duradoura entre o Parceiro Público e o Parceiro Privado.....           | 244 |
| 3.2. O Financiamento Privado.....                                                                | 246 |
| 3.3. A Participação do <i>Player</i> Privado nas várias fases do Projecto.....                   | 247 |
| 3.4. A Transferência do Risco para o <i>Player</i> Privado.....                                  | 248 |
| 3.4.1. Especial atinência ao «Custo»: Custo de Transacção e Custo de Financiamento Privado.....  | 259 |
| 3.4.2. O Critério da Sustentabilidade Financeira.....                                            | 263 |
| 3.4.3. O Critério de « <i>Value for Money</i> ».....                                             | 267 |
| 3.5. O Carácter Público das PPP's.....                                                           | 270 |
| 3.6. A Incidência Financeira das PPP's.....                                                      | 272 |

|                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4. Principais Finalidades das PPP's.....                                                                                       | 274 |
| 4.1. Finalidades de âmbito genérico.....                                                                                       | 274 |
| 4.2. Finalidades de âmbito específico.....                                                                                     | 276 |
| 5. Conclusão: Opção pelas Parcerias Público-Privadas ou “regresso” às formas clássicas ou tradicionais de a AP contratar?..... | 279 |

|                                                                                                                                                 |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>SECÇÃO II – TIPOLOGIAS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E REGIME JURÍDICO.....</b>                                                              | <b>288</b> |
| 0. Nota prévia.....                                                                                                                             | 288        |
| 1. Tipologias de Parcerias Público-Privadas: Contratuais e de Tipo Institucional («Risk-Sharing PPP» e «Facilitory PPP»).....                   | 289        |
| 2. Enquadramento Jurídico e Institucional.....                                                                                                  | 298        |
| 2.1. Regime Jurídico Português: o Código dos Contratos Públicos.....                                                                            | 303        |
| 2.2. O Procedimento “Diálogo Concorrencial” e as Formas de Implementação das PPP.....                                                           | 307        |
| 2.3. A Execução e Cumprimento do Contrato de PPP.....                                                                                           | 319        |
| 2.3.1. As Prerrogativas do Parceiro Público: os Poderes de Interpretação, Direcção, Inspeção e Controlo, Sanção.....                            | 321        |
| 2.3.2. O « <i>Ius Variandi</i> » e o Mecanismo de Reposição do “Equilíbrio Financeiro”.....                                                     | 342        |
| 2.3.2.1. O « <i>Fait du Prince</i> ».....                                                                                                       | 353        |
| 2.3.3. O Poder de Suspensão.....                                                                                                                | 367        |
| 2.3.4. O Poder de Resolução Unilateral.....                                                                                                     | 367        |
| 2.3.5. A « <i>Ultima Ratio</i> »: a «Captura» da Obra.....                                                                                      | 369        |
| 3. Papel determinante do Tribunal de Contas na viabilidade das Parcerias Público-Privadas.....                                                  | 371        |
| 3.1. Por uma Contenção Orçamental.....                                                                                                          | 374        |
| 3.2. Por uma Responsabilidade Financeira.....                                                                                                   | 385        |
| 4. Conclusão: As Parcerias Público-Privadas constituirão um risco potencial para a sustentabilidade económico-financeira do Estado Social?..... | 393        |

## CAPÍTULO II

### AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE.

|                                                                                                                                   |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>SECÇÃO I – AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E ADEQUAÇÃO DO SEU MODELO JURÍDICO-CONTRATUAL À SAÚDE.....</b>                        | <b>398</b> |
| 0. Nota prévia.....                                                                                                               | 398        |
| 1. Breve Resenha Evolutiva da Organização e Gestão da Saúde Portuguesa: As diversas realidades existentes no sector da saúde..... | 402        |
| 1.1. O Surgimento dos Hospitais sob a forma de Sociedade Anónima de Capitais exclusivamente Públicos: «Hospitais S.A.».....       | 416        |
| 1.2. Os Hospitais constituídos sob a forma de Entidade Pública Empresarial: «Hospitais E.P.E.».....                               | 420        |
| 1.2.1. Considerações acerca da (in)adequação do modelo de Empresa Pública no âmbito hospitalar.....                               | 425        |
| 1.3. A «Explosão» das Parcerias Público-Privadas na Saúde: a «nova» panaceia para o serviço público de saúde?.....                | 432        |
| 1.3.1. As PPP's na Saúde e os «Contratos de Gestão».....                                                                          | 443        |



|                                                                                                                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Principais Implicações Sociais e Económico-Financeiras das PPP's no Sector da Saúde.....                                                                                                                   | 447 |
| 2.1. As PPP's na Saúde e a Sustentabilidade do SNS: « <i>captura</i> » do Estado pelos privados?.....                                                                                                         | 450 |
| 3. Particularmente sobre a (in)adequação da Figura Jurídico-Contratual «PPP» no sector da «saúde».....                                                                                                        | 465 |
| 3.1. Perspectiva Jurídico-Constitucional: serão as Parcerias Público-Privadas compatíveis com os imperativos constitucionais que impendem sobre o Estado Social no que à saúde concerne?.....                 | 468 |
| 3.2. Perspectiva Jurídico-Administrativa: serão o modelo jurídico mais eficiente de a AP contratar na saúde?.....                                                                                             | 472 |
| 4. Conclusão: As Parcerias Público-Privadas na Saúde. Balanço crítico.....                                                                                                                                    | 476 |
| <br><b>CONCLUSÃO À SEGUNDA PARTE – Reflexos da Experiência das Parcerias Público-Privadas na Saúde em Portugal: o <i>Advento do Estado Mínimo de Regulação</i> e o <i>direito de acesso à saúde</i></b> ..... | 485 |
| <br><b>BIBLIOGRAFIA</b> .....                                                                                                                                                                                 | 500 |

## **PLANO DA OBRA**

### **AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SECTOR DA SAÚDE**

#### **O ADVENTO DO ESTADO MÍNIMO DE REGULAÇÃO E O DIREITO DE ACESSO À SAÚDE.**

*Uma espécie de suplício mitológico parece afligir a saúde, incapaz de alcançar a sua própria sombra e como que autofagicamente se consumindo. Não bastara o risco da doença, fomos capazes de somar-lhe o risco da cura<sup>1</sup>.*

#### **PARTE I ENQUADRAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO «DIREITO À PROTECÇÃO DA SAÚDE» E A EVOLUÇÃO DO PAPEL CONFORMADOR DO «ESTADO SOCIAL DE PRESTAÇÃO».**

#### **INTRODUÇÃO À PRIMEIRA PARTE**

#### **CAPÍTULO I – O DIREITO SOCIAL À PROTECÇÃO DA SAÚDE E O PAPEL DO «ESTADO SOCIAL DE PRESTAÇÃO».**

Sumário: 1. Os Direitos Sociais. Para uma Perspectiva Dogmática da Natureza e Relevância Jusfundamental dos Direitos Sociais; 2. O Estado como Garante do Imperativo Constitucional de «Bem-Estar Social» e a Saúde.

#### **CAPÍTULO II - O SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE (SNS) E O FENÓMENO PRIVATIZANTE NA SAÚDE.**

Sumário: 1. O Sistema de Saúde Português; 2. A Entidade Reguladora da Saúde (ERS) perante o “novo” desafio da empresarialização da saúde.

**CONCLUSÃO** - A Falência do *Welfare State*, a intervenção dos privados na prestação de cuidados de saúde e o Advento do Estado Mínimo de Regulação.

---

<sup>1</sup> Citação colhida da obra de LUÍS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma Perspectiva Jurídico-constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007, pp.10.

**PARTE II**  
**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**  
**NO SECTOR DA SAÚDE.**

**INTRODUÇÃO À SEGUNDA PARTE**

**CAPÍTULO I – AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. GENERALIDADES.**

Sumário: 1. A Figura Jurídica; 2. Tipologias de Parcerias Público-Privadas e Regime Jurídico.

**CAPÍTULO II – AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE.**

Sumário: 1. As Parcerias Público-Privadas e Adequação do seu Modelo Jurídico-Contratual à Saúde.

**CONCLUSÃO** – Reflexos da Experiência das Parcerias Público-Privadas na Saúde em Portugal: o Advento do Estado Mínimo de Regulação e o direito de acesso à Saúde.

## INTRODUÇÃO À PRIMEIRA PARTE

A Constituição da República Portuguesa de 1976, na senda ideológica da Constituição de 1933, impõe claramente ao Estado a missão de zelar pela melhoria das condições de vida dos seus cidadãos e o desiderato de pugnar de modo estável e permanente, sem «retrocessos», pela melhoria do nível de vida dos portugueses, nos mais diversos níveis, com especial atinência no que concerne aos direitos sociais.

Por um lado, na actual Constituição Portuguesa, o esforço desencadeado pelo Estado a propósito da concretização das aspirações dos cidadãos no que se refere ao «bem-estar», no sentido de conferir maior efectividade ao catálogo de direitos económicos, sociais e culturais e por outro lado, o compromisso assumido perante a Sociedade no que tange à exigência constitucional do «não retrocesso social», no âmbito daqueles direitos, contribuiu para o fenómeno «inevitável de abolição de fronteiras entre o Estado e a Sociedade»<sup>2</sup>. Este novo fenómeno, traduz-se na existência de um entrecruzamento de interesses e funções, entre o Estado na veste de fornecedor-prestador e a Sociedade na qualidade de receptadora dos serviços públicos proporcionados por aquele como contrapartida do pagamento de impostos.

Em termos evolutivos, o Estado passa a assumir-se como um «Estado Social de Bem-Estar»<sup>3</sup>, o qual com o objectivo de se adaptar às novas realidades sócio-económicas, às crescentes necessidades colectivas e ambições sociais dos cidadãos e orientado por uma missão social de relevância estruturante para a Sociedade (v.g. ao nível da solidariedade), procede à modificação das estruturas sectoriais públicas de modo a alcançar o tão desejado «Bem-Estar Social».

E, nestes termos, o enquadramento jurídico-constitucional que norteia toda a actividade estadual está vocacionado para a prossecução de tal missão social, mediante a afirmação de direitos fundamentais que reconhecem ou atribuem aos particulares, posições jurídicas de vantagem (os direitos sociais *lato sensu*), ao mesmo tempo que cria imposições legais, ou

---

<sup>2</sup> Vide SOFIA TOMÉ D' ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.38.

<sup>3</sup> Com efeito, este tipo de Estado, denominado Estado Social ou Providência, o qual caracteriza-se por desempenhar uma intervenção predominante e, até por vezes, quase exclusiva em todos os sectores da sociedade, sobretudo nos quadrantes relativos à prossecução dos direitos económicos, sociais, culturais (saúde, educação/ensino), contribui para que determinados Autores o designem de «Estado-Zorro». Vide, neste sentido, PAULO OTERO, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp.14.

incumbências constitucionais obrigatórias que impelem o Estado a um dever de agir (*faccere*)<sup>4</sup> nos variados sectores sociais, designadamente, no sector da saúde, objecto do nosso presente estudo.

Pese embora o que foi ora referido e a auto-qualificação do nosso Estado como Estado Social ou de Bem-Estar, não podemos mais hoje afirmá-lo com a certitude de outros tempos, mormente no Pós-Segunda Guerra Mundial.

Na verdade, assistimos hoje a uma vertiginosa viragem ou mutação do papel desempenhado pelo Estado perante as aspirações, os anseios e necessidades da Sociedade em geral e dos cidadãos em particular.

Um Estado que, a nosso ver, não pode ser qualificado de puramente Liberal ou abstencionista, mas que também não cabe já inteiramente na veste de um Estado Social de Providência imensamente envolvido nos problemas económicos, sociais e culturais, tal como o criado a partir de 1945. Mas, desenvolveremos este aspecto em momento ulterior.

A respeito do Estado enquanto cláusula de Bem-Estar, SOFIA D'ALTE tece a seguinte consideração: «O Princípio em que se ancora o Estado de Bem-Estar, conduz naturalmente a uma actividade finalisticamente orientada para aquele fim, a qual envolverá consequentemente a prática de actividades da mais variada ordem»<sup>5</sup>, cuja concretização será prosseguida por meio de uma intervenção económica público-estadual, mediante a criação de empresas públicas e com a proliferação de entidades públicas de diversa natureza e finalidade dedicadas à prossecução dos mais variados interesses públicos<sup>6</sup>, económicos, culturais e, sobretudo, sociais dos quais enaltecemos o direito à saúde. E, com vista à prossecução deste

---

<sup>4</sup> Veja-se, a este propósito, o preceito constitucional do artigo 81º, sob a epígrafe «*Incumbências prioritárias do Estado*»: «Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: a) Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável; b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal; c) Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público; d) Promover a coesão económica e social de todo o território nacional, orientando o desenvolvimento no sentido de um crescimento equilibrado de todos os sectores e regiões e eliminando progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo e o litoral e o interior; i) Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores; j) Criar os instrumentos jurídicos e técnicos necessários ao planeamento democrático do desenvolvimento económico e social.

Este preceito ínsito no artigo 81º deverá ser conjugado com outros artigos da lei fundamental, mais precisamente, com os artigos 2º e 9º. Com o artigo 2º, sob a epígrafe «*Estado de Direito Democrático*»: «a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático baseado (...) no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais, (...) visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa»; e com o artigo 9º, sob a epígrafe «*Tarefas fundamentais do Estado*», nas seguintes alíneas b), c) e d). A alínea b) refere que é tarefa do Estado «Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático», a alínea c) menciona que é especial incumbência estadual, «Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais» e, por último, a alínea d) que impõe sobre o Estado, a tarefa de «Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como, a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais».

<sup>5</sup> Vide SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.39.

<sup>6</sup> A respeito da problemática relacionada com a actividade prestadora do Estado no âmbito dos serviços públicos, designadamente sobre a conduta do Estado enquanto operador económico vide JOSÉ MARIA SOUBIRÓN MORENILLA, *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*, Editorial Comares, Granada, 1998, pp. 17 e seguintes; 27 e seguintes. Cfr. Igualmente, a propósito da relevância da Administração de Prestação, ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *A Administração Pública de Prestação e o Direito Administrativo*, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLV, nº 259/262, Janeiro-Junho de 1996, pp. 97 e seguintes.

concreto interesse público secundário (saúde), o Estado Social procedeu à criação de uma panóplia vasta de estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde, primários e diferenciados, sob a égide pública.

Inicialmente, o Estado encontrava-se em todos os patamares de actuação, ou seja, ao nível da prestação, financiamento e fiscalização, sendo um Estado produtor, prestador e financiador. Mais recentemente, a tendência mudou e o Estado surge como Regulador e não já Prestador.

Por isso, consideramos que o Estado hodierno não é tão Social como quando aparecia na qualidade de Estado prestador, fornecedor ou ainda como Estado financiador ao nível das prestações sociais de que o cidadão-utente beneficia. Foi, aliás, como veremos, esta ambição do Estado de «Bem-Estar ou de Prestação» em reivindicar para si próprio todo o feixe de pretensões, direitos, interesses públicos e prestações que conduziu a um fenómeno paradoxal, consubstanciado numa posição de fragilidade estadual, numa perspectiva económico-financeira e no que concerne aos seus recursos humanos e técnico-científicos.

Como corolário lógico da presente situação de vulnerabilidade financeira, o Estado encontra-se actualmente incapacitado para dar resposta às “solicitações” cada vez mais crescentes do cidadão, *maxime* no que aos direitos sociais respeita, tendo de demitir-se progressivamente de tarefas tradicionalmente suas.

Assistimos, deste modo, a uma mutação e transição do papel e estatuto do Estado “na” e “perante” a Sociedade. Na verdade, ocorreu uma conversão de um Estado Social de Prestação, *ultra-interventivo*, num Estado de Regulação, caracterizado por uma intervenção de fulcral relevância ao nível da supervisão e fiscalização da actuação desenvolvida por privados, seus “substitutos”.

Pese embora, exista uma reconformação do papel do Estado na economia e na sociedade, de mero árbitro ou vigilante, não nos merece dita a designação de «Estado Mínimo de Regulação», mas sim de «**Estado Social de Regulação**». Negamos o advento do Estado Mínimo, porque não houve um “desinteresse” do Estado com as matérias sociais, tendo, pelo contrário, tido a preocupação em prosseguir-las da melhor forma em termos de qualidade e eficiência, facto, que o levou a procurar laços de colaboração com os privados.

Por isso, a nosso ver, o que sucedeu foi uma re-concepção, re-dimensionamento e ajustamento do Estado *ainda* Social, à nova realidade demográfica, social e económica.

Saliente-se, porém, que não se trata de um “Estado de Bem-Estar e de Actuar de tipo Providencial”, mas de um “Estado de Bem Regular e de Fiscalizar (*ainda*) de tipo Social”, reajustado à nova conjuntura socio-económica. Sobre este “novo” Estado recai a obrigatoriedade de ser diligente nas suas “novas” funções de supervisionar, vigiar, fiscalizar a

actuação alheia, por parte de entidades privadas, capazes de prosseguir a miríade de interesses públicos que anterior e classicamente, se encontravam sob sua alçada, do qual é paradigma a *saúde*.

Esta tendência é mais visível e significativa quando falamos na vaga de Parcerias Público-Privadas na saúde e dos inovadores mecanismos de financiamento, repartição de riscos, de distribuição e de fornecimento dos serviços de prestação de cuidados de saúde.

Ora, o nosso estudo tem por primacial finalidade debruçar-se sobre este fenómeno parcerístico no sector da saúde em Portugal e, mais concretamente sobre as transformações do papel e estatuto do Estado a propósito do serviço de saúde, verificando de que modo é que o direito social à protecção da saúde contemplado no artigo 64º da Constituição surge ou não afectado, em virtude da celebração de laços de colaboração entre o Estado e os particulares no âmbito das Parcerias Público-Privadas Hospitalares. Compete-nos, de igual modo, reflectir sobre os reflexos de tal experiência junto do utente do Serviço Nacional de Saúde, assim como, determinar se fará ou não, sentido falar no eventual “início do fim” do Serviço Nacional de Saúde, pelo menos, nos exactos termos em que foi concebido em 1979.

**CAPÍTULO I**  
**O DIREITO SOCIAL À PROTECÇÃO DA SAÚDE E O**  
**PAPEL DO «ESTADO SOCIAL DE PRESTAÇÃO»**

**SECÇÃO I - OS DIREITOS SOCIAIS. PARA UMA PERSPECTIVA DOGMÁTICA DA NATUREZA E RELEVÂNCIA JUSFUNDAMENTAL DOS DIREITOS SOCIAIS.**

Sumário: 0. Nota prévia; 1. Direitos Sociais: «mais que direitos jusfundamentais, verdadeiros direitos humanos»; 2. Reconhecimento, Garantia e Efectividade dos Direitos Sociais: fragilidades, críticas e principais meios de tutela; 2.1. A Problemática compatibilização entre a Promoção dos Direitos Sociais, o Princípio da Confiança, o Princípio da Solidariedade e o Princípio da Proibição da Reversibilidade; 2.2. O dilema entre a Promoção dos Direitos Sociais e o «Princípio da Sustentabilidade» ou «Princípio da Reserva do Financeiramente Possível». O critério decisivo da «Dignidade da Pessoa Humana»; 3. Da Equiparação dos «Direitos Sociais» aos «Direitos de Liberdade». Consideração do Direito à Saúde enquanto «direito social *especial*» elevado à categoria *jusfundamental* a «direito de liberdade»?; 3.1. A premissa essencial: «direitos sociais» enquanto direitos imprescindíveis à concretização dos «direitos de liberdade»; 3.2. Assunção de uma dogmática unitária de ambos os direitos constitucionais, «direitos sociais» e «direitos de liberdade». Especial atinência ao «direito à saúde» enquanto «direito social *especial*» digno de tutela idêntica à dos «direitos de liberdade»?; 4. Conclusão: a inevitável (?) dependência da realidade económica actual.

**0. Nota prévia.**

O direito à saúde é um direito fundamental integrante do catálogo<sup>7</sup> de direitos económicos, sociais e culturais, sinteticamente designados por «direitos sociais» e, nessa medida, em termos metodológicos importa previamente analisar o enquadramento constitucional e dogmático dos direitos sociais enquanto direitos verdadeiramente fundamentais e, num momento ulterior, proceder a um estudo mais concreto sobre o direito à saúde e sobre a conduta do Estado no que a este direito concerne. É pertinente, a este respeito, citar RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, para quem «El reconocimiento de los derechos sociales no es, (...) , un mero catálogo de buenas intenciones por parte de los estados. Los derechos sociales son derechos fundamentales, exigibles en nombre de todos y para todos los hombres e imprescindibles para la vida y la dignidad humana»<sup>8</sup>.

Os direitos fundamentais constitucionalmente plasmados garantem juridicamente o acesso individual a bens e serviços reputados como essenciais à efectividade do princípio de

---

<sup>7</sup> Sobre a diversidade de direitos fundamentais, vide RUI MEDEIROS, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol.I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 657 a 683.

<sup>8</sup> Vide RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, 2011, pp.11.



dignidade humana<sup>9</sup>, a todos os indivíduos reconhecida. E, na verdade, este facto é demonstrado com especial atinência no que respeita aos direitos sociais porquanto estes revelam-se imprescindíveis ao desenvolvimento da personalidade, da autonomia, da liberdade e do bem-estar das pessoas e, nesse sentido, a Constituição impõe ao Estado e a cada um dos seus poderes públicos constituídos, os correspectivos deveres de subordinação e vinculação jurídicas por força das quais resultam para os particulares correspondentes pretensões e direitos de realização consubstanciados na titularidade de direitos subjectivos públicos, podendo exigir o cumprimento dos respectivos deveres estatais<sup>10</sup>. Contudo, no que tange à exigibilidade dos direitos sociais em sede judicial, verificamos algumas fragilidades ao nível da respectiva efectivação, facto que desenvolveremos mais adiante.

As funções de respeito, protecção e de promoção que oneram o Estado relativamente à efectividade e concretização dos direitos fundamentais, tanto no que se refere aos «direitos de liberdade»<sup>11</sup>, assim como, no que concerne aos «direitos sociais» revelam uma certa desadequação e fragilidade a ser imputadas às doutrinas mais tradicionais, segundo as quais a «teoria sobre a aplicação dos direitos fundamentais» tem por fundamento e base jurídica a *separação dogmática* e puramente *artificial* entre aquelas duas categorias de direitos, por nós criticada.

<sup>9</sup> Neste sentido, RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, o qual pronuncia-se do seguinte modo relativamente aos direitos sociais enquanto simultaneamente direitos constitucionais e direitos humanos: «*Si pensamos en la supremacía absoluta de la vida humana, vida que, para ser entendida como tal, debe ser digna, tenemos que pensar la vida bajo un aspecto material y, por tanto, en un estatuto privilegiado para los derechos dichos «sociales», pues los derechos sociales (económicos, sociales y culturales) hablan de cuestiones tan básicas para la vida y dignidad humana como la alimentación, la salud (...). En ese supuesto, se pone muy claro que la materialidad de la dignidad humana se asienta sobre el denominado «mínimo existencial», el núcleo duro de los derechos sociales, de forma que los derechos sociales son verdaderos derechos humanos fundamentales»*. Vide RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, 2011, pp.11.

<sup>10</sup> Vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 255 e seguintes. Este Autor considera que existe uma tipologia de direitos fundamentais, tais como os designados direitos a organização e procedimento, garantias institucionais, direitos e competências dos particulares, direitos de participação política, de autodeterminação informacional em que o respeito assegurado por parte do Estado apenas é demonstrado no momento em que este desenvolve uma actuação positiva, através da elaboração de leis ou pela criação de instituições que promovam o seu exercício ou garantia em termos efectivos. Segundo este Autor, acresce ainda uma outra categorização de direitos, pretensões ou faculdades que, se bem que integrados no leque de «direitos encarados como um todo» cujo respeito exige do Estado um dever geral de abstenção, se traduzem, tomados *a se* e como direitos em sentido próprio, numa exigência de actuação positiva. Neste sentido, vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.258.

<sup>11</sup> Em termos terminológicos, «direitos de liberdade» reconduzem-se aos direitos constitucionais que se encontram inseridos no catálogo de «direitos, liberdades e garantias» ou ditos «direitos fundamentais de primeiro grau» por oposição aos «direitos sociais» conotados com o catálogo de direitos de segunda geração ou de segunda linha, ou seja, «direitos económicos, sociais e culturais». Esta distinção é considerada por certos Autores como um *pecado original* das Constituições dos Estados Unidos da América e da Alemanha que consistia em não reconhecer os direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, quer por razões culturais, políticas, quer por opção legiferante, que desembocaram na recusa de uma dogmática unitária que abarcasse os dois tipos de direitos, com o consequente enfraquecimento ao nível da protecção dos direitos sociais. Nesta senda e como corolário lógico, JORGE REIS NOVAIS considera que «a vinculatividade da respectiva observância não dependerá do tipo em que (o direito em causa) for classificado e integrado, do *nome artificial* que lhe for atribuído, mas apenas da força jurídica diferenciada que a Constituição lhe atribuir, da natureza material e estrutural do dever, das características intrínsecas que o marcam, dos condicionamentos que se impõem, por natureza ou por força da observância dos princípios de Estado de Direito, à respectiva realização». Vide a nota de rodapé nº 294 da pp. 264 e ainda pp. 265 in JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

## 1. Direitos Sociais: «mais que *direitos jusfundamentais*, verdadeiros *direitos humanos*».

Segundo INGO WOLFGANG SARLET existe a possibilidade de procedermos à distinção entre «direitos humanos» e «direitos fundamentais», sendo que estes últimos consubstanciam-se em opções políticas do poder legiferante com vista a tutelar posições jurídicas que nem sempre constam dos tratados ou que não encontram fundamento directo na dignidade da pessoa humana. E, nestes termos, os «direitos fundamentais» assumir-se-iam como reivindicações reconhecidas pelo pacto social e político firmado entre o Estado e o cidadão, enquanto pressupostos e condições essenciais à existência de uma sociedade política democrática e livre<sup>12</sup>.

Por sua vez, os direitos humanos consistem, por definição, em direitos inerentes ao Homem e à própria condição humana, assumindo-se como irrevogáveis, inalienáveis e irrenunciáveis<sup>13</sup>. Consistem, ainda numa outra vertente, em reivindicações relativas a bens primários ou básicos imprescindíveis à dignidade humana, independentemente de factores como o *status* social, o sexo, a etnia, a nacionalidade da pessoa, entre outros<sup>14</sup>.

Os direitos humanos são, acima de tudo, fruto da história da civilização humana, tendo transitado de uma universalidade abstracta característica do jusnaturalismo para uma realidade concreta mediante a sua positivação por parte dos Estados e até mesmo através da sua internacionalização, da qual a Declaração Universal dos Direitos Humanos é paradigma.

A condição de “direitos fundamentais” encontra-se vinculada essencialmente à ideia de que estes consistem em «direitos reconhecidos e assegurados pelas Constituições e, os quais segundo DWORKIN encerram, em si mesmos, verdadeiros «triunfos contra as maiorias», encontrando-se, em conformidade com a sua relevância para aquele específico ordenamento político e social, em maior ou menor medida, subtraídos à plena disponibilidade dos poderes constituídos», *maxime* os poderes estatais<sup>15</sup>, os quais não podem de forma alguma adoptar medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza que sejam susceptíveis de conduzir ou de favorecer o seu esbatimento, enfraquecimento ou eliminação. Fará a este propósito, sentido trazer à colação o princípio da proibição da reversibilidade, também designado de princípio do não retorno ou ainda, de proibição do retrocesso social.

<sup>12</sup> Vide INGO WOLFGANG SARLET, *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Aranzadi, 2010, pp. 50 e 51.

<sup>13</sup> Vide RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, Autor que define “direitos humanos” do seguinte modo: «Por su propia definición, el concepto de derechos humanos es universal (para todos los seres humanos) e igualitario, así como incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social (...)». Continua este Autor, «Los derechos humanos, herederos de la noción de derechos naturales, son una idea de gran fuerza moral y con un respaldo creciente: la doctrina de los derechos humanos se extiende más allá del derecho y conforma una base ética y moral mínima que debe fundamentar la regulación del orden geopolítico contemporáneo». Neste sentido, vide RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, 2011, pp.18 e 19.

<sup>14</sup> Neste sentido, vide RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, 2011, pp.18.

<sup>15</sup> Vide INGO WOLFGANG SARLET, *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Aranzadi, 2010, pp. 50 e 51.

De acordo com o entendimento preconizado por RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, revela-se imperioso a aceitação de uma nova perspectiva acerca dos direitos sociais, porquanto a efectividade de quaisquer direitos humanos intrinsecamente assentes na dignidade humana assim o exige.

Por outras palavras, os direitos sociais relacionam-se intrinsecamente com a dignidade humana, com a liberdade e a autonomia da pessoa. Por conseguinte, não é possível assegurar a própria dignidade do ser humano indissociável da qualidade de «pessoa humana», sem que seja devidamente assegurada a garantia de um “mínimo existencial”, proporcionado pela concretização dos direitos sociais. Assim, quanto menos condicionados forem estes direitos por factores económicos, sociais e culturais, menos restringida será a dignidade humana, exigida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como, por um vasto leque de textos internacionais de protecção dos direitos humanos<sup>16</sup>.

Por outro lado, encarados também de uma perspectiva de cariz político, os direitos sociais afirmam-se como elementos decisivos à própria democracia e à concretização da cidadania, na porquanto implicam a adopção de reformas económicas, sociais e culturais que sejam adequadas à remoção de obstáculos à efectividade e concretização desses mesmos direitos sociais.

Citando este Autor, «*Hablar de derechos humanos, pues, es hablar de hacer accesibles los derechos sociales a grupos humanos que habitualmente no tendrían acceso a ellos. (...) a una ciudadanía no excluyente, democrática en su sentido participativo y vuelta hacia una praxis autenticamente transformadora de la sociedad. Para ponerla en marcha, (...) es necesaria (...) la capacidad técnica para idealizar contenidos y técnicas que permitan recapacitar sobre los derechos sociales y sus garantías*».

No que concerne à interpretação dos direitos fundamentais sociais, CRISTINA QUEIROZ refere que estes direitos «(...) devem ser interpretados a partir de uma compreensão que vá para além do seu carácter tradicional como “direitos jurídico-subjectivos” ou “direitos de defesa” em prol de uma compreensão constitucional” que tenha em conta o “sentido jurídico-objectivo” desses direitos e pretensões no seu conjunto».

Esta Autora considera, acerca da perspectiva jurisdicional de tutela, que qualquer interpretação levada a cabo pelos tribunais respeitante aos direitos e pretensões inter-relacionados com os direitos fundamentais, como os direitos sociais, terão de ser apreciados de uma perspectiva de “sistema” ou “ordem concreta de valores”<sup>17</sup> numa lógica de protecção

---

<sup>16</sup> Vide RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, 2011, pp.31.

<sup>17</sup> Vide CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, pp.199 e 200.

e de defesa dos direitos e liberdades fundamentais, apanágio de qualquer Estado de Direito (*rule of law*) que se afirme como tal, assente na ideia de que quem tem um direito ou interesse legalmente protegido poderá fazê-lo valer em sede jurisdicional, em conformidade com o princípio de tutela jurisdicional efectiva previsto nos artigos 20º e 268º, nº4, ambos da Constituição<sup>18</sup>.

Numa perspectiva de tutela, RODRIGO GARCÍA SCHWARZ considera necessário proceder à reavaliação e reconstrução de determinadas premissas no âmbito jurídico no que tange aos direitos sociais, designadamente mediante a criação de um Direito que consubstancie um verdadeiro instrumento de defesa social contra abusos, servindo como um meio de tutela da própria cidadania num contexto de integração social e de construção solidária permanente, tendente a uma maior humanização, maior justiça e maior democracia, pondo em execução medidas concretas vocacionadas à efectivação dos direitos sociais, recorrendo ao máximo de recursos disponíveis<sup>19</sup>.

Assim deverá ser, porquanto os direitos sociais são inerentes à pessoa humana e à concretização da sua dignidade, merecendo a elevação da sua categoria jurídico-constitucional ao mesmo patamar dos direitos humanos, universais, em termos de natureza e *status* jurídicos, com as necessárias consequências legais, sobretudo ao nível da sua exigibilidade em sede jurisdicional. Nesta senda vai E. DENNINGER preconizando a posição segundo a qual «a todo o direito jufundamental material» corresponde uma tutela jurisdicional efectiva, fortemente pluralizada, no quadro de um sistema que apresenta em alto grau uma “finalidade constitucional aberta”»<sup>20</sup>.

E, a propósito da protecção e efectividade dos direitos económicos, sociais e culturais, Autores como CALAMANDREI e LERCHE consideram que ainda estamos perante uma «Constituição inactuada» e, enquanto tal, inevitavelmente imperfeita, insuficiente e acima de tudo, frágil, porquanto não se encontra devidamente apetrechada dos correspondentes

---

<sup>18</sup> O preceito do artigo 20º, da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe “Acesso ao Direito e tutela jurisdicional efectiva” tem o seguinte teor: nº1 – “A todos é assegurado o acesso ao Direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”; (...) nº5 – “Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”; por seu turno, o artigo 268º sob a epígrafe “Direitos e garantias dos administrados” tem o seu conteúdo: (...) nº4 – “É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas”; nº5 – “Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos”.

<sup>19</sup> Vide RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, 2011, pp.33 e 34.

<sup>20</sup> Vide PIETRO CALAMANDREI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão, 1952, pp. 29,32,36,42, 45, 48, 51 e seguintes, PETER LERCHE, *Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven. Zu den “nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen”*, in Ulrich K. Preuss (ed.), “Zum Begriff der Verfassung”, Francoforte sobre o Meno, 1994, pp.100, APUD CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, pp.115.

mecanismos jurídicos de protecção dos seus mais elementares direitos, neste caso, direitos fundamentais sociais.

## **2. Reconhecimento, Garantia e Efectividade dos Direitos Sociais: fragilidades, críticas e principais meios de tutela.**

A exigibilidade dos direitos sociais constitui um verdadeiro desafio aos textos constitucionais e internacionais, prendendo-se a principal questão com o acesso do particular a mecanismos judiciais que obriguem os Estados ao cumprimento de deveres e de tarefas estatais imprescindíveis à concretização e efectivação dos direitos sociais<sup>21</sup>. E, a este respeito, importa operar a distinção entre os direitos originários a prestações estatais e os direitos derivados a essas prestações.

No primeiro caso, estamos perante a possibilidade de impor ao Estado uma obrigação positiva, ou seja, uma prestação assente directamente na Constituição e independente da sua regulação pelo Legislador ou da existência de um sistema de prestações estatais previamente organizado.

Tratando-se de obrigações negativas, existem posições subjectivas a prestações estatais previamente reguladas pelo Legislador e incluídas no sistema de políticas públicas, o que implica o direito de igual acesso às prestações regularmente fornecidas pelo Estado.

Existem consequências distintas, ao nível da efectividade, exigibilidade e da protecção dos direitos fundamentais, consoante se trate de obrigações positivas ou de obrigações negativas.

Com efeito, no caso de estarmos perante direitos originários a prestações, a invocação de argumentos “típicos” de um Estado de Direito democrático, tais como a falta de competência e de legitimidade democrática do poder judicial, aliados à imposição do respeito pelo princípio da separação de poderes contribuem de modo indelével para uma limitação da intervenção judicial no momento da decisão<sup>22</sup>, como forma de evitar que o juiz se substitua ao legislador na concretização do conteúdo de prestações que constituem o cerne dos direitos sociais.

---

<sup>21</sup> Verificamos que nos países onde os níveis de protecção social são inferiores e insuficientes para dar resposta cabal às necessidades da maioria da população, existe uma maior sindicância perante o poder judicial com fundamento no não cumprimento das «promessas constitucionais e legais» em matéria de direitos sociais. O pressuposto jurídico-dogmático para a exigibilidade, pelo menos no que respeita à possibilidade de recorrer ao poder judicial, reporta-se ao reconhecimento de que as normas constitucionais que asseguram os direitos sociais ou que impõem ao Estado tarefas e deveres em matéria de protecção social sejam aptas para produzir efeitos jurídicos. E, este facto pode ocorrer a dois níveis: 1. Dimensão objectiva dos direitos sociais (e deveres estatais); 2. Quando se trata de reconhecer que os direitos sociais são verdadeiros direitos subjectivos, ou seja, posições jurídico-subjectivas oponíveis ao poder público e, em determinadas circunstâncias, perante os particulares. Neste sentido, vide RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, 2011, pp.52.

<sup>22</sup> Vide, a este propósito, INGO W. SARLET, *Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efectividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988*, in *Revista Electrónica sobre a Reforma do Estado*, edição 11, set-out-nov, 2007, pp. 8 e seguintes. Ver ainda sobre a efectividade e tutela dos direitos sociais, MANUEL AFONSO VAZ/ RAQUEL CARVALHO e outros, *Direito Constitucional. O sistema constitucional português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 277 e seguintes.

### 2.1. A Problemática compatibilização entre a Promoção dos Direitos Sociais, o Princípio da Confiança, o Princípio da Solidariedade e o Princípio da Proibição da Reversibilidade<sup>23</sup>.

Iniciamos a reflexão acerca da conciliação entre os direitos sociais, com enfoque no direito à saúde e, o princípio da solidariedade, recorrendo à presente citação de VÍCTOR DE CURREA-LUGO: «Ya hemos aceptado la salud como derecho y hemos aceptado que los derechos humanos se le exigen al Estado. Entendemos que algunas acciones para garantizar la salud pueden darse en el marco de la solidaridad de la esfera dos deberes del Estado, aunque algunas veces ambas confluyan en el objetivo. La salud está, de manera explícita e indiscutible en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, con un lugar específico propio y un reconocimiento jurídico suficiente para poder decir que no es una falacia hablar del derecho a la salud»<sup>24</sup>.

No contexto desta problemática, CARLA AMADO GOMES, ironiza a respeito do Estado Social enquanto concretizador dos direitos sociais, expressando a seguinte ideia: «o Estado surge como um *desconcretizador* de direitos, subvertendo a propalada regra da proibição do retrocesso»<sup>25</sup>, por força do denominado «efeito-tesoura» ou «inversão da pirâmide demográfica» que sufoca a segurança social e os contribuintes por força das crescentes subidas de impostos.

Para a doutrina tradicional ou clássica, os direitos sociais (pertencentes ao catálogo de direitos económicos, sociais e culturais), no qual o direito à protecção da saúde se insere, carecem de normas legais concretizadoras<sup>26</sup> ou conformadoras para verem a sua efectivação. E de acordo com esta posição doutrinal, é comum entender-se que os direitos sociais apenas atingem a sua plenitude ou maturação, tornando-se operantes na sociedade e perante o seu cidadão-titular através da materialização de «direitos derivados a prestações».

E, pese embora o conteúdo principal do direito à saúde não se encontre constitucionalmente determinado, a verdade é que existe um núcleo duro (“conteúdo mínimo”) deste direito que pode considerar-se, em regra, assegurado em termos constitucionais. E, nestes termos, esse núcleo duro pode ser judicialmente exigível.

<sup>23</sup> Expressão de JORGE MIRANDA, in *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

<sup>24</sup> Vide VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *La salud como derecho humano*, nº32, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2005, pp. 45.

<sup>25</sup> Assim, CARLA AMADO GOMES, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 23 e 24.

<sup>26</sup> Veja-se a respeito das normas constitucionais sobre direitos fundamentais, MARIANA EGÍDIO, “Análise da estrutura das normas atributivas de direitos fundamentais. A ponderação e a tese ampla da previsão”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.611 a 636, assim como, LUIS PEREIRA COUTINHO, “Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.557 a 574.

De facto, o tribunal deverá, em princípio aceitar a conformação acerca do direito à saúde, levada a cabo pelo legislador ordinário, salvo quando este ilegitimamente restringir o «conteúdo mínimo do direito», que consiste numa imposição constitucional concreta. Existindo uma actuação que, por acção ou omissão, contenda com aquele núcleo duro do direito à saúde, o juiz encontrar-se-á legitimado a agir e, sendo caso disso, a declarar a existência de uma violação do direito constitucional, sob a condição de esta ser manifesta<sup>27</sup>.

Dá-se como exemplo a situação de ser criado um Sistema Nacional de Saúde que, na prática, não granjeie nem assegure as virtudes essenciais de universalidade, de igualdade ou de tendencial gratuitidade. Neste caso, o legislador incorrerá numa inconstitucionalidade *por acção*, a qual poderá ser alvo de um processo de fiscalização da constitucionalidade sucessiva abstracta ou de um processo de fiscalização da constitucionalidade sucessiva concreta<sup>28</sup>.

Por outro lado, também existe a possibilidade de o juiz detectar *a priori*, a “provável” violação do direito constitucional, em momento anterior à própria entrada em vigor da norma jurídica violadora do conteúdo mínimo do direito à saúde. E, nesse caso, poderia haver lugar a um processo de fiscalização *preventiva* da constitucionalidade. Neste contexto, o preceito constitucional relativo ao direito social ínsito no artigo 64º relativo ao Sistema Nacional de Saúde, porquanto se revela susceptível de dar azo a uma inconstitucionalidade positiva ou por acção, funciona como «padrão positivo de controlo da constitucionalidade das leis»<sup>29</sup>.

Importa salientar que as normas que integram o artigo 64º, designadamente o nº2, alínea b) e as normas constantes das alíneas do nº3 têm a natureza de imposições abstractas e temporalmente indeterminadas («*normas programáticas*»), com relevância do ponto de vista jurídico-constitucional, na medida em que impõem ao legislador uma vinculação direccionada ou dirigida a um dado propósito legiferante. Contudo, esta vinculação não tem o mérito de fundamentar uma inconstitucionalidade, seja por acção, seja por omissão<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Vide VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp.248 e seguintes.; igualmente, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 11ª reimp. da 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.

<sup>28</sup> O processo de fiscalização da constitucionalidade sucessiva abstracta incide sobre normas jurídicas de carácter geral e abstracto, independentemente de qualquer litígio a ser debatido em sede judicial. Por seu turno, o processo de fiscalização da constitucionalidade sucessiva concreta versa sobre uma determinada norma aplicada num caso concreto ou cuja aplicação foi recusada num tribunal. Vide, a este propósito, o pertinente Acórdão do Tribunal Constitucional nº 92/85 de 18 de Junho, assim como, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2011; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012 e, ainda, JOSÉ PEDRO LIBERAL, *Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005, pp. 139 e seguintes.

<sup>29</sup> Vide JOSÉ PEDRO LIBERAL, *Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005, pp.141.

<sup>30</sup> Como assinala BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, «En los ordenamientos positivos europeos occidentales que cuetan con sistemas de justicia constitucional, no se recoge esta posibilidad, con la excepción notable de la Constitución de la República Portuguesa, de 1976, en su artículo 283. (...) las omisiones legislativas derivan del incumplimiento de un mandato constitucional al legislador en sentido estricto, de una norma que de forma permanente y concreta vincula al legislador a la adopción de medidas legislativas «concretizadoras» de la Constitución, (...)». Vide BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Universidade de Vigo, 2002, pp. 215 e 216.



No que particularmente concerne à eficácia jurídica das normas consagradoras de direitos sociais, consideramos que a Constituição é omissa<sup>31</sup>, ao invés do que sucede com os direitos, liberdades e garantias cuja força jurídica resulta directa e imediatamente do seu artigo 18º. Este panorama pautado por alguma fragilidade garantística no que se prende com os direitos sociais encontra solução e resposta em duas ideias essenciais.

Por uma banda, os preceitos relativos aos «direitos sociais a prestações» não são *meramente proclamatórios*, encerrando em si mesmos, normas jurídico-positivas que reconhecem aos seus destinatários posições jurídicas subjectivas («pretensões jurídicas») ou que estabelecem garantias institucionais. E, nesta medida, nasce para o legislador a obrigação de «*faccere*», de verdadeiro agir, de modo a dar-lhes cumprimento, pelo que as normas concernentes aos direitos sociais encontram uma certa protecção mediante o instrumento jurídico garantístico designado de «imposição legiferante».

De outra banda, não podemos olvidar o facto de o conteúdo destes preceitos e das respectivas pretensões depender, em grande medida, da vontade do legislador ordinário dotado de poder de conformação autónoma, pese embora o núcleo duro dos direitos sociais ser determinado pela Constituição.

Destarte, no caso de existir legislação infra-constitucional (ordinária) que regule a matéria respeitante a estes direitos, os preceitos constitucionais poderão ser fundamento para a declaração de nulidade das leis que os violem e, simultaneamente exercer uma influência prevalente na interpretação das respectivas disposições. Contudo, os respectivos efeitos anulatórios ou interpretativos apenas podem ser operativos na justa medida em que o conteúdo do preceito constitucional seja determinado ou, pelo menos, determinável relativamente ao seu “conteúdo mínimo” ou “núcleo duro”.

Assim, da nossa perspectiva, a *ausência de determinação ou de determinabilidade constitucional do conteúdo do preceito relativo ao direito à protecção da saúde*<sup>32</sup> não equivale necessariamente a ausência de eficácia jurídica reconhecida aos preceitos respeitantes aos direitos económicos, sociais ou culturais. Na verdade, o garante da eficácia dos direitos sociais é assegurada pela proibição de reversibilidade social, também conhecida por princípio do não retorno da concretização, o qual encontra fundamento ético-jurídico no princípio da confiança

---

<sup>31</sup> Neste sentido, referindo-se aos direitos sociais, «(...) não pode ignorar-se que a nossa ordem constitucional institui um regime especial para determinados direitos e que dela excluiu os direitos de que agora cuidamos» *vide* VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp.300 e seguintes.

<sup>32</sup> *Vide*, neste sentido, JOSÉ PEDRO LIBERAL, *Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005. (Dissertação de tese de mestrado sob orientação do Prof. Doutor VIEIRA DE ANDRADE), pp. 126. *Vide* ainda J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.823 e seguintes e, ainda, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 650 e seguintes.



inerente ao Estado de Direito<sup>33</sup>, o que significa que sobre o Estado impende o dever de não frustrar legítimas expectativas adquiridas pelo cidadão e perante o qual se compromete no momento eleitoral. Aliás, a este propósito merece ser lembrada a ideia expressa por JOÃO LOBO ANTUNES: “A campanha eleitoral é poesia, a governação é prosa”.

A teoria da irreversibilidade em torno das conquistas sociais foi primeiramente formulada pela doutrina alemã preconizada por KONRAD HESSE cujo mote principal consistia na ideia de que o Estado Social apenas poderia avançar, em termos de eficácia, se fosse concretizado o princípio social do Estado, designadamente mediante a criação das condições de desenvolvimento espiritual, social, político e económico do cidadão, enquanto “gérmem de força vital” do próprio Estado<sup>34</sup>.

Assim, em consonância com o princípio do não retorno da concretização, o núcleo essencial dos direitos sociais, já realizado e efectivado mediante a adopção e implementação de medidas legislativas (v.g. “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo havidas como inconstitucionais quaisquer medidas estaduais desprovidas de «esquemas alternativos ou compensatórios» de substituição das medidas legislativas eliminadas, sob pena de se tratar de uma «aniquilação pura e simples desse núcleo essencial»<sup>35</sup>.

Nas palavras de JORGE MIRANDA «(...) não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo direitos derivados a prestações, porque *eliminarlas significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais*. Nisto consiste a regra do não retorno da concretização (...)»<sup>36</sup>. De facto, aludindo ao princípio da proibição do retrocesso social, deparamo-nos com a regra imperativa que consagra a inadmissibilidade de os poderes públicos poderem eliminar, sem a devida compensação ou alternativa viável, o núcleo essencial do direito à saúde (ou de outro direito económico, social ou cultural) já realizado e colocado à disposição do cidadão.

Assim é, porque – tal como foi referido supra - solução diversa implicaria aceitar a «supressão dos direitos derivados a prestações, em virtude da perda de eficácia jurídica das respectivas normas constitucionais»<sup>37</sup>. Consequentemente, ao legislador ordinário encontra-se

---

<sup>33</sup> Vide JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp.397 e seguintes.

<sup>34</sup> Reflexão desenvolvida por L. PAREJO ALFONSO a respeito da ideologia social de K. HESSE, vide BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los derechos sociales*, Civitas, Universidade de Vigo, 2002, pp. 217 e 218, nota de rodapé nº 487.

<sup>35</sup> Vide JOSÉ PEDRO LIBERAL, *Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005, pp.144.

<sup>36</sup>(itálico nosso) Vide JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp.397, com base no teor do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 39/84, de 13 de Abril in Diário da República, 1ª série, nº104, de 5 de Maio de 1984 e na doutrina preconizada por J.J. GOMES CANOTILHO.

<sup>37</sup> Neste sentido, vide JOSÉ PEDRO LIBERAL, *Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005, pp.143.

vedada a possibilidade de revogar as normas legais conformadoras de direitos sociais, sem que previamente haja assegurado as condições necessárias desses mesmos direitos.

Tanto é assim, que haverá lugar à declaração de inconstitucionalidade por acção em caso de revogação de normas legais destinadas a reconhecer exequibilidade às normas constitucionais, sem que o legislador providencie pela sua atempada e adequada substituição por outras normas (com a necessária sujeição a fiscalização) ou ainda, na hipótese de serem criadas normas legais contrárias à efectivação desses direitos sociais.

O cidadão vê, deste modo, ser-lhe assegurado algum nível de estabilidade das suas posições jurídicas entretanto criadas pelo Estado e às quais ele tem o correspondente direito de participação, sobretudo no que respeita às prestações sociais de diversa natureza pelos entes públicos fornecidas, na medida em que consistem em «direitos derivados a prestações».

Estas prestações sociais são objecto de tutela jurisdicional e de tutela através do Provedor de Justiça e dos demais meios de protecção, relativamente aos quais o princípio da proibição do retrocesso social desempenha um papel fulcral<sup>38</sup>.

Na hipótese colocada em termos abstractos de não existir legislação que conduza à concretização dos direitos sociais ou de, pelo contrário, a legislação existente se revelar insuficiente para permitir o cumprimento pleno das normas constitucionais, estas não poderão ser actualizadas e aplicadas pelo juiz ou pela Administração. Neste ponto, é imprescindível o papel do legislador, o seu juízo autónomo; competência, esta, que não é delegável em nenhuma outra entidade, seja qual for a sua natureza, administrativa, política ou económica.

É interessante salientar o facto de, no limite e, em casos de extrema urgência e necessidade, *tendo como base o conteúdo mínimo dos preceitos poder-se eventualmente ponderar em retirar directamente da Constituição um determinado direito*<sup>39</sup>; seria uma espécie de «válvula de segurança» perante situações de extrema injustiça (social).

Ao contrário do que à partida poderia supor-se, segundo VIEIRA DE ANDRADE, a impossibilidade de aplicação imediata dos preceitos relativos aos direitos sociais na falta de lei não coloca os direitos sociais à mercê do legislador, porquanto constitui verdadeira imposição e dever do Estado aplicar os princípios relativos aos direitos sociais na legislação<sup>40</sup>.

Por outro lado, acresce a estes meios de efectivação dos direitos sociais, um outro mecanismo de garantia do cumprimento pelo legislador, mormente no que se refere aos seus deveres de actualização e aplicação das normas constitucionais: a *inconstitucionalidade por*

<sup>38</sup> O princípio da proibição do retrocesso social também pode ser designado de princípio da proibição da contra-revolução social ou princípio da evolução reaccionária. São expressões utilizadas pela doutrina portuguesa, como J.J. GOMES CANOTILHO E JORGE MIRANDA.

<sup>39</sup> A este propósito, vide VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 302 e 303 e seguintes.

<sup>40</sup> Vide VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 302 e 303 e seguintes.

omissão prescrita nos termos do artigo 283º da Constituição, a ser declarada no caso de se verificar «omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais»<sup>41</sup>.

Pelo exposto, verificamos que o direito à saúde que, enquanto direito social, teria em princípio a protegê-lo somente *normas programáticas* (doutrina tradicional)<sup>42</sup>, ou seja, preceitos não directa e imediatamente invocáveis perante o Estado e terceiros, após ver-lhe ser garantido um certo nível de realização, passa a beneficiar de um nível protecção «reforçado» e não meramente platónico. Neste contexto, é interessante assinalar que o Serviço Nacional de Saúde constitui uma evidente garantia institucional da efectivação do direito social à saúde<sup>43-44</sup>.

A este respeito, pese embora, VIEIRA DE ANDRADE defenda a necessidade de existir uma certa estabilidade nas situações garantidas pelo legislador no que concerne aos direitos fundamentais, a verdade é que preconiza a posição segundo a qual a proibição do retrocesso social não pode ser aceite sem mais, constituindo um princípio geral a ser aplicado *tout court*, com parcimónia e devidamente fundamentado.

Com efeito, no entender deste Autor, a admitir-se a proibição do retrocesso social em moldes absolutos, o Estado Social encontrar-se-ia muitas vezes, em condições económica e financeiramente inimportáveis, sendo susceptível de conduzir ao espartilhamento e eventual destruição da própria autonomia legislativa relegando-a para um plano secundário, de mera função executiva da Constituição.

Sob uma outra perspectiva, VIEIRA DE ANDRADE considera que uma proibição absoluta do retrocesso social levaria a uma espécie de «paradoxo jurídico inconcebível»: os preceitos relativos aos direitos sociais acabariam por gozar de uma eficácia jurídica mais intensa do que

---

<sup>41</sup> BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO considera que os efeitos da sentença que declara inconstitucionalidade legislativa por omissão tem como resultado principal a verificação do incumprimento e dar conhecimento dessa inconstitucionalidade ao órgão competente. Com efeito, como sublinha esta autora «No hay otra sanción que una «recomendación» a favor de la «concretización legislativa», como no podía ser de otro modo en un ordenamiento que consagra la división de poderes, y atribuye al Parlamento la facultad de impulsar la legislación y apreciar los motivos de oportunidad política de las leyes». Deste modo, este mecanismo carece, segundo o entendimento desta autora, de um enorme aperfeiçoamento com vista à sua eficácia efectiva na missão de protecção dos direitos sociais «Se trata, por tanto, de un mecanismo necesitado de un amplio perfeccionamiento para poder garantizar de modo más efectivo el cumplimiento del deber constitucional impuesto al legislador en cuanto al desarrollo normativo de una gran parte de los derechos sociales». Vide BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Universidade de Vigo, 2002, pp. 217.

<sup>42</sup> Vide BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Universidade de Vigo, 2002, pp. 149.

<sup>43</sup> Vide JOSÉ PEDRO LIBERAL, *Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005, pp.144 e importa analisar, igualmente, de modo mais aprofundado, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 307 e seguintes.

<sup>44</sup> Vide JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I (arts.1º a 79º), 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 1306 a 1322. Vide ainda LUIS PEREIRA COUTINHO, «Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.557 a 574, assim como, vide RUI MEDEIROS, «Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: entre a unidade e a diversidade», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.657 a 683.

os próprios preceitos sujeitos ao regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias (*maxime*, artigo 18º CRP)<sup>45</sup>. Por seu turno, ainda a propósito do princípio da reversibilidade ou do não retrocesso social, MIGUEL GALVÃO TELES<sup>46</sup>, defende que «quando um comando vise criar uma situação duradoura, uma vez cumprido convola-se em proibição – de destruir essa situação». Consideramos que esta afirmação assume particular relevância quando estamos perante o direito social à saúde, cujo cerne e conteúdo é preenchido com as normas de tipo programático, nos termos do artigo 64º, da Constituição da República Portuguesa.

Igualmente nesta senda segue JORGE MIRANDA, o qual por sua banda, salienta que esta regra ínsita naquele princípio não tem por fim «revestir as normas legais concretizadoras da força jurídica própria das normas constitucionais ou elevar os direitos derivados a prestações a garantias institucionais»<sup>47</sup>. Para este Autor, o grande desiderato do princípio do não retorno da concretização consiste essencialmente em «impedir a abrogação pura e simples das normas legais que com elas formam uma unidade de sistema».

As normas programáticas permanecem susceptíveis de modificação à semelhança do que sucede com as restantes normas ordinárias e não ganham qualquer estatuto superior prevalecente sobre estas últimas. E, nestes termos, no que concerne ao Serviço Nacional de Saúde, nada obsta a que, atendendo aos ventos de mudança política fruto de alternância governamental própria de uma democracia, este se mantenha dentro dos mesmos parâmetros ou paradigmas, podendo as suas características marcantes atenuar-se ou não, alterar-se parcial ou mesmo totalmente.

Mister é que o Serviço Nacional de Saúde continue a existir, com previsão constitucional, em nome do princípio da confiança, o qual deverá presidir a qualquer reforma política ou legislativa.

Importa fazer menção ao facto de o princípio da confiança<sup>48</sup> encontrar seu fundamento e *ratio essendi* no feixe de legítimas expectativas que o cidadão possui relativamente ao seu

---

<sup>45</sup> Vide, com maior desenvolvimento, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 408 e seguintes, bem como, MANUEL AFONSO/ VAZ RAQUEL CARVALHO e outros, *Direito Constitucional. O sistema constitucional português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 277 e seguintes.

<sup>46</sup> Vide MIGUEL GALVÃO TELES, *Eficácia dos tratados na ordem jurídica interna portuguesa*, Lisboa, 1967, pp.206, citado por JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pp.398 seguintes. Vide, de igual modo, A.A.V.V., *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

<sup>47</sup> Vide JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pp.398.

<sup>48</sup> No direito comparado, assistimos a tentativas de fundamentação do princípio da confiança, ora no princípio da igualdade sobretudo por parte da doutrina alemã (ACHTERBERG), ora no princípio da segurança jurídica e, há quem assente axiologicamente o princípio da confiança na protecção dos direitos fundamentais (OTTO BACHOF). Segundo BACHOF, a protecção da confiança seria um princípio independente fundamentado constitucionalmente no princípio da igualdade e pelos direitos fundamentais de liberdade (ou de primeiro catálogo). Para este autor, o princípio da confiança assumir-se-ia antes de mais como um instrumento de compensação do indivíduo face à acção estatal, protegendo a sua liberdade de decisões estatais que a condicionam («quanto maior for a coacção proveniente dos poderes públicos (...), quanto mais dependente for o indivíduo das decisões e resoluções dos poderes públicos, tanto mais se obriga a confiar na fiabilidade dessas decisões estatais»).

Estado, algumas que ele foi adquirindo por meio de lutas e reivindicações sociais e económicas, outras tantas que lhe foram inculcadas pelo próprio Estado. Neste último caso, muitas expectativas concernentes a direitos sociais são como que «imprimidos» na consciência no cidadão, designadamente no âmbito das campanhas políticas, com vista à eleição do partido político que irá constituir o Governo, órgão máximo por excelência da pessoa colectiva pública “Estado”.

Este princípio da confiança destina-se fundamentalmente a assegurar que o núcleo de bens jurídicos, direitos fundamentais, garantias e expectativas legitimamente adquiridas dos cidadãos são protegidos face ao permanente movimento de continuidade e inovação que marcam a actividade estatal, sob pena de cairmos na total arbitrariedade.

De acordo com este princípio é legalmente reconhecido ao cidadão o direito de exigir ao Estado a manutenção ou, pelo menos, a não reversibilidade, de uma conquista social ou “economic accomplishment” anterior, política e legislativamente alcançado.

Na verdade, a estabilidade das relações criadas e mantidas entre o cidadão e o seu Estado, a qual assenta numa base sólida de confiança, será gravemente abalada se o “compromisso de honra” relativo aos direitos sociais for violado, porquanto o Estado (melhor dito: o «Governo») perde a sua credibilidade e com isso, a própria segurança jurídica.

Outra dimensão interessante do princípio da confiança é a denominada «protecção para o futuro»<sup>49</sup> intrinsecamente relacionada com o respeito pelo «mandato de Estado Social», sendo inaceitáveis quaisquer alterações legislativas que venham a colocar em causa «direitos adquiridos» pertencentes ao conjunto de exigências sociais e de legítimas expectativas do cidadão.

Destarte, uma reforma legislativa e política que elimine qualquer dos caracteres essenciais do Serviço Nacional de Saúde, designadamente a sua *tendencial gratuidade*, deverá ser qualificada como uma “retroactividade” legislativa inconstitucional, absolutamente inoportável num Estado de Direito Social, podendo mesmo desencadear uma acção de *responsabilidade do Estado por actos legislativos e simultaneamente por actos resultantes da*

---

H.J. BLANKE, por seu turno, considera que o princípio da confiança consiste num mecanismo de protecção das disposições que o indivíduo haja adoptado como consequência de uma acção estatal e perante as pretensões do Estado em proceder a alterações, seja qual a natureza destas.

Citando JAVIER G. LUENGO a respeito da posição preconizada por BLANKE: «a la hora de determinar el ámbito de confianza indisponible al legislador y, por tanto, su fundamentación constitucional BLANKE descarta la **seguridad jurídica** o el Estado de Derecho como principios de los que emana la protección de la confianza al entender que se trata de fórmulas demasiado abstractas y que propician soluciones decisionistas, ya que la protección de la confianza, así deducida, es (...) una necesidad social que no configura un principio com forma jurídica y cuyos contornos no pueden ser definidos». Deste modo, BLANKE encontra a fundamentação constitucional positiva da protecção da confiança no âmbito da esfera de protecção da liberdade que os diversos direitos fundamentais globalmente considerados garantem. Este autor assenta a fundamentação jurídica do princípio da confiança na vertente prestacional e na dimensão institucional dos direitos fundamentais. Vide JAVIER GARCÍA LUENGO, *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*, Gobierno del Principado de Asturias, Civitas, 2002, pp.159 e seguintes.

<sup>49</sup> Vide JAVIER GARCÍA LUENGO, *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*, Gobierno del Principado de Asturias, Civitas, 2002, pp.233 e seguintes.

*actividade administrativa stricto sensu*, em virtude de danos causados ao utente do Serviço Nacional de Saúde (SNS), assim como, deverá ser objecto de *inconstitucionalidade por omissão*, qualquer abstenção ou passividade (intolerável) do Estado, no tocante à adopção de actos legislativos que venham, por exemplo, a contribuir para colocar em causa o bom funcionamento e eficaz organização do SNS.

Preconizamos, assim, a posição, de acordo com a qual, qualquer violação manifesta e directa do princípio da confiança traduzida na adopção de actos legislativos, normativos ou regulamentares, do Estado em matéria de direitos sociais conduzindo à quebra do compromisso assumido perante o cidadão-utente, deverá desencadear um processo de declaração de *inconstitucionalidade por acção*, sem prejuízo de *responsabilidade do Estado por factos ilícitos*, no caso de se provar a existência de ilicitude e de danos causados por essas leis ou regulamentos, devendo proceder-se ao adequado ressarcimento do utente mediante o pagamento de uma indemnização (danos patrimoniais) ou de montante compensatório (danos morais)<sup>50</sup>.

Saliente-se que em Espanha, analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal acerca da responsabilidade do Estado-legislador, verificamos a tendência crescente no recurso ao princípio da protecção da confiança e princípio da não reversibilidade social, como forma de fundamentar a responsabilidade dos poderes públicos por alterações legislativas que causam danos aos interesses e legítimas expectativas dos cidadãos-utentes<sup>51</sup>.

## **2.2. O dilema entre a Promoção dos Direitos Sociais e o «Princípio da Sustentabilidade» ou «Princípio da Reserva do Financeiramente Possível». O critério decisivo da «Dignidade da Pessoa Humana».**

Citando CARLA AMADO GOMES, «a lógica da *concretização dos direitos sociais na medida do financeiramente possível* reconverte-se na sua redução, fundamentada, ao socialmente sustentável (leia-se: ao “aceitável” de uma perspectiva da gestão da tensão social provocada pela quebra de expectativas) e à sua *manutenção nos limites do financeiramente comportável*,

---

<sup>50</sup> Vide JAVIER GARCÍA LUENGO, *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*, Gobierno del Principado de Asturias, Civitas, 2002, pp.429 e seguintes.

<sup>51</sup> Para ilustrar esta tendência jurisprudencial, JAVIER GARCÍA LUENGO trouxe à colação o caso em que o Supremo Tribunal em Espanha concedeu o direito à indemnização a pequenas indústrias pesqueiras por prejuízos causados pelo Tratado de Adesão (artigo 168º eliminou pelo período de sete anos o sistema de isenção fiscal que o Estado espanhol havia concedido aos produtos de pesca resultantes de empresas conjuntas entre pessoas físicas ou jurídicas espanholas e de terceiros países) de Espanha à CEE, com base em responsabilidade do Estado, porquanto este ao incluir no Tratado a eliminação de determinadas vantagens fiscais concedidas, como medida de fomento, àquelas entidades que participassem em empresas pesqueiras conjuntas, violou a boa-fé e a segurança jurídica, em que aquelas pequenas indústrias confiaram. (Acórdãos do Supremo Tribunal Espanhol datados de 5 de Março de 1993; 27 de Junho de 1994). Neste sentido, Vide JAVIER GARCÍA LUENGO, *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*, Gobierno del Principado de Asturias, Civitas, 2002, pp.76 e seguintes.

numa releitura do imperativo de redistribuição de benefícios sociais com vista à promoção da igualdade real, à luz da alteração das circunstâncias sócio-económicas»<sup>52-53</sup>.

Na realidade concreta, verificamos que uma das fragilidades mais marcantes dos direitos sociais é, sem dúvida, a sua dependência intrínseca do factor económico ou da capacidade económico-financeira de que o Estado dispõe num determinado momento político-constitucional. Inversamente, a realização efectiva das prestações sociais aos cidadãos constitui uma exigência e, por vezes, um verdadeiro desafio com o qual o Estado se confronta, testando as suas aptidões e expondo as suas limitações económicas, sociais, políticas e jurídicas.

Por isso, a franja dominante da doutrina portuguesa, aponta como característica essencial da própria definição estrutural e material dos direitos sociais, a sua dependência directa de recursos materiais, pessoais e económicos facultados pelo Estado, sobre o qual recai a obrigação de prestação fáctica traduzida numa subvenção financeira. É indesmentível que os direitos sociais impliquem custos financeiros directos associados à criação e disponibilização de instituições, serviços ou estruturas que possibilitam o acesso aos bens económicos, sociais ou culturais, sendo a protecção da saúde disso exemplo paradigmático<sup>54</sup>.

A plena realização dos direitos sociais torna-se, numa época de escassez de recursos de variada ordem, claudicante por valer a máxima «quem faz o que pode, a mais não é obrigado» e, nestes termos, os direitos sociais são como *reféns* da disponibilidade económica do Estado. Como resultado, a exigibilidade judicial dos direitos sociais que é imposta legal e constitucionalmente ao Estado «cai por terra» visto que se assume uma espécie de «reserva do possível» que nada mais significa, a nosso ver, que uma válvula de escape ou num alçapão em que os poderes públicos prestadores se refugiam para se eximirem da obrigação mais que jurídica, constitucional, que se prende com o próprio reconhecimento da necessidade em satisfazer determinado direito, em termos de plenitude e de efectividade.

A ideia assente de que o direito social, como o do acesso à protecção da saúde, é um mero dever jurídico estadual faticamente dependente do respectivo custo, na senda do princípio *ultra posse nemo obligatur* deve ser, no nosso entendimento, considerada inaceitável à luz de

<sup>52</sup> Assim, CARLA AMADO GOMES, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 24.

<sup>53</sup> Sobre esta problemática, vide igualmente INGO W. SARLET e M. FIGUEIREDO, “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, in Ingo Sarlet/Luciano Timm (orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*, Porto Alegre, 2008.

<sup>54</sup> A prestação concretizada pelo Estado constitui a essência determinante e distintiva dos direitos sociais e surge em «moldes» fungíveis ou convertíveis em prestação financeira, visto que o Estado poderá alternativamente, em vez de *per si* proceder à realização da prestação, optar por conceder ao beneficiário de um determinado direito social, uma quantia pecuniária que permita este adquirir no mercado o bem ou serviço em causa. Pelo contrário, quando o bem ou serviço em que se consubstancia a prestação social não se encontra disponível no mercado, o Estado procederá à sua prestação, sendo o direito social neste caso, «contabilizável num custo financeiro». Vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2010, pp.89 e seguintes.



um Estado que tem o gáudio de se afirmar como Estado Social ou de Bem-Estar. Assim é, porque o próprio reconhecimento e a consagração destes direitos são uma verdadeira «conquista social»<sup>55</sup>, não somente de um país em concreto, mas de toda uma multiplicidade de países à escala mundial, sobretudo após a Segunda Grande Guerra (1945), após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo que os direitos sociais assumem-se como uma realidade fáctico-jurídica supra e trans-estadual. Destarte, qualquer lógica que implicasse um retrocesso na matéria dos direitos sociais, conduziria inevitavelmente a um retrocesso nos próprios direitos humanos reconhecidos a cada cidadão enquanto ser dotado de dignidade humana, ou seja, a um autêntico retrocesso civilizacional.

Constitui, aliás, um paradoxo axiológico-normativo-constitucional qualquer argumento que se coadune com uma conduta demissionária «tout court» do Estado perante as suas mais elementares funções ou missões sociais, as quais se reputeem como imprescindíveis à própria realização, em termos de efectividade e plenitude, dos direitos sociais numa primeira linha e dos direitos de liberdade num segundo nível de acção.

Ora, no nosso entendimento, a «reserva do possível» relega inevitavelmente os direitos sociais para um patamar de submissão a critérios matemáticos que se prendem com «custos» e a meros aspectos economicistas que não se compaginam nem devem ser aceites, quando a matéria em causa é tão sensível como a dos ***direitos fundamentais de natureza social***.

A «reserva do possível» consiste na ideia de que o cidadão deverá conformar-se com a prestação social que *razoavelmente* pode esperar e exigir por parte da Sociedade e do Estado, tendo em consideração as circunstâncias e condições materiais, sociais e económicas do cidadão, titular do direito social em concreto. Mas, não só, pois há que ter em linha de conta a dependência que os direitos sociais revelam perante a responsabilidade do legislador no momento da realização do Orçamento de Estado e, indirectamente, da relevância que esse mesmo legislador reconhece à prestação social em causa, desde logo através dos recursos que aloca ao Estado com vista à sua concretização.

É, por esta ordem de razões, que existem autores que identificam a «reserva do possível, fruto da criação do Tribunal Constitucional Alemão»<sup>56</sup>, com a «reserva constitucional da efectiva capacidade de prestação do Estado», em matéria de direitos sociais.

---

<sup>55</sup> Como BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO assinala «la propia expresión «conquistas sociales evoca una cierta idea de lucha, y en este sentido tiene evidentes resonancias con la idea de «lucha por el Estado Social», como antes se habló de «lucha por el Estado de Derecho» (...). Neste sentido, vide BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica Y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Universidade de Vigo, 2002, pp. 218 e 219.

<sup>56</sup> A implícita dimensão económica e financeira, de cariz fáctica e jurídica conduz a um tratamento diferenciado e, por isso, a uma discriminação ao nível dos direitos fundamentais. Com efeito, ao passo que aos direitos sociais são impostos limites de vária ordem económica, financeira, fáctica e jurídica, fazendo-os depender de um vínculo que é a capacidade económica do Estado e à respectiva alocação de recursos por parte deste, já aos direitos de liberdade não se reconhece qualquer tipo de condicionamento deste teor economicista. A realidade fáctica interfere com os direitos sociais e com a correspondente dimensão prestadora do Estado Social, porquanto prende-se com a existência de recursos económicos, financeiros, humanos e técnicos e perante a



O factor económico é a base em que assenta o princípio da «reserva do possível», sendo o *espartilho* do desenvolvimento da função de prestação social do Estado, pelo que, em bom rigor, é curial afirmar que os direitos sociais encontram-se submetidos a um limite imanente de cariz economicista uma vez que são regulados pelo princípio, por nós designado de «reserva do economicamente disponível».

De acordo com a filosofia subjacente a este princípio, ao Estado apenas é exigível a realização de uma prestação social - ainda que se trate de uma prestação qualificada como *essencial*, *necessária* ou meramente *razoável* segundo padrões mínimos de subsistência e de um nível de vida minimamente condigno do ser humano – ***se ele dispuser dos necessários recursos económico-financeiros adequados*** à exigência social que lhe é dirigida pelo cidadão e pela Sociedade.

O princípio ora enunciado, de «reserva do economicamente disponível» assume na actualidade uma particular relevância e polémica, sobretudo no que concerne ao direito social especial que é objecto do presente estudo, o «direito à saúde». Com efeito, numa conjuntura económica de crise em que tomamos consciência da capacidade deficitária do Estado para fazer face às crescentes solicitações sociais dos seus cidadãos, devido à escassez de recursos, é mister priorizar e racionar mediante critérios razoáveis que estabeleçam o equilíbrio entre o elemento económico e a sensibilidade que este tipo de direito exige. Trata-se, no fundo, de estabelecer prioridades, definir metas e objectivos governamentais, adoptar escolhas, sanar os consequentes conflitos entre as opções públicas tomadas ao nível da alocação de recursos, assim como, disputas entre as necessidades e interesses individuais no acesso a bens económicos, sociais e culturais<sup>57</sup>.

Confrontado com as exigências que se lhe impõem ao nível dos direitos sociais, e neste contexto de «escassez de recursos», o Estado recorrendo ao princípio de «reserva do

---

escassez destes, haverá um reflexo nas prestações sociais, mais deficitárias. O aspecto jurídico também desempenha o seu papel relevante no domínio dos direitos sociais, visto que exige que a entidade pública possua a necessária competência para dispor sobre a utilização dos recursos referidos.

A imposição de limitação da prestação relacionada com os direitos sociais, resultante da ideia de «*razoabilidade*» não constitui factor de diferenciação ou de discriminação entre ambos os tipos de direitos constitucionais, uma vez que o critério de «*razoabilidade*» é um dos corolários do princípio da proibição do excesso a par dos critérios de «*proporcionalidade*» e de «*adequação*», os quais são aplicáveis a todos os direitos fundamentais, sejam os de primeiro grau ou direitos de liberdade, sejam de segundo nível, ou seja, direitos sociais. Neste sentido, vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.90 e 91.

<sup>57</sup> Citando, a este propósito, JORGE REIS NOVAIS, «A situação de conflito e a multiplicidade de possíveis respostas para a solucionar são inevitáveis porque a escassez moderada de recursos significa, na prática, que há sempre dinheiro ou algum dinheiro para realizar a prestação controversa, mas, simultaneamente, que há várias possibilidades de escolha do destino a que se afectam os recursos disponíveis». Resta saber qual é o órgão com a competência para afirmar se foi correcta ou incorrecta, adequada ou inadequada determinada opção do Governo no sentido de reduzir o nível de alocação de recursos disponíveis para a concretização dos direitos sociais. No fundo, trata-se de determinar a quem competirá a tarefa de exercer o controlo sobre as opções do Estado a respeito dos direitos sociais: será o legislador, a administração ou o juiz? Por outras palavras, importa saber quem tem a competência constitucional para definir as prioridades, tomar as opções e em consequência destas, distribuir os recursos económicos e financeiros quanto à realização dos diversos direitos envolvidos, em função das prioridades assumidas. Vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.91, 115 e 116.

economicamente disponível» sentir-se-á tentado a invocar a insuficiência de recursos para a concretização das prestações sociais e consequentemente para a efectividade dos direitos sociais. E, neste contexto, sob o argumento (leia-se: pretexto) de insuficiência económica, a ordem jurídica passa a «tolerar» opções políticas, medidas jurídicas e materiais susceptíveis de colocar em causa a garantia que a Constituição reconhece aos direitos sociais, sendo de realçar a particular fragilidade da protecção que é conferida ao direito à saúde traduzida em cortes de despesa com o pessoal médico e auxiliar, através do encerramento de unidades de saúde familiares (Centros de Saúde e Clínicas públicas), de maternidades e de urgências hospitalares, associado ao aumento das «taxas moderadoras»<sup>58</sup> impostas ao utente do Serviço Nacional de Saúde.

A este propósito, sublinhamos a relevância da posição preconizada por LUIS MIGUEZ MACHO, Autor que defende que o cidadão tem direitos exigíveis perante o Estado e perante o estabelecimento da organização em causa, seja de saúde ou outra que se destine à prossecução do interesse público, considerando que «esse deber constitucional de creación de una organización prestacional que es presupuesto de eficacia de un derecho social se llevará a la práctica por lo general através de la técnica del servicio público y, de hecho, cuando se ha estudiado el concepto de este último se ha puesto de relieve que se trata de la institución jurídica orientada de manera específica a garantizar prestaciones a los individuos»<sup>59</sup>.

A nosso ver, os atropelos ao direito social especial, direito à saúde, em condições mínimas de qualidade e de acesso chegam a ser gritantes quando pensamos que o Estado Português se considera um verdadeiro Estado Social ou de Bem-Estar, Prestador, quando na realidade a transição para fóruns privados de prestação dos cuidados de saúde revela que a qualificação política mais adequada é «Estado de Regulação» e não já de «Prestação», porque esta é uma tarefa que claramente está a transitar para a esfera privada não tanto vocacionada à boa prossecução do interesse social «saúde», mas primacialmente dirigida ao «lucro». Mas, este é um aspecto que será abordado de modo mais desenvolvido em momento ulterior.

Apelando à posição assumida por JORGE REIS NOVAIS, neste contexto, apraz-nos trazer à colação a seguinte ideia: «(...) na referida situação de escassez moderada, o Estado pode sempre invocar insuficiência dos recursos para a prestação fáctica requerida, seja porque a prestação depende de opções de distribuição ou redistribuição orçamental que competem, em Estado de Direito, ao legislador democrático, isto é, à decisão política da maioria perante a

---

<sup>59</sup> Vide LUIS MIGUEZ MACHO, *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Cedecs, Barcelona, 1999, pp.122 e assim como, do mesmo Autor, “La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011. (pp.33 a 58); vide também BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica Y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Universidade de Vigo, 2002, pp. 195.

qual se pretende fazer valer juridicamente o direito, o alcance jufundamental efectivo dos direitos sociais resulta substancialmente afectado»<sup>60</sup>.

Ora, os direitos fundamentais, independentemente da qualificação que lhes atribuirmos ou do catálogo em que os inserirmos, porque «fundamentais» não podem ser deixados ao «acaso político».

Por outras palavras, seguindo a doutrina de ALEXY<sup>61</sup>, os direitos fundamentais são valores tão imprescindíveis que não podem ser deixados à decisão da maioria parlamentar, devendo, por um lado, «escapar» à disponibilidade do *legislador* e ser entregues, por outro lado, ao *juiz constitucional*. Contudo, em nome do princípio da separação de poderes, princípio charneira de um Estado de Direito Democrático, o juiz encontra-se condicionado na sua liberdade de decidir no âmbito dos direitos sociais, na medida em que «apenas pode decidir se o legislador decidiu»<sup>62</sup>. E, claro, porque os titulares do poder político (Governo ou poder executivo), no seio da Assembleia da República (legislador ou poder constituinte legiferante) são os órgãos possuidores da competência para decidir sobre a conveniência, oportunidade e adequação ao nível da alocação, gestão e distribuição de recursos económico-financeiros, com expressão no orçamento de Estado, em função da realização de um determinado direito social.

Este é o limite jurídico-constitucional que se impõe inevitavelmente à actuação do juiz constitucional, guardião dos direitos fundamentais. Na realidade, poderá sempre lançar-se mão do mecanismo jurídico constante no artigo 283º da Constituição, mais concretamente, da «inconstitucionalidade por omissão»,<sup>63</sup> enquanto mecanismo de reacção contra abstenções e

<sup>60</sup> Vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.91.

<sup>61</sup> ALEXY propõe um modelo de direitos fundamentais que deverá assentar no paradigma de que a cada cidadão corresponde as prestações jurídicas relativas a direitos sociais, os quais da perspectiva constitucional são tão relevantes que o seu reconhecimento não poderá depender da maioria simples parlamentar. E, mais que isso, os direitos fundamentais sociais efectivamente concedidos ao cidadão exigem uma ponderação e análise axiomática ao nível dos princípios de direito. Por um lado, o princípio da liberdade fáctica e, por outro lado, os princípios formais da competência decisória do legislador, enquanto órgão dotado de legitimidade democrática mandatado pelo povo, assim como, os princípios da separação de poderes e demais princípios concernentes à liberdade jurídica do cidadão também a outros direitos fundamentais sociais e a bens colectivos.

Contudo, o modelo sugerido por ALEXY não refere quais os direitos fundamentais definitivos que existem, nem ao certo, qual o critério que deverá presidir à dogmática dos diferentes direitos sociais. Apesar deste facto, ALEXY oferece um padrão geral para a ponderação conducente à determinação desses direitos sociais, considerando que uma dada prestação jurídica deva ser encarada como um direito fundamental quando exige de modo prioritário a liberdade fáctica e quando aqueles princípios supra enunciados são afectados de forma muito limitada. Neste sentido, vide BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Universidade de Vigo, 2002, pp. 146 e 147. Vide ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp.494 e seguintes.

<sup>62</sup> Mesmo a doutrina mais defensora da natureza jufundamental dos direitos sociais encontra um forte obstáculo a esta qualificação jurídica que se prende com a dependência económica destes direitos revelada de modo tão expressivo no princípio da «reserva do possível» ou, por nós designado de princípio da «reserva do economicamente disponível». Tanto é assim que os autores que preconizam a natureza jufundamental dos direitos sociais «reconhecem a força do argumento, já que é inegável que há nos direitos sociais um problema de opção sobre a distribuição de recursos e, logo, um problema orçamental, de escolha política, em princípio furtado ao controlo e apreciação judicial». Neste sentido, vide JORGE REIS NOVAIS citando ALEXY e HOLMES/SUNSTEIN, in *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2010, pp.92.

<sup>63</sup> Vide VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, assim como, RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, 1999; e, do mesmo Autor, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Almedina, Coimbra, 1992.

comportamentos omissivos que violam clamorosamente os direitos sociais, encontrando estes, assim, alguma forma de protecção jurídica que, no nosso entendimento, é insuficiente e por vezes inadequado.

Sublinhamos a posição de JORGE REIS NOVAIS, à qual aderimos em plenitude, exposta do seguinte modo: «Se os direitos sociais se limitassem a uma pretensão de realização, por parte do Estado, de prestações sociais à medida e sob reserva do financeiramente possível e se o controlo sobre a actualização dessa reserva fosse competência exclusiva ou determinante do legislador democrático, então a natureza jusfundamental dos direitos sociais estaria substancialmente enfraquecida, tanto quanto a respectiva realização estivesse na disponibilidade da maioria parlamentar e dos titulares do poder político»<sup>64</sup>.

Deste modo, com vista à salvaguarda dos direitos fundamentais sociais, importa reconhecer-lhe mecanismos de protecção efectivos à semelhança dos que acautelam a efectividade e respeito pelos direitos de liberdade. Por outro lado, pese embora haja limitações naturais decorrentes do princípio de separação de poderes num Estado de Direito Democrático, o juiz constitucional também desempenha um papel imprescindível no que se refere com a apreciação do argumento invocado pelo Estado que se prende com a escassez de recursos e de indisponibilidade financeira, meramente transitória ou não, como forma de justificar um eventual retrocesso ou «cristalização no processo de desenvolvimento e de concretização» no âmbito dos direitos sociais.

Com efeito, a doutrina tradicional, dominante, da qual nos afastamos, assinala como uma das grandes distinções entre os direitos de liberdade e os direitos sociais o facto destes últimos serem juridicamente dependentes do factor económico, o mesmo é dizer, juridicamente condicionados pela denominada «reserva do possível». Ora, uma eventual violação de um direito cuja existência e concretização é realizada sob o manto da «reserva do possível» é determinada em função de o Estado dispor ou não, de alocar ou não, os recursos financeiros necessários à respectiva prestação social. E é neste preciso aspecto que o juiz constitucional tem a possibilidade de actuar como guardião dos direitos sociais, defendendo-os até do próprio Estado, das acções ou omissões por este ente assumidas.

Na circunscrição jurídica delimitada pela necessária observância do princípio da separação de poderes, existe uma margem de apreciação judicial acerca das decisões adoptadas pelo Legislador e pela Administração, mais precisamente no que concerne à (i)legalidade das eventuais restrições aos direitos sociais.

---

<sup>64</sup> Vide JORGE REIS NOVAIS citando ALEXY e HOLMES/SUNSTEIN, in *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.92 e 93. Ainda a respeito desta matéria é interessante proceder, pela sua enorme pertinência, à leitura atenta da análise realizada por HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, New York, 1999.

A nosso ver, não existirá ingerência por parte do juiz na esfera de atribuições e de competências próprios do Legislador e da Administração, quando aprecia se a dificuldade financeira alegada pelo poder político efectivamente existe e se possui pertinência jurídica analisada da perspectiva do interesse público, em termos tais que justifique juridicamente a «contenção» no desenvolvimento e concretização dos direitos sociais<sup>65</sup>. Portanto, ao juiz constitucional não compete nem a função de estabelecer prioridades ao nível dos direitos a ser concretizados, nem sequer a função de determinar se existem ou não recursos disponíveis, até porque na verdade, esta é uma falsa questão na medida em que conquanto que haja vontade política e mediante a correspondente decisão financeira, o Estado pode sempre utilizar recursos para a prestação social que entender, bastando, para o efeito, que o «desloque» doutras prestações menos prementes.

Na esfera de competências do juiz caberá a apreciação delicada, em termos puramente jurídico-constitucionais, das considerações financeiras do Legislador e da Administração, aferindo sobre a existência ou não das alegadas dificuldades financeiras e sobre se estas devem ser atendidas no caso concreto, perante uma determinada prestação social ou direito social que haja sido vedado, denegado ou negligenciado pelo Estado.

Outro aspecto interessante é saber, na situação concreta em que é invocada a escassez de recursos, sobre quem recai o respectivo ónus ou encargo de provar que a ausência de capacidade financeira é tão débil que justifique a dificuldade ou, até em certos casos, a impossibilidade de promover certa prestação ou de realizar certo direito social.

Consideramos que deverá ser o Estado a demonstrar a sua incapacidade financeira em termos tais que constitua fundamento jurídico relevante apto a eximi-lo, ou seja, a admitir que se furte aos seus deveres e tarefas de respeito, de promoção e de concretização dos direitos constitucionais que tem a seu cargo, sob pena de a sua conduta positiva ou negativa constituir uma violação à própria Constituição e desse modo, ser declarada a respectiva inconstitucionalidade, por acção ou por omissão, sem excluir a possibilidade de eventual responsabilidade civil sobre o Estado em caso de serem invocados e provados qualquer tipo de dano ou prejuízo, patrimonial ou não patrimonial decorrente daquela actuação estadual desconforme aos ditames constitucionais.

---

<sup>65</sup> Como JORGE REIS NOVAIS salienta «(...) o problema de “reserva do possível” que eventualmente se coloque perante o poder judicial não é o de apurar se há ou não dinheiro disponível para uma dada prestação que vem exigida ao Estado, mas antes, partindo do princípio de que a opção sobre distribuição de fundos é primariamente dos poderes políticos, saber se as implicações financeiras do caso *sub judice* são, e com que alcance, suficientemente relevantes para justificar a existência determinante de uma decisão política de *última palavra* sobre o direito social». Vide JORGE REIS NOVAIS in *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.116. Igualmente a propósito da problemática concernente à disponibilidade financeira do Estado e a necessidade em concretizar os direitos sociais mediante a realização de prestações sociais vide INGO SARLET/M. FIGUEIREDO, “Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações” in INGO SARLET/LUCIANO TIMM (orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre, 2008, pp. 32 e seguintes.

Pense-se, a título de exemplo, no caso de um utente do Serviço Nacional de Saúde que alega danos irreparáveis no seu estado de saúde ou condições físicas ou psíquicas por força de lhe ter sido vedado, seja sob que forma for, o acesso efectivo e em “tempo considerado útil” para debelar a sua doença.

Imaginemos o caso de um doente com cancro ou portador de uma doença infecto-contagiosa com deterioração rápida no estado de saúde, que viu as suas hipóteses de recuperação diminuírem drasticamente em virtude de se encontrar durante meses em “lista de espera” para a adequada cirurgia, a qual deveria ter sido prioritária e “concedida” pelo Estado com carácter de urgência, por motivos de saúde pública, e não somente em função dos interesses do concreto utente.

Uma das questões mais decisivas e problemáticas que se coloca é saber em que medida pode um juiz, pronunciando-se pela existência da violação de um direito fundamental, proceder à substituição da decisão ou da conduta positiva ou negativa adoptada pelo Governo, porquanto é susceptível de gerar controvérsia sobre o (des)respeito pelo princípio de separação de poderes.

Ora, na realidade constitucional portuguesa, tem-se verificado que a posição do juiz aparece mais condicionada e limitada quando se considera que a concreta pretensão de direito social encontra-se sob a cláusula de “reserva do possível” e sempre que a invocação desta «cláusula justificante» se revele, no caso concreto, susceptível de ser tida em consideração. Já não se passa assim quando estejamos perante um direito de liberdade, cuja análise sobre a eventual violação é da competência plena e livre de constrangimentos do juiz, por considerar-se que não existe neste caso a possibilidade de violação do princípio de separação de poderes.

Assim é, porque vigora o entendimento clássico segundo o qual a efectividade dos direitos sociais está na livre e (quase) absoluta dependência da vontade e das opções políticas que decide, num determinado momento, conceder ou não determinado montante de recursos. Pelo contrário, considera-se que os direitos fundamentais de liberdade não podem estar na dependência de qualquer tendência ou arbítrio político, tendo de ser acatados escrupulosamente, sob pena de se configurar uma violação grosseira da Constituição.

Aliás, tal como já foi referido neste estudo, este é um dos factores apontados para a doutrina tradicional portuguesa que opera a distinção entre os direitos sociais, por um lado e, os direitos de liberdade, por outro lado, no sentido de considerar estes últimos os autênticos direitos fundamentais ou «por excelência», porquanto surgem dotados de plena efectividade e justiciabilidade e porque não são financeiramente *contingentes*.

Compete ao poder político democraticamente legitimado concretizar a «reserva do possível» que afecta os direitos sociais, através de definição de prioridades, do estabelecimento de metas e pela tomada de opções ao nível da distribuição de recursos económicos, desde logo, no próprio Orçamento de Estado.

Neste contexto e conquanto que haja pleno respeito e observância do princípio de separação de poderes, ao juiz apenas é reconhecida a competência para decidir no sentido de determinar se a concreta prestação social deve ser ou não fornecida pelo Estado, sob pena de violação do direito fundamental social controvertido. Todavia, até mesmo nesta margem de liberdade deixada pelo princípio da separação de poderes e que condiciona o juiz constitucional, este vê-se confrontado com um limite ou paradoxo inevitável, com que não se depara a propósito dos direitos de liberdade: «*impossibilidade de satisfação de todas as potenciais pretensões de todos quantos se encontrem nas mesmas circunstâncias do peticionante*», ou seja, «*impossibilidade de generalização da prestação individualmente requerida caso ela fosse deferida*»<sup>66</sup>, generalização, esta, que se impõe enquanto exigência do princípio da igualdade, com a qual o poder judicial tem de se conformar aquando do seu exercício.

Ora, a nosso ver, a cláusula ou o *princípio da dignidade da pessoa humana*<sup>67-68</sup> surge como o critério decisivo na resolução do diferendo doutrinal acerca da questão referente à equiparação entre os denominados «direitos sociais» e os «direitos de liberdade», mormente no que respeita ao seu estatuto jusconstitucional e tutela ou força jurídica<sup>69</sup>.

Na verdade, a República Portuguesa fundamenta-se axiológico-normativamente no valor da dignidade da pessoa humana, assim o diz o artigo 1º, da CRP, sob a epígrafe «República Portuguesa»: «Portugal é uma República Soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (...)»<sup>70</sup>, consubstanciando-se no princípio estruturante em que assenta toda a constelação

<sup>66</sup> (itálico nosso) Vide JORGE REIS NOVAIS in *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.119.

<sup>67</sup> As primeiras referências à dignidade da pessoa humana são feitas na Roma Antiga conotada com «privilégios» e «honras» inerentes a elevados cargos políticos, sendo, por isso, apenas uma elite social e política a possuir «dignitas». «Dignidade» de Roma Antiga é uma dignidade oposta à que temos hoje assente no nosso texto constitucional e imbuída na nossa cultura.

O princípio da dignidade da pessoa humana, com os contornos teleológicos e com a significância com que o reconhecemos hoje, apenas nasceu com o Pós Segunda Guerra Mundial (1945 em diante), pese embora ele já constasse da Constituição Mexicana e na Constituição do Estado Social de Weimar, mas com um sentido diverso. Na verdade, nestas Constituições Sociais, dignidade da pessoa humana equivalia à atribuição às classes sociais mais desfavorecidas do mesmo nível de dignidade social que as classes mais ricas e favorecidas em termos sociais, possuíam. A perspectiva era, portanto, social. Posteriormente, com a visão judaico-cristã, dignidade da pessoa humana surge conotada com a «ajuda», «apoio» ou «auxílio» económico e social ao próximo.

<sup>68</sup> Sobre o princípio da dignidade humana e a sua relação indissociável com os direitos sociais, vide MANUEL AFONSO VAZ, RAQUEL CARVALHO e outros, *Direito Constitucional. O Sistema Constitucional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 291 e seguintes.

<sup>69</sup> Acerca da força jurídica dos direitos sociais, vide MANUEL AFONSO VAZ, RAQUEL CARVALHO e outros, *Direito Constitucional. O Sistema Constitucional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 288 e seguintes.

<sup>70</sup> Quando a Constituição da República Portuguesa refere, no seu preceito do artigo 1º, que «Portugal é uma República Soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (...)», está a impor uma alteração de paradigma jusconstitucional, segundo o qual o Estado deixa de ser a figura central para ceder o seu lugar ao «indivíduo» enquanto ser humano repleto de direitos e dotado de «dignidade», o que conduz inevitavelmente a uma transmutação das relações entre o Estado e a pessoa humana. Do



axiológica constituída por uma miríade de princípios constitucionais, cujo desiderato é assegurar a vida do ser humano, em condições de liberdade, igualdade e de bem-estar.

Em nome da certeza e segurança jurídicas, as ordens jurídicas democráticas, na sua globalidade, e não somente a portuguesa, têm de possuir o mínimo de estabilidade<sup>71</sup> acerca do entendimento do que seja «dignidade da pessoa humana», existindo, em termos doutrinários, três principais abordagens de qual seja o conteúdo normativo daquele princípio.

De acordo com a primeira abordagem ou corrente, *dignidade humana e direitos fundamentais têm a mesma identidade, ou seja, são a mesma coisa*. Para esta abordagem, a dignidade da pessoa humana seria a origem dos direitos sociais e políticos e, para determinarmos, em concreto, o que seja a primeira, temos de averiguar direito a direito, qual seja o conteúdo individual de cada um. Teríamos, portanto, de averiguar o que «diz» cada direito fundamental (v.g. direito à saúde, direito de voto, direito de participação política, direito à igualdade, liberdade de manifestação, etc.), para nos aproximarmos da noção de dignidade da pessoa humana.

A crítica que é habitual dirigir a esta corrente é a que, ao considerar todos os direitos sem excepção como sendo «dignidade humana» de *per si*, não nos auxilia, enquanto juristas, a resolver questões do foro prático, na medida em que temos de ir norma a norma (específica), relacionada directamente com o problema concreto que é suscitado.

Supondo que a questão *jus judice* é sobre o direito da saúde, sabemos que existe uma norma constitucional *específica*, o artigo 64º, da CRP, a qual não podemos deixar de aplicar, revelando-se, por isso, o artigo 1º, sobre a dignidade da pessoa humana, inapto e insuficiente para dar cabal solução, por si só, ao problema relativo ao *específico* direito à saúde.

Eis que assim, a dignidade da pessoa humana perde o seu sentido autónomo, restando-lhe uma utilidade meramente retórica, na medida em que apenas vem acrescentar algo que já se estava a acautelar em nome do direito fundamental específico.

Outro inconveniente que é usual reconhecer-se a esta abordagem da cláusula de «dignidade da pessoa humana» é o risco de «banalização», falando-se até de «direito fundamental à dignidade». Ora, se se reconhece o facto de todos os direitos fundamentais serem susceptíveis de restrição e de cedência, em caso de colisão entre si, então até o próprio

---

facto de o «indivíduo» se encontrar no epicentro das demandas e anseios constitucionais, resulta todo um feixe de princípios constitucionais vocacionados à sua protecção e que enformam e dão corpo ao denominado Estado de Direito Social, designadamente os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da proibição do excesso (ou princípio do não retrocesso social), da segurança jurídica, da tutela da confiança legítima. Todos estes princípios estruturantes da CRP são princípios humanos e resultam directamente do princípio-charneira: princípio da dignidade da pessoa humana.

<sup>71</sup> Neste sentido, JORGE REIS NOVAIS, no âmbito de uma Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 23 de Novembro de 2012, sob o tema: «O conteúdo normativo diferenciado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana», com o comentário de BENEDITA MACCRORIE.



direito à dignidade é passível de ser objecto dessa cedência, tornando-se um princípio que tende a enfraquecer e a perder valor.

De acordo com a segunda corrente principal, «dignidade da pessoa humana» possui um conteúdo autónomo, forte e vinculativo. «Autónomo» relativamente a todos os outros direitos fundamentais, traduzido na ideia de que «cada indivíduo tem a sua própria concepção do que seja digno e indigno». Mas, qual seja a concepção de dignidade da pessoa humana que a Constituição possui é a questão central, porque esta não é meramente subjectiva e, pelo contrário, a todos se impõe e vincula em termos objectivos.

Podemos chegar a uma ideia aproximada do que seja «dignidade da pessoa humana» através do que ela refere a propósito da eutanásia, casamento entre pessoas do mesmo sexo e em domínios sensíveis como a procriação (v.g. aborto, intervenção em embriões, concepção mediante inseminação artificial *in fitro*, etc.)<sup>72</sup>.

Segundo o entendimento preconizado pela terceira corrente acerca do sentido e alcance de «dignidade humana», esta, para valer como princípio constitucional-charneira e estruturante, deverá possuir um conteúdo forte, vinculativo e partilhável por todos os cidadãos. Entende esta corrente que o princípio da dignidade humana não deve ter uma dimensão “confessional”, devendo possuir um conteúdo consensual, elástico, que seja passível de aceitação generalizada e face ao qual todo o ser humano se reconheça e que não seja apreensível por determinadas concepções individuais, minoritárias “fechadas sobre si mesmas”.

Com este desiderato de abrangência, esta terceira visão sobre o princípio da dignidade de pessoa humana adopta uma estratégia pela negativa, ou seja, “vai averiguar” o que é proibido pela «dignidade humana», apontando o que para todos nós viole esse princípio. Nestes termos, vai lançar a questão: em que circunstâncias ou situações é que se verifica a violação da dignidade da pessoa humana?

Para tanto, toma como ponto de partida a filosofia moral Kantiana e assume que existe violação da dignidade da pessoa humana, quando ocorre uma «coisificação» da pessoa, isto é, quando a pessoa é encarada como um “meio” e não como um “fim em si mesmo”. Assim, a dignidade do ser humano enquanto tal é violada quando se verifica um tratamento degradante da pessoa, mormente quando esta é instrumentalizada por outrem, conduzindo à sua humilhação e ao próprio desprezo pela vida humana. Mas, será que tem de existir uma intenção subjacente a este resultado de degradação do ser humano? Cremos que não,

---

<sup>72</sup> Neste sentido, JORGE REIS NOVAIS, no âmbito de uma Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 23 de Novembro de 2012, sob o tema: «O conteúdo normativo diferenciado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana», com o comentário de BENEDITA MACCRORIE.

considerando que, quando a conduta em si, despida de subjectivismos, conduz à «banalização» e ao «menosprezo» do indivíduo enquanto ser humano é uma conduta qualificada como indigna, violadora do princípio da dignidade humana e, por isso, inconstitucional<sup>73</sup>.

### **3. Da equiparação dos «Direitos Sociais» aos «Direitos de Liberdade»: Direito à Saúde enquanto «direito social *especial*» elevado à equiparação *jusfundamental* a «direito de liberdade»?**

INGO WOLFGANG SARLET tece a seguinte consideração com base na análise acerca da realidade jurídico-constitucional vigente em Portugal: a afirmação de que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais surge acompanhada por uma proclamação do legislador constituinte português, no sentido de que os direitos sociais se encontram submetidos a um regime jurídico distinto, ainda que em parte, dos direitos, liberdades e garantias. Para tanto, um dos argumentos assinalados é primeiramente o que se prende com o facto de as respectivas normas (programáticas) não serem exequíveis de *per si* ou, dito doutro modo, serem insusceptíveis de invocação directa e imediata perante os Tribunais.

Outro elemento decisivo para a fragilidade constitucional destes direitos sociais, para o qual este Autor chama a atenção é o facto de essas normas não se encontrarem protegidas contra uma reforma da Constituição<sup>74</sup>. Com efeito, no que concerne a este aspecto particular, a Constituição Portuguesa alude somente à existência de um regime universal, válido para todos os direitos, a par de um regime jurídico reforçado próprio e exclusivo dos direitos, liberdades e garantias, o qual não se estende aos direitos sociais.

Apesar de podermos considerar os direitos sociais como direitos que abrangem as prestações criadas pelo legislador infraconstitucional, assim como, as denominadas «liberdades sociais», o seu não reconhecimento como «direitos originários a prestações estatais», mas somente como «direitos derivados a prestações», contribui decisivamente para conferir aos direitos sociais um estatuto jurídico mais enfraquecido ao nível da sua efectivação garantística, balizado por limites negativos e positivos mais ténues impostos ao poder estatal, quando os comparamos com os direitos civis e políticos, ou seja, direitos de primeiro grau pertencentes ao leque de direitos, liberdades e garantias<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Todas estas considerações acerca do princípio de dignidade da pessoa humana foram colhidas da palestra de JORGE REIS NOVAIS, no âmbito de uma Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 23 de Novembro de 2012, sob o tema: «O conteúdo normativo diferenciado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana», com o comentário de BENEDITA MACCRORIE.

<sup>74</sup> Vide INGO WOLFGANG SARLET, *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Aranzadi, 2010, pp. 44.

<sup>75</sup> A este propósito assume particular relevância a consideração de INGO W. SARLET, (...) *también los derechos sociales, sean o no considerados como fundamentales, incluyen tanto derechos prestacionales (positivos) como defensivos (negativos), partiendo aquí del criterio de la naturaleza de la posición jurídico-subjetiva reconocida al titular del derecho, así como de la circunstancia de*

Dito isto, a questão central que se coloca neste ponto do presente estudo, é determinar ao certo até que ponto poderão os direitos sociais<sup>76</sup> ser equiparados em termos de natureza

*que los derechos negativos (...) presentan una dimensión «positiva», ya que su efectividad exige una conducta positiva del Estado y de la sociedad, al tiempo que los derechos prestacionales (positivos) fundamentan también posiciones subjetivas «negativas», particularmente cuando se tutela su protección contra injerencias indebidas por parte de los órganos estatales, pero también por parte de organizaciones sociales y por particulares. (...) Al emprender una tentativa de definición de los derechos sociales, se percibe que es preciso tener en cuenta las peculiaridades del derecho constitucional positivo, y que el calificativo de social no está necesaria ni exclusivamente (!) vinculado a una actuación positiva del Estado en la promoción y garantía de las desigualdades fácticas manifestadas y modo de asegurar un mínimo de condiciones para una vida digna, lo que, a su vez, nos remite al problema del contenido de los derechos sociales y de su propia fundamentación». Vide INGO WOLFGANG SARLET, *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Aranzadi, 2010, pp. 45, 48 e 49.*

<sup>76</sup> Não é pacífica e está longe de ser consensual na doutrina, o reconhecimento constitucional, formal e material dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais dotados de plena vinculatividade jurisdicionalmente garantida, tendo sido sobretudo na Alemanha, no «pós Segunda Guerra Mundial», que o legislador constituinte optou expressamente por não proceder à sua consagração na *Grundgesetz*. Existiu, com efeito, a recusa expressa do legislador constituinte de 1949 em elevar os direitos sociais à natureza jusfundamental, ou seja, o legislador negou em absoluto o reconhecimento aos direitos sociais, a natureza e o estatuto constitucional de verdadeiros direitos fundamentais.

E, apesar deste silêncio constitucional a respeito dos direitos sociais não ter sido determinante do ponto de vista da efectividade prática destes direitos, a verdade é que dificuldades surgiam de modo inevitável, com a necessidade de conferir protecção aos interesses e valores ínsitos e cuja garantia passava pelo «accionamento» de direitos sociais e na falta de normas constitucionais que explicitamente os positivassem. Consequentemente, neste contexto, nascia novamente a discussão que girava em torno de uma eventual fundamentação e justificação jurídico-constitucional-axiológica da inserção ou recepção dos direitos sociais na Constituição, pese embora a ausência absoluta da sua consagração na lei fundamental. Assim, ao longo da década de setenta e sempre tendo como pano de fundo, a ideia de negação em atribuir aos direitos sociais um estatuto próprio e natural dos direitos fundamentais, a doutrina alemã começa a defender a admissibilidade de direitos sociais ao nível constitucional, mas somente de modo reflexo ou indirecto por via da sua «participação» em princípios constitucionais como o princípio do Estado Social e o princípio de Igualdade, e através de novas formas de encarar e conceber os direitos fundamentais de primeiro grau ou «clássicos». Ora, o entendimento segundo o qual os direitos sociais seriam direitos constitucionais apenas por via de uma interpretação ou concretização criativas do princípio do Estado Social permitia deduzir deveres, tarefas e encargos objectivos aos quais o legislador e os órgãos políticos se encontrariam vinculados. Contudo, através desta teoria sobre a natureza jusfundamental dos direitos sociais, não existia uma vinculatividade jurídica estrita ou dita «justiciável», limitando-se a enunciar grandes directrizes e fins constitucionais «abertos» e dotados de enorme flexibilidade que concediam aos órgãos margem de liberdade conformadora, pelo que as respectivas normas constitucionais não eram susceptíveis de criar uma verdadeira imposição jurídico-constitucional que habilitasse o cidadão a recorrer aos tribunais para ver assegurados os seus direitos sociais, inexistindo, por isso, efectividade destes direitos, mesmo após serem reconhecidos como direitos fundamentais. Do ponto de vista da teoria segundo a qual os direitos sociais possuiriam a natureza jurídica de direitos fundamentais na justa medida em que fossem necessários à concretização e efectividade dos direitos fundamentais «clássicos», já existiria efectividade e justiciabilidade reconhecida àqueles (direitos sociais), nos mesmos moldes e em idêntica medida que os direitos de liberdade, por força da regra constitucional da vinculatividade e aplicabilidade directa de que todos os direitos fundamentais beneficiam.

Mais explicitamente, a segunda via defendia que os direitos sociais deveriam ser aceites na Constituição, em virtude da necessidade em assegurar o acesso aos interesses e bens essenciais que eles visavam concretizar e tornar efectivos, no próprio âmbito de protecção dos clássicos direitos de liberdade com expresse assento constitucional, pelo que como forma de garantir a plena efectividade, justiciabilidade e, deste modo, a própria existência dos direitos fundamentais de primeiro grau, haveria que conceder o mesmo nível de protecção, efectividade e «justiciabilidade» aos direitos sociais, encarados como elemento essencial decisivo à existência daqueles direitos de liberdade. De facto, esta teoria partia da consideração de que os direitos de liberdade apenas conseguiriam ser plenamente atingidos pelo seu titular se este dispusesse de um *mínimo* de condições materiais (económicas e sociais) que o habilitasse ao respectivo gozo, decorrendo desta observação a necessidade de inclusão de bens protegidos pelo espectro de direitos sociais no âmbito de protecção dos próprios direitos de liberdade e com a imposição dos inerentes e adequados deveres estatais de protecção e de promoção, em sede constitucional.

Seja como for, a propósito dos direitos sociais, a questão central que se colocava residia em determinar se, em caso de desrespeito e perante eventuais violações, se esses direitos eram ou não judicialmente passíveis de invocação, designadamente perante o Tribunal Constitucional mediante queixa directa. A considerar-se que os direitos sociais não possuíam essa virtualidade, significaria que não poderíamos qualificá-los, em rigor, de direitos fundamentais, porquanto estes têm aplicabilidade directa e imediata, com possibilidade de recurso directo ao Tribunal Constitucional como modo de assegurar a sua efectividade. Portanto, no fundo, o que estava no centro da discussão doutrinal alemã concernente aos direitos sociais, era a sua eventual «justiciabilidade». Por um lado, os autores hostis à consideração dos direitos sociais como direitos fundamentais, na medida em que aqueles constituíam somente apelos programáticos à participação política dos órgãos estaduais, de entre os quais o legislador, excluía a possibilidade de os cidadãos titulares daqueles direitos poderem aceder aos tribunais, invocando a respectiva violação, sendo assim recusada a justiciabilidade dos direitos sociais. Mas, com uma excepção imposta e decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Quer dizer, em situações-limite de violação ou negligência estadual grosseira, caracterizada por uma omissão total por parte do Estado, susceptível de colocar em causa a subsistência do indivíduo em termos de dignidade humana, já seria aceitável o recurso aos tribunais para fazer valer os seus direitos sociais. Por outro lado, os defensores da natureza jusfundamental dos direitos sociais, em virtude da ausência de consagração constitucional dos direitos sociais vêem-se limitados nos seus argumentos conducentes à efectividade dos direitos sociais em sede jurisdicional («justiciabilidade»), tecendo uma posição semelhante à dos autores que negam a natureza jusfundamental. Com efeito, confrontada com a inexistência de uma consagração expressa dos direitos sociais na Constituição, a doutrina favorável aos direitos sociais acaba por circunscrever a esfera jurídica do conteúdo subjectivo destes a um mínimo estritamente essencial, ou seja, entende que no plano constitucional apenas existiria direitos originários à prestação de um *mínimo social* a ser exigido ao Estado.

jusfundamental aos direitos de liberdade ou «direitos clássicos», com as devidas consequências jurídicas desse facto resultantes. E, por outro lado, admitindo essa possibilidade, importará determinar se *todos* os direitos pertencentes ao segundo catálogo merecem essa equiparação ou, quais os direitos sociais em concreto, dentro do vasto leque de direitos económicos, sociais e culturais que merecem essa equiparação. Revelar-se-á, de igual modo, pertinente averiguar em que circunstâncias, em que termos e com base em que critérios ou fundamentos dever-se-á proceder a essa equiparação jusfundamental.

Na verdade, consideramos que será imperioso proceder a uma selecção jurídica dos direitos sociais que merecem receber tratamento jurídico equiparado aos direitos clássicos, estabelecendo para tanto, critérios ao nível da qualificação jurídica, sob pena de obliterarmos a concretização prática de todos os direitos fundamentais, pois estamos conscientes que importa proceder a priorizações, conciliando, na medida do possível, a efectividade de todos os direitos.

Consideramos que o critério determinante que deverá presidir à elevação de um direito social à categoria de direito de liberdade, beneficiando da respectiva tutela jurídica será, sem dúvida, o critério da dignidade humana servindo ele próprio de critério-farol e de princípio charneira, em torno do qual deverão gravitar os demais critérios.

Nestes termos, a nosso ver, em caso de dúvida sobre se um dado direito social deverá merecer a qualificação e o tratamento jurídico, num dado caso concreto, de direito de primeiro grau, o julgador deverá recorrer ao teor axiológico-normativo do critério da dignidade humana para decidir sobre o grau e alcance da justiciabilidade desse dado direito social invocado pelo cidadão.

O *direito à saúde* é um direito social indissociável do direito clássico ou de primeiro grau, *direito à vida*, encontrando-se estes direitos umbilicalmente ligados um ao outro<sup>77</sup>. E, nestes termos a garantia da efectividade do primeiro é *conditio sine qua non* para a efectividade e

---

Deste modo, feito um balanço doutrinal, ou seja, globalmente consideradas ambas as doutrinas no que se refere ao concreto aspecto da «justiciabilidade» dos direitos sociais verificamos uma tendência generalizada ou dominante no sentido de se aceitar que apenas existe um verdadeiro direito subjectivo originário a prestações relativamente à exigência do *mínimo social*.

Mas, importa referir que este «direito ao mínimo» não correspondia a um *standard* óptimo de exigências de justiça distributiva própria de Estado Social traduzido em abundantes prestações sociais e materiais. Consistia, sim, num mínimo estritamente essencial à sobrevivência, exigido por ditames inerentes à dignidade da pessoa humana ou pela satisfação das necessidades básicas indispensáveis à conservação de direitos fundamentais clássicos ou às «liberdades fundamentais». Deste modo, o «mínimo social» na Alemanha revestiria a função de complemento de defesa dos direitos de liberdade ou um «alargamento do âmbito de protecção dos direitos fundamentais clássicos à garantia das condições materiais de exercício das liberdades». Ainda no que respeita ao «mínimo social», é interessante verificar que, pese embora a Constituição alemã prima pela ausência de consagração ao nível de direitos sociais, o correspondente órgão jurisdicional – Tribunal Constitucional – teve o mérito de proceder ao reconhecimento formal de um direito constitucional a um *mínimo vital* reputado como um mínimo essencial a uma existência condigna enraizada na dignidade da pessoa humana, no próprio direito à vida e no princípio do Estado Social. *Vide*, a propósito da questão relacionada com a natureza jusfundamental dos direitos sociais no panorama doutrinal e constitucional alemão, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais., Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.75 a 88.

<sup>77</sup> Sobre o conceito de direitos sociais e ainda sobre a sua destriça face ao catálogo de direitos, liberdades e garantias, *vide* MANUEL AFONSO VAZ, RAQUEL CARVALHO e outros, *Direito Constitucional. O Sistema Constitucional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 246 e seguintes.

plena realização do segundo, pelo menos, em determinados circunstancialismos ou vertentes deste último<sup>78</sup>. Destarte, afigura-se-nos curial defender o direito à saúde como o paradigma de direito social que merecerá ser objecto de regime legal garantístico e de efectivação idêntico ao que é reconhecido pela Constituição aos direitos clássicos ou direitos de liberdade inseridos no denominado primeiro catálogo.

Consideramos, pois, que na circunstância em que a garantia de um determinado direito social se afirma normativamente como pressuposto da garantia e até como condição da existência de um direito de liberdade, com o qual estabelece laços de correspectividade “genética”, deverá proceder-se à elevação desse mesmo direito social à categoria de “direito social especial” digno de tutela judicial como se de um direito de primeiro grau se tratasse.

É igualmente interessante constatar que, por força desta relação “embrionária” entre um direito social e um seu direito de liberdade “reflexo”, qualquer brecha existente no muro jurídico de protecção desse direito social desemboca geralmente em lacunas ou vazios legais na protecção do seu *direito-espelho* pertencente ao catálogo de direitos, liberdades e garantias.

Pese embora, não pretendamos neste trabalho aprofundar a matéria relativa aos direitos fundamentais, importa salientar que adoptamos uma **posição intermédia** situada entre a doutrina portuguesa tradicional ou clássica de direitos fundamentais (que opera a dicotomia «tout court» entre os direitos de liberdade e os direitos sociais) e a doutrina minoritária sobre os direitos fundamentais que pugna pela eliminação absoluta entre ambas as categorias de direitos, mas ignorando que, na prática, esse tratamento igualitário seria somente platónico e teórico, porquanto a realidade mostra que o Estado nem possui estrutura organizativa, nem os meios humanos, técnicos e financeiros para concretizar todos os direitos com o mesmo nível de prioridade e de efectividade.

Deste modo, convém adoptar uma posição quiçá mais equilibrada, a qual negando uma posição permanente de “segunda categoria” aos direitos sociais tal como defende a doutrina tradicional, possui o realismo necessário para proceder a “ajustamentos” pragmáticos no concreto, o que equivale a dizer que também não é viável uma solução meramente ideológica e teórica que assegure igual nível de efectividade a todos os direitos fundamentais, ao mesmo tempo, por tal ser impraticável. Só assim asseguramos ao cidadão a concretização de uma Constituição “viva” no sentido de ser aplicável.

Ora, o direito à saúde configura, a nosso ver, o direito social por excelência que merece a equiparação, em termos de natureza jusfundamental, tratamento jurídico e garantia da

---

<sup>78</sup> Vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais., Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.109.

justiciabilidade, em tudo idêntico ao direito de primeiro grau, direito à vida, em virtude de ambos os direitos serem indissociáveis um do outro, ou dito doutro modo, serem umbilicalmente ligados um ao outro.

### 3.1. A premissa essencial: «direitos sociais» enquanto direitos imprescindíveis à concretização dos «direitos de liberdade».

A distinção entre direitos fundamentais de liberdade por um lado e, direitos fundamentais sociais, por outro lado, em detrimento destes últimos, constitui um facto assumido pela doutrina maioritária e que deve ser superado, podendo ser sintetizado nesta afirmação de RODRIGO GARCÍA SCHWARZ «(...) queda mucho por hacer para que estos derechos se equiparen a los derechos civiles y políticos en lo que se refiere a su estatuto jurídico»<sup>79</sup>.

Este autor defende a superação desta separação dogmática e ao nível do tratamento jurídico reconhecido a ambas as categorias de direitos fundamentais, porquanto ambas são complementares entre si e indissociáveis uns dos outros. Senão vejamos: «(...) hay que señalar como imprescindible la adopción de una nueva visión sobre los derechos sociales, pues la efectividad de cualesquiera derechos humanos, incluso los tradicionales derechos individuales, civiles y políticos, afianzados en la dignidad y relacionados con la libertad y la autonomía de la persona, no es posible sin la garantía del mínimo existencial a la persona, condicionado económica, social y culturalmente».

RODRIGO GARCÍA SCHWARZ vai ainda mais longe defendendo que «Eso implica refutar el proceso de banalización (que destituye en la práctica la autoridad de los derechos humanos) y fragmentación teórica de los derechos, pues la concretización de los derechos sociales no puede ser considerada separadamente de la propia consolidación de la democracia»<sup>80</sup>.

Nos antípodas dos autores que operam a cisão entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontra-se igualmente JORGE REIS NOVAIS, preconizando a posição segundo a qual «a partir do momento em que a Constituição consagra determinado direito, pretensão, dever ou obrigação como fundamental, ele impõe-se, *ipso facto*, à observância dos poderes

---

<sup>79</sup> Neste sentido, vide RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, 2011, pp.11. Consideramos igualmente pertinente a consideração de BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, acerca do entendimento dogmático que foi adoptado pela Constituição Espanhola sobre os direitos sociais com base na análise realizada sobre o artigo 9.2 da respectiva lei fundamental, o qual possui o seguinte teor: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Assim, para BEATRIZ G. MORENO: «(...) nuestra Constitución habilita a los poderes públicos para la transformación de la organización económica y social, (...) según los valores y los principios que aparecen consagrados (...) constituirse como un Estado social y democrático de Derecho; se plantea entonces el problema de determinar la eficacia jurídica de las normas constitucionales de contenido social, de los derechos económicos, sociales y culturales. Neste sentido, in BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas Ediciones, 2002, pp. 69 e seguintes.

<sup>80</sup> Vide RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, 2011, pp.11 e 12.

constituídos»<sup>81</sup>. E, nesta medida, a obrigatoriedade do respeito desses direitos fundamentais não deverá depender nem estar relacionada com a qualificação ou designação que granjear junto da doutrina, mas somente da força jurídica que a Constituição reconhecer-lhe, assim como, da natureza material e estrutural dos deveres que se impõem ao Estado, das características inerentes que o caracterizam e dos limites imanentes ou de outra ordem que lhes são impostos.

Segundo este Autor, qualquer diferenciação ao nível de qualificação jurídica peca por defeito, assentando sobre uma *falácia jurídico-constitucional*<sup>82</sup>, porquanto ignora o essencial: o que de *facto* e de *direito* se encontra no cerne da distinção da aplicabilidade dos direitos

<sup>81</sup> Ainda no que concerne à distinção dogmática entre direitos de liberdade e direitos sociais, dentro dos quais se insere o direito à saúde, direito fundamental sobre o qual o nosso trabalho se debruça, importa mencionar a doutrina preconizada por BEATRIZ G. MORENO, MIGUEL ÁNGEL LINERA e INGO W. SARLET e RODRIGO G. SCHWARZ.

BEATRIZ G. MORENO pronuncia-se sobre os direitos sociais enquanto verdadeiros direitos humanos, os quais devem, nesses termos, ser acessíveis a todos, sem qualquer excepção, seja de que natureza for. Considera ainda determinadas instituições jurídicas e mecanismos de cariz legal como reais obstáculos à efectividade dos direitos sociais, que globalmente colocam em causa o próprio ideal de democracia participativa. Senão vejamos: «Hablar de derechos humanos, pues, es hablar de hacer accesibles los derechos sociales a grupos humanos que habitualmente no tendrían acceso efectivo a ellos. Es decir, se trata de abrir un camino nuevo, verdaderamente alternativo y real, a una ciudadanía no excluyente, democrática en su sentido garantista y participativo y vuelta hacia una praxis autenticamente transformadora de la sociedad. (...) y también la capacidad para idealizar contenidos y técnicas que permitan recapacitar sobre los derechos sociales y sus garantías». Tece ainda a seguinte consideração: «Sabido es que las instituciones jurídicas pueden ser instrumentos de opresión social si se apartan de la democracia, pero también que, con la democracia participativa y con la fortaleza de la ciudadanía, el derecho es una institución colectiva de liberación. (...) no puede haber ciudadanía significativa sin democracia, (...)». Esta autora considera que ao assegurar a efectividade dos direitos sociais, mediante o seu reconhecimento jurídico-constitucional enquanto direito humano equiparado a direito de liberdade, estamos a assegurar a própria vitalidade e subsistência da democracia, a realização da cidadania, sendo imprescindível a adopção de reformas e de medidas políticas como forma de remover os obstáculos que impedem o cidadão de beneficiar dos direitos sociais que lhe são constitucionalmente reconhecidos enquanto pessoa dotada de dignidade humana: «(...) pues la implementación de los llamados derechos «sociales» no puede ser considerada separadamente de la consolidación de la democracia: la realización de la ciudadanía, imprescindible para la democracia, requiere reformas económicas, sociales y culturales para la remoción de los obstáculos que la impiden».

Por seu turno, na senda da ideia de indissociabilidade entre direitos sociais e democracia participativa anteriormente expressa, INGO W. SARLET fala de um verdadeiro «desafio da existência dos direitos sociais» num contexto de Estado Constitucional e de Direito caracterizado por exigências relacionadas com a democracia pluralista enquanto consequência organizativa da própria dignidade do ser humano que implicam um mínimo de direitos sociais que seja susceptível de viabilizar a participação do cidadão no processo democrático-deliberativo próprio de uma sociedade aberta.

INGO W. SARLET apoia a sua posição em PETER HÄBERLE para quem os direitos sociais são mecanismos constitucionais que impedem uma instrumentalização do ser humano pelo Estado, consistindo num corolário da dignidade do ser humano essencial à participação democrática deste na sociedade («(...) y también aquí de acuerdo con PETER HÄBERLE, al mismo tiempo que la dignidad de la persona, en su condición de «premisa antropológica» del Estado constitucional y del Derecho del Estado, implica el deber del Estado impedir que las personas sean reducidas a la condición de mero objeto en el ámbito social, económico y cultural, el principio democrático-pluralista, como consecuencia organizativa de la propia dignidad del ser humano, exige un mínimo de derechos sociales que hagan viable la efectiva participación del ciudadano en el proceso democrático-deliberativo de una auténtica sociedad abierta»).

Segundo o entendimento preconizado por RODRIGO G. SCHWARZ, os direitos sociais representam uma parte intrinsecamente conexa com a vida democrática do Estado de Direito, representando verdadeiras condições de acesso do cidadão ao princípio da democracia participativa, à realidade de «cidadania», assim como, à efectividade dos demais direitos constitucionais. Citando este autor «(...) los bienes protegidos por los derechos sociales, implicados en disputas ubicativas, ponen de relieve la igualdad material y están relacionados con el mínimo existencial, social y culturalmente delineado, necesario no solamente para la supervivencia en condiciones condecientes con la dignidad inherente a la persona humana, pero, además, para garantizar las condiciones materiales que permiten el ejercicio real de otros derechos, como los derechos civiles y políticos, relacionados con la libertad y a la autonomía de las personas e imprescindibles para la promoción de la democracia participativa y la ciudadanía integral». Vide BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas Ediciones, 2002, pp. 11, 12, 31 e seguintes; Cfr. INGO W. SARLET, «Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos», in *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Aranzadi, 2010, pp. 35 a 61; RODRIGO G. SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, 2011, pp. 35 a 37. Neste sentido, vide ainda, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 264.

<sup>82</sup> Neste sentido, JORGE REIS NOVAIS, no âmbito de uma Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 23 de Novembro de 2012, sob o tema: «O conteúdo normativo diferenciado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana», com o comentário de BENEDITA MACCRORIE.



fundamentais, pese embora se reconheça que na prática os direitos fundamentais dificilmente ou muito raramente sejam aplicados como *um todo*.

Podemos, contudo, enunciar três distinções mais marcantes e reputadas como dogmaticamente decisivas, ao nível dos direitos fundamentais e as quais se reportam aos seguintes aspectos: a) à opção normativa do legislador constituinte, b) à natureza do dever estatal, mais precisamente, se ao Estado compete o dever de assegurar o respeito, a protecção ou se, mais que isso, garantir em termos de efectividade, a promoção do respectivo direito fundamental, c) à estrutura negativa ou positiva do próprio direito. Importa dar resposta a cada uma destas questões, visto que é perante a solução dada a estes concretos problemas e não em função de uma abstracta integração num direito de liberdade ou num direito social que, em termos mais precisos, se conseguirá determinar o grau de vinculatividade jurídica, os padrões de controlo jurisdicional, as margens respectivas que devem ser reconhecidas ao poder político democrático ou ao poder judicial.

Com efeito, no que se prende com a opção legiferante, existem normas de *prima facie* ou definitivas em ambos os direitos, de liberdade e sociais, sendo estes vistos como um todo. Relativamente, aos deveres estatais de respeito, de protecção e de promoção, verificamos que o Estado se encontra vinculado tanto no que se refere aos direitos de liberdade, como nos direitos sociais e, por último, encontramos igualmente direitos positivos e direitos negativos em ambas as «categorias» de direitos.

Na obra de VÍCTOR DE CURREA-LUGO, este Autor apoia o seu entendimento na posição adoptada no seio da Corte Constitucional Colombiana, a qual decidiu no sentido de considerar «La clasificación entre derechos de libertad y derechos de prestación no es, en sí misma, adecuada para definir si un derecho constitucional es fundamental»<sup>83</sup>.

Esta corrente doutrinal defensora do direito à saúde enquanto direito humano fundamental dotado de dignidade constitucional idêntica à dos direitos, liberdades e garantias assenta a sua posição na ideia de que, nem a natureza prestacional dos direitos, nem a eventual ausência de universalidade são argumentos com aptidão para recusar a natureza jurídico-fundamental dos direitos sociais em geral e do direito à saúde, em particular.

Normalmente, as teses que recusam ou que de certo modo são cépticas perante a atribuição aos direitos sociais da natureza e da qualificação jurídico-constitucional de «direitos

---

<sup>83</sup> VÍCTOR DE CURREA-LUGO manifesta a sua posição em defesa da equiparação jurídico-constitucional entre os direitos sociais e os direitos de liberdade, referindo de modo categórico que o factor «custo económico» deve ser colocado de lado quando se trata de falar em garantias e efectivação do direito à saúde: «En efecto, existen derechos fundamentales que necesariamente exigen, para su vigencia, erogaciones públicas, como el derecho a la asistencia letrada (...) o el núcleo esencial del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, mal puede afirmarse que el hecho de que la protección de un determinado derecho implique un costo público o privado inmediatamente le resta el carácter de derecho fundamental. En síntesis, ni la naturaleza prestacional de los derechos (...), ni su falta de universalidad, constituyen argumentos suficientes para afirmar que no se trata de derechos fundamentales». Vide VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *La Salud como Derecho Humano*, Instituto de Derechos Humanos, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 32, Universidad de Deusto, 2005, pp. 42 e 43.



fundamentais», não subscrevendo a respectiva equiparação de princípio aos direitos de liberdade, deduzem como principal argumento o facto de os direitos sociais serem contingentes de uma perspectiva económica.

Por isso, em virtude dessa contingência económica de que os direitos sociais surgem reféns, os defensores da doutrina tradicional maioritária, falam em «direitos a prestações» quando se referem aos direitos sociais, pelo que nos interesse abordar este aspecto.

Para VÍCTOR DE CURREA-LUGO é possível falar essencialmente em quatro cenários, quando nos reportamos aos chamados «direitos a prestações»: a) direitos perante os quais existe o seu reconhecimento e a sua garantia jurisdicional; b) direitos, cuja garantia apesar de existir encontra-se condicionada a questões de disponibilidade de recursos materiais; c) direitos que embora sendo reconhecidos são, contudo, objecto de uma iníqua repartição de recursos económicos e materiais; e) direitos que são pura e simplesmente recusados, ou seja, cujo reconhecimento jurídico é negado<sup>84</sup>.

Para nós, o direito de acesso à saúde enquanto direito fundamental implicará sempre, pela sua própria natureza e relevância, uma distribuição considerada «justa» dos recursos disponíveis, independentemente de o Estado os possuir em pouca ou grande medida.

O direito à saúde, à luz do princípio social de Estado, tem de ser alheio à maior ou menor vulnerabilidade económica do Estado. E, assim, nestes termos, nunca poderá o Estado recusar a efectivação do direito à saúde com fundamento na escassez de meios económicos, por tal equivaler à recusa da garantia de um direito humano sob um pretexto meramente económico, o que se afigura inaceitável à luz da Constituição e até da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Os recursos económicos que deverão ser disponibilizados ao sector da saúde sê-lo-ão sempre presididos pelo valor da dignidade humana e pela equidade, na medida em que a saúde é o direito social indissociável do direito à vida, em termos quantitativos e qualitativos, que a todos os indivíduos deverá ser assegurado em termos de igualdade e de universalidade.

Este direito de primeiro grau (direito à vida) não existe sem que se garanta a efectividade daquele direito social (direito à saúde), não se compreendendo uma agenda estatal que não o coloque no topo das suas prioridades políticas.

Daí que, a nosso ver, não faça qualquer sentido negar uma protecção de *prima facie* do direito à saúde com base no seu enquadramento em normas meramente programáticas e, enquanto tal, apenas invocáveis de forma mediata e indirecta.

---

<sup>84</sup> Vide VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *La Salud como Derecho Humano*, Instituto de Derechos Humanos, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 32, Universidad de Deusto, 2005, pp. 43.

Portanto, o direito à saúde deveria beneficiar do mesmo grau de protecção e de efectividade de que goza o direito à vida, qualificado como direito de primeiro grau. E, na medida em que o respeito e cumprimento integral do direito à saúde revela-se essencial à concretização do direito à vida, a categorização que os separa em diferentes tipologias de direitos fundamentais deveria ser eliminada, assim como, a divergência entre ambos os tratamentos jurídicos.

É verdade que os direitos sociais são direitos dependentes, em grande parte, da capacidade económica do Estado e das respectivas vicissitudes financeiras, valendo sob a cláusula ou reserva do financeiramente possível. Acresce que os direitos sociais são caracterizados pela sua *indeterminabilidade* em termos de conteúdo constitucional, ao mesmo tempo que apresentam uma estrutura de direitos positivos<sup>85</sup>.

Ora, da perspectiva da doutrina tradicional, estas características globalmente consideradas levantam sérias questões susceptíveis de inviabilizar a qualificação dos direitos sociais como direitos fundamentais ou, pelo menos, exigiriam uma distinção qualitativa profunda face aos direitos de liberdade que impediria um idêntico regime jurídico, comum a ambos os direitos. Senão vejamos.

Para os autores que recusam a equiparação em termos de natureza jurídico-constitucional dos direitos sociais aos direitos de liberdade, há uma miríade de factores a ter em consideração, designadamente os seguintes: a) impossibilidade de determinação de um conteúdo definitivo a partir das normas constitucionais, b) impossibilidade de extracção de direitos subjectivos a partir de normas constitucionais, circunscrevendo-se a uma dimensão puramente objectiva, c) impossibilidade de determinação da existência de eventuais violações aos direitos sociais com recurso a métodos jurídicos, d) impossibilidade de uma vinculação estrita do poder público aos comandos constitucionais relativos aos direitos sociais, e) a justiciabilidade frágil dos direitos sociais, f) não abrangência em termos absolutos dos direitos sociais a todos os cidadãos sem excepção, porquanto são direitos que têm aplicação em termos discriminatórios ou, se se entender preferível, num sentido material específico do princípio de igualdade (tratamento igual para igual e tratamento desigual para o desigual), porquanto reconhecidos apenas a algumas classes de indivíduos, como os mais desfavorecidos, os mais carenciados/pobres, os mais doentes, etc. e não a *todos* de modo

---

<sup>85</sup> Vide BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, acerca do entendimento dogmático que foi adoptado pela Constituição Espanhola sobre os direitos sociais: «La construcción dogmática de estos derechos en la moderna doctrina no ha alcanzado el necesario grado de consolidación, uno de cuyos efectos más importantes es la disparidad de criterios en cuanto a su fundamentación, su formulación positiva, la conexión de tales derechos – y de la relación jurídico-pública que originan – con los ciudadanos, es decir, la titularidad de los derechos sociales, y los distintos mecanismos de la acción administrativa y judicial de tutela» in BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas Ediciones, 2002, pp. 69 e seguintes. Neste sentido JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.87.

idêntico e pleno. Quer dizer, somente uma parcela ou franja de cidadãos que se encontrem naquelas particulares circunstâncias ou que preencham determinados requisitos em termos sociais e económicos, é que poderão ser colocados numa posição em que irão beneficiar da aplicabilidade dos respectivos direitos sociais que se revelem «adequados» e «ajustáveis».

Mais propriamente sobre o direito à saúde, vale a pena recordar as palavras de VÍCTOR DE CURREA-LUGO «(...) el objectivo médico, la naturaleza de la profesión, no es esencialmente ahorrar dinero. Dedicar la labor médica principalmente al ahorro de recursos contradice la naturaleza misma del acto médico»<sup>86</sup>.

Para efeitos de admissibilidade ou, pelo contrário de rejeição da equiparação da natureza, qualificação e respectivo tratamento jurídico dos direitos sociais aos designados direitos de liberdade iremos seguidamente analisar a pertinência e viabilidade dos argumentos que se perfilam no firmamento jurídico num e noutro sentido.

### **3.2. Assunção de uma dogmática unitária de ambos os direitos constitucionais, «direitos sociais» e «direitos de liberdade». Especial atenção ao «direito à saúde» enquanto «direito social especial» digno de tutela idêntica à dos «direitos de liberdade»?**

Como já referimos anteriormente, preconizamos uma posição *tertium genus*, pois apesar de reconhecermos que os direitos sociais, enquanto direitos constitucionalmente consagrados, merecem de pleno direito idêntico nível de «dignidade jusconstitucional» que é reconhecida aos «direitos de liberdade»<sup>87</sup>, dever-se-á, contudo, recorrer a determinada parcimónia e a critérios de razoabilidade aquando dessa equiparação.

Não subscrevemos assim, em plenitude a posição de JORGE REIS NOVAIS, segundo o qual qualquer distinção no que concerne à qualificação jusconstitucional ou ao nível de tutela ou efectividade entre os «direitos sociais» resulta de uma construção dogmática falaciosa e insustentável, elaborada pela doutrina clássica ou tradicional portuguesa sobre direitos constitucionais, que deverá ser abandonada<sup>88</sup>, porquanto se alicerça em fundamentos artificiais.

De acordo com esta posição, não existem direitos constitucionais nem de «primeira categoria» e de «segunda categoria», porquanto todos constam, com igual dignidade, da Constituição da República Portuguesa, mediante séria ponderação e livre vontade do legislador no sentido de os consagrar no texto fundamental. E, nessa medida, é intolerável

<sup>86</sup> Vide VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *La Salud como Derecho Humano*, Instituto de Derechos Humanos, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 32, Universidad de Deusto, 2005, pp. 44.

<sup>87</sup> Estes direitos também são conhecidos por direitos de primeira geração, de primeiro grau ou, ainda, por direitos que pertencem ao catálogo de direitos, liberdades e garantias.

<sup>88</sup> Neste sentido, JORGE REIS NOVAIS, no âmbito de uma Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 23 de Novembro de 2012, sob o tema: «O conteúdo normativo diferenciado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana», com o comentário de BENEDITA MACCRORIE.

qualquer teorização ou doutrina que tente operar uma discriminação que resulte no coarctamento de estatuto, de defesa, tutela e efectividade de uns em favorecimento de outros.

Somos de opinião que, apesar dos méritos manifestados pelo raciocínio axiológico em que assenta a doutrina unitária dos direitos constitucionais, deverá prevalecer no nosso firmamento jurídico um entendimento que pondere as fragilidades do Estado em concretizá-los de igual modo.

Pese embora reconheçamos, na esteira daquela doutrina minoritária, que os direitos constitucionais, independentemente da sua qualificação enquanto «direitos de liberdade» ou «direitos sociais» colhem o seu fundamento jusconstitucional no núcleo essencial que reside no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual resulta do próprio *texto normativo*, desde logo do preceito do artigo 1º («Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (....)»), articulado com o artigo 18º, nº3, («As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais»), ***não podemos ignorar a concreta realidade política e económica que nos impele a considerar que uns direitos, em dada altura, são mais relevantes que outros.***

Realçamos, outrossim, a protecção jurídica de raiz universal que resulta do *espírito* da lei fundamental, em virtude da cultura da Nação portuguesa, bem como, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Carta das Nações Unidas, assim como, da Carta Europeia dos Direitos do Homem, das quais Portugal é país subscritor.

Por outro lado, uma doutrina sobre direitos fundamentais que negue em absoluto, a idêntica dignidade e de estatuto, de *per si*, dos «direitos sociais» relativamente aos «direitos, liberdades e garantias», sem fundamento relevante e sem atender a concretos circunstancialismos de “peso”, é uma doutrina que inevitavelmente pugna pela violação, ainda parcial ou subtil, da dignidade da pessoa humana, devendo ser superada e afastada.

Veja-se o caso paradigmático do «direito à saúde», de que nos ocupamos neste estudo, e que como sabemos é um «direito social»: não será absolutamente intolerável no seio de um Estado de Direito democrático, a subalternização do estatuto e da efectividade deste direito traduzido no condicionamento da possibilidade de o cidadão, de pleno direito, directa e imediatamente, exigir perante os Tribunais, o respectivo cumprimento por parte entidades privadas e de entidades públicas, de entre as quais o próprio Estado?

Indo ao cerne da questão: deverá o cidadão-utente do Serviço Nacional de Saúde ou que recebe cuidados de saúde em estabelecimentos privados de saúde ver os seus direitos de defesa, em sede jurisdicional, ser tolhados, com base num fundamento meramente teórico-

doutrinal, pelo qual o seu direito à saúde enquanto direito social (e, logo, de “segunda categoria”), não merece tutela judicial, como se não se tratasse de um verdadeiro direito constitucional?

Nem vale aqui, da nossa perspectiva, o argumento que a doutrina tradicional portuguesa argui, como fundamento para proceder à distinção entre os vários direitos constitucionais, que se prende com a «banalização» desses direitos, a qual passa a existir em virtude da «equiparação generalizada» dos direitos constitucionalmente plasmados e cuja efectividade em idêntico grau e força, eliminaria o Estado Social tal como o conhecemos, tantas seriam as reivindicações sociais oriundas do cidadão cada vez mais consciente dos seus direitos. É interessante o paradoxo que está presente na doutrina tradicional portuguesa: para que a uns direitos constitucionais seja reconhecida força jurídica e efectividade plena, «sendo levados a sério», há que relegar tantos outros, os quais essencialíssimos à dignidade do cidadão enquanto ser humano, para um «patamar de segunda», cuja efectividade fica para «quando puder ser».

Parece assim que, para que alguns direitos constitucionais sejam efectivamente dignos de *tutela* constitucional plena, outros terão de ser menosprezados, porque entende a doutrina clássica, que não é argumento suficiente os *direitos serem todos considerados constitucionais* e constarem do texto normativo em geral e de determinada norma constitucional, em particular.

Por isso, a nosso ver, esta doutrina tradicional peca por defeito, olvidando por completo o espírito da lei fundamental. Mais que isso, parece que os «direitos sociais», para poderem vingar como verdadeiros direitos constitucionais, carecem ainda de um acto de «aperfeiçoamento» ou legitimador com que os «direitos de liberdade» nasceram e eles não.

Por último, esta construção dogmática que opera a separação estanque entre «direitos sociais» por um lado e, «direitos de liberdade» parece ter esquecido o essencial: o legislador da Lei Fundamental quis, num determinado momento legiferante, consagrar certos direitos no texto normativo da Constituição, *de* e *para* o cidadão, encarado como «fim» e não como «meio» ou mero «instrumento», encarando-o como ser dotado de dignidade humana.

Por conseguinte, o cidadão é merecedor da plenitude de tutela ou de justiciabilidade, através da expansão do estatuto e da máxima eficácia de todos os seus direitos constitucionais enquanto direitos humanos que são, independentemente da qualificação ou denominação que esta ou aquela doutrina lhes atribua.

Concluimos, pugnando pelo reconhecimento do «direito à saúde» enquanto «direito social *especial*» digno de tutela idêntica à dos «direitos de liberdade», nos termos preconizados por uma doutrina intermédia, que articula e combina harmoniosamente as valências da doutrina minoritária e da doutrina tradicional. De um lado, a nossa posição

assenta na axiologia presente na doutrina da dogmática unitária dos direitos constitucionais e nas suas considerações sobre o princípio da dignidade humana e, por outro lado, atende à necessidade de pragmatismo na priorização de respostas do Estado às reivindicações sociais do cidadão, que a doutrina tradicional esforça-se por responder.

#### **4. Conclusão: a inevitável (?) dependência da realidade económica actual.**

Iniciamos este ponto, com a consideração de LUIS M. MACHO, no sentido de que «el debate sobre la naturaleza y eficacia jurídica de los derechos fundamentales socioeconomicos, especialmente aquellos que incorporan un contenido prestacional, ha estado presente de manera permanente desde los mismos inicios de la constitucionalización del Estado Social»<sup>89</sup>.

Constitui facto comumente conhecido que existe um leque mais ou menos vasto de princípios materiais ou de fundo colhidos de preceitos dispersos e dos princípios fundamentais da Constituição, que norteiam a actuação estadual e das demais entidades públicas e privadas, no que respeita aos direitos económicos, sociais e culturais.

Esses princípios de cariz substancial são, designadamente, os seguintes: a) a conexão com as tarefas e incumbências positivas do Estado e demais entidades públicas; b) o direito de promoção e de participação dos interessados, individual ou colectivamente; c) a dependência da realidade constitucional, com especial atinência para o aspecto económico; d) a adequação das prestações e dos custos; e) o não retorno da concretização; f) a adequação das formas de tutela.

É facto insofismável o de que a efectivação dos direitos sociais depende de uma miríade de factores, como desde logo, da aplicação das normas constitucionais relativas à organização económica, dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração Pública e dos recursos financeiros, existindo doutrina que, a este propósito pronuncia-se sobre um *«ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível»*, na *sujeição da efectividade concreta a uma «reserva do possível»* ou na *«raridade do objecto da pretensão como limite real»*<sup>90</sup>.

No que aos direitos sociais concerne, ponto assente é que o respectivo conteúdo essencial seja sempre assegurado e apenas o que estiver “para além dele” poderá deixar ou não de o ser, consoante o juízo valorativo por parte do legislador acerca da relevância jurídico-constitucional-social desses direitos, com especial atinência às condições de efectivação.

---

<sup>89</sup> Assim, LUIS M. MACHO, “La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011, pp.47 e 48.

<sup>90</sup> Neste sentido, vide, melhor desenvolvido, in JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp.392.

Compete, pois, ao legislador emitir um juízo com vista à concordância prática e harmonização entre o leque vasto de direitos a atender num dado momento da realidade portuguesa. No fundo, trata-se de determinar, com maior ou menor aproximação à realidade económico-social portuguesa, num dado contexto político, qual a prioridade que deve ser conferida aos direitos sociais e qual o modo mais adequado e eficaz de lhes dar efectividade.

Cabe, igualmente, ao Estado-Legislator proceder a uma avaliação simultânea dos direitos sociais a efectivar perante a escassez dos recursos humanos, financeiros e económicos necessários à concretização material daqueles.

Nesta tarefa de concordância prática, o princípio de proporcionalidade deverá ser alcançado tendo em consideração os padrões de justiça social, solidariedade e «igualdade real entre os portugueses», não devendo o poder jurisdicional (*maxime*, o Tribunal Constitucional) eximir-se da sua missão de averiguar a ocorrência de eventuais inconstitucionalidades.

Importa igualmente salientar o facto de que, por virtude de circunstâncias especiais, anormais e imprevisíveis, como v.g. uma grave crise económica e financeira<sup>91</sup>, ou a ocorrência de estado de sítio ou de estado de emergência, apenas o legislador (nunca os órgãos administrativos) possui o poder de suspender certas normas legais de concretização, com a necessária sujeição a prévia fiscalização de constitucionalidade por parte dos órgãos competentes para o efeito. Esta suspensão não é uma suspensão formal, ou seja, os direitos mantêm-se impreterivelmente consignados na Constituição.

Esta obrigatoriedade constitui uma garantia ou mecanismo de protecção dos direitos sociais, o que significa que o direito à saúde também goza deste regime. Por outro lado, e dado que nos reportamos a direitos sociais, assume alguma pertinência aludir à denominada «adequação das prestações e dos custos», assente no princípio de igualdade; igualdade esta, «em construção constante e mutável» em função das alterações das condições sócio-económicas de que o Estado tem à sua disposição, assim como, das condições concretas dos seus próprios beneficiários.

Dito doutro modo, porquanto é de inegável evidência a existência de desigualdades de facto e de limites financeiros associados à escassez de recursos, *qualquer incumbência ou tarefa política ou de outra espécie de natureza pública*, que tenha por desiderato a prestação material de um qualquer direito social que a todos se destina (direitos sociais são «direitos universais e não direitos de classe»<sup>92</sup>), *terá de ser compaginada com concessões do ponto de*

---

<sup>91</sup> Assim, LUIS M. MACHO, "La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales", in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011, pp. 47 e seguintes.

<sup>92</sup> Neste sentido, vide JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp.394 e seguintes.

*vista da igualdade*, mas sempre com base em critérios objectivos e não subjectivos, porque arbitrários.

Na verdade, a igualdade não poderá ser encarada de modo absoluto e cego, sob pena de conduzir ao colapso do próprio Estado Social; terá outrossim, de se adaptar à realidade económico-financeira do Estado e do próprio beneficiário. Apenas, com uma *visão holística* da situação concreta do Estado, do país e do cidadão-utente (beneficiário) será possibilitada uma efectiva concretização das normas constitucionais relativamente aos «direitos derivados a prestações» consubstanciados nos direitos sociais.

Ao Estado cabe, na totalidade e mediante a retribuição na forma de impostos, assegurar a prestação de cuidados de saúde básicos ou primários, de natureza urgente ou prioritária, a assistência materno-infantil, em virtude da essencialidade ou universalidade dessas matérias. As restantes necessidades de saúde que não gozam daquelas características (essencialidade ou universalidade), na medida em que afectam de modo diverso os cidadãos ou porque dependem de variáveis por vezes imprevisíveis, faz com que se afigure mais justa a partilha de custos entre o Estado e o cidadão-utente (até determinado limite do custo real do serviço ou bem).

O cidadão, neste caso, já deverá contribuir na medida das suas possibilidades económicas, atendendo a critérios pré-estabelecidos de modo objectivo e legalmente previstos, sendo válida a máxima: «*Os que podem pagar, devem pagar*»<sup>93</sup>. Inversamente, «*os que não podem pagar, não devem pagar*», ou ainda, se necessário for, deverão receber do Estado auxílios, subvenções, pensões e outras prestações pecuniárias com vista a assegurar o acesso à saúde.

Segundo o entendimento de VICTOR DE CURREA-LUGO, todos os direitos implicam gastos para o Estado, assim como, a execução da tarefa estadual que se prende com a garantia da protecção do direito à vida, direito à saúde ou do direito ao voto, pelo que não fará sentido nem será aceitável condicionar as garantias de efectivação e de protecção do direito à saúde com base nos gastos que acarretam para o Estado<sup>94</sup>.

Com efeito, operar uma categorização distintiva entre os direitos que geram gastos para o erário público e aqueles direitos que não acarretam idêntico nível de onerosidade para o Estado revela-se totalmente desadequado para um Estado que se afirma como Estado Social e que pretende respeitar cabalmente a sua Constituição.

---

<sup>93</sup> Neste sentido, vide JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp.396 e 397.

<sup>94</sup> Vide VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *La Salud como derecho humano*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº32, pp. 42 e 43.



Citamos, a respeito dos “custos dos direitos” a posição preconizada por CASALTA NABAIS, a qual vai de encontro ao entendimento de STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN<sup>95</sup>, «todos os direitos implicam custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também têm custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos gratuitos, direitos de borla, uma vez que todos eles se nos apresentam como bens públicos em sentido estrito»<sup>96</sup>.

Adianta ainda CASALTA NABAIS, no sentido da abolição da distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais, a seguinte consideração: «(...) não tem a menor base real a separação tradicional entre, de um lado, os direitos negativos, que seriam alheios a custos comunitários e, de outro lado, os direitos positivos, que desencadeariam sobretudo custos comunitários. (...) Mas, se todos os direitos têm custos financeiros públicos, cabe então perguntar pela razão ou pelas razões de tão duradoura ficção»<sup>97</sup>.

Tal «ficção» ou «invenção» poderá justificar-se pelo facto de os direitos sociais implicarem o desembolso de dinheiros públicos directos e objectivos, «visíveis a olho nu», tendo expressividade imediata na esfera jurídico-patrimonial do respectivo titular do concreto direito social. Pelo contrário, os denominados direitos de liberdade implicam a realização de *custos gerais e indirectos*, dificilmente visíveis ou palpáveis pelo cidadão-contribuinte.

Com efeito, estes direitos concretizam-se em despesas do Estado com a respectiva protecção e prestação de serviços públicos, os quais se encontram vinculados à *produção de bens públicos em sentido estrito*<sup>98</sup>.

O Estado Português encontra-se vinculado não somente à sua própria Lei Fundamental (CRP), mas igualmente e com idêntica força jurídica, a preceitos jurídicos de origem internacional. Enalteçemos, em especial, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1950, fruto do Pós-Segunda Guerra Mundial (1939-1945), assim como, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000.

Nestes termos, qualquer Estado subscritor que haja ratificado estes documentos internacionais de protecção dos direitos humanos, nos quais o direito à saúde que - já sobejamente mencionado, é essencial a outro direito humano charneira, o direito à vida -

---

<sup>95</sup> Neste sentido, vide STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN, *The cost of Rights. Why liberty depends on Taxes*, Norton & Company, 1999, pp. 35 e seguintes.

<sup>96</sup> Neste sentido, vide CASALTA NABAIS, “Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 51 e seguintes.

<sup>97</sup> Assim, CASALTA NABAIS, “Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 52 e 53.

<sup>98</sup> Assim, CASALTA NABAIS, “Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 53.

negue, vede, dificulte, condicione ou restrinja, seja através de medidas políticas, legislativas, administrativas, regulamentares ou materiais, estará a violar os preceitos constitucionais e internacionais correspondentes, merecendo ser objecto de uma acção por incumprimento, acção de responsabilidade civil extracontratual, no âmbito europeu<sup>99</sup> accionado pela Comissão Europeia, pelo próprio tribunal de Justiça da União Europeia, por outro Estado membro ou ainda por qualquer cidadão nacional ou estrangeiro que tenha sido lesado no seu direito à saúde em estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde em solo português, com o respectivo sancionamento e punição, interna e/ou internacionalmente.

Os exactos termos, trâmites e procedimentos de responsabilização de um Estado infractor pelo desrespeito do direito de acesso à saúde, não é matéria que será desenvolvida neste estudo.

Em conclusão, é interessante constatar que, da perspectiva jurídica e social constante naqueles documentos internacionais sobre a protecção dos direitos humanos, na Constituição da República Portuguesa, assim como, na doutrina minoritária preconizada por Autores como JORGE REIS NOVAIS e CASALTA NABAIS, é afastada a dicotomia «falaciosa» entre direitos sociais e direitos de liberdade. Por conseguinte, sob pena de punição interna e internacional, nunca poderá o Estado sob o pretexto de não possuir capacidade económico-financeira, deixar de acatar a Constituição, sobretudo quando tal resulte na violação grave e manifesta de direitos humanos.

Nunca poderá o Estado, com base numa artificiosa construção doutrinal, deixar de cumprir e de concretizar os direitos sociais, enquanto simultaneamente direitos fundamentais e direitos humanos, porquanto são merecedores de idêntica tutela jurídica reconhecida aos direitos de liberdade, tanto pelo Direito Internacional, como pela Lei Fundamental.

Nunca poderá o Estado deixar de cumprir e zelar pelo integral respeito do imperativo constitucional inscrito no preceito do artigo 64º, por tal configurar uma violação manifesta e intolerável dos próprios direitos fundamentais e da própria Constituição, como um todo. Pelo contrário, o Estado terá de se assumir como o verdadeiro guardião da missão social traduzida na garantia de acesso à saúde, em condições de qualidade, segundo os princípios de universalidade, igualdade e equidade (ou tendencial gratuitidade), sob pena de inconstitucionalidade, por acção ou por omissão, da concreta medida estadual adoptada.

Apenas por intermédio da eliminação da distinção entre direitos positivos, por um lado e, direitos negativos, por outro lado, o Estado Português merece granjear a qualificação e

---

<sup>99</sup> Portugal e Espanha aderiram à CEE (Comunidade Económica Europeia) em 1986.

tratamento jurídico-diplomático de Estado de Direito democrático, de índole social ou, se se preferir, «Estado Social de Direito Democrático».

LUIS M. MACHO conclui que «(...) al plano de la eficacia de los «derechos» o principios rectores que son mandatos a los poderes públicos autonómicos y, en especial, al legislador (...)», sendo que o Tribunal Constitucional espanhol adopta uma posição eclética dentro dos textos constitucionais de outros países (Alemanha, Itália e Portugal), inclusive relativamente àqueles que proclamam um leque de direitos socioeconómicos completo, sistemático e com vocação de aplicação imediata<sup>100</sup>. Ora, esclarece este Autor que a Constituição Espanhola reconhece com uma enorme amplitude estes direitos (sociais), pese embora, a vasta maioria deles consistam em prestações materiais ou positivas dos poderes públicos, o que significa que a sua exigibilidade imediata perante os Tribunais, se encontra de certo modo condicionada, à semelhança do que sucede em Portugal.

Mas, como salienta LUIS M. MACHO, «(...) hoy se acepta generalmente que ello no priva de toda efectividad jurídica a esos preceptos ni los convierte en meras normas programáticas, pues en todo caso, han de ser utilizados por el Tribunal Constitucional a la hora de decir sobre la constitucionalidad de las leyes y normas (...)»<sup>101</sup>. E este facto tem levado a doutrina a qualificar os direitos sócio-económicos como «direitos sociais condicionados», porquanto a sua eficácia plena fica comprometida (e ferida) em função da existência prévia de estruturas organizativas vocacionadas a garantir as prestações que configuram o seu conteúdo material, de onde se destacam os serviços públicos de carácter social e assistencial.

Acresce, por outra banda, que os direitos sócio-económicos de «prestação» encontram-se balizados diante de um segundo condicionamento, desta feita de índole económica. Com efeito, estes direitos fundamentais (ninguém lhes nega esta natureza) sociais consistem em direitos, cuja (plena) satisfação exige necessariamente apoio e sustento económico-financeiro, cuja concretização implica a existência de estruturas onde os respectivos serviços sociais são prestados, fornecidos e distribuídos pela população.

Assim, perante um contexto de grave crise económico-financeira, como a que os Estados por toda a Europa encontram-se presentemente a passar, em que se impõe um profundo racionamento dos gastos públicos, assistimos à estipulação de um limite ao cabal cumprimento dos deveres públicos de garantia de prestações aos cidadãos («(...) incluso aunque estén recogidos en la propia Constitución»<sup>102</sup>).

---

<sup>100</sup> Assim, LUIS M. MACHO, “La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011, pp.49, 50 e 51.

<sup>101</sup> Neste sentido, vide LUIS M. MACHO, “La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011, pp.50.

<sup>102</sup> Estas informações encontram-se no artigo de LUIS M. MACHO, “La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011, pp.50 e 51.

Todo este circunstancialismo, de escassez de recursos económicos, suscita uma questão determinante da perspectiva dos serviços públicos de carácter social e assistencial e que se prende com os limites da liberdade de configuração do legislador e da Administração, no momento de garantir um determinado patamar de prestações essenciais aos cidadãos, através designadamente da criação de instrumentos de garantia prestacional.

Concluimos no sentido de considerar que os serviços públicos de prestação social, como é o caso de prestação de cuidados de saúde, têm de sofrer uma reconformação na sua gestão, deixando de ser preponderantemente assegurados pela Administração e sendo substituída por outras formas de prestação e de realização dos direitos sócio-económicos de prestação, fazendo sentido a este propósito indagar sobre se «sería posible alterar el actual equilibrio entre el sector público asistencial y el sector privado a favor del segundo»<sup>103</sup>.

Este contexto de profunda crise económico-financeira contribuiu de forma manifesta e incontornável para o surgimento de «*novas tendencias no âmbito do sistema público de serviços sociais*» (expressão de LUIS M. MACHO), graças à liberalização de serviços públicos de relevância económico-empresarial, ao mesmo tempo a que assistimos ao abandono de tarefas de carácter social e assistencial por parte do sector público, as quais foram transferidas para o sector privado<sup>104</sup>, “agora” na veste de parceiro do Estado. Assim é, em virtude de novas formas de a Administração contratar, desde logo, através de parcerias público-privadas e de novos mecanismos de financiamento público. Estes, segundo LUIS M. MACHO, globalmente considerados, «(...) genera un riesgo de mercantilización de las prestaciones que sólo se puede evitar asumiendo que la carga financiera que estas infraestructuras suponen para la Hacienda pública no se atenue aignificativamente, sino que se limite a desplazarse en el tiempo a costa de las geraciones futuras»<sup>105</sup>.

Outro problema que as novas formas de a Administração contratar e de concretizar as suas prestações promocionais e sociais, suscita prende-se com os limites constitucionais relativos à eventual eliminação, desaparecimento ou redução considerável do sector público assistencial num determinado âmbito.

A este dilema vêm associar-se as *inevitáveis* tensões da liberdade/autonomia, de tipo empresarial ou de outra estirpe, entre os agentes privados e a intervenção estadual sobre a actividade desempenhada por estes num contexto de mercado livre, revelando-se um

---

<sup>103</sup> Assim, vide LUIS M. MACHO, “La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011, pp.52, assim como, do mesmo Autor, Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in *Revista de Administración Pública*, nº 175, enero-abril, 2008, pp.157 a 215.

<sup>104</sup> Neste sentido, vide a posição preconizada, com relevância central e decisiva no panorama jurídico e doutrinal, de LUIS M. MACHO, “La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011, pp.52 e 53 e, ainda, do mesmo Autor, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in *Revista de Administración Pública*, nº 175, enero-abril, 2008, pp.157 a 215.

<sup>105</sup> Neste sentido, vide LUIS M. MACHO, “La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011, pp.58.

verdadeiro desafio alcançar a harmonização e coordenação dos privados com o sector público assistencial, sendo assegurado o bem colectivo e a tutela dos interesses dos utentes-beneficiários referente às prestações que têm de ser dotadas de garantia pública estadual.

Deste modo, tal como salienta LUIS M. MACHO, as “novas” formas de contratação pública conduzem, de certo modo, a “novos” problemas e desafios relacionados, desde logo, com a sustentabilidade e sobrevivência do modelo constitucional actual Estado Social, conhecido por «Estado de Bem-Estar Social», o qual se viu forçado a encontrar mecanismos inovadores de satisfação dos direitos sociais, de prestação positiva<sup>106</sup>, junto do sector privado.

---

<sup>106</sup> Assim, *vide* LUIS M. MACHO, “La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011, pp.57 e 58

## SECÇÃO II – A SAÚDE E O ESTADO COMO GARANTE DO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL DE «BEM-ESTAR».

Sumário: 0. Nota prévia; 1. A «Saúde» enquanto direito social especial com assento constitucional: noção juridicamente funcional de «saúde». O seu conteúdo: dimensões, positiva e negativa. A dimensão prestadora do Estado; 1.1. Garantia e Efectividade. Mecanismos garantísticos e de protecção; 2. Exigibilidade perante o Estado de matriz social. O dever estadual concernente aos Direitos Sociais numa tríplice vertente: a) dever de respeito; b) dever de protecção; c) dever de promoção; 2.1. Em particular, os deveres de: d) assegurar a prevenção da doença; e) assegurar a garantia da saúde; f) assegurar a assistência na doença; 3. O *Welfare State* e os Modelos de Saúde; 3.1. Modelo de Bismarck; 3.2. Modelo de Beveridge; 3.3. Sugestão para um Modelo Europeu de Saúde; 4. Conclusão: A Reconformação do estatuto e atribuições do Estado Social na saúde.

### 0. Nota prévia.

Como resultado do contributo das Declarações de Direitos associadas à afirmação do Estado Liberal, assistimos a um incremento dos direitos do Homem ao longo do século XX, sobretudo após a Segunda Grande Guerra e mais precisamente no que concerne aos «direitos sociais». Com efeito, estes direitos passam a ser objecto de reconhecimento e de protecção reforçada, graças ao advento do Estado Social de Providência ou, numa perspectiva mais forte, Estado Assistencial, caracterizado por uma matriz socializante que tinha em consideração os direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos, encarados como condições essenciais a qualquer cidadão, enquanto ser humano.

Retomando o que foi referido na Secção anterior deste estudo, particularmente no que respeita aos «direitos sociais», ainda hoje, não é pacífico o entendimento que a doutrina perfilha sobre a sua natureza jurídica e consequentemente sobre qual o grau de efectividade e nível de protecção que lhes deverão ser assegurados.

Na verdade, há quem considere que esses direitos são meras «*garantias institucionais dos direitos políticos*»<sup>107</sup>, pese embora a própria Constituição Portuguesa, os qualifique de

---

<sup>107</sup> Vide in *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.26, citação de SOFIA TOMÉ D'ALTE, a propósito da posição preconizada por MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I, Introdução à Teoria da Constituição*, Livraria Cruz, Braga, 1971, pp.168 e seguintes.

A respeito da natureza jurídica dos direitos sociais, existe uma parte da doutrina que defende que não se tratam de verdadeiros direitos, nem de verdadeiras posições jurídico-subjectivas, mas de meras expectativas criadas nas esferas jurídicas dos cidadãos. Esta posição que negava a qualidade de verdadeiros «direitos» aos «direitos sociais» alicerçava-se na suposta falta de determinabilidade do conteúdo destes. Aliás, a este propósito, importa recordar que, tal como salienta SOFIA D'ALTE, «a qualificação dos direitos sociais enquanto verdadeiros direitos não tem sido pacífica na Doutrina. Muitas foram as vozes que alertaram para o facto de as normas consagradoras de tais direitos não serem verdadeiras normas jurídicas, apresentando sobretudo um carácter filosófico-político. Assim, para a Doutrina, os direitos sociais não seriam direitos fundamentais *stricto sensu*, porquanto estariam apenas sustentados em normas de carácter meramente programático, motivo pelo qual assumiriam a natureza de garantias institucionais dos direitos políticos».

Outro argumento aduzido por quem considera que os «direitos sociais» consubstanciam-se em meras garantias institucionais expressão de direitos políticos é o facto de os «direitos sociais» carecerem de um acto positivo por parte do

«direitos fundamentais», a par dos «direitos, liberdades e garantias», os quais são considerados como *direitos fundamentais de primeiro grau*.

No que respeita ao catálogo dos *direitos fundamentais de segunda linha ou grau*, ou seja, dos «direitos sociais» em *lato sensu*, a Lei Fundamental procede à sua consagração em três Capítulos do Título III da sua Parte I, entre os artigos 58º e 79º: entre o artigo 58º e o artigo 62º dedica a sua atenção aos «*direitos económicos*», do artigo 63º ao artigo 72º consagra o regime jurídico dos «*direitos sociais*» em *stricto sensu* (neste estudo, iremos dar relevância apenas ao artigo 64º, sob a epígrafe «saúde») e, por último, do artigo 73º ao artigo 79º debruça-se sobre os «*direitos culturais*».

Dentro do vasto leque de direitos plasmados na Constituição, pese embora a qualificação concedida a todos eles, na condição de «fundamentais» ou «constitucionais», aqueles que mereceram do legislador maior preocupação foram os «direitos sociais», revelada pela extensão de preceitos com eles relacionados. E, nestes termos, os direitos sociais, com especial destaque para o «direito à saúde», merecem ser objecto do regime jurídico de tutela geral aplicável a todos os direitos fundamentais, com base nos princípios da universalidade e da igualdade<sup>108</sup>.

Tal significa que a *todos* os cidadãos, em condições de igualdade material (paridade) entre si, deverá ser assegurado igual acesso e idêntico grau de benefício na satisfação desses direitos.

Como sabemos, para além do regime jurídico típico, os direitos fundamentais que possuam uma *natureza análoga* aos direitos fundamentais de primeiro grau beneficiam da protecção reconhecida pela «cláusula geral aberta ou atípica» prevista no artigo 16º, nº1 da Constituição<sup>109</sup>, colocando-se a questão de saber se os «direitos sociais» se enquadram na

---

legislador no sentido da sua concretização, ou seja, a «*interpositio legislatoris*» através da qual é determinado o conteúdo concreto ou concretizável dos «direitos sociais». Por outro lado, factor considerado determinante para o afastamento destes direitos quanto à qualificação de «direitos fundamentais» é a sua indissociabilidade da conjuntura sócio-económica, ou seja, a (notória) dependência dos direitos sociais face à concreta realidade económico-social e política num dado momento histórico como que «minimiza» a potencialidade dos «direitos sociais» em se afirmarem pelo que há autores que lhes negam esse estatuto. Acresce que a questão relativa à «justiciabilidade» também consiste num argumento utilizado por parte da Doutrina que recusa o entendimento segundo o qual os direitos sociais seriam verdadeiros direitos fundamentais, pelo facto de estes não conferirem aos seus titulares a faculdade de exigir dos órgãos jurisdicionais a condenação à prestação ou efectivação dos mesmos.

Contudo, consideramos que esta eventual «lacuna» na efectividade dos direitos sociais é colmatada pela protecção conferida pelo regime de «inconstitucionalidade por omissão» nos termos do artigo 283º, da Constituição, a par da exigência que se impõe ao Estado no sentido de não «regredir» na realização dada aos direitos sociais. E, deste modo, mediante estas duas linhas de protecção jurídica, os direitos sociais ficam em «paridade» em relação aos outros «verdadeiros» direitos fundamentais e direitos subjectivos propriamente ditos. Vide, a este respeito, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 314 e seguintes; pp. 343. Ainda, a propósito desta temática concernente aos direitos sociais, SOFIA D'ALTE traz à colação as posições de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, VIEIRA DE ANDRADE e MARCELO REBELO DE SOUSA. Vide a obra de SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.29 e 30.

<sup>108</sup> Neste sentido, cfr. J.J.GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 1993, pp.551 e seguintes e ainda, do mesmo Autor, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pp.403 e seguintes.

<sup>109</sup> O preceito insito no artigo 16º, sob a epígrafe «Âmbito e Sentido dos direitos fundamentais», tem a seguinte previsão: nº1 - «Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das

categoria desses direitos que merecem ver-lhes estendido o regime da cláusula aberta ou de atipicidade.

Da nossa perspectiva, a resposta é afirmativa, considerando-se que os direitos sociais deverão gozar do regime específico de direitos, liberdades e garantias, mas também do regime concedido pela «cláusula aberta ou de atipicidade» inserida no artigo 16º, nº1 da Constituição. Preconizando este entendimento vai JORGE MIRANDA: « (...) se verificarem os pressupostos – económicos, financeiros, institucionais – da efectivação, tais normas podem ser entendidas como tendo aplicação imediata (...)»<sup>110</sup>.

Como SOFIA TOMÉ D'ALTE realça «(...) os direitos sociais são, num Estado de Direito Democrático, mas também Social, *fins teleológicos do próprio Estado*. É através da sua implementação que este cumpre as tarefas que constitucionalmente lhe foram confiadas de forma obrigatória e até prioritária».

Esta Autora fundamenta a admissibilidade dos direitos sociais na cláusula aberta presente no artigo 16º, nº1, porquanto a sociedade e a realidade sócio-económica evolui de modo muito intenso, sendo difícil ao legislador acompanhar e, muito menos, antecipar as modificações no tecido fértil dos direitos sociais. E, deste modo, mecanismos flexíveis de adaptação da realidade jurídico-constitucional e infra-constitucional desempenham um papel imprescindível, sendo consideradas como autênticas «*janelas do sistema*» com a função de permitir a sua «adequada aplicação ao devir das realidades sociais»<sup>111</sup>.

O presente estudo vai centrar-se na noção de que os «direitos sociais», no qual o direito à saúde é paradigma, são verdadeiros direitos fundamentais dignos de tutela jurídico-constitucional assegurada pelo seu respectivo regime específico e pelo regime jurídico que brota da cláusula aberta do citado artigo 16º, nº1. Para além disso, consideramos que a natureza jurídica de direito social traduz-se num direito subjectivo, a ser tido em consideração numa dupla vertente: numa vertente, enquanto direito subjectivo de *primeiro grau* e, numa outra vertente, enquanto direito subjectivo de *segundo grau* traduzido na exigência de cumprimento de imposições constitucionais concretizadas por imposições legiferantes.

Portanto, os direitos sociais podem ser encarados sob uma perspectiva, de direitos subjectivos enquanto direitos pertencentes ao seu titular a uma determinada prestação

---

regras aplicáveis de Direito Internacional»; nº 2 - «Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem». E, ainda, o artigo 17º, relativo ao «Regime de direitos, liberdades e garantias» estabelece o alargamento de aplicação deste regime jurídico, próprio dos direitos fundamentais de primeiro grau, «aos direitos enunciados no Título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga».

<sup>110</sup>Cfr., neste sentido, JORGE MIRANDA, *A Abertura Constitucional a Novos Direitos Fundamentais, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor MANUEL GOMES DA SILVA*, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra, 2001, pp. 559 e seguintes. Vide igualmente, a este propósito, ISABEL MOREIRA, *Por uma Leitura Fechada e Integrada da Cláusula Aberta aos Direitos Fundamentais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor INOCÊNCIO GALVÃO TELLES*, vol.V, Coimbra, 2003, pp. 113 e seguintes.

<sup>111</sup> (itálico nosso) Vide SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.29.



estadual, consistindo, deste modo, numa posição jurídica de vantagem reconhecida pelo seu titular perante o Estado. Este, na sua veste de «Estado Social», em obediência ao disposto no artigo 2º, constante da Constituição da República Portuguesa encontra-se adstrito à obrigação de promover e de concretizar uma democracia de bem-estar económico e social.

Assim sendo, por força dos direitos sociais, sobre o Estado recai o dever de «faccere», pautado pela adopção de uma conduta activa e dinâmica conducente ao Bem-Estar Social.

Por virtude desta imposição constitucional, o Estado tem o dever de actuar, de agir, de prestar<sup>112</sup>, tendo merecido a designação de «Estado de Prestação», «Estado-Prestador» ou «Estado Fornecedor» e no sector da saúde, o Estado assumia as funções de prestador, fornecedor do serviço público de saúde e financiador do mesmo.

Todavia, actualmente, como veremos adiante, o Estado de Prestação deu lugar a um Estado de Regulação, mantendo o seu forte pendor social.

### **1. A «Saúde» enquanto «direito social com assento constitucional». O seu conteúdo: dimensões, positiva e negativa. A dimensão prestadora do Estado Social.**

O direito à protecção da saúde plasmado no preceito constitucional do artigo 64º da Constituição, à semelhança da generalidade dos restantes direitos sociais em cuja categoria genérica se integra, encerra em si mesmo, duas dimensões<sup>113</sup>: uma «dimensão positiva»,<sup>114</sup> na medida em que impõe comportamentos positivos por parte do Estado, ou seja, exige a prática de actividades e a concretização das prestações necessárias à salvaguarda de saúde e ao tratamento de doenças e uma «dimensão negativa», visto que exige a abstenção ou comportamentos negativos por parte do Estado, que se revelem imprescindíveis à garantia da

---

<sup>112</sup> Os direitos sociais na condição de «direitos subjectivos propriamente ditos» implicam uma tripla alteração jurídica: 1º. Criam uma situação jurídica de vantagem concedida pela ordem jurídico-constitucional ao seu titular; 2º. Essa posição positiva ou de vantagem é concretizável através do direito de exigir determinadas prestações estaduais e igualmente mediante a obrigatoriedade em adoptar certas medidas legislativas que visem a implementação e materialização das respectivas normas constitucionais que consagram esses direitos sociais; 3º. São posições de vantagem que originam para o Estado o dever positivo, de *faccere*, de actuar, de prestar, de criar as condições propícias e adequadas à satisfação efectiva desses direitos, de adoptar as medidas legislativas necessárias à concretização do catálogo de direitos económicos, sociais e culturais; abreviadamente, «direitos sociais», observando, assim, as imposições constitucionais a que se encontra legalmente vinculado. No que diz respeito às prestações estaduais as quais o respectivo titular tem o direito de exigir, GOMES CANOTILHO refere que é mister proceder a uma distinção entre *direito originário a prestações* e *direito a prestações derivado*. Vide, melhor aprofundado este tema, na obra deste Autor, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pp.541 a 546.

<sup>113</sup> É interessante verificar que a Constituição Brasileira, tal como assinala José Pedro Liberal (fazendo referência a Ingo Sarlet), encara o direito à saúde simultaneamente como direito de defesa (numa vertente em que impede qualquer ingerência do Estado e de terceiros na esfera particular de saúde do respectivo titular) e como direito a prestações materiais, face às quais o titular do direito à saúde apareceria na veste de credor perante o Estado, o qual teria por seu turno de providenciar, ex. atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames que, globalmente considerados, são indispensáveis à efectivação do direito à saúde. Cfr em nota de rodapé nº 402, pp.127 de JOSÉ PEDRO LIBERAL, *Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005. (Dissertação de tese de mestrado sob orientação do Prof. Doutor VIEIRA DE ANDRADE). Vide ainda LUÍS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma Perspectiva Jurídico-Constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007.

<sup>114</sup> Sobre a tutela da saúde, vide LIDIANNA DEGRASSI, *LA Razionalizzazione dello Stato Sociale. Nell'ordinamento dei servizi alla persona e alla comunità*, 5, Università degli Studi di Milano – Bicocca, Facoltà di Economia, Giuffrè Ed., Milano, 2004, pp. 297 e seguintes.

saúde do cidadão. Impõe-se ao Estado e às demais entidades públicas e privadas que se abstenham de praticar qualquer medida lesiva ou susceptível de causar lesão à saúde do cidadão ou à saúde pública.

Particularmente no que se prende com a dimensão negativa do direito à protecção da saúde, MARCELO REBELO DE SOUSA e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO consideram que «tem-se por questionável a natureza de direito análogo a direito, liberdade e garantia do direito à saúde, posto que a alegada *vertente negativa*<sup>115</sup> que se traduziria no direito de exigir uma abstenção de qualquer acto que prejudique a saúde já integra o âmbito de protecção de outros direitos pessoais, em especial os consagrados nos artigos 24º, 25º e 26º; também o dever de cuidar da própria saúde tem o primeiro enquadramento no programa de tutela desses direitos».

O direito à saúde, enquanto direito social, afirma-se perante o Estado como um direito a prestações positivas impostas a este, quer de natureza jurídica, quer de carácter material (traduzidas em bens e serviços) necessários à sua satisfação. Trata-se, portanto, de um direito cuja dimensão encontra-se dependente de uma interposição legislativa, ou seja, de uma intervenção posterior do legislador que o concretize.

O direito à saúde carece de uma acção positiva por parte do poder legislativo<sup>116</sup> que defina as concretas faculdades que integram o direito, assim como, os concretos meios, instrumentos e mecanismos necessários e aptos à sua efectiva satisfação, de modo a viabilizar o respectivo exercício por parte do cidadão-utente.

Em termos de integração na estrutura da Constituição, o direito à saúde insere-se no catálogo de «direitos económicos, sociais e culturais» e não no leque do Título II, constante da Parte I, da Constituição da República Portuguesa relativo a «direitos, liberdades e garantias».

Por conseguinte, para aqueles Autores, o facto de o direito à saúde (direito social típico), não consistir num direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias<sup>117</sup>, valendo por si próprio, implica que o preceito constitucional que o consagra seja

---

<sup>115</sup> (Itálico e negrito, nossos). Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, Lisboa, 2000, pp.173.

<sup>116</sup> Neste sentido, vide, de modo mais desenvolvido, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp.248 a 251 e seguintes. Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pp.1157 e seguintes. Ainda a este respeito, importa a análise da obra de VITAL MOREIRA e J.J. GOMES CANOTILHO, mais precisamente a *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, bem como, a análise aprofundada sobre o artigo 64º constante na anotação à Constituição Portuguesa da autoria de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

<sup>117</sup> Assim, o preceito constitucional relativo à protecção da saúde (artigo 64º) não pode considerar-se abrangido na alínea c), do artigo 167º, da Constituição da República Portuguesa, não integrando a competência legislativa reservada da Assembleia da República. Para maior aprofundamento vide Acórdão 39/84, Boletim do Ministério da Justiça, pp. 346 a 152. Neste sentido, vide igualmente J.J. ALMEIDA LOPES, *Constituição da República Portuguesa*, 6ª rev. Anotada, Almedina, Coimbra, 2005, pp.409 e 410.

directamente aplicável e que o seu conteúdo ou âmbito não «*resulte acabadamente*» da Constituição da República Portuguesa.

A liberdade reconhecida ao legislador não é uma liberdade discricionária, mas condicionada e espartilhada pela axiologia que informa a Constituição, ao ponto de representar um verdadeiro dever. Quer dizer, se é verdade que o legislador ordinário, ao emanar uma determinada “norma secundária” concretizadora dos direitos sociais, possui uma certa margem de manobra denominada de *liberdade constitutiva*, no que respeita às concretas medidas normativas a adoptar, ao “quando” e “ritmo da legislação”<sup>118</sup>, não é menos correcto afirmar que ele está a *exercitar não um direito, mas a praticar uma incumbência*, podendo cair nas malhas da inconstitucionalidade quando a Constituição der indicações sobre o rumo a seguir e as soluções que deverão ser adoptadas, e o legislador não as acolher.

Em especial no que se refere à sua *dimensão positiva*, apraz-nos tecer algumas considerações.

O direito à saúde consiste num direito expressamente plasmado na Constituição e, enquanto tal pode emergir, tanto num plano subjectivo, como num plano objectivo-programático ou jurídico-objectivo. Nestes termos, este direito consubstancia-se como um direito subjectivo público na medida em que «todos têm direito à protecção da saúde» (nº1, artigo 64º) e, assim sendo, dotado de idêntica dignidade constitucional e densidade subjectiva àquela que os direitos, liberdades e garantias possuem.

Este direito assume ainda a veste objectivo-programática que resulta de uma imposição ao legislador de actuações positivas conducentes à criação das condições materiais e institucionais para o seu exercício, mediante a criação de um Serviço Nacional de Saúde, universal, geral e tendencialmente gratuito (nº2, alínea a), artigo 64º) e graças ao fornecimento de prestações aos cidadãos destinadas à densificação da dimensão subjectiva e concretizar a imposição constitucional.

Estamos, neste aspecto, a referir-nos à garantia de igual acesso aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação, assim como, ainda à garantia de uma cobertura racional e eficiente de todo o país, em serviços de saúde e recursos humanos (artigo 64º, nº3, alíneas a) e b)).

É interessante verificar que a Constituição, contrariamente ao que sucedeu com os restantes direitos sociais a prestações, no direito à saúde foi mais longe, não se tendo bastado com mera consagração genérica deste direito. O legislador constitucional revelou mais

---

<sup>118</sup> Vide, a este respeito, J.J. ALMEIDA LOPES, *Constituição da República Portuguesa*, 6ª rev. Anotada, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 410.

ambição, tendo condicionado e obrigado o Estado a criar um serviço próprio, dotado de uma estrutura própria, essenciais à concretização do direito à saúde (alínea a), nº2, artigo 64º)<sup>119</sup>.

Este facto revela-nos que a Constituição optou por impor ao legislador ordinário a efectivação do direito à saúde, limitando a discricionariedade legislativa quanto ao se da actuação, o que significa que ao legislador não é dada a escolha entre «fazer ou não fazer», desde logo porque as matérias estão prévia e expressamente definidas a um nível supralegal, constitucional.

No que respeita ao “quê” e ao “como” da actuação, o legislador ordinário encontra-se igualmente condicionado, porquanto a Constituição estabelece a forma ou a tarefa que deve ser desempenhada para a maior efectividade e optimização do direito à saúde.

Assim, na senda de JOSÉ PEDRO LIBERAL, é curial considerar o Serviço Nacional de Saúde como sendo uma *imposição legiferante* constitucional à qual o *legislador ordinário encontra-se vinculado, de forma permanente e concreta*<sup>120</sup>.

Citando este Autor, «não restam assim dúvidas, que a norma que determina a criação de um Serviço Nacional de Saúde, o artigo 64º, nº2, alínea a), da CRP, ao impor ao legislador a criação de uma estrutura organizatória *a se* (complexo de serviços, articulado e integrado), (...) assume a natureza de uma verdadeira e própria imposição constitucional».

### 1.1. Garantia e Efectividade: Mecanismos Garantísticos e de Protecção.

A grande questão que se coloca sobre a efectividade dos direitos sociais prende-se essencialmente com a eventual «*justiciabilidade*» dos mesmos, ou seja, com a possibilidade que o respectivo titular possui em recorrer aos órgãos jurisdicionais com a finalidade de assegurar a efectiva satisfação dos seus direitos sociais, contra, se necessário for, a sociedade civil (entidades privadas prestadoras) e contra o próprio Estado. Aliás, sobre estes recai uma *obrigação passiva universal* que se traduz na necessidade de respeitar os direitos sociais de um determinado titular, abstendo-se da prática de quaisquer actos seja de que natureza for, que se revelem susceptíveis de interferir ou impedir a plena satisfação desses direitos.

Neste sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 39/84, a propósito dos direitos sociais, impõe ao Estado, quer uma obrigação positiva, quer uma imposição negativa: «(...) a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas

<sup>119</sup> Podemos ver mais desenvolvidamente, no texto do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 39/84, de 11/04.

<sup>120</sup> Neste sentido, vide JOSÉ PEDRO LIBERAL, *Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005 (Dissertação de tese de mestrado sob orientação do Prof. Doutor J.C. VIEIRA DE ANDRADE), pp.132 e 133. Importa, neste contexto, proceder à análise do Acórdão do Tribunal Constitucional nº39/84 de 11/04.

constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (...) apenas numa *obrigação positiva*, para se transformar, ou passar também a ser uma *obrigação negativa*. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, *passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social*»<sup>121</sup>.

Nestes termos, verificamos uma relação clara entre a «*justiciabilidade*» dos direitos sociais e o *princípio da proibição do retrocesso social*<sup>122</sup> que impende sobre o Estado, na medida em que o titular activo destes direitos possui o direito de *recorrer aos «tribunais a fim de reclamar a manutenção do nível de realização e de radicação subjectiva já adquirida pelos direitos fundamentais»*<sup>123</sup>. De outra banda, no que particularmente ainda respeita à efectividade dos direitos sociais, importa determinar ao certo, até que ponto o legislador se encontra vinculado à observância dos preceitos de teor constitucional que consagram os direitos sociais.

Aludindo à posição preconizada por J.J. GOMES CANOTILHO, podemos considerar que a concretização específica dos direitos sociais implica uma metódica constitucional, caracterizada, essencialmente, por três dimensões, ou seja, por uma dimensão subjectiva, dimensão programática e por uma dimensão igualitária.

Da perspectiva concedida pela dimensão programática, entendemos que as normas consagradoras dos direitos sociais não se limitam a «proclamar» aqueles direitos, indo mais longe e sendo mais ambiciosas, ou seja, não são meras normas-fim ou normas-tarefa (comummente conhecidas por «normas programáticas») na medida em que impõem ao legislador infra-constitucional um determinado “rumo”. Este legislador vê a sua liberdade de conformação legislativa ser coarctada e estribada em parâmetros jurídico-políticos, segundo os quais os direitos sociais têm ser assegurados e mantidos no estatuto entretanto reconhecido pela Constituição e pelo Estado<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> Verificar Diário da República, I série, 5/05/1984 e *vide*, igualmente, JORGE MIRANDA, *Jurisprudência Constitucional Escolhida*, vol.I, Edição da Universidade Católica Portuguesa, 2000, pp. 897 a 936. Este Acórdão foi citado também por SOFIA TOMÉ D’ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.34. Quanto à matéria relativa à «*justiciabilidade*» dos direitos sociais, ou seja, da possibilidade da sua invocação directa em sede jurisdicional contra o Estado perante situações passíveis de colocar em risco o “*dado adquirido*” *vide* JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Dissertação de tese de mestrado sob orientação do Prof. Doutor J.C. VIEIRA DE ANDRADE), Coimbra, 2005, pp.139 a 146.

<sup>122</sup> *Vide* AFONSO D’OLIVEIRA MARTINS, *Para uma Teoria dos Adquiridos Constitucionais*, Obra Colectiva, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp.1049 a 1072.

<sup>123</sup> *Vide* SOFIA TOMÉ D’ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.34: Citando J.J. GOMES CANOTILHO, esta Autora refere que «(...) a partir do fenómeno já referido e apelidado pela Doutrina alemã de “*Daseinsvorsorge*”, os direitos sociais ganham efectivamente em justiciabilidade, uma vez que, (...) permitem aos seus titulares o recurso aos tribunais (...)».

<sup>124</sup> Como refere BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, «las garantías institucionales de contenido económico, social o cultural son escasas». Mais adianta que «son numerosas las normas constitucionales de contenido económico, social o cultural que aparecen en la Constitución con la forma de un mandato jurídicamente vinculante, que limita la discrecionalidad del legislador en cuanto al «sí» de su actividad, obligándole a establecer una regulación, pero dejándole una margen variable en su libertad de configuración política en cuanto al «cómo» de su concretización, en función de la mayor o menor precisión en la formulación de

Numa dimensão programática, os «direitos sociais» não granjeiam um mero reconhecimento «platónico» por parte das normas constitucionais. Mais do que isso, estas normas consagradoras implicam o respeito escrupuloso pelos princípios definidores dos fins do Estado, estabelecendo, igualmente, metas e imposições constitucionais concretas em virtude das quais o legislador fica obrigado ao fornecimento de determinadas prestações havidas como necessárias aos direitos económicos, sociais e culturais.

Uma outra vertente da dimensão programática dos preceitos que consagram os «direitos sociais» passa criação e pelo papel desempenhado pelas normas gerais impositivas de certa «política estadual» e da execução de tarefas do Estado, necessária à concretização dos direitos fundamentais<sup>125</sup>.

Com efeito, a Constituição prescreve de modo imperativo ao legislador determinadas imposições constitucionais concretas, estipulando «tarefas ao Estado», encontrando-se aquele, de igual modo, vinculado ao chamado «conteúdo mínimo», o qual não pode ser ignorado na actuação estadual. E, no que concerne especificamente ao *conteúdo mínimo* exigido no direito (social) à saúde, JOSÉ PEDRO LIBERAL<sup>126</sup>, menciona a seguinte ideia: «(...) embora o conteúdo principal do direito à protecção da saúde não se encontre constitucionalmente determinado, existe um *conteúdo mínimo do direito* que pode considerar-se, em regra, *constitucionalmente determinado*, sendo portanto, *judicialmente exigível*».

Por sua vez, VIEIRA DE ANDRADE considera que as restrições aos direitos sociais seriam sempre consideradas ilegítimas, quando se revelassem aptas a colocar em risco esse *conteúdo mínimo* do direito, tal como ele surge configurado no preceito constitucional do artigo 64º (no caso, do direito à saúde), enquanto verdadeira imposição concreta dirigida ao legislador.

Afastamos, portanto, as posições segundo as quais os direitos sociais seriam meras expectativas ou simples pretensões jurídicas desprovidas de efectividade, as quais seriam reconduzíveis à categoria de *garantias institucionais dos direitos políticos*.

Deste modo, consideramos que os direitos sociais são direitos subjectivos *sui generis*, dignos e merecedores de efectividade no seio dos Tribunais, por serem detentores de

---

los presupuestos de hecho». Neste sentido, vide BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Universidade de Vigo, 2002, pp. 210.

<sup>125</sup> Neste sentido, vide J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 1993; vide ainda, do mesmo Autor, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982. Para um estudo profundo sobre esta matéria, do mesmo Autor, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2011. Vide, igualmente, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp.205, 206 e seguintes. No mesmo sentido, JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (Dissertação de tese de mestrado sob orientação do Prof. Doutor J.C. VIEIRA DE ANDRADE), Coimbra, 2005, pp. 128 e seguintes.

<sup>126</sup>(itálico nosso) A respeito da «limitação determinada pelo conteúdo mínimo» vide JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (Dissertação de tese de mestrado sob orientação do Prof. Doutor Vieira de Andrade), Coimbra, 2005, pp. 139 e seguintes.

justiciabilidade e porque consistem num dos traços decisivos e estruturais da matriz social teleológica do Estado Social.

Assim, pese embora, encaremos os direitos sociais como direitos subjectivos de assento constitucional, ou seja, «constitucionalmente proclamados» como direitos fundamentais<sup>127</sup>, a verdade é que na realidade portuguesa, a sua força jurídica é mais ténue que os demais direitos fundamentais de primeiro grau, porquanto estes direitos, são directa e imediatamente invocáveis, designadamente perante os tribunais.

Ao invés, por força da cultura jurídica enraizada em Portugal, os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais de segunda linha, o não são, porquanto continua a não ser conferido ao seu titular o direito de exigir jurisdicionalmente e de forma imediata perante o Estado o cumprimento da obrigação a que se encontra vinculado, inerente à posição de vantagem do titular em exigir determinada prestação positiva.

E esta situação afecta a realização material da própria Constituição, sendo imperativa uma reforma da actuação jurisdicional perante a proclamação dos direitos sociais.

A vantagem concedida pela posição jurídica substantiva do titular do direito à saúde, utente do serviço de saúde, traduz-se no *poder de pretender* que o Estado concretize as pretensões que lhe correspondem por via legislativa, podendo esse titular desencadear o mecanismo jurídico do artigo 283º da Constituição, ou seja, a **«inconstitucionalidade por omissão»**, quando escasseia a previsão legal que acautele o direito à saúde.

Este poder tem um inestimável valor simbólico de força do indivíduo perante o Estado-Legislator, mas enquanto direito subjectivo aparece de certo modo enfraquecido quando comparado com outros direitos subjectivos que habilitam, perante o seu incumprimento, o seu titular a recorrer de modo imediato e directo, à *via judicial* com vista a obter a satisfação ou a ver a justa reparação do seu direito, a reposição da legalidade e a obter o adequado ressarcimento pela violação do seu direito.

O grande desiderato deste mecanismo do artigo 283º é impedir a adopção de uma conduta do Estado minimalista, de recusa sistemática em adoptar medidas legislativas e outras que sejam adequadas e necessárias à evolução nos diversos segmentos sociais, com a justificação de que a sua actuação se cinge e se encontra condicionada à «reserva do possível» e às vicissitudes próprias da realidade económico-social, em mutação.

É *mister* encarar os direitos sociais em geral e o direito à saúde em particular, como directrizes imperativas, a partir das quais se devem estribar as opções políticas do Estado num

---

<sup>127</sup> Neste sentido, vide melhor desenvolvido in SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.36 e, ainda, no mesmo sentido, JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (Dissertação de tese de mestrado sob orientação do Prof. J.C. VIEIRA DE ANDRADE), Coimbra, 2005, pp. 139 e seguintes.



dado momento histórico e, por isso, não se pode admitir que o Estado se demita da concretização daqueles, à laia de uma postura «abstencionista», recorrendo amiúde ao alçapão jurídico-constitucional favorecido pela «reserva do possível».

Há, pois, que impor ao Estado um esforço contínuo, sistemático e temporalmente persistente no que respeita à concretização dos direitos sociais, independentemente de eventuais dificuldades conjunturais ao nível económico, político e jurídico.

Ao Estado não é permitido adoptar a conduta de «*non facere*» nem desencadear pacotes de medidas que conduzam ao retrocesso das conquistas alcançadas na saúde. Pelo contrário, o Estado tem de criar e potenciar as condições necessárias que favoreçam o desenvolvimento sustentado da multiplicidade de direitos sociais. É o expectável perante um Estado que se afirma «Estado Social», mas que paulatinamente se vai demitindo das suas tarefas tradicionais, relegando-as para outras esferas de actuação, fora do domínio público.

É o que sucede com o sector da saúde, em que o Estado vai, voluntariamente, esvaziando-se das suas competências, atribuições e missão socializante transferindo-as para entidades privadas direccionadas pelo lucro<sup>128</sup>.

## **2. Exigibilidade perante o Estado de matriz social. O dever do Estado concernente aos Direitos Sociais numa tríplice vertente: a) dever de respeito, b) dever de protecção, c) dever de promoção.**

Consideramos que a um Estado que se auto-qualifica de «Estado Social» não é aceitável uma conduta prestacional ou promocional circunscrita à protecção de um *mínimo social* ou *mínimo vital*, por considerarmos que tal conduta é susceptível de, no limite, tornar claudicante os direitos constitucionais de âmbito social.

Preconizamos, neste âmbito, o entendimento segundo o qual não é suficiente a postura estadual minimalista caracterizada pela adopção de meras obrigações objectivas, de encargos ou tarefas de legislação, sobretudo em direitos sociais tão sensíveis como o direito à saúde, cuja garantia revela-se indispensável ao direito à vida, direito humano por excelência.

Torna-se, cada vez mais, primordial a tomada de medidas materiais e promocionais efectivas, estáveis, constantes e evolutivas que possuam a vocação de perdurar em todos os momentos político-legislativos e que se assumam como a prioridade assumida pelos vários Governos independentemente da sua ideologia partidária. No fundo, defendemos o acolhimento de uma cultura civilizacional que encare os direitos sociais como um fim em si

---

<sup>128</sup> Sobre os serviços sociais enquanto actividades económicas, vide LUIS M. MACHO, “La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011, pp.33 e seguintes, *maxime* pp. 40 a 46.



mesmos, enquanto dimensão indissociável do ser humano e, consequentemente, o Estado assuma os adequados deveres concretizadores.

Vamos, por ora, enunciar algumas das principais incumbências ou deveres que oneram o «Estado Prestador».

No que se prende com o dever de *respeito* dos direitos com assento constitucional, ou seja, clássicos direitos de liberdade e direitos sociais, sobre o Estado recai o dever de não interferência ou de não ingerência (abstenção) nas esferas privadas de autonomia, liberdade e de bem-estar dos particulares, as quais são asseguradas pelos direitos fundamentais.

Mas, não se pense que o dever de respeito reconduz-se a uma mera omissão ou conduta passiva estadual. Pelo contrário, exige-se do Estado uma actuação positiva, promotora, de incentivo e por vezes de remoção do obstáculo ao exercício dos direitos sociais, ao mesmo tempo que do lado do particular se gera uma panóplia vasta de direitos positivos e de direitos negativos conducentes à efectividade de respeito pelos direitos fundamentais imposta constitucionalmente.

Mais concretamente, no que concerne aos direitos sociais, um Estado de Bem-Estar Social, assume a *obrigação negativa* primária de respeito pelo acesso individual aos bens e serviços públicos essenciais (v.g. saúde), não interferindo com esse acesso, de modo a dificultá-lo e no limite impossibilitá-lo.

Ao Estado é vedada a possibilidade de afectar os direitos negativamente, de se abster de intervir, não fornecendo reais possibilidades de acesso por parte particular ao serviço público, de *per si* ou inserido em instituições e associações de solidariedade social.

De igual modo, impende sobre o Estado a *obrigação positiva* de providenciar pela expedita remoção de impedimentos jurídicos que impeçam a efectividade do acesso aos direitos sociais pelo particular.

Por outro lado, como forma de garantir a própria manutenção e sobrevivência dos direitos sociais, a estes deverá ser reconhecida a adequada *protecção* por parte do Estado relativamente a todos os direitos fundamentais e não somente aos direitos de liberdade. Neste aspecto, não existe lugar a diferenciações no tratamento jurídico dos direitos fundamentais, em função do seu «catálogo» ou consoante a sua inserção em categorias de «primeiro grau» ou de «segunda geração».

A propósito do nível de protecção conferido pelo Estado aos direitos sociais revela-se pertinente a seguinte consideração de JORGE REIS NOVAIS: «todos eles, e precisamente porque o são, sejam de liberdade ou sociais, individuais ou colectivos, de defesa ou de prestação, o Estado está obrigado a proteger, desde logo, porque, assumindo o monopólio do

uso da força coerciva legítima, fica obrigado à protecção geral da vida, segurança, bem-estar, liberdade e propriedade dos particulares»<sup>129</sup>.

Tanto é assim que ao Estado compete o dever de assegurar a protecção da vida, da liberdade, da integridade física dos particulares, mas também o dever de garantir a protecção designadamente da saúde e da habitação dos indivíduos<sup>130</sup>, com igual intensidade e empenho.

O espectro de protecção reconhecido pelo Estado a todos os direitos fundamentais é simultaneamente preventivo e repressivo,<sup>131</sup> abrangendo uma multiplicidade de situações, desde a protecção face a ameaças e a agressões perpetradas por outro particular e sobretudo por parte de entidades, organismos e instituições do Estado dependentes e gravitacionais<sup>132</sup>.

Por vezes, o Estado Social, numa veste mais paternalista e quicá condescendente face ao particular, desencadeia medidas de protecção dos direitos do indivíduo em relação a si próprio.

O Estado Social levado a um extremo do ponto de vista social assume até o dever de protecção do cidadão *contra si mesmo*, sendo discutível a bondade desta conduta por poder, em determinadas circunstâncias, coarctar a própria liberdade de decisão e de conformação do indivíduo sobre as opções que este toma livre e conscientemente na sua vida.

Ora, estes deveres de protecção são geralmente realizados por intermédio de actuações positivas, normativas (v.g. criação de novas leis, inclusão de novos pressupostos normativos de institutos e de garantias de protecção) ou fácticas (v.g. custos económico-financeiros avultados com a saúde) orientadas pelos Estados vocacionados à protecção efectiva dos bens constitucionalmente reconhecidos ou «jusfundamentais».

De uma perspectiva sociológico-política importa salientar um aspecto que se prende com o anseio crescente por um crescente Bem-Estar, por parte do cidadão. Este, após ter alcançado um determinado grau de reconhecimento, de protecção e de prestação dos seus direitos, aumenta o seu nível de expectativas sociais ou «necessidades colectivas e individuais».

<sup>129</sup> Neste sentido, vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.259.

<sup>130</sup> Sobre a tutela da saúde, vide LIDIANNA DEGRASSI, *LA Razionalizzazione dello Stato Sociale. Nell'ordinamento dei servizi alla persona e alla comunità*, 5, Università degli Studi di Milano – Bicocca, Facoltà di Economia, Giuffrè Ed., Milano, 2004, pp. 297 e seguintes.

<sup>131</sup> Perspectivando sobre as várias técnicas de positivação dos direitos sociais na Constituição, podemos afirmar que existe essencialmente uma dupla visão sobre os mesmos, na medida em que o pano de fundo é uma pré-compreensão política a que se associa uma perspectiva jurídica e de eficácia normativa que se reporta à protecção jurisdicional daquele leque de direitos, que aparecem em normas programáticas. Vide BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Universidade de Vigo, 2002, pp. 201 e 202.

<sup>132</sup> Na sociedade de risco, o dever de protecção dos direitos fundamentais alarga-se a entidades nacionais, mas também internacionais externas ao Estado e até à própria natureza, catástrofes naturais, riscos tecnológicos, para além de actividades de natureza especialmente perigosa (v.g. energia nuclear, tratamento de resíduos tóxicos, etc.) de consequências incertas e que sejam susceptíveis de ameaçar e de afectar o acesso do particular a bens e serviços essenciais acautelado no catálogo de direitos sociais. Por outro lado, o dever de protecção é realizado essencialmente tanto por meio de actuações positivas, como de condutas marcadamente abstencionistas ou de «não afectação negativa», com reflexos na perspectiva dos particulares em direitos positivos a protecção e simultaneamente em direitos negativos. Neste sentido, vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.259 e 260.

Esta densificação das incumbências estaduais ao nível da prestação, fornecimento e financiamento contribuiu para a sobrecarga do «Estado Social», em nome da exigência da progressão ou do não retrocesso social.

Neste contexto, tal como observa JORGE REIS NOVAIS, *uma eventual omissão, supressão ou diminuição da protecção ao nível da saúde pública mereceria a possibilidade reactiva de invocação de uma garantia jusfundamental do direito à saúde*. Todavia, importa salientar que a efectividade dos direitos sociais depende essencialmente não apenas da «boa vontade» do Estado, mas de modo decisivo da capacidade económica deste, encontrando-se, por isso, dependentes das disponibilidades financeiras do Estado na dupla vertente, positiva e negativa. Basta pensar na situação em que o Estado poderá ver-se obrigado, num dado momento, não só a melhorar as prestações por carência económica, mas a proceder à redução das prestações sociais colocadas à disposição do cidadão<sup>133</sup>.

Uma terceira vertente sobre o dever estatal relativo aos direitos sociais prende-se com a respectiva «promoção», que é vertente-apanágio ou por excelência do Estado Social de Direito. Já não se trata de um Estado somente preocupado com os clássicos deveres estaduais de respeito e de protecção dos direitos sociais, mas mais que isso, é um Estado que se apresenta vocacionado à prestação e promoção desses direitos junto do beneficiário.

Desempenha, nestes termos, não um papel neutral de mediador de vontades e de autonomias individuais, mas sim um papel de protagonista enquanto principal prestador e fornecedor de bens e serviços essenciais.

Aliás, este aspecto consiste no «movimento dúplice de socialização do Estado e de estadualização da sociedade que (...) caracteriza a ideia de Estado Social -, um Estado preocupado com as desigualdades de facto que distorciam e anulavam as condições do livre desenvolvimento das autonomias individuais, empenhado activamente na prossecução de uma liberdade e de igualdade reais»<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> (itálico nosso).No que se refere à problemática relativa à capacidade económica do Estado e do seu dever enquanto ente fornecedor e distribuidor de prestações sociais, JORGE REIS NOVAIS teça a seguinte consideração «(...) com peso significativo nos deveres de protecção e peso determinante nos deveres de promoção, encontramos direitos, tanto positivos como negativos, cuja realização envolve custos financeiros directos e depende, portanto, das disponibilidades financeiras do Estado e das correspondentes decisões políticas de alocação dos recursos disponíveis». Vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.261 e 264.

<sup>134</sup> Neste sentido, vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.261.

**2.1. Em particular, os deveres de: d) assegurar a prevenção da doença; e) assegurar a garantia da saúde; f) assegurar a assistência na doença.**

A tutela da saúde da colectividade (saúde pública) de tipo providencial ou assistencial apresenta-se vocacionada à realização de prestações sociais ao nível de cuidados de saúde de cada cidadão em particular, mas destina-se, de igual modo, à prevenção, promoção e protecção da saúde da população globalmente considerada<sup>135-136</sup>. Apenas deste modo, poderá o Estado debelar riscos de propagação de doenças transmissíveis e crónicas, bem como, assegurar o bem-estar da sua população.

Existem três grandes vectores de actuação do Estado Social em ordem a assegurar a concretização do direito à saúde, conforme constitucionalmente prescrito no artigo 64º, ao nível da prevenção da doença, ao nível da efectividade da saúde e, por último, ao nível da assistência contínua do cidadão que padece de uma doença ou enfermidade, seja física, seja psíquica.

Numa primeira linha de actuação, preventiva ou de pré-doença, ao Estado compete tomar diligências activas<sup>137</sup> no sentido de alertar a população a evitar determinados comportamentos de risco para a sua saúde, como campanhas de prevenção relativas ao vírus da sida (HIV), diabetes, mas também relativamente ao cancro solar ou a «novas doenças» como a obesidade mórbida ou outras doenças oriundas do stresse e modos de vida sedentários típicos do quotidiano actual.

O Estado deverá ainda pugnar por medidas de combate a vícios destrutivos da saúde, como drogas, álcool e tabaco junto de populações juvenis.

Na segunda vertente relativa a «assegurar a efectividade de garantia da saúde», o Estado tem o dever de adoptar todas as providências e diligências que a ciência e a tecnologia ao nível da farmacologia e dos tratamentos médico-cirúrgicos (análises clínicas e exames médicos recentes, novas terapêuticas, operações e cirurgias inovadoras, etc.) colocam ao seu dispor e que existem no mercado, proporcionando ao cidadão o melhor acesso possível, em termos de qualidade, volume (em termos quantitativos, como por exemplo, o número de exames médicos ou terapêuticas prescritas) e diversidade, aos cuidados de saúde.

---

<sup>135</sup> Sobre a tutela da saúde, vide LIDIANNA DEGRASSI, *LA Razionalizzazione dello Stato Sociale. Nell'ordinamento dei servizi alla persona e alla comunità*, 5, Università degli Studi di Milano – Bicocca, Facoltà di Economia, Giuffrè Ed., Milano, 2004, pp. 297 e seguintes. Da parte da doutrina espanhola, releva-se igualmente pertinente o artigo de JUAN PEMÁN GAVÍN e CÉSAR CIERCO SEIRA, "La sanidad y la Salud Pública", pp. 312 e seguintes.

<sup>136</sup> Sobre os direitos dos utentes e tutela do direito à saúde, vide igualmente, CARLA COSTANZI, *Introduzione all'analisi dei servizi e degli interventi in ambito sociale*, Politiche e servizi sociali, Ed. Franco Angeli, 2006, pp.22 e seguintes, assim como, vide ALESSANDRA ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, 90, Università di Firenze, Facoltà di giurisprudenza, Giuffrè Ed., Milano, 2007, pp.30 e seguintes.

<sup>137</sup> Neste sentido, vide JEAN-MARC LHUILLIER, *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et medico-sociaux*, Presses de l'EHESP, 2009, pp. 65 e seguintes.

Quando falamos em «diversidade» referimo-nos concretamente às diferentes categorias de cuidados de saúde, os quais podem ser primários, diferenciados e continuados.

Primários, são os cuidados de saúde prestados no seio de clínicas, centros de saúde, misericórdias, na circunstância em que a doença implica um tratamento “simples”, sendo a maioria das vezes o primeiro contacto do doente com o sistema de saúde, antes de ser reencaminhado para médicos da especialidade ou hospitais.

Numa terceira vertente, quando o Estado se vê confrontado com o cidadão doente, por vezes, durante longos períodos de tempo, deverá manter as terapêuticas necessárias, durante o tempo que for necessário, até à completa recuperação da saúde do doente.

Nunca deverá o cidadão não plenamente recuperado ser deixado à sua sorte, ainda que já tenha sido objecto de tratamento ou de cirurgia. Pelo contrário, o Estado deverá velar pela sua saúde, pela sua célere e total convalescença, até porque se assim não for, os riscos de retrocesso são maiores, tendo de regressar ao hospital e reiniciar todo o processo de tratamento, o que conduziria a um incremento desnecessário de custos do Estado com a saúde desse paciente.

Os cuidados de saúde diferenciados, são os prestados no âmbito hospitalar, sendo abrangidos as cirurgias, operações, terapêuticas mais evoluídas e complexas, quando comparadas com as que são prestadas em pequenos centros de saúde.

No que respeita, aos cuidados de saúde continuados, podemos dizer que são aqueles dos quais o doente beneficia, durante uma fase mais ou menos duradoura, de acompanhamento e supervisão sobre o seu estado clínico até à sua plena convalescença.

Mas, estas obrigações que impendem sobre o Estado resultam igualmente de legislação internacional<sup>138</sup>, como designadamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Carta Europeia dos Direitos do Doente também conhecida por Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Doentes na Europa, articulados com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a qual exige que a toda a pessoa humana seja reconhecido e assegurado «o direito à saúde pública (e à) assistência médica», em condições de igualdade.

Partindo do princípio de dignidade humana prescrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 1º, nº1 - «Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. (...)»), nasce um feixe de direitos da pessoa humana que aplicamos aos cuidados de saúde que o Estado deverá assegurar.

---

<sup>138</sup> Assim, VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *La Salud como derecho humano*, Instituto de Derechos Humanos, Universidade de Deusto, 2005, pp. 112 e seguintes.

Damos aqui conta do teor do artigo 12º do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais: «nº1 – Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir; nº2 - As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento da criança; b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial; c) A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras; d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença».

Em conformidade com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, mais precisamente, do seu artigo 35.º, sob a epígrafe «Protecção da saúde», exige-se que «Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e acções da União é assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana». Este preceito deverá ser articulado com o nº1, do artigo 24.º, sob a epígrafe «Direitos das crianças», segundo o qual: «As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. (...)», em ligação com o artigo 21.º, relativo à «Não discriminação», pelo qual é estipulado que «nº1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

Em qualquer tratamento, terapêutica ou cirurgia, no decurso da prestação de cuidados de saúde, o Estado deverá igualmente respeitar plenamente o disposto no artigo 3.º da mencionada Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sob a epígrafe «Direito à integridade do ser humano»: «nº1 – todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental; nº2 – no domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: a) o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei; b) a proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a selecção das pessoas; c) a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro; d) a proibição de clonagem reprodutiva de seres humanos», atendendo ao imperativo de que «todas as pessoas têm direito à vida» (artigo 2º - direito à vida), mas em condições de dignidade.

Deste modo, no âmbito da prestação de cuidados de saúde, o Estado não se encontra adstrito somente à sua realização ou materialização. Mais que isso, está vinculado a todos os

valores axiológicos que se relacionam com o ser humano, em nome do princípio fundamental a todo o Direito da «dignidade da pessoa humana», consagrado no artigo 1º, nos termos do qual «a dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida».

Em consonância com a Carta Europeia dos Direitos do Doente, desde logo, no seu artigo 1º, sob epígrafe «direito a medicinas preventivas», «Todo o indivíduo tem direito a um serviço adequado à prevenção da doença». Por outro lado, ao cidadão europeu é reconhecido o direito de acesso à saúde (artigo 2º - «direito ao acesso»): «Todo o indivíduo tem direito ao acesso a serviços de saúde, que a sua saúde necessite. Os serviços de saúde devem garantir igual acesso a todos, sem discriminação baseada nos recursos financeiros, local de residência, tipo de doença ou tempo de acesso aos serviços».

Acresce, que o cidadão tem direito, no âmbito da prestação de cuidados de saúde, à livre escolha de entre o leque de procedimentos terapêuticos apropriados à seu estado clínico, em conformidade com o artigo 5º relativo ao «direito à livre escolha», segundo o qual «Todo o indivíduo tem o direito de escolher livremente entre os diferentes procedimentos de tratamento e seus provedores, baseando-se em informação adequada». Este preceito deve ser articulado com o artigo 12º, sob epígrafe «Direito a Tratamento Personalizado», pelo qual «cada indivíduo tem direito a programas de diagnóstico ou terapêutica feitos, tanto quanto possível, à medida das suas necessidades pessoais».

Estes preceitos, para serem eficientemente concretizados, carecem de ser articulados harmoniosamente com os preceitos dos artigos 3º («Direito à informação») e 8º («Direito ao Cumprimento de Padrões de Qualidade»). Nos termos do primeiro, «todo o indivíduo tem direito ao acesso a toda a informação respeitante ao seu estado de saúde, aos serviços de saúde e como os usar, a tudo a que a pesquisa científica e inovação tecnológica ponham à sua disposição» e, nos termos do segundo, «cada indivíduo tem o direito ao acesso a serviços de saúde de alta qualidade, baseados na especificação e no cumprimento de padrões específicos».

Intrinsecamente relacionado com o direito aos melhores cuidados de saúde prestados em termos de elevados padrões de qualidade, surge o «direito à inovação», previsto no artigo 10º, de acordo com o qual «cada indivíduo tem o direito ao acesso a procedimentos inovadores, incluindo os meios de diagnóstico, de acordo com padrões internacionais e independentemente de ponderações económicas ou financeiras».

Mas, não se esgotam aqui os direitos dos doentes, aos quais é reconhecido o direito à prestação de cuidados de saúde, em tempo célere, com vista à diminuição da sua dor e sofrimento, o mais rápido quanto possível, de acordo com os artigos 7º e 11º («Direito a Evitar Dor e Sofrimento Desnecessários»), os quais prescrevem, respectivamente, o seguinte: «cada

indivíduo tem o direito a receber o tratamento necessário, dentro de um período de tempo rápido e pré-determinado. Este direito aplica-se a cada fase do tratamento» e «cada indivíduo tem o direito a evitar toda a dor e sofrimento possíveis, em cada fase da sua doença».

Durante todo o decurso terapêutico, o doente tem o «direito à segurança», presente no artigo 9º, em conformidade com o qual «cada indivíduo tem o direito de estar livre dos danos causados pelo mau funcionamento dos serviços de saúde, má prática e erros médicos, o direito de ter acesso a serviços de saúde e tratamentos com elevados padrões de segurança» e, em caso de sofrer danos na sua integridade física, psíquica ou de outra ordem, é-lhe, igualmente reconhecido o «direito a reclamar». Com efeito, nos termos do artigo 13º «cada indivíduo tem o direito de reclamar sempre que ele (ela) tenha sofrido algum dano, e o direito a receber uma resposta ou outro procedimento informativo» e, perante a ocorrência de danos resultantes directa ou indirectamente da prestação de cuidados de saúde, ao doente-utente é reconhecido o justo «direito a compensação»<sup>139</sup> contemplado no artigo 14º. Em conformidade com este preceito «cada indivíduo tem o direito de receber compensação suficiente, dentro de um curto e razoável espaço de tempo, sempre que ele/ela tenham sofrido danos físicos, psicológicos ou morais, causados pelo tratamento num serviço de saúde».

Apelando ao teor da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, o Estado não pode furtar-se aquando da prestação de cuidados de saúde ao seu cidadão aos seguintes ditames:

De acordo com o nº1, do artigo1º, «para fins da presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objecto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (***em igualdade de condição***) de ***direitos humanos e liberdades fundamentais*** nos campos político, económico, ***social***, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública».

E, nos termos do nº 4, deste preceito do artigo 1º, «não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objectivo *de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da protecção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de **direitos humanos** e liberdades fundamentais*, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objectivos». Por conseguinte,

---

<sup>139</sup> Sobre mecanismos de controlo e de sanção pela ocorrência de danos em estabelecimentos de saúde *vide* JEAN-MARC LHUILLIER, *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et medico-sociaux*, Presses de l'EHESP, 2009, pp. 91 e seguintes.



auxílios ou subsídios estatais às classes sociais mais desfavorecidas (e não a outras, que dessas ajudas não necessitem) não são havidas como tratamento ilegal ou inconstitucional discriminatório, mas sim uma concretização do princípio de igualdade na sua vertente ou corolário material («tratar o igual como igual e o desigual como desigual»), com vista a que os que tenham rendimentos precários e fracas condições de subsistência tenham o acesso à saúde e aos respectivos cuidados de saúde, que de outro modo, não alcançariam. Esta é uma exigência constitucional prevista no artigo 64º, nº1 («direito de acesso à saúde») articulado com o artigo 13º, sob a epígrafe «igualdade».

Segundo o disposto no artigo 2º, nº2, «Os Estados-partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos *social*, económico, cultural e outros, *medidas especiais e concretas para assegurar*, como convier, o desenvolvimento ou a protecção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, com o objectivo de *garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos humanos* e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objectivos, em razão dos quais foram tomadas». Ora, o direito à saúde é um direito fundamental, pelo que se enquadra no âmbito de aplicação destes preceitos, constantes desta Convenção Internacional, de que o Estado Português é subscritor e parte contratante, tendo de os cumprir e concretizar no âmbito do seu sistema de saúde<sup>140</sup> e o qual em nome do princípio da confiança para com o cidadão não poderá nunca deixar de garantir a efectividade do direito à saúde.

Se o Estado vedar, negar, condicionar, desrespeitar ou violar seja de que forma for, quer seja por omissão, quer seja por acção, o direito de acesso do cidadão-utente à saúde, assim como, ocasionar danos no âmbito da prestação de cuidados de saúde, sempre competirá a este accionar o Estado através do mecanismo de responsabilidade civil, nos termos prescritos na Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprova o regime de responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> No nosso entendimento, vide a este propósito, o teor da obra muito pertinente de JAVIER GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, Civitas, 2002, assim como, de ANTONIO TORRES DEL MORAL, "Realización del estado social y constitución económica", in *El Estado Social y sus exigencias constitucionales* (A.A.V.V., coord. MANUEL BECERRA), 5, Construcción del Estado Social, Tirant lo Blanch, 2010, pp.19 e seguintes.

<sup>141</sup> Cfr. Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro que revoga o Decreto-Lei nº 48051, de 21 de Novembro de 1967. Em termos doutrinários, acerca desta temática, concernente à responsabilização do Estado, vide CARLOS ALBERTO CADILHA, *Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

Da doutrina estrangeira, que nos merece especial destaque, vide RENÉ CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Collection de la Faculté Jean Monnet, Institut d'études de droit public, Université Paris-Sud, 11, Editions La Mémoire du Droit, 2010, pp. 108 e seguintes e ainda PHILIPPE TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Collection Science et Droit Administratifs, Economica, 1989, maxime pp.27 e seguintes.

Concretamente sobre a responsabilização da actuação das entidades que actuam no sector da saúde, vide FRANCISCO VILLAR ROJAS, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, 1996, pp.71 e seguintes, assim como, FRANCISCO JAVIER RAMOS, *La Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexa causal entre lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Aranzadi, 2000, maxime pp.171 e

### 3. O «Welfare State» e os Principais Modelos de Saúde.

O Estado de Providência ou, historicamente conhecido por «Welfare State»<sup>142</sup>, também designado de Estado Social ou de «Bem-Estar Social» consiste numa modalidade de organização estadual, em que o Estado aparece como figura central protagonizando todas as actividades prestadoras e de distribuição de bens e de serviços públicos à comunidade, com vista à promoção do respectivo Bem-Estar. Com efeito, o Estado é o ente público por excelência de prestação, cuja actuação passa pela organização da economia, pela regulamentação de todos os aspectos conformadores da vida do cidadão, designadamente, político, económico, social.

O modelo de Estado que conhecemos por «Welfare State»<sup>143</sup> pode ser balizado, temporalmente, entre 1940 e 1945, sobretudo no período após a Segunda Guerra Mundial, sendo no Reino Unido que se desenvolve com maior expressão e para o qual teve especial relevância o «Relatório de Beveridge», cujo título original é «*Social Insurance and Allied Services*»<sup>144</sup>.

Citando LUIS MENESES DO VALE, «*O direito impõe hoje, em nome da pessoalidade, que se assegure a cada um o mínimo para a sua realização e desenvolvimento. Isso inclui a dotação, na medida do possível, com os meios potenciadores/capacitadores (...) uma saúde quanto possível acompanhada medicamente, uma educação adequada (...). E com isto abrange, igualmente, a protecção contra os infortúnios que o atinjam sem responsabilidade sua – no plano do trabalho, da saúde, etc.*»<sup>145</sup>.

Estes aspectos de actuação estadual traduzem a socialidade do Estado revelada pela consagração de princípios de solidariedade e de socialidade, aos quais acrescem catálogos de

---

seguintes. Aconselha-se, igualmente, a análise do estudo de J. LUIS LÓPEZ-MUÑOZ e ANTONIO VELÁZQUEZ, *La Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, III coloquio hispano-luso de derecho administrativo, Valladolid, 16-18 de octubre, 1997 Marcial Pons, pp.26 e seguintes.

Particularmente sobre a responsabilidade do Estado-Legislador, sublinhamos a relevância da obra de MARIA LÚCIA AMARAL CORREIA, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998 e ainda as obras de RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, 1999 e *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Almedina, Coimbra, 1992.

Da doutrina espanhola, enalteçemos, em particular, FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ LECHUGA, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español. Una visión de conjunto*, Marcial Pons, 1999, pp. 51 e seguintes. Também sobre a responsabilidade da Administração, mas sobretudo de uma perspectiva de relação com o contrato de seguro, vide MARIA MONTORO CHINER MARÍA HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier administrativo, 2002, pp. 45 e seguintes.

<sup>142</sup> Sobre os serviços e prestações sociais a cargo dos poderes públicos, resultantes da perspectiva do Estado enquanto «Welfare State», aconselha-se a análise da obra de FRANCESCO ANTONINO CANCELLA, *Servizi del Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, 21, Facoltà di giurisprudenza, Università di Palermo, Giuffrè Editore, Milano, 2009. Sobre o «Welfare State», vide, com particular atinência, a obra de MARILENA MORINO, GOIRGIO BOBBIO e DONATELLA DI GIOVANNI, *Diritto dei servizio sociali*, Carocci Faber Ed., 2007, pp.28 e seguintes.

<sup>143</sup> Cfr. [http://www.bbc.uk/history/british/modern/field\\_01.shtml](http://www.bbc.uk/history/british/modern/field_01.shtml)

<sup>144</sup> Cfr. [http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/breve\\_new\\_world/welfare](http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/breve_new_world/welfare)

<sup>145</sup> Vide LUIS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Vol.I, Coimbra, 2007, pp.314.

direitos sociais perante os quais o Estado assume, na sua veste de Estado de Direito Social, funções de prestação de bens e de serviços sociais, de redistribuição de riqueza, educação, apoio e saúde, entre outros.

A transição para o Estado Social de Direito<sup>146</sup> conduziu a um decréscimo ou mesmo eliminação do cunho classista que ostentavam os direitos de liberdade e os direitos sociais.

A conversão de um governo representativo clássico para a democracia representativa contribuiu para o reforço ou criação de uma nova componente democrática que tenderá a fazer da liberdade tanto uma liberdade encarada como uma autonomia, como liberdade enquanto participação do cidadão. Efectivamente, os direitos políticos vão sendo alargados paulatinamente até ser consagrado o sufrágio universal, assim como, os direitos económicos, sociais e culturais vêm a interessar à maioria dos cidadãos.

Por outro lado, o modo como são adquiridos alguns dos direitos económicos, sociais e culturais, a partir do exercício da liberdade sindical, da formação dos partidos, da greve e do sufrágio revela que os direitos da liberdade não se resumem a um mero jogo de classes dominantes.

Acerca do modo como o Estado deverá aparecer, sob que veste político-constitucional de forma a arcar com as despesas inerentes à satisfação das necessidades colectivas existem essencialmente três vias possíveis<sup>147</sup>: 1. Estado mínimo, em que todos os custos coenvolvidos na concretização destas prestações tendem a ser integralmente assumidos pelo cidadão-beneficiário ou a entidades privadas; 2. Estado Providência ou Assistencial, que está nas antípodas do primeiro modelo de Estado e que defende o oposto: todas as despesas devem ser assumidas e financiadas pelo Estado, prestador dos serviços e bens associados aos direitos sociais e à sua efectivação.

O Estado chama a si, todas as tarefas, incumbências, competências e todas as contrapartidas associadas inevitavelmente aos «direitos derivados a prestações». Deste modo, o Estado Assistencial surgiria como um «polvo» imiscuído em todos os sectores da sociedade e da economia.

Por último, teríamos um terceiro tipo de Estado: o Estado Social, o qual apresenta como característica determinante a assumpção de satisfação de necessidades básicas ou essenciais para a colectividade, na estrita medida do indispensável e das suas disponibilidades económicas, ao mesmo tempo que relega para o sector privado aquelas outras necessidades colectivas não consideradas, *a priori*, como *conditio sine qua non* para o «Bem-Estar».

---

<sup>146</sup> Neste sentido, vide JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp.31 e seguintes.

<sup>147</sup> Salienta-se a relevância do estudo aprofundado acerca desta matéria realizado por JORGE MIRANDA, in *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp.395 e seguintes.

Actualmente, assistimos a uma deriva ou transmutação deste modelo de Estado: já não é prestador, mas regulador, tendo transferido parte das suas competências para o sector privado que “prestará” em seu lugar.

Neste tipo de configuração do Estado, cujo imperativo social se faz sentir com especial acuidade, existe uma partilha de custos entre o Estado e os cidadãos. O Estado financia as despesas indispensáveis inerentes aos bens e serviços, pautado pelas características de «essencialidade», «universalidade» e «igualdade material». Por seu turno, os cidadão-utentes através do pagamento de impostos (por via indirecta) e de taxas (por via directa) custeiam, na medida da adequação e proporcionalidade, os bens e serviços dos quais eles próprios usufruem e são beneficiários. Os cidadãos assumem ainda a sua quota de despesas e riscos inerentes ao funcionamento do sector da organização do Estado, em que pretendem desenvolver a sua actividade.

Ora, na Constituição Portuguesa de 1976, a opção tomada acerca do modelo de Estado parece clara: o afastamento do Estado mínimo e a rejeição do Estado Assistencial entendido como um Estado Social desmesurado e excessivo nas suas atribuições sociais. É clara a escolha pelo Estado Social, desde logo, pelas incumbências previstas no artigo 9º, ao mesmo tempo, que se encontra prevista a admissibilidade e incentivo à criação e ao papel desempenhado pelos particulares, sob a forma de associações, fundações, instituições e grupos pertencentes à esfera civil.

Na nossa Constituição é patente a transferência ou partilha, total ou parcial, de incumbências estaduais para a esfera dos privados e/ou pelo exercício concorrente ou simultâneo do Estado com entidades privadas com vista à satisfação de necessidades colectivas dos cidadãos, *maxime* no que se refere à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais, abreviadamente, designados de «direitos sociais». O sector da saúde é o exemplo paradigmático deste facto.

A respeito das várias tipologias de sistemas de saúde implementados, podemos enunciar historicamente quatro modelos principais, como o Modelo de Bismarck, o Modelo de Beveridge, o Modelo de Seguro Nacional de Saúde e, por último, o Modelo «Fora-de-Pocket».

No presente trabalho, analisaremos apenas os dois primeiros modelos, em virtude da sua relevância e influência decisivas sobre os modelos adoptados pela generalidade dos países europeus e, por Portugal, em particular.

Na verdade, em Portugal e Espanha, na maior parte da Escandinávia, na Nova Zelândia e em Hong Kong foi adoptada a *matriz beveridgiana* no plano da saúde, feitas as naturais adaptações, sendo Cuba o país em que se verifica a aplicação mais forte do Modelo de Beveridge em que o Estado domina em quase exclusividade o sector da saúde. Por seu turno, o

Modelo de Bismarck preconiza um sistema de prestação de cuidados de saúde assente num sistema de seguro, com o papel preponderante dos «fundos de doença», os quais são simultaneamente financiados pelas entidades empregadoras e pelos respectivos empregados através de «dedução em folha».

Na Alemanha, país de origem deste modelo, existem inúmeros «fundos de doença» diferentes, concorrentes entre si, mas sujeitos a uma rigorosa regulação estadual, designadamente quanto aos preços praticados no mercado de saúde, assemelhando-se neste particular aspecto ao Modelo de Beveridge. Mas, o Modelo de Bismarck também granjeou aceitação junto de países como a Bélgica, França, Holanda, Suíça e em parte da América Latina. Relativamente, aos Estados Unidos da América (EUA)<sup>148</sup>, verificamos que é um país que adopta um sistema de seguro de saúde em cânones em tudo muito semelhantes ao modelo de saúde alemão. Contudo, as seguradoras de saúde naquele país são acima de tudo e inegavelmente um “negócio” vocacionado à maximização do lucro, por vezes, em detrimento dos adequados tratamentos médicos aos seus segurados/beneficiários.

No que concerne ao Modelo de Seguro Nacional de Saúde adoptado pelo Canadá e por alguns países recém-industrializados como Taiwan e Coreia do Sul, caracteriza-se pela conciliação harmoniosa entre a diversidade de elementos próprios de ambos os modelos, quer do Modelo de Beveridge, quer do Modelo de Bismarck.

Com efeito, ao cidadão é concedida a opção de escolha entre o prestador privado de cuidados de saúde e de produtos farmacêuticos que ofereça o melhor preço, pelo melhor serviço ou bem no seio de um mercado de saúde verdadeiramente operante e saudável em termos de concorrência, porquanto o lucro não é o objectivo central (ou pelo menos, o único objectivo) destes *players* privados e porque o Estado desempenha um papel eficaz na regulação dessa actividade.

Este “modelo misto”, que associa as virtualidades dos dois principais modelos de saúde recorre, por um lado, a prestadores privados de cuidados de saúde e, por outro lado, ao financiamento resultante de um programa de seguro gerido pelo Estado assente no pagamento de impostos pelo cidadão contribuinte.

Consiste, pois, em programas de saúde administrativamente simples quando comparados com o sistema implementado nos Estados Unidos da América e verdadeiramente universais

---

<sup>148</sup> Com especial atinência ao que à «saúde» diz respeito, observamos que os EUA é um país diferente de qualquer outro, visto que constitui uma «manta de retalhos» em termos de modelos de saúde e de sistemas de apoio ao doente e beneficiário. Tem tantos sistemas e tão diversos quanto as classes e condições sócio-económicas dos seus cidadãos, existindo verdadeiros «fossos» sociais por haver cidadãos que não têm qualquer meio de aceder ao mais básico dos cuidados de saúde, o que é incompreensível quando pensamos que os EUA são uma potência económica, um dos países mais ricos e industrializados do mundo. Todos os demais países possuem um modelo aplicado uniformemente a todos os cidadãos. Mas, ainda a respeito dos EUA, o Presidente Obama conseguiu aprovar uma nova lei que vai mudar o actual estado de coisas no sector da saúde, de modo a abranger toda a população, independentemente da sua capacidade económica, livres das «malhas» das seguradoras de saúde.

para todos os cidadãos, visto que a lógica subjacente a este modelo de saúde, é que a nenhum cidadão pode ser denegado o mais essencial dos bens: a saúde, não sendo, por isso, ignorada qualquer reivindicação do doente com fundamento em «custos» ou «ser muito dispendioso». Não existe, por exemplo, a lógica considerada «pragmática» que existe actualmente no Reino Unido e nos EUA, em que são rejeitados transplantes a doentes de idades a partir dos 65 anos, com fundamento na curta esperança de vida destes.

Por último, o Modelo «Fora-de-Pocket» comum nos países subdesenvolvidos e não industrializados caracteriza-se pela ausência de qualquer tipo de sistema de assistência médica conferido à generalidade da população, sem meios de subsistência, limitados aos cuidados oferecidos pelo «curandeiro da terra».

Nestes países, existe um claro abismo entre os ricos e os pobres, os primeiros com acesso a cuidados de saúde praticados por um médico e os segundos sem a mínima hipótese de aceder a adequados serviços de saúde, o que contribui, por vezes para doenças endémicas e epidemias em grande escala. E, de facto, é curioso observar que a «saúde» a par da educação ou ensino é o bem ou serviço essencial, cujas condições de acesso (universal ou não, geral ou restrito, gratuito ou não) revelam, sem sombra de dúvida, de que tipo de Sociedade e de Estado, estamos a falar, designadamente Estado Social, Estado Neoliberal ou Estado Mínimo ou outro, sendo um forte indício do grau de evolução social e civilizacional de um dado país.

É, acima de tudo, em virtude da relevância relativa ao *acesso à saúde* que o Estado reconhece ao seu cidadão, independentemente do seu *status* social ou condições económicas, que conseguimos apurar qual a tipologia ou espécie de Estado existente, nesse dado momento histórico, nesse momento jurídico-político-constituente.

### 3.1. O Modelo de Bismarck.

Muitos autores consideram que as políticas de protecção social surgiram na Alemanha em finais do século XIX (1883-1889), como forma de responder à crescente sensibilização do Estado perante uma franja desfavorecida da sociedade, a classe operária, num contexto de industrialização e de miséria social.

Com o crescimento da força política das organizações operárias em parte devido à «consciência de classe» que nasceu com a Revolução Industrial e em virtude do aparecimento de partidos políticos operários, Bismarck teve de criar e alargar o espectro das suas políticas de protecção social<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup> Vide CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN e MARINA DA CRUZ SILVA, «As experiências internacionais de renda mínima na redução da pobreza», in *Revista Espaço Académico*, nº82, Março, 2008, Ano VII, bem como, vide ANA PAULA HARFOUCHE,

O modelo do Estado de Bem-Estar Social implantado pelo Chanceler Otto Bismarck na Alemanha denominado de «Modelo Bismarckiano» constituiu um sistema de seguro obrigatório, cujo financiamento era assegurado pelo patronato, pela classe trabalhadora e pelo próprio Estado.

Posteriormente, este modelo foi sendo gradualmente adoptado por outros países industrializados como o Reino Unido, a Noruega, a Suécia, a Dinamarca, a França e os Estados Unidos da América, sobretudo a partir do momento em que estes passaram a sofrer a pressão exercida por parte de movimentos reivindicatórios da classe trabalhadora<sup>150</sup>.

Historicamente, a emergência de sistemas organizados de saúde prendeu-se com a Revolução Industrial. Com efeito, os Governos viram-se confrontados com a perda de produtividade, resultante do decréscimo da qualidade de vida e de saúde dos trabalhadores devido a exaustão laboral, em virtude da ausência absoluta de direitos sociais e de uma responsável legislação laboral que acautelasse as suas condições de trabalho, em termos de qualidade e de segurança (era elevado o índice de mortalidade por acidentes laborais).

A Revolução Industrial foi foco de origem de inúmeros acidentes de trabalho e pela criação de doenças profissionais de diversa natureza. Por conseguinte, os Governos viram-se impelidos a prestar cuidados de saúde aos trabalhadores, mas também razões que se prendem com o desemprego tecnológico, as crises económicas, a quase inexistente higiene e segurança no trabalho, associadas às fracas condições de habitação da classe proletária<sup>151</sup>.

Neste contexto, na Alemanha em 1883, as entidades patronais foram forçadas a contribuir para um sistema de «seguro-doença» em benefício dos trabalhadores mais carenciados, tendo-se em momento ulterior, expandido a todos os trabalhadores. Para tanto, passaram obrigatoriamente a contribuir para o sistema «seguro-doença» que cobria os riscos de doença provisória, invalidez permanente, velhice e morte prematura.

A este sistema de origem alemã dar-se-ia a designação de «*Sistema de Bismarck*», o qual teve o mérito de potenciar a criação do primeiro *sistema de saúde*, bem como, o primeiro *sistema de segurança social*. Ao contrário do que poderia pensar, o Sistema de Bismarck possuía um cariz profundamente económico e não social (ou *socializante*), assumindo como finalidade primacial a melhoria dos níveis de saúde dos trabalhadores, mas essencialmente como forma de diminuir as perdas de produtividade laboral em resultado de doença.

---

*Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 62 e 63. Ainda a respeito do mesmo tema, cfr. <http://www.espacoacademico.com.br/082/82zimmermann.htm>

<sup>150</sup> Vide, com especial atenção, o desenvolvimento sobre este assunto tratado pelo artigo de SALETE F. CASADEI e CLÁUDIA C. GÓIS sob o título «*Políticas Sociais Comparadas*» in *Revista Espaço Académico*, Ano VI, nº70, Março, 2007. Cfr in [http://www.espacoacademico.com.br/070/70casadei\\_gois.htm](http://www.espacoacademico.com.br/070/70casadei_gois.htm)

<sup>151</sup> Assim, vide ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 62 e 63.



Foi, sobretudo, a partir de finais do século XIX e inícios do século XX, que outros países europeus viriam a importar as linhas-mestras do sistema bismarckiano. A Europa conheceu o fenómeno de generalização do modelo de sistemas de saúde assentes no esquema jurídico do «seguro» suportado pela carga fiscal, ou seja, através da imposição de impostos sobre o trabalhador e sobre a entidade patronal.

São casos paradigmáticos da proliferação do Sistema de Bismarck por toda a Europa, os países de Áustria, Bélgica, Suíça, Luxemburgo, Holanda e França, os quais adoptaram aquele sistema, cada um com as suas próprias especificidades e *nuances*, mormente no que respeita à natureza jurídica e ao modelo organizatório adoptados relativamente ao «seguro»<sup>152</sup>. Senão vejamos.

Na Alemanha, os fundos de seguros de saúde pertencem a entidades privadas sem fins lucrativos ou «corporações de direito público», ao passo que em França, constituem organizações privadas com funções de gestão ou provisão de um serviço público sendo qualificadas como organizações não governamentais quase-públicas. Pese embora, existam algumas divergências no tocante ao modelo organizatório adoptado por cada país, de acordo com a sua própria realidade jurídica e social, assinalamos, contudo, um elemento em comum a todas as variantes do sistema de Bismarck que se prende com o facto de a sua estrutura assentar em *fundos de seguro de saúde*, denominadas de «caixas de seguro obrigatório de doença»<sup>153</sup>. Estes fundos possuem um estatuto jurídico e orçamentos próprios, que lhes confere um acentuado grau de autonomia face aos Governos e respectivos Orçamentos de Estado.

Mas, também os Estados Unidos da América, através do «*Social Security Act*», datado de 1935, momento histórico em que era Presidente Franklin Roosevelt, levou por diante a consagração de um sistema misto de seguro social e assistência. Este sistema era abrangente, tendo um campo de acção vasto que cobria os riscos de desemprego, a recuperação profissional, a velhice, a morte, assim como, a saúde materno-infantil<sup>154</sup>.

No modelo Bismarckiano, «o governo tem muito pouco espaço para contratar, uma vez que são os seguradores e associações de médicos ou subscritores individuais, que actuam como compradores de cuidados de saúde. As relações comprador/prestador podem ser reguladas por contratos colectivos em vez de contratos individuais. Desde o início que no

---

<sup>152</sup> Vide LICÍNIO NARTINS LOPES, “ *Direito Administrativo da Saúde*”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume III, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 226 e seguintes.

<sup>153</sup> Neste sentido, vide LICÍNIO NARTINS LOPES, “ *Direito Administrativo da Saúde*”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume III, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 227.

<sup>154</sup> Assim, vide ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 62 e 63.



modelo de Bismark a contratualização tem feito parte dos sistemas de saúde, baseados no seguro social»<sup>155</sup>.

Posteriormente, o advento da Segunda Guerra Mundial contribuiu para a reconformação e para a redimensão das típicas funções estaduais, mais precisamente, do papel e do estatuto do Estado na sociedade.

Ao Estado enquanto garante da «Cláusula de Bem-Estar» deveria ser reconhecido um especial estatuto social, quase providencial, com forte predomínio do pendor social na actividade por si desempenhada. Assim, nesta senda social, em 1948, com base nas propostas do «Beveridge Report», vem a ser criado o «*National Health Service*» («NHS»), no Reino Unido.

### 3.2. O Modelo de Beveridge.

Partindo da ideia e do sentimento de que o *Welfare State* é um Estado com a missão sagrada de se «responsabilizar por libertar a sociedade da miséria, das necessidades e do risco (...), substituindo (..) à incerteza da Providência divina a certeza do Estado-Providência»<sup>156</sup>, William Beveridge, economista britânico, em Novembro de 1942, publica o «*Report of the Inter-Departmental Committee on Social Insurance and Allied Services*»<sup>157</sup> mais conhecido por «Beveridge Report»<sup>158</sup>.

<sup>155</sup> Neste sentido, vide ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 63.

<sup>156</sup> Neste sentido, vide JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*, Coimbra, 1987, pp. 198 e 199.

<sup>157</sup> William Beveridge assenta o seu olhar crítico sobre a sociedade em cinco «grandes males» (*five big evils*), os quais são a miséria, a ignorância, a vontade, a ociosidade e a doença, tendo lançado as bases estruturantes, constantes do seu relatório, para uma profunda reforma no âmbito do sistema de segurança social com vista ao Bem-Estar de uma população destroçada social e economicamente pela Guerra Mundial de 1939-45. Esta reforma no papel do Estado e da sua intervenção no plano social e da segurança «social» do cidadão virá a ser conhecida como *Welfare State*, caracterizando-se pela expansão da Segurança Social e pela criação do Sistema Nacional de Saúde (NHS – *National Health Service*). Por outro lado, foram oferecidas três directrizes ou *guidelines* de actuação na sociedade, como designadamente: a) as propostas futuras não deverão ser condicionadas por interesses sectoriais ou de determinadas facções da sociedade, lição obtida à custa da experiência, sendo que um momento revolucionário na História mundial é um momento para revoluções/mudanças e não para «falsos consensos» («(...) *revolutionary moment in the world's history is a time for revolutions, not for patching*»); b) a segurança social consiste numa só parte ou fracção de uma vasta política social de progresso («*social insurance is only part of a comprehensive policy of social progress*»); c) as políticas de segurança social têm de ser alcançadas através da colaboração ou formas de cooperação entre o Estado e o particular, em que o Estado deverá assegurar o serviço público e as contribuições sociais. O Estado não deve «sufocar» o incentivo, a oportunidade e a responsabilidade, devendo, pelo contrário, estabelecer um «mínimo» no que respeita à intervenção pública dando assim espaço de liberdade e encorajando a acção voluntária do indivíduo com vista a conseguir mais do que o «mínimo» para si e para o seu agregado familiar («*The State should not stifle incentive, opportunity, responsibility; in establishing a national minimum, it should leave room and encouragement for voluntary action by each individual to provide more than that minimum for himself and his family*»). Beveridge defendia, em termos mais sintéticos, uma contribuição de taxa fixa e uma prestação de montante fixo para todos os cidadãos, sob pena destes caírem num alcapão fiscal como meio de pagar as prestações sociais das quais seriam beneficiários. O Relatório apresentado por Beveridge foi de encontro às expectativas reveladas por Churchill num discurso pela rádio em 1943 ao povo britânico no sentido de as medidas públicas a ser implementadas no pós Guerra no sentido de apoiar e acompanhar o cidadão do «berço até à cova» («(...) *These measures were national compulsory insurance for all classes for all purposes from the cradle to the grave*»). As medidas constantes do «Beveridge Report» vieram a ser concretizadas mediante a implementação por parte do Partido Trabalhista (Clement Atlee ganhou as eleições a Primeiro-Ministro, em 1945, tendo vencido Churchill) de diversos diplomas, os quais vieram globalmente a designar-se de *Welfare State*, sendo de realçar os seguintes: *Family Allowances Act* (1945), *National Insurance (Industrial Injuries) Act* (1946); *National Insurance Act* (1946); *National Health Service Act* (1946); *Pensions Increase Act* (1947); *Landlord and Tenant (Rent Control) Act* 1949; *National Insurance (Industrial Injuries) Act*

Este relatório sobre os cuidados de saúde no Reino Unido, teve o mérito de ser o pioneiro na construção e concretização do modelo de *Welfare State* com vocação universal e geral, ou seja, com o intuito de beneficiar todos os cidadãos, indiscriminadamente. Como consequência, o «Modelo Beverdiano»<sup>159</sup> vai estar na base da criação do «*National Health Service Act de 1946*», o qual teve o mérito de instituir o «*National Health Service*» («NHS»).

Este modelo de saúde assentava em cinco princípios estruturantes, designadamente: a) o princípio da responsabilidade do Estado pela Saúde dos cidadãos, devendo para tal ser assegurada a gratuitidade dos cuidados prestados; b) o princípio da compreensividade do sistema de saúde; c) o princípio da universalidade e, por último, d) o princípio da igualdade e e) o princípio da autonomia profissional.

Em síntese, podemos referir que as principais traves mestras deste sistema eram o *acesso universal à saúde*, pelo que todos os cidadãos, independentemente dos seus rendimentos, idade, sexo, profissão teriam acesso idêntico aos serviços de cuidados de saúde, os quais deveriam ser gratuitos. Com efeito, o sistema de saúde do Reino Unido foi estabelecido em conformidade com determinadas asserções, como as seguintes: (a) deveria ser *completo*, na medida em que deveria prestar todos os cuidados de saúde, primários, diferenciados e continuados; (b) *universal*, significando que para a população deveria ser permitido o acesso à saúde, sem qualquer discriminação (v.g. económica, social, geográfica ou outra); (c) *gratuito*, num momento inicial, sendo essencialmente financiado através da imposição de carga fiscal.

No que a Portugal concerne, o Sistema de Saúde adoptado, no que concerne ao tipo de financiamento ou de pagamento dos cuidados de saúde, caracteriza-se por ser um sistema baseado no imposto e, por conseguinte, suportado e financiado pelo Orçamento de Estado, ou seja, pelo erário público<sup>160</sup>.

De acordo com o modelo de Beveridge, é o Estado o principal prestador-produtor-financiador do serviço de saúde, assegurando a sua directa prestação à população, mormente através de hospitais públicos e centros de saúde. Em determinados países verifica-se paulatinamente uma descentralização de atribuições ao nível da saúde pertencentes ao Estado, para Governos Regionais a par de Autarquias Locais, conforme a organização administrativa de cada um dos países. O mesmo sucedeu com as responsabilidades financeiras

---

(1948); National Insurance Act (1949). Cfr. «Social Insurance and Allied Services», Report by William Beveridge - <http://www.sochealth.co.uk/history/beveridge.htm>.

Sobre as origens e caracterização do Modelo de Beveridge, vide ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 63 e 64.

<sup>158</sup> Cfr. <http://www.sochealth.co.uk/history/beveridge.htm>.

<sup>159</sup> Sobre o Modelo de «providência na saúde» de Beveridge, FRANCESCO ANTONINO CANCELLA, *Servizi del Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, 21, Facoltà di giurisprudenza, Università di Palermo, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 232 e seguintes.

<sup>160</sup> Lei de Bases da Saúde, Base XXXIII nº1.

e particularmente, com as concretas prestações de cuidados de saúde, as quais foram transferidas para aquelas Administrações, regional e local, autónomas face ao poder estadual central.

Perante especiais circunstancialismos e situações, a descentralização na saúde limita-se aos cuidados de saúde primários, continuando o Estado a manter a sua responsabilidade exclusiva ao nível hospitalar e, noutros, a descentralização tem abrangido ambos os patamares de cuidados de saúde, primários<sup>161</sup> e hospitalares. Assim sucedeu na Finlândia, Dinamarca, Suécia, Reino Unido, Itália e, mais recentemente, em Portugal.

O «*National Health Service*» fundado no modelo de Beveridge veio a receber acolhimento por países mediterrânicos como Portugal, Espanha, Itália, Grécia, mas também por países nórdicos, como Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia. Contudo, verifica-se que o modelo de saúde beveridgiano foi, entretanto, adoptado com mutações adaptadas ao desenho económico, social e político de cada país, o que contribui para que autores como ANA PAULA HARFOUCHE os considere de «Modelos Mistos de Saúde», por considerar que, na realidade, esses países articulam e combinam valências e virtualidades quer do Modelo de Bismarck, quer do Modelo de Beveridge<sup>162</sup>.

Por outro lado, importa referir que actualmente alguns daqueles países têm procedido à transposição das regras de mercado para o sector da saúde, promovendo a competição das unidades públicas de saúde com as unidades privadas dedicadas aos serviços de saúde.

Esta tendência vem a reflectir um processo de substituição do modelo no âmbito do qual, o Estado chamava a si todas as funções, de gestão, prestação, fornecimento e financiamento, por um novo modelo estruturalmente contratual.

Na verdade, desde finais do século XX, temos vindo a assistir um profundo processo de reformas dos sistemas de saúde por toda a Europa, por força de directivas comunitárias, e, claro Portugal não é excepção. A este fenómeno reformador no domínio da saúde, dá-se a denominação de «*europização da saúde*», marcado por várias tentativas em criar um único de modelo de saúde a nível europeu ou, pelo menos, harmonizar o mais possível, os diversos modelos nacionais dos Estados-membros.

Em síntese, podemos dizer que, com fundamento e por influência do modelo de saúde Beveridgiano, no Reino Unido, «as autoridades públicas do sector da saúde representam a procura e os prestadores encontram-se do lado da oferta», existindo um verdadeiro mercado

---

<sup>161</sup> Entende-se por «cuidados de saúde primários», aqueles serviços de saúde que são prestados no seio de clínicas, unidades familiares de saúde (recentemente criadas), centros de saúde, misericórdias, entre outros.

<sup>162</sup> Neste sentido, e acerca das especificidades dos sistemas de Finlândia e Suécia, vide ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 64 e 65.

na saúde marcado pela forte intervenção de privados assente numa base contratual. Esta situação é expressa de forma lapidar na obra de ANA PAULA HARFOUCHE, segundo a qual «as autoridades de saúde locais e médicos de clínica geral, detentores de fundos são compradores e contratam com consórcios hospitalares públicos do Serviço de Saúde britânico, que têm autonomia na sua gestão, com hospitais privados ou com serviços comunitários. As autoridades de saúde locais agem como comissário e os médicos de clínica geral detentores de fundos actuam como compradores»<sup>163</sup>.

Pese embora, os indiscutíveis méritos mundialmente reconhecidos ao Modelo de Beveridge, existem igualmente críticas que são formuladas por Autores mais cépticos a um sistema de saúde «tão generoso» por se entender que o «que é de todos, não pertence em termos de qualidade a ninguém» encontrando a determinada altura um «muro», «bloqueio» ou «limite económico-financeiro» e de sustentabilidade.

Nesta linha de pensamento, vai FRIEDRICH A. HAYEK, segundo o qual: «The conception that there is an objectively determinable standard of medical services which can and ought to be provided for all, a conception which underlies the Beveridge scheme and the whole British National Health Service, has no relation to reality. In a field that is undergoing as rapid change as medicine is today, **it can, at most, be the bad average standard of service that can be provided equally for all.** But since in every progressive field what is objectively possible to provide for all depends on what has already been provided for some, the effect of making is too expensive for most to get better than average service, must, before long, be that this average will be lower than it otherwise would be»<sup>164</sup>.

#### 4. Conclusão: A Reconformação do estatuto e atribuições do Estado Social na saúde.

Preconizamos a posição defendida por VÍCTOR DE CURREA-LUGO, segundo a qual o reconhecimento de um direito, neste caso, do direito à saúde<sup>165</sup>, implica a vinculação de entidades públicas e privadas que se dediquem à missão de prestar cuidados de saúde:

<sup>163</sup> Neste sentido, vide ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 64.

<sup>164</sup> Assim, vide, Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Routledge, London and New York, 1960, 1999, 2003, pp. 299, sob a matéria intitulada: «health insurance versus free medicine». Veja-se, de igual modo, do mesmo Autor e em mesma obra, as pp.303 a 305 acerca da «the crisis of social security».

<sup>165</sup> Neste sentido, vide a análise desenvolvida realizada por VÍCTOR DE CURREA-LUGO adopta um conceito jurídico de «saúde», de acordo com o qual «saúde» consiste num bem jurídico que merece tutela por parte do Estado, a diversos níveis, conquanto que preencha determinados pressupostos: a) o objecto definido tem de ser a «saúde» e nada mais que a «saúde» (que su objecto definido sea la salud y no más que la salud); b) que se trate de uma definição juridicamente funcional e não somente uma noção abstracta que não permita uma concretização jurídica («(...) es decir que no sea sólo una noción vaga del deseo sino que permita una concreción jurídica»); c) que dê resposta cabal a noções morais, sociais e teóricas sobre o que se deva entender por «saúde» («que dé respuestas a las nociones morales, sociales y académicas de lo que se entiende por salud»). Vide VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *La Salud como Derecho Humano*, nº32, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2005, pp. 28.

«Aceptar el derecho implica reconocer su exigibilidad ante aquellos en quien el Estado delegó la materialización de la norma. Por tanto, es legítimo reclamar a los trabajadores de la salud, a la empresa privada que presta servicios públicos y al Estado»<sup>166</sup>.

O direito à protecção da saúde é um direito que se encontra fundado na Constituição, e que mediante uma imposição constitucional concreta traduz-se num direito originário a prestações, vinculativo para o Estado legislador à criação das condições materiais e institucionais necessárias à realização do direito à saúde<sup>167</sup>.

Por outro lado, o direito fundamental à protecção da saúde pode ser considerado, simultaneamente, como um *direito de defesa* face ao Estado e como um *direito social*<sup>168</sup> que aquele tem obrigatoriamente de assegurar<sup>169</sup>. No primeiro caso, o direito à saúde traduz-se ao direito concedido ao cidadão de exigir do Estado a abstenção de comportamentos que possam lesar a saúde; na segunda situação, aparece como o direito do cidadão a exigir prestações positivas através dos quais é possibilitado o acesso e o efectivo benefício à prestação do serviço público «saúde».

Nesta missão de assento constitucional em garantir o «Bem-Estar» da colectividade, ao Estado compete o dever de defender e promover a saúde, nos termos do artigo 64º da Constituição. Mais precisamente, à luz do princípio do Estado Social regulador, aquele preceito constitucional impõe ao Estado uma tríplice categorização de tarefas<sup>170</sup> na prossecução do interesse público saúde. São elas, as seguintes: (a) tarefas primárias, (b) tarefas instrumentais e (c) tarefas sectoriais.

Dentro da primeira classificação, cabe ao Estado garantir o acesso de todos os cidadãos aos cuidados médicos (artigo 64º, nº3, alínea a)), assim como, assegurar a cobertura racional e efectiva de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde (artigo 64º, nº3, alínea b)).

No âmbito das tarefas instrumentais, entendidas como meios de realização das obrigações primárias, cabem a garantia da existência de um serviço nacional de saúde (artigo 64º, nº2, alínea a)), a disciplina e fiscalização estadual sobre as formas empresariais e privadas de exercício da medicina (artigo 64º, nº3, alínea d)).

<sup>166</sup> Neste sentido, *vide*, de modo mais aprofundado, VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *La Salud como Derecho Humano*, nº32, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2005, pp. 49.

<sup>167</sup> *Vide* VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

<sup>168</sup> No entendimento de MARCELO REBELO DE SOUSA e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, «A protecção da saúde aparece aqui na sua feição típica de direito social» in *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, Lisboa, 2000, pp.173. Para estes autores, após a revisão constitucional de 1997, a medicina privada aparece mais garantida em virtude do reforço na previsão e do empenho constitucionais no seu bom funcionamento (artigo 64º, nº3, alínea d)). Também importa fazer menção ao alargamento da al.b) do nº3, do artigo 64º, aos centros de saúde; a referência expressa à distribuição de produtos farmacêuticos prevista na al.e) do nº3. Segundo estes autores, é «reduzida» a alusão feita à toxicodependência enquanto questão de saúde («(...) esquecendo a sua colocação transversal»).

<sup>169</sup> Neste sentido, *vide* MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Organização Administrativa da Saúde – Relatório sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.51.

<sup>170</sup> *Vide* MARIA JOÃO ESTORNINHO, *In Organização Administrativa da Saúde – Relatório sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.52.

No leque das tarefas sectoriais podemos onerar o Estado com a tarefa de disciplinar e controlar a produção e comercialização de produtos químicos, biológicos e farmacêuticos (artigo 64º, nº3, alínea e)), aparecendo, neste contexto, o direito à saúde conotado com o direito à segurança dos produtos e tratamentos médicos; neste catálogo, ainda temos a tarefa estadual em estabelecer políticas de prevenção e tratamento de toxicodependentes (artigo 64º, nº3, alínea f)). Por fim, a esta tripla categorização acresce um objectivo de natureza programática que consiste em orientar a acção do Estado para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos (artigo 64º, nº3, alínea c)).

Da perspectiva de um Estado Social de Regulação, como assinala MARIA JOÃO ESTORNINHO, o preceito constitucional do artigo 64º «permite concluir que cabe ao Estado garantir o acesso de todos os cidadãos aos cuidados médicos e assegurar uma cobertura (racional e eficiente) de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde, tendo para isso, por um lado a obrigação de garantir a existência de um serviço nacional de saúde e, por outro lado, o dever de disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas de exercício da medicina»<sup>171</sup>.

A Autora salienta que este entendimento ora enunciado se prende com uma noção «funcional»<sup>172</sup> de serviço público de saúde (melhor desenvolvido infra) desempenhado tanto por entidades públicas, como por entidades privadas, em que o Estado surge na sua veste de *Estado regulador* e já não como *Estado prestador*.

O advento da empresarialização ou privatização do sector público de prestação de cuidados de saúde contribui, inevitavelmente, para um determinado nível de demissão por parte do Estado perante as suas obrigações enquanto ente público prestador ou fornecedor de bens e de serviços públicos, a vasta maioria deles, constitucionalmente assegurados ao cidadão-utente mediante inserção jurídica no catálogo de «direitos económicos, sociais e culturais».

O Estado Social que até recentemente afirmava-se como um «Estado Financiador» e «Estado de Prestação» vê-se agora, por força do fenómeno empresarializador no sector da saúde, reduzido a um *mínimo* consubstanciado na tarefa quase exclusiva de observador-fiscalizador, competindo-lhe funções de *mera regulação*<sup>173</sup>. Com efeito, o Estado

---

<sup>171</sup> Vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, in *Organização Administrativa da Saúde – Relatório sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.52 e, a este respeito, vide, igualmente, J.J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol.I, (arts.1º a 107º ), 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp.823 e seguintes, assim como, ainda JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 650 e seguintes.

<sup>172</sup> Vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, In *Organização Administrativa da Saúde – Relatório sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.52, 53, 67 e seguintes.

<sup>173</sup> Existem vários sentidos para a expressão «regulação», sendo desde logo, consensual a ideia que a define como o estabelecimento e implementação de um corpo de regras e preceitos conformadores da actividade económica e nos diversos sectores sociais, com vista a garantir a actuação eficiente, respeitadora dos adequados padrões de qualidade e de segurança por

anteriormente designado como «Estado Social Prestador» surge ante a sociedade civil como «Estado de mera Regulação», limitando-se a fiscalizar a prestação de actividades e o desempenho de tarefas por parte de entes privados, que anteriormente lhe pertenciam e que eram prestadas por si.

Neste sentido, como JORGE ABREU SIMÕES assinala, o Estado não tem já de se constituir como um prestador/fornecedor directo dos serviços públicos, tendo, ao invés, de se assumir como um garante de uma “boa” prestação desses serviços, surgindo como um regulador das respectivas actividades<sup>174</sup>, pelo que assistimos a uma mutação do papel do Estado na sociedade e na economia.

E, neste sentido, a propósito da reconformação do papel do Estado Social na sociedade, J.J. GOMES CANOTILHO<sup>175</sup> refere que o Estado Social tal como o conhecemos está prestes a terminar, porquanto aquele assume a forma moderna de Estado Regulador relativamente à prestação de serviços públicos essenciais<sup>176</sup> (saúde, ensino, energia, etc.), sendo que a própria regulação e supervisão é, em grande parte, confiada a entidades administrativas independentes e livres de qualquer poder político, ou seja, não hierarquicamente inseridas na Administração Directa ou Central e não directamente subordinadas ao órgão máximo do Estado, o Governo.

Também JOSÉ PEDRO LIBERAL pronuncia-se sobre a transição na veste e papel do Estado, do seguinte modo: «A empresarialização e privatização do sector público de prestação de cuidados de saúde, ou seja, a *desintervenção do Estado* em relação à actividade de prestação de cuidados de saúde, faz reduzir substancialmente o papel do *Estado empresário, do Estado produtor e do Estado prestador de serviços aos cidadãos, transformando-o em Estado Regulador*»<sup>177</sup>.

---

parte dos seus operadores, públicos ou privados. A propósito da concepção de «regulação», JOSÉ PEDRO LIBERAL aponta três diferentes conceitos, conforme estejamos perante um sentido amplo, sentido restrito ou um sentido intermédio. Segundo o *sentido amplo*, regulação corresponde a toda a espécie de intervenção estadual na sociedade e na economia, independentemente dos instrumentos ou fins. De uma *perspectiva intermédia*, a regulação reportar-se-á à actuação por parte do Estado na actividade económica privada, mediante instrumento legal (lei) ou convencional (contrato), estando excluídas quaisquer formas de actuação directa por parte do ente Estado. Nestes termos, a regulação consiste no condicionamento, coordenação e disciplina na actividade económica privada mediante meios e instrumentos que não sejam «meios de actuação estadual directos». Por último, num sentido restrito, a regulação consiste no conjunto de regras e normas de origem legal (lei) ou convencional (contrato) que têm por fim a regulamentação da actividade privada. Encontra-se excluída a implementação administrativa dessas regras ou normas de conduta dos operadores privados, nos respectivos sectores sociais e económicos. Vide, sobre o conceito de «regulação», JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, no âmbito de dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Coimbra, 2005, pp.236.

<sup>174</sup> Vide a análise profunda realizada por JORGE ABREU SIMÕES, *Problemas e Propostas para o Sistema de Saúde*, Lisboa, 2000, assim como, do mesmo autor, *Retrato Político da Saúde*, Almedina, Coimbra, 2004.

<sup>175</sup> Neste sentido, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ªed., Almedina, Coimbra, 2003, pp.352 e seguintes e, do mesmo Autor, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

<sup>176</sup> Vide, em particular, acerca dos serviços públicos essenciais, ELIONORA CARDOSO, *Os Serviços Públicos Essenciais. A sua problemática no ordenamento jurídico português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

<sup>177</sup> (itálico nosso) Vide JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, no âmbito de dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Coimbra, 2005, pp.235.



Compete, assim, ao “novo” Estado adoptar medidas e proceder a mecanismos técnico-jurídicos vocacionados às suas “novas” tarefas de cariz regulador, de modo a assegurar que as entidades públicas com gestão privada e as entidades pertencentes ao sector privado dedicadas à prestação de cuidados de saúde se pautem por adequados níveis de segurança, de qualidade e de eficiência. Com vista a atingir este desiderato, no sector da saúde, o Estado recorre a uma entidade reguladora designada de Entidade Reguladora da Saúde (“ERS”), a qual zelará pelos princípios da universalidade, de igualdade e de tendencial gratuitidade consagrados no artigo 64º da Constituição.

Em síntese, o Estado Regulador caracteriza-se, não apenas por um esvaziamento nas funções de prestação nos diversos segmentos da economia, mas igualmente, por uma «desgovernamentalização» da actividade reguladora desempenhada pelo Estado. Assim é, em virtude da crescente desconfiança do cidadão relativamente à capacidade e aptidão da Administração Pública em assegurar a tutela de bens e serviços públicos, de modo objectivo, imparcial e de forma competente.

O cidadão-utente revela maior confiança em entidades especializadas, munidas de recursos humanos e tecnológicos de “vanguarda”, que sejam independentes do Estado, livres de pressões e de constrangimentos de carácter político ou hierárquico. Aliás, o próprio legislador constituinte teve estes aspectos em consideração, quando a respeito da estrutura da Administração, introduziu na Constituição, o nº 3 do artigo 267º,<sup>178</sup> a possibilidade de serem criadas por lei, entidades administrativas independentes.

Deste modo, está prevista a separação entre as tarefas de orientação política da economia pertencentes à competência do poder governamental (executivo) ou poder legislativo por um lado, e as funções de regulação propriamente ditas a cargo das entidades reguladoras independentes, por outro. Encontra-se, assim, afastada a hipótese de as funções de supervisão (as quais têm de ser isentas) serem levadas a cabo pela própria Administração Pública e pelos seus serviços (Administração directa) ou por intermédio de institutos públicos tradicionais (Administração indirecta).

Fala-se, por isso, neste contexto, em «*regulação exógena*» a propósito da regulação no sector da saúde e nos demais sectores da economia (energia, combustíveis, comunicação social)<sup>179</sup>, porquanto existe uma efectiva separação entre *regulador* e *regulado*, entre *fiscalizador* e *prestador*<sup>180-181</sup>.

---

<sup>178</sup> Este preceito foi introduzido na Reforma Constitucional levada a cabo em 1997.

<sup>179</sup> Vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Organização Administrativa da Saúde – Relatório sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 131.

<sup>180</sup> Vide, a este propósito, BIANCA SANTANA, *A Reforma da Saúde em Portugal: Aspectos jurídico-empresariais dos hospitais S.A. e das parcerias público-privadas em saúde* (dissertação de Mestrado sob orientação de VITAL MOREIRA), Coimbra, 2005, pp. 167 e seguintes.



## CAPÍTULO II

### O SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE (SNS).

#### SECÇÃO I – O SISTEMA DE SAÚDE PORTUGUÊS.

Sumário: 0. Nota prévia; 1. O Serviço Nacional de Saúde; 1.1. Origens e Missão; 1.2. Características e Princípios Estruturantes; 1.2.1. A Gestão descentralizada e Participada do Serviço Nacional de Saúde; 1.2.2. Os Princípios da Universalidade, da Generalidade e de *Tendencial* Gratuitidade. A Garantia Constitucional de Continuidade do Sector Público dos Meios de Produção e o Princípio de Subsidiariedade na Intervenção Económica Pública; 2. Os Subsistemas de Saúde. Coexistência com o Serviço Nacional de Saúde; 3. A Admissibilidade de um Sector Privado na Saúde; 3.1. A empresarialização do sector da saúde e os direitos do «utente-consumidor»; 3.2. A Privatização na Prestação de Cuidados de Saúde: as «unidades privadas de saúde». Enquadramento legal. Conceito: critério da natureza jurídica/critério orgânico; 3.2.1. O denominado «terceiro sector». Em especial, as especificidades das Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS); 3.2.2. Algumas Formalidades «habilitantes»; 4. A necessidade de reforma do SNS perante os novos desafios sociais e económico-financeiros.

#### 0. Nota prévia.

Como foi mencionado anteriormente, o Sistema de Saúde Português teve como modelo inspirador o modelo inglês de Sistema de Saúde conhecido por «Modelo Beverdiano» ou «Modelo de Beveridge», em virtude do nome do respectivo autor.

De uma perspectiva histórica, o Serviço Nacional de Saúde apareceu inicialmente associado a um corpo orgânico público de profissionais na prestação de serviços de cuidados de saúde no seio de estabelecimentos e serviços de natureza predominantemente pública.

Contudo, em termos constitucionais, nada obsta a que exista uma activa participação complementar ou subordinada de entidades privadas, simultaneamente coexistente com profissionais, estabelecimentos e serviços pertencentes ao sector público, sendo, pelo contrário, incentivada esta participação do sector privado e da sociedade civil.

Como foi já referido neste trabalho, o facto de a Constituição assegurar a existência de um Serviço Nacional de Saúde com gestão descentralizada e participada indicia, de modo implícito, uma preponderância ou predisposição para a *natureza pública* da organização do serviço de saúde, complementado ou “auxiliado por entidades privadas que participem e integrem o serviço de saúde, designadamente para colmatar insuficiências e falhas na prestação desse serviço ao cidadão.

---

<sup>181</sup> Vide ainda, o estudo de relevância incontornável sobre a matéria de regulação, de PEDRO COSTA GONÇALVES, “Estado de garantia e mercado”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, VII especial, pp.118 e seguintes.

Por isso, afigura-se-nos curial considerar que a Constituição assume uma postura de indiferença à natureza pública ou privada dos serviços e estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, bem como, dos seus funcionários, conquanto que esses cuidados sejam prestados com eficiência e qualidade, acatando os valores de universalidade, equidade e igualdade.

Determinante é, pois, o respeito escrupuloso da obrigação do Estado em assegurar ao seu cidadão, o acesso universal, geral e tendencialmente gratuito à protecção da saúde, independentemente das modalidades sob as quais as entidades privadas podem surgir no contexto do Serviço Nacional de Saúde. Condição imprescindível é que estas entidades privadas se sujeitem aos princípios e regras conformadoras do SNS.

Este facto é de compreensível aceção, porquanto as entidades privadas contratadas para a prestação de cuidados de saúde aos utentes do Serviço Nacional de Saúde ou concessionárias da gestão ou da própria construção e gestão de estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde fazem parte integrante deste, tendo de necessariamente obedecer a idênticas obrigações que os demais estabelecimentos públicos, como «se de verdadeiro Estado se tratassem»<sup>182</sup>. Quer dizer, nunca as entidades privadas que actuam em nome e no interesse do Estado, prosseguindo interesses públicos, poderão ter mais direitos, privilégios ou prerrogativas que os entes públicos que desenvolvem idêntica actividade.

Não podemos esquecer outrossim, que os serviços públicos objecto de concessão a privados, não perdem a sua natureza pública, mantendo-se a responsabilidade estadual pela qualidade da prestação que é levada a cabo por entidades privadas, de modo a garantir determinado nível *standard* na prestação do serviço público ao cidadão-utente, como se de uma entidade pública prestadora de serviços se tratasse.

Como *ultima ratio*, perante o incumprimento dos imperativos constitucionais que norteiam a prestação do serviço público ou na situação de risco iminente de violação do interesse do interesse público por parte dos privados com quem o Estado celebre contratos de concessão ou de parcerias público-privadas, o parceiro público poderá lançar mão de diversos mecanismos e instrumentos ao seu dispor, como garante máximo do interesse público, designadamente o poder de rescisão unilateral do contrato e o sequestro da própria concessão, verdadeira «*bomba atómica*» na demanda pela prossecução do interesse público. Estes mecanismos jurídicos serão analisados, mais desenvolvidamente, em fase posterior deste estudo.

---

<sup>182</sup> Neste sentido, vide VITAL MOREIRA, “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal,” in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, Ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.112.

## 1. O Sistema Nacional de Saúde<sup>183</sup>.

### 1.1. Origens e Missão<sup>184</sup>.

A consagração do direito à protecção da saúde consubstancia-se não somente numa pretensão reconhecida aos cidadãos de exigir as prestações materiais imprescindíveis à realização desse direito, por exemplo através do acesso a cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação, mas mais que isso. Traduz-se num verdadeiro dever que recai sobre o Estado em adoptar normas legais concretizadoras e conformadoras (actuação legiferante positiva) no sentido de concretizar o direito à saúde.

A garantia institucional de realização do direito à protecção da saúde é reflexo de uma imposição constitucional concreta dirigida ao legislador, com vista à realização de um direito social. Na senda desta imposição constitucional procedeu-se à criação de um Serviço Nacional de Saúde caracterizado por uma gestão descentralizada e participada, pautada pela reivindicação social da «generalidade, universalidade e tendencial gratuitidade» do cidadão no acesso à saúde (artigo 64º, nº4, da CRP).

Importa referir que o Sistema de Saúde Português consiste numa realidade abrangente que inclui o Serviço Nacional de Saúde (SNS) criado pela Lei nº 56/79, de 15 de Setembro, bem

<sup>183</sup> Podemos sintetizar a evolução legislativa (ainda em mutação) do Sistema de Saúde Português nas seguintes etapas:

1ª – de 1976 a 1989; 2ª – de 1989 a 2002; 3ª – de 2002 a 2005; 4ª – a partir de 2005. Mais explicitamente:

1. Na Fase que medeia 1976 a 1989 dá-se a criação do Decreto-Lei nº 707/74, de 7 de Dezembro (Hospitais integrados na administração indirecta do Estado como por exemplo, em institutos públicos) e da Lei nº 56/79, de 15 de Setembro (Lei do Serviço Nacional de Saúde: concretiza a norma constitucional que consagra a gestão descentralizada e participada do SNS, assim como, a sua gratuitidade); 2. Na etapa que vai desde 1989 a 2002, ocorre a revisão constitucional de 1989 que afasta o princípio da gratuitidade do SNS e consagra a «tendencial gratuitidade»; Lei nº 48/90, de 24 de Agosto (Lei de Bases da Saúde); Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de Setembro que estabelece o Estatuto do SNS. Neste momento da evolução do Sistema de Saúde, consagra-se a separação entre este e o Serviço Nacional de Saúde, ao mesmo tempo que a regionalização da administração destes sistemas conhece um avanço. Também assistimos ao recurso ao mecanismo do *contracting out* para os profissionais de saúde. Por outro lado, em 1994, nasce o primeiro hospital público com gestão privada (Hospital Prof. Doutor Fernando da Fonseca, actual Amadora-Sintra); a Resolução do Conselho de Ministros nº 162/2001 constitui a estrutura de missão *parcerias na saúde* como antecâmara das parcerias público-privadas na saúde. 3. Quanto à fase entre 2002 e 2005, são promulgados o Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto que define o regime jurídico das parcerias em saúde com gestão e financiamento privado e a Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro que vem estabelecer o regime jurídico da gestão hospitalar. 4. Numa fase posterior, de 2005 em diante, é criado o Decreto-Lei nº 93/2005, de 7 de Junho que converte os Hospitais S.A. em Entidades Públicas Empresariais. Vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *In Organização Administrativa da Saúde – Relatório sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.54 e 55.

Para uma análise mais desenvolvida, vide ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, “Despesa e défice na saúde: o percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol.XXXVI, Inverno de 2002. Sobre a evolução do sistema de saúde português, assim como, acerca da nova realidade marcada pela transição a que assistimos do Estado Prestador para um Estado Regulador no sector de saúde, vide ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 67 e seguintes. Cfr ainda o site: <http://www.hospitaissa.min-saude.pt>.

<sup>184</sup> Leis relevantes em matéria de Serviço Nacional de Saúde são, designadamente, as seguintes: Lei nº 48/90, de 24 de Agosto (Lei de Bases da Saúde); Lei nº 36/98, de 24 de Julho (Lei da Saúde Mental); Decreto-Lei nº286/99, de 27 de Julho (Organização dos Serviços da Saúde Pública) etc.

Em termos jurisprudenciais, são de salientar a particular relevância, os Acórdãos do Tribunal Constitucional: nº39/84, nº731/95, nº732/95, todos sobre o Serviço Nacional de Saúde; 760/95, 761/95.

como, uma miríade de entidades públicas e privadas que com aquele concorrem na prossecução do interesse público de «saúde».

No decurso do preceito constitucional ínsito no artigo 64º, nº2, alínea a), a Assembleia da República fez aprovar uma Lei de Bases da Saúde, Lei nº 48/90, de 24 de Agosto, onde concretiza e conforma o direito à protecção da saúde.

Com esta lei, o legislador ordinário habilitou também entidades privadas<sup>185</sup> e profissionais livres a desenvolver a actividade de saúde, contribuindo para uma maior efectivação do direito à protecção da saúde constitucionalmente consagrado.

A emergência de existir um Sistema de Saúde numa “situação de paridade” com o Serviço Nacional de Saúde, resulta da própria Constituição, a qual estabelece a necessidade de «(...) criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice (...)» e a «(...) melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável» (artigo 64º, nº2, alínea b)).

A constatação da realidade portuguesa demonstra que a efectividade do direito à protecção da saúde não depende única e exclusivamente da existência de um Serviço Nacional de Saúde universal, geral e tendencialmente gratuito. Mais que isso, revela-se imperioso atender a factores de natureza diversa, designadamente, como os rendimentos dos cidadãos, o desenvolvimento económico e social, a escolaridade, a cultura, necessidades especiais com a infância, juventude e terceira idade, de relevância equivalente à existência de uma rede vasta de hospitais e de outros estabelecimentos de saúde<sup>186</sup>.

O Estado não pode cingir-se mecanicamente à criação de um Serviço Nacional de Saúde, devendo consagrar e implementar um «(...) *verdadeiro sistema nacional de saúde, constituído por um leque de elementos pessoais, organizativos, culturais e físicos, pertencentes ao sector público e ao sector privado, obrigatoriamente orientado, disciplinado, controlado e articulado pelo Estado*». Não são de menosprezar estes factores, porquanto são condições indispensáveis de acesso e de concretização efectiva do serviço público de saúde por parte da população<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Sobre a actuação de entidades privadas e de solidariedade social na saúde, vide a obra de PEDRO GONÇAVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp.889 e seguintes.

<sup>186</sup> Ver de modo mais desenvolvido, acerca deste aspecto em concreto, o teor do estudo contido in *Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, no âmbito de dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, de JOSÉ PEDRO LIBERAL, em Coimbra, 2005, pp. 209. Vide, ainda, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 300 e seguintes.

<sup>187</sup> Vide in *Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, no âmbito de dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, de JOSÉ PEDRO LIBERAL, em Coimbra, 2005, pp. 210.

O papel estadual deverá expandir-se para além do mínimo ou núcleo duro proporcionado pelo SNS, garantindo o acesso de todos os cidadãos aos cuidados de saúde e promovendo a saúde das populações, através de medidas sistemáticas pro-activas de prevenção do surgimento e propagação de doenças epidémicas e endémicas (v.g. campanhas de vacinação). Estas medidas preventivas, globalmente contribuem para uma melhoria significativa do nível de vida dos utentes, reduzindo assim, custos posteriores e mais elevados com os cuidados de saúde tidos com o doente.

A própria Lei de Bases da Saúde vai neste sentido, pronunciando-se sobre a tarefa do Estado na «*promoção da saúde e prevenção da doença*» (Base I, nº3), co-envolvendo neste objectivo, uma multiplicidade de entidades públicas (autoridades de saúde), entidades privadas e mesmo a sociedade civil.

O preceito constitucional do artigo 64º, nº2, alínea b), impõe ao Estado português uma responsabilidade social elementar ao qual não se pode eximir, por virtude do princípio da proibição do retrocesso social ou do não retorno na concretização em matéria social, que se traduz na implementação de ambiciosos mecanismos de «*(...) desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável*».

## 1.2. Características e Princípios Estruturantes.

A grande questão que gira em torno do Serviço Nacional de Saúde (SNS),<sup>188</sup> é saber ao certo, se este reúne as virtudes sociais de universalidade, de generalidade e de tendencial gratuidade impostas pela lei fundamental.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 consagra o direito à protecção à saúde enquanto direito fundamental realizado através de um «SNS universal, geral e gratuito». Posteriormente, a primeira revisão constitucional foi aprovada a Lei Constitucional nº1/81, teve o mérito de acrescentar ao artigo 64º a especificação de a «gestão do SNS ser descentralizada e participada».

Em momento ulterior, a Lei Constitucional nº1/89 originou uma nova revisão neste âmbito, tendo afastado o princípio da gratuidade ao consagrar o “SNS *tendencialmente*

---

<sup>188</sup> A propósito das atribuições do Ministério da Saúde, importa referir que nos termos da Lei Orgânica do XVII Governo Constitucional (Decreto-Lei nº 79/2005, de 15 de Abril com as alterações do Decreto-Lei nº 201/2006, de 27 de Outubro, o Ministério da Saúde tem como tarefa e missão definir a política nacional de saúde, exercer as correspondentes funções normativas e promover a respectiva execução, assim como, avaliar os resultados (artigo 21º). O Ministro da Saúde é coadjuvado pelo Secretário de Estado da Saúde e pelo Secretário de Estado Adjunto da Saúde (artigo 3º, nº 13). Compete, nos termos do artigo 2º da Lei orgânica presente no Decreto-Lei nº 212/2006, de 27 de Outubro, ao Ministério da Saúde: 1. Assegurar as acções necessárias à formulação, execução, acompanhamento e avaliação da política de saúde; 2. Exercer, relativamente ao Serviço Nacional de Saúde, funções de regulamentação, planeamento, financiamento, orientação, acompanhamento, avaliação, auditoria e inspecção; 3. Exercer funções de regulamentação, inspecção e fiscalização relativamente às actividades e prestações de saúde desenvolvidas pelo sector privado, integradas ou não no sistema de saúde. O Ministério da Saúde é a entidade responsável pela política de saúde que é institucionalizada e aplicada em Portugal, com a competência paralela de exercer funções normativas.

*gratuito*” e, deste modo, chegámos ao ponto em que «a finalidade a atingir pelo SNS de *socialização da medicina e dos sectores médico-medicamentosos* foi substituída por *socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos*».

Importa ainda mencionar que a Lei nº 56/79, designada «Lei do Serviço Nacional de Saúde», representou a primeira tentativa de regulamentar e tratar com algum pormenor o direito constitucional ínsito no preceito do artigo 64º.

Esta lei visava definir o tipo de cuidados de saúde que o Serviço Nacional de Saúde deveria prestar, bem como, a orgânica, o estatuto do pessoal, o financiamento e a articulação com o *sector privado*. Preconizava igualmente a existência de uma direcção unificada acompanhada de uma gestão descentralizada e participada, com vista à prestação de cuidados globais a todos os cidadãos de forma gratuita.

Em termos orgânicos, ocorreria uma substituição da orgânica preexistente no Ministério da Saúde pela orgânica proposta, mais eficiente. Na verdade, pese embora a Lei nº 56/79, ter sido objecto de regulamentação entre 1979 e 1982, nunca chegou efectivamente a ver aplicação integral, sobretudo no que concerne à orgânica dos serviços centrais e regionais e à descentralização e participação, tão almejadas.

O Serviço Nacional de Saúde granjeou o atributo da *universalidade* graças à oficialização dos hospitais das misericórdias (“terceiro sector”) e da cobertura total dos encargos com a saúde pelo Orçamento de Estado, anunciada em 1975 e concretizada em 1978. De outro passo, o SNS adquiriu a característica de *generalidade*, em 1984, por virtude da integração dos serviços médico-sociais das antigas caixas de previdência com os centros de saúde da Direcção-Geral de Saúde e com a criação de uma única direcção-geral para os cuidados de saúde primários. Neste momento sócio-económico e político português proliferava a intervenção de modernos hospitais e centros de saúde geograficamente espalhados pelo país.

Apesar dos seus méritos através da conquista de várias aspirações constitucionais no sentido de *universalidade* e de *generalidade*, o Serviço Nacional de Saúde nunca atingiu o carácter de *gratuidade* a que num momento embrionário almejava. Acresce que, nunca foi um sistema exclusivamente público, na medida em que as unidades de cariz público nunca foram, de todo, as únicas prestadoras de cuidados de saúde em Portugal.

Por duas ordens de motivos: por um lado, sempre existiu um forte sector privado prestador do *interesse público saúde* que «vende cuidados aos cidadãos e empresas e também ao próprio SNS» e, por outro lado, o SNS “partilha”, na generalidade dos casos, recursos humanos com o sector privado em termos tais que, por vezes, são gerados de conflitos de interesses, designadamente quando existe uma relação de emprego permanente com o SNS.

Na década de 90, surgiu a Lei de Bases da Saúde, Lei nº 48/90 que veio inverter a teleologia do sistema existente até a esse momento. Efectivamente, transita para a esfera do cidadão a responsabilidade de defender e promover a sua própria saúde enquanto interesse próprio e menos interesse do Estado.

Aos profissionais do Serviço Nacional de Saúde é admitido o exercício no sector privado, exceptuando os casos de regime ou compromisso em termos de exclusividade com o Estado. De uma outra perspectiva, as entidades privadas e os profissionais liberais passam a ser encarados como parte integrante e de primacial relevância do SNS e da rede nacional de prestação de cuidados, a par da consagração do princípio de gestão empresarial das unidades de saúde. Criam-se incentivos a novas experiências de administração de serviços através de contratos de gestão e, simultaneamente assiste-se a uma substancial desconcentração da estrutura dos serviços centrais para as administrações regionais de saúde.

O Estatuto do SNS aprovado pelo Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de Janeiro estabelece a premissa de que o SNS consiste numa pedra estrutural do edifício do sistema de saúde português, mas já não a *conditio sine qua non* ao dispor do cidadão no acesso ao direito fundamental constitucionalmente assegurado à saúde. O Estado passa a revelar “camadas” de soluções ao cidadão que não passam necessariamente pelo sector público de saúde, consagrando a separação entre *serviço* e *sistema*, de saúde. E, assim, passamos a conceber uma novidade: os estabelecimentos do SNS possuírem uma gestão privada.

Banaliza-se o conceito de o sistema de saúde ser «misto» que, à semelhança de qualquer outro sistema na vida económica de um Estado, passa a ser constituído por agentes públicos e por agentes privados a actuar em legítima concorrência com vista à prossecução do *interesse público saúde*.

Tanto é assim, que o pessoal das unidades públicas de saúde pode «migrar para o sector privado, sem perda de vínculo» com o Estado, mediante licença sem vencimento, facilitando-se a «fuga» de profissionais de relevância estrutural para o eficiente funcionamento dos centros de saúde e dos hospitais que a toda a população pertence, para uma esfera privada, acessível apenas a alguns cidadãos economicamente mais favorecidos.

A *generalidade* ou igualdade no acesso à saúde, conquistada em 1984, leva assim o seu primeiro e *subtil* revés. Institui-se o seguinte paradoxo: cria-se um regime de incompatibilidades pelo qual veda-se ao profissional de saúde do SNS ter contrato ou subvenção com o SNS, ao mesmo tempo que se admite a prática privada dentro dos hospitais (sublinhe-se públicos) por alguns dos profissionais que a eles estão ligados com vínculo definitivo.

A gestão de unidades de saúde pode ser delegável a empresas privadas ou a grupos de médicos mediante concurso público, assim como, podem ser celebradas convenções de âmbito geográfico com grupos de médicos remunerados por tabelas prefixadas.

São igualmente criados contratos-programa com autarquias locais e com instituições privadas de solidariedade social (IPSS, o «terceiro sector»), para as quais são transferidas responsabilidades relacionadas com os cuidados de saúde. Assiste-se, deste modo, a um fenómeno de municipalização, ou seja, a uma devolução de poderes do Estado para as entidades públicas territoriais autónomas, autarquias locais, passando a competir a cada município gerir a saúde dos seus munícipes em conformidade com as suas necessidades e recursos económico-financeiros. Este facto revela, mais uma vez, o ensejo (não claramente assumido) do Estado libertar-se dos encargos e peso que o SNS encerra em si mesmo, pela sua própria natureza, pela sua missão constitucional e pelo enorme leque de incumbências e prestações, muito dispendiosas.

É interessante analisar o Plano Nacional de Desenvolvimento Económico e Social para 2000-2006 (PNEDES), o qual no capítulo relativo às recomendações sobre a coesão económica e social respeitante à saúde recomenda que em termos de *financiamento*, o Estado proceda à separação entre o financiador e o prestador com vista a uma maior transparência no sector e à eliminação ou redução de duplicação de cobertura que «*não só cria macroineficiência e desperdícios, mas também diminui a equidade no acesso e utilização nos cuidados de saúde*».

Este relatório assume ainda que Portugal possui uma posição central na produção e oferta de serviços de saúde, fazendo-o em estreita colaboração com o sector privado (médicos, laboratórios farmacêuticos, meios de diagnóstico e clínicas privadas) e que é o país europeu com maior peso relativo da componente privada no financiamento das despesas de saúde<sup>189</sup>.

#### **1.2.1. A Gestão Descentralizada e Participada do Serviço Nacional de Saúde.**

O Serviço Nacional de Saúde consiste num conjunto vasto de serviços dedicados à prestação de cuidados de saúde de âmbito nacional, inseridos numa estrutura unitária. Por conseguinte, assume uma configuração organizatória ou orgânica complexa, articulada e integrada cobrindo todo o território nacional, em consonância com a exigência constitucional

---

<sup>189</sup> Vide, melhor, in *Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, no âmbito de dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Coimbra, em 2005, de JOSÉ PEDRO LIBERAL, pp. 211 e seguintes. Vide, ainda, ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, “Despesa e défice na saúde: o percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol.XXXVI, Inverno de 2002, pp.1079 e ss. Vide melhor desenvolvido in JORGE ABREU SIMÕES, *Retrato Político da Saúde*, pp.30 a 72.



presente no artigo 64º, nº4 no sentido de o Serviço Nacional de Saúde possuir uma «*gestão descentralizada e participada*»<sup>190</sup>, munido de uma identidade e de uma autonomia próprias.

Importa, contudo, precisar qual seja ao certo o significado da expressão «descentralização». Numa acepção restrita ou própria, a expressão *descentralização* reporta-se à descentralização de tipo territorial ou geográfico, consubstanciada na transferência de poderes, atribuições e competências por parte do Estado para outras pessoas colectivas de base territorial ou de substrato de «população», designadamente as autarquias locais.

Mas, também existe outro sentido para *descentralização* conotada com descentralização institucional ou de serviços<sup>191</sup>, concernente à dispersão de poderes pela miríade de institutos públicos e de empresas públicas (*descentralização institucional*) e, igualmente, à distribuição de competências pela vastidão de associações públicas (*descentralização associativa*)<sup>192</sup>.

Este fenómeno descentralizador ou de devolução de poderes caracteriza-se pela criação de uma diversidade de entidades administrativas públicas dotadas de personalidade jurídica e de autonomia económica e financeira, dedicando-se à prossecução de fins ou de atribuições públicas, tradicionalmente estaduais. Aliás, importa mencionar que este movimento de transmissão de competências e de atribuições no âmbito da Administração Pública contribuiu para o surgimento da denominada «Administração Indirecta»<sup>193</sup> a qual é essencialmente constituída por pessoas colectivas públicas, de tipo institucional (institutos públicos) e por pessoas colectivas de tipo empresarial (empresas públicas), encontrando-se sujeita aos poderes de tutela<sup>194</sup> e de superintendência<sup>195</sup> do Estado, previstos no artigo 199º, alínea d) da Constituição.

---

<sup>190</sup> Ver, neste sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 39/84, de 11 de Abril, com o seguinte teor: «o Serviço Nacional de Saúde (...) 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». Por outro lado, o legislador ordinário incluiu entre as características do Serviço Nacional de Saúde, previstas na Base XXIV da Lei de Bases, a universalidade e generalidade na cobertura, tendencial gratuitidade e equidade no acesso dos utentes, assim como, uma organização regionalizada e uma gestão descentralizada e participada (cfr. Base XXIV, alínea e)).

<sup>191</sup> Outras expressões sinónimas para esta modalidade de «descentralização» são, entre outras, descentralização material, descentralização objectiva, descentralização técnica, descentralização funcional ou devolução de poderes.

<sup>192</sup> Vide, a respeito dos conceitos e de tipologias relativas à «descentralização» e à «devolução de poderes» no seio da Administração Pública, ISABEL CELESTE FONSECA in *Organização Administrativa – Roteiro Prático*, Almedina, Coimbra, 2011, pp.109 e seguintes. Por seu turno, DIOGO FREITAS DO AMARAL considera que «devolução de poderes» consiste no sistema pelo qual parte ou totalidade, em certos casos, de poderes do Estado ou de determinadas pessoas colectivas de população e de território, são postos por lei a cargo de pessoas colectivas de fins singulares. Trata-se, no fundo, de uma transmissão ou transferência de atribuições pertencentes *ab initio* ao Estado ou outra pessoa colectiva de tipo territorial ou de população (v.g. Regiões Autónomas, Autarquias Locais, etc.) para outras entidades, com vista a estas prosseguirem o(s) interesse(s) público(s) que era(m) da égide daquela(s).

<sup>193</sup> No âmbito da organização administrativa portuguesa existem três espécies de Administração Pública, distintas entre si. São elas: 1. Administração Directa ou Central; 2. Administração Indirecta do Estado; 3. Administração Autónoma. A Administração directa ou central é constituída, desde logo, pelo órgão supremo do ente público «Estado» - o Governo. Para além deste órgão, acrescem todos os outros órgãos e serviços dele hierarquicamente dependentes, os quais se inserem na pessoa colectiva pública Estado, encontrando-se, por isso, sujeitos ao poder de direcção.

Quer os institutos públicos, como as empresas públicas encontram-se sujeitos à tutela do Governo, através da qual este fica habilitado a exercer controlo ao nível da legalidade ou do mérito da actuação daqueles com vista, nomeadamente, a assegurar que a entidade tutelada cumpra as leis em vigor e adopte as soluções mais vantajosas do ponto de vista da conveniência e da oportunidade para o interesse público.

Outro poder governamental a que estas entidades têm de se submeter é o poder de superintendência que se traduz na possibilidade de o Governo definir as linhas mestras de actuação, as directrizes, as orientações gerais (*guidelines*), assim como, as metas a atingir. Temos, portanto, dois poderes que o Estado, representado pelo seu órgão superior (Governo) pode exercitar sobre a actuação das diversas empresas públicas e institutos públicos que têm por missão a prestação de cuidados de saúde, de uma dupla perspectiva ou vertente.

Por um lado, através da *tutela*, o Estado controla o funcionamento dessas entidades; por outro lado, através da *superintendência* vai mais longe e define os objectivos e a própria orientação da conduta desempenhada por aqueles entes públicos.

O princípio da descentralização da Administração Pública é assumido pela Constituição, no seu preceito do artigo 267º, nº2, como um pilar da organização administrativa, mediante o qual «(...) a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção da Administração e dos poderes de direcção, superintendência e tutela dos órgãos competentes», devendo, para o nosso propósito, ser articulado com o nº 1: «A Administração Pública deverá ser estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas (...)».

Pese embora, o preceito do artigo 64º, nº4 não faça qualquer menção no que se refere ao estabelecimento por lei de formas adequadas de desconcentração administrativa, a verdade é que elas serão sempre de admitir no sector público de saúde, em conformidade com o nº2 do artigo 267º, da Constituição da República Portuguesa<sup>196</sup>.

Será igualmente relevante recordar o teor do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 731/95, de 14 de Dezembro, a respeito da descentralização “aplicada” ao Serviço Nacional de Saúde, referida aliás, no artigo 64º, nº4, da Constituição da República Portuguesa: «(...) a gestão «descentralizada» que o nº4, do artigo 64º, da Constituição impõe ao Serviço Nacional de Saúde só pode significar que este não deve fazer parte da Administração Directa do Estado – não sendo, por isso, constituído por órgãos e serviços integrados na pessoa colectiva Estado,

---

<sup>196</sup> Neste sentido, JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, no âmbito de dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Coimbra, 2005, pp.220.

hierarquicamente dependentes do Governo e sujeitos ao poder de direcção deste -, mas antes da Administração Indirecta do Estado, constituindo uma ou várias pessoas colectivas distintas deste, e sujeito ao poder de superintendência do Governo. Por outras palavras, o SNS deve ser uma manifestação da «descentralização técnica ou por serviços».

E, em consonância com o supra citado artigo 64º, o legislador ordinário procedeu à criação de um Serviço Nacional de Saúde dotado de uma gestão descentralizada<sup>197</sup>, constante da Lei de Bases da Saúde (LBS). Senão vejamos.

Neste sentido, tendente à *descentralização* na saúde, na Base XXIV da Lei de Bases de entre as características principais do Serviço Nacional de Saúde, foi introduzida a necessidade daquele Serviço possuir uma organização regionalizada e uma gestão descentralizada. Num segundo aspecto, no que concerne em particular à *organização do território* para o sistema de saúde, da Base XVIII, constante na LBS consta que a divisão do território nacional faz-se em regiões de saúde que, por sua vez, surgem subdivididas em sub-regiões de saúde, existindo ainda áreas de saúde correspondentes às áreas dos concelhos.

Numa terceira linha, a Lei de Bases da Saúde, na Base XXVI, nº1, impôs que o Serviço Nacional de Saúde haveria de ser objecto de tutela por parte do Ministro da Saúde e administrado, em cada região de saúde, pelo Conselho de Administração da Administração Regional de Saúde respectiva.

Procedeu igualmente à estipulação, na Base XXVII, da responsabilização que recai sobre as Administrações Regionais de Saúde, referindo que estas são responsáveis pela saúde das populações da respectiva área geográfica, coordenando a prestação de cuidados de saúde de todos os níveis e adequando os recursos disponíveis às necessidades.

Na senda da descentralização de serviços, constitucionalmente exigida, a Lei de Bases da Saúde, na Base XXVI nº2 e na Base XXVIII, estabeleceu a criação de um coordenador sub-regional de saúde, em cada sub-região, com as atribuições que lhe forem delegadas pelo conselho de administração da Administração Regional de Saúde e de uma Comissão concelhia de saúde, em cada concelho com funções de órgão consultivo da Administração Regional de Saúde da respectiva área de actuação, conforme estipulam a Base XXVI nº2 e a Base XXIX.

Em momento ulterior, a Lei de Bases da Saúde, mais concretamente, as suas Bases XVIII, XXVI, XXVII, XXVIII e XXIX vieram a ser objecto de regulamentação jurídica por parte do Governo, mediante a criação do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde aprovado pelo Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de Janeiro e, do mesmo modo, pelo Regulamento das

---

<sup>197</sup> Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Organização Administrativa da Saúde, – Relatório sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.99: «Do princípio da gestão descentralizada – quer em termos funcionais, quer em termos territoriais – tem sido retirada a imposição de o SNS não estar integrado na Administração directa do Estado mas antes na indirecta (Acórdão do Tribunal Constitucional nº 34/89) (...)».

Administrações Regionais de Saúde, com aprovação pelo Decreto-lei nº 335/93, de 29 de Setembro.

Com efeito, o Estatuto Serviço Nacional de Saúde contribuiu para a descentralização no âmbito da saúde, na medida em que veio instituir a criação de cinco regiões de saúde principais<sup>198</sup>, a região Norte, região Centro, região de Lisboa e Vale do Tejo, região do Alentejo e região do Algarve. Estas viriam a repartir-se por sub-regiões de saúde correspondentes às áreas dos distritos do continente<sup>199</sup> e em áreas de saúde reportáveis ao domínio territorial de cada município<sup>200</sup>.

De acordo com o disposto nos nº1 e nº2 do artigo 6º, cada região de saúde tem a sua correspondente Administração Regional de Saúde, dotada de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, bem como, património próprio. Caberá, pois, a cada região dedicada à prestação de cuidados de saúde, o desempenho de funções ao nível do planeamento, distribuição de recursos, orientação e coordenação de actividades, gestão de recursos humanos, apoio técnico e administrativo e ainda de avaliação do funcionamento das instituições e serviços prestadores de cuidados (nº3).

Nos termos do artigo 6º, nº4, do Estatuto do SNS previa-se a elaboração futura, por parte do Governo, de um Decreto-Lei que tivesse por fim a aprovação do Regulamento das Administrações Regionais de Saúde (RARS), tendo vindo a concretizar-se este desiderato, por via da criação do Decreto-Lei nº 335/93, de 29 de Setembro.

Em conformidade com o disposto no artigo 1º, nº1 do RARS, as Administrações Regionais de Saúde são pessoas colectivas de direito público, dotadas de autonomia administrativa e financeira, além de deterem património próprio, exercendo a sua actividade sob tutela do Ministro da Saúde, na respectiva área de actuação circunscrita às regiões de saúde.

No que diz respeito aos conselhos de administração, assim como, aos coordenadores sub-regionais de saúde, aos conselhos regionais de saúde e às comissões concelhias de saúde, a respectiva natureza e as suas atribuições e funções encontram previsão no Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, mais precisamente, nos preceitos dos artigos 7º, 8º, 9º, 10º e 11.

Todas estas entidades, instituições, organismos e órgãos não se encontram sob a égide directa do poder central do Estado, escapando ao seu poder hierárquico de « direcção » com o inerente dever de acatamento e de obediência<sup>201</sup>, encontrando-se porém sujeitas, aos poderes

---

<sup>198</sup> Vide o artigo 4º, do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde.

<sup>199</sup> Vide o artigo 5º, nº1 do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde.

<sup>200</sup> Vide o artigo 5º, nº2 do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde.

<sup>201</sup> O poder de direcção pertencente ao superior hierárquico encontra como limite absoluto do artigo 271º, nº3, da Constituição da República Portuguesa: « Cessa o dever de obediência (...) implique a prática de qualquer crime »).

de tutela e de superintendência, porquanto estão integradas na Administração Indirecta do Estado.

Deste modo, as políticas adoptadas pelas Administrações Regionais de Saúde correspondem às «normas e directivas emitidas pelo Ministério da Saúde»,<sup>202</sup> em cumprimento do constante na Base XXVII, nº1, da Lei de Bases da Saúde. Com efeito, o Serviço Nacional de Saúde possui uma gestão descentralizada, tal como o artigo 64º, nº4 estipula, visto que no desempenho de actividades relacionadas com os cuidados de saúde intervêm activamente imensas entidades, ao nível primário (centros de saúde, clínicas e misericórdias), ao nível intermédio, ou seja, nos cuidados de saúde diferenciados (hospitais) e ao nível dos cuidados continuados de saúde (certos hospitais, misericórdias e instituições de solidariedade social, as IPSS).

A exigência da «gestão participada», com previsão constitucional no artigo 267º, nº1, «(...) assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva (...)», implica a existência de participação de associações de utentes e de associações de profissionais de saúde na própria gestão do Serviço Nacional de Saúde.

Este princípio vem, de certo modo, conceder legitimidade às entidades privadas e aos cidadãos em geral no sentido de intervirem activamente na sociedade e nos diferentes segmentos da própria Administração Pública, com participação na gestão dos serviços administrativos.

Este princípio de gestão participada representa, aliás, uma densificação do preceito do artigo 2º, na parte em que refere que «(...) é um Estado de Direito Democrático (...) visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia representativa», bem como, do artigo 9º, alínea c), no aspecto em que impulsiona a sociedade civil no empenho de questões relacionadas com os direitos económicos, sociais e culturais («(...) incentivar participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais»)<sup>203</sup>.

No que especialmente concerne ao direito à saúde, tem-se revelado perante a actual crise do Estado Social, como sendo absolutamente imprescindível a iniciativa e o dinamismo da intervenção de privados na prestação de cuidados de saúde, nos diversos níveis, primário, diferenciado e continuado.

---

<sup>202</sup> Cfr., neste sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 731/95, de 14 de Dezembro. Vide, igualmente, JOSÉ PEDRO LIBERAL, *Direito Fundamental à Protecção da Saúde, (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, no âmbito de dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, 2005, Coimbra, pp. 220.

<sup>203</sup> (itálico nosso) Como assinala JOSÉ PEDRO LIBERAL, a propósito do artigo 9º da Constituição, o legislador constituinte procura valorizar e enaltecer a iniciativa do cidadão, isolado ou no seio de associações, na via activa da sociedade civil e do Estado, mais concretamente, nos procedimentos legislativos e administrativos, assim como, nas decisões que se revelem susceptíveis de interferir na sua esfera jurídica. Vide, deste Autor, *Direito Fundamental à Protecção da Saúde, (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, no âmbito de dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, 2005, Coimbra, pp. 221.

Tenha-se presente a posição de JOSÉ PEDRO LIBERAL: «ainda que pertença ao Estado o poder e dever de intervir, para que todos os cidadãos tenham acesso aos cuidados de saúde, a forma como essa intervenção pode e deve ser realizada, *deve ser uma decisão de todos os cidadãos* e não um acto de puro voluntarismo do poder legislativo».

Revela-se da parte de todos os sectores da sociedade e da economia, o incremento do incentivo à tomada de posição do cidadão, expondo os seus pontos de vista, as suas expectativas, as suas queixas e desejos, apresentando as suas sugestões sobre um sistema de saúde, que vai enfraquecendo progressivamente ao mesmo tempo que a pirâmide demográfica se vai invertendo, com a diminuição da taxa de natalidade, aumento exponencial da esperança média de vida, com uma população activa incapaz de fazer face às necessidades crescentes da população envelhecida.

É particularmente importante a actuação dos profissionais de saúde, os quais têm o poder-dever de participar neste processo tendente à sustentabilidade, manutenção e evolução do sector da saúde, dando o seu inestimável contributo, que oferece a perspectiva vista de «dentro» do próprio sistema, pondo a “nu” os reais problemas, insuficiências e lacunas de um sector cada vez mais problemático, por força do crescimento das despesas, da falta de condições técnicas e científicas adequadas a resolver as inúmeras questões quotidianas, e pelo desincentivo sentido pelas várias classes de profissionais desta área, tais como médicos, enfermeiros e pessoal auxiliar.

Não é suficiente para a construção de um sector de saúde que se pretende mais eficaz, justo e equitativo, o papel do legislador circunscrito à elaboração de leis, decretos-leis e regulamentos, nem a mera existência de um Estado que se afirma “Social”, sem o ser. Imprescindível é a intervenção do cidadão-utente do *serviço público* de saúde e simultaneamente a participação dos respectivos prestadores desse mesmo serviço, pois eles, mais que ninguém, estão habilitados a pronunciar-se sobre o Serviço Nacional de Saúde em geral e sobre a prestação de cuidados de saúde nas diversas unidades de saúde, privadas e públicas, em particular.

Porém, tal como salienta o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 731/95, de 14 de Dezembro, o preceito constitucional do artigo 64º, nº4 não especifica quais as formas e os graus de intensidade no modo de participação dos privados na gestão do Serviço Nacional de Saúde, existindo, todavia, um núcleo impositivo através do qual a Constituição impõe a criação de órgãos no seio dos quais os utentes e profissionais de saúde do Serviço Nacional de Saúde se vejam representados. Assim é, porquanto aquele preceito constitucional prescreve que o

Serviço Nacional de Saúde seja gerido em função do mecanismo de representação<sup>204</sup> de interesses através da existência de representantes, em sede de órgãos consultivos, dos vários grupos de interessados na prestação de cuidados de saúde inseridos no SNS.

Perante este circunstancialismo, o Tribunal Constitucional considera que a Lei de Bases da Saúde, o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, bem como, o Regulamento das Administrações Regionais de Saúde, encerram em si mesmos, o desiderato pretendido pela Constituição, porque fomentam a efectividade do princípio da gestão participada no âmbito da saúde, sobretudo no que concerne aos estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde pertencentes ao Serviço Nacional de Saúde.

### **1.2.2. Os Princípios da Universalidade, da Generalidade e de *Tendencial* Gratuitude. A garantia constitucional de *continuidade* do Sector Público dos meios de produção e o Princípio de Subsidiariedade na intervenção económica pública.**

O acesso aos cuidados de saúde pode ser perspectivado essencialmente sob dois sentidos de *equidade*, um restrito e um amplo. Numa acepção restrita, o acesso à saúde abrange a obtenção das diversas prestações em matéria de saúde, sendo por isso, uma espécie de «acesso» que levanta questões de justiça relativamente às instituições cuja actuação em conformidade com os princípios de justiça é encarada como um dado adquirido.

De uma perspectiva ampla de «acesso» à prestação de cuidados de saúde, temos de ter em consideração factores diversos como a geografia, a política de saúde, a demografia, os estudos de micro e macroeconomia da saúde, de sociologia, de teoria das organizações<sup>205</sup>.

Para além destes elementos contextuais em que tem de ser inserido o acesso à saúde pelo utente, assume-se como determinante e central o valor da *equidade* conotado com o *distributivamente correcto ou justo, como o acesso do cidadão a um bem ou serviço público*

---

<sup>204</sup> Com o propósito de promover a participação activa dos cidadãos no projecto de definição da política da saúde, a Base II, nº1, alínea g) determina que caberá ao Governo incentivar a participação dos indivíduos e da sociedade com vista ao desenvolvimento da política de saúde e no planeamento e controlo do funcionamento dos serviços de saúde. Foi, igualmente, prevista a criação de um Conselho Nacional de Saúde, no qual farão parte os representantes dos utentes, eleitos pela Assembleia da República, designadamente dos subsistemas de saúde (Base VII, nºs 2 e 3). A par deste Conselho, ainda não concretizado, também foram projectadas comissões concelhias de saúde que, no fundo, consistem em órgãos consultivos das Administrações Regionais de Saúde (Base XXIX). Da Lei de Bases da Saúde consta enquanto direito do utente, o direito de constituir entidades que colaborem com o sistema de saúde através de associações destinadas à promoção e incentivo de protecção da saúde e de «grupos de amigos» dos estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde. Os utentes, enquanto cidadãos interessados na melhoria do serviço de saúde poderão prestar o seu «auxílio», desempenhando um papel crítico pro-activo, encontrando-se esta possibilidade expressamente prevista num leque de normas concretizadoras da Lei de Bases indo, deste modo, ao encontro do ensejo do artigo 64º, nº4 da Constituição, «o serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e *participada*» necessariamente articulado com o respectivo nº1 que prescreve que «todos têm direito à protecção da saúde e o *dever de a defender e promover*». Neste sentido, JOSÉ PEDRO LIBERAL, «ainda que seja o Estado a poder e dever intervir, para que todos os cidadãos tenham acesso aos cuidados de saúde, a forma como essa intervenção pode e deve ser realizada, *deve ser uma decisão de todos os cidadãos* e não um acto de puro voluntarismo do poder legislativo» (itálico e negrito nosso), in *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde, (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, no âmbito de dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Coimbra, 2005, pp.222.

<sup>205</sup> Neste sentido, vide LUIS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Vol.I, Coimbra, 2007, pp. 85 e 86.



*colectivo e às prestações em que este deve ser consubstanciado, independentemente de terem sido ou não organizadas*, com base numa análise do encontro entre oferta e procura no mercado de saúde, progressivamente privado.

Acresce, sob uma outra perspectiva, que nesta concepção lata de *equidade no acesso à saúde* encontram-se integrados os factores potenciais de obtenção de cuidados, *estruturais* (sistema de saúde visto como um todo), *individuais* (condições económico-sociais e características ou predisposições pessoais do utente, isoladamente considerado) e igualmente, os aspectos que se prendem com o acesso efectivo por parte do utente, avaliados em termos objectivos mediante a utilização de critérios matemáticos e economicistas (estatísticas e gráficos de mensurabilidade) e em termos subjectivos, através de índices como o da *satisfação e qualidade dos serviços de saúde*.

Os princípios estruturantes da universalidade<sup>206</sup>, generalidade e de *tendencial gratuidade*<sup>207</sup> consagrados no artigo 64º da Constituição têm uma relação intrínseca e

---

<sup>206</sup> No que concerne ao princípio da universalidade podemos referir, desde logo, que se trata de um princípio comum ao catálogo de direitos, liberdades e garantias e ao leque de direitos económicos, sociais e culturais, expandindo-se aos demais direitos da ordem jurídica portuguesa. O princípio em análise significa que *«todos quantos fazem parte da comunidade política fazem parte da comunidade jurídica, são titulares dos direitos e deveres aí consagrados; os direitos fundamentais têm ou podem ter por sujeitos todas as pessoas integradas na comunidade política, no povo»*.

Existe um vínculo ou ligação indissociável entre o princípio da universalidade e o princípio da igualdade; contudo, um não se confunde nem engloba o outro. Simultaneamente relacionam-se e distinguem-se um do outro. Com efeito, em conformidade com a significância do princípio da universalidade *«todos têm todos os direitos e deveres»*; segundo o princípio da igualdade *«todos ou, em certos casos ou condições, apenas alguns têm os mesmos direitos e deveres»*. Quer dizer, ao passo que o princípio da universalidade respeita aos destinatários das normas, o princípio da igualdade reporta-se ao seu conteúdo. Aquele princípio é essencialmente quantitativo, este tem um cariz qualitativo.

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos artigos 2º e 7º, assim como, a Constituição operam uma distinção ao nível do tratamento jurídico revelada pelos artigos 12º (nº1 - *«Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição»*) e 13º (nº1 - *«Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei»*). Contudo, importa ressaltar o facto de existirem direitos que não pertencem a todas as pessoas, mas somente a algumas *categorias* de pessoas, em virtude de circunstancialismos ou porque são possuidoras de *status quo* que exijam essa diferenciação jurídico-constitucional, como designadamente, a situação económico-social (direitos dos trabalhadores, dos consumidores) as condições físicas ou mentais (direitos das pessoas portadoras de deficiência), as relações familiares (direitos dos pais, dos filhos, dos cônjuges), da idade (direitos das crianças, dos jovens e dos idosos), entre outros. De facto, seja qual for a situação ou condição especial ou particular que mereça um tratamento jurídico específico face aos demais cidadãos, a verdade é que nem assim consideramos que o princípio da universalidade é afastado; ele manifesta-se mesmo nessas situações especiais. Assim é, porque tal como assinala JORGE MIRANDA, o princípio da universalidade tem expressão a dois níveis: num nível, ele *«representa um limite à desagregação da comunidade política, à dispersão de tantos e tais direitos por tantas e tais categorias que se pusesse em causa o cerne dessa comunidade»*; num segundo aspecto, *«na interior de cada uma das categorias ou em relação a cada uma das situações especiais previstas, os direitos têm de ser atribuídos a todos que lhe pertençam ou que aí se encontrem»*.

Neste sentido, Vide JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp.215 e seguintes.

<sup>207</sup> A respeito da *«gratuidade»*, refere J.J. ALMEIDA LOPES, que o conceito assumido pela Constituição granjeia um sentido «normativo» visando como desiderato fulcral garantir aos utentes do Serviço Nacional de Saúde que não terão de arcar individualizadamente com os custos das prestações de saúde de que beneficiam. E, nestes termos, já será aceitável e conciliável com a *«gratuidade»* a que a Constituição faz menção, a exigência do pagamento de *«taxas moderadoras»* pelo utente, porquanto estas taxas apenas têm por finalidade a racionalização da utilização das prestações de cuidados de saúde.

Ainda a propósito da questão relacionada com a eventual inconstitucionalidade e compatibilidade legal entre a *«gratuidade»* no acesso à saúde e a imposição do pagamento de taxas moderadoras, pronunciou-se o Tribunal Constitucional (TC), no Acórdão nº 330/98 (Boletim do Ministério de Justiça, 4386-180) tendo decidido no sentido da *«constitucionalidade»*. O argumento principal aduzido pelo Tribunal Constitucional foi o seguinte: na medida em que o legislador parlamentar possuía legitimidade para incluir entre as bases do SNS a Base relativa à exigibilidade de *«taxas moderadoras»*, então por maioria de razão, também o Governo se encontrava legitimado para no Decreto-Lei nº 57/86 proceder ao estabelecimento efectivo dessas taxas, com a condição de no momento de edição ou concretização dessas normas, o legislador governamental não *«subverta»* o conteúdo mínimo da *«gratuidade»* e/ou não coloque em causa os princípios da universalidade e generalidade, o que não sucedeu. Deste modo, o legislador governamental ao assegurar o respeito pelos princípios estruturantes do Serviço Nacional de Saúde, mencionados no artigo 64º, nº2, actuou em conformidade com a Constituição, sendo admissível a imposição do pagamento de taxas moderadoras ao utente do SNS.



indissociável com a *justiça social*, representando *conditio sine qua non* para o equilíbrio entre a dimensão individual do cidadão possuidor do direito social à saúde e a dimensão colectiva ou socializante do direito à saúde que a toda a comunidade pertence em termos conformes à distribuição equitativa próprias de um Estado Social.

Podemos pugnar pela existência, a respeito da ligação entre aqueles princípios de valor constitucional, de uma verdadeira exigência jurídico-axiológica do direito fundamental à saúde, enquanto feixe deontológico que opera a síntese entre o *suum* e o *commune*, no que à saúde concerne, e ao qual o próprio Estado tem de sujeitar na sua actuação política, legislativa, jurisdicional e administrativa.

Deste modo, os princípios de universalidade e generalidade e de *tendencial* gratuitidade assumem-se, no âmbito da prestação de cuidados de saúde, como *princípios específicos de repartição*<sup>208</sup> e de *justiça social*, os quais o Estado não pode olvidar porquanto encerram em si mesmo condições indispensáveis de acesso à prestação de cuidados de saúde por parte do cidadão-utente, constitucionalmente assegurado.

## 2. Os Subsistemas de Saúde. Coexistência com o Serviço Nacional de Saúde.

Em Portugal, tem-se vindo a verificar um fenómeno no sector da saúde ao qual se atribui a designação de «*tiering*», pretendendo-se reportar a uma espécie de «segmentação» no seio do sistema de saúde, em virtude da existência de uma multiplicidade, rica na sua diversidade, de sistemas dedicados à prestação de cuidados de saúde<sup>209</sup>. Tal fenómeno deve-se à existência de diversos subsistemas de saúde, encarada como algo positivo, na medida em que contribuem para o incremento de concorrência no sector da saúde benéfica ao aperfeiçoamento na prestação de cuidados de saúde, à qual acresce uma inegável função de desanuviamento ou descompressão do SNS, com menor capacidade de dar resposta eficaz às solicitações dos seus utentes.

Esta polarização de sistemas de saúde, no âmbito de um serviço público de saúde que se caracteriza pela sua universalidade e generalidade, consubstancia-se na possibilidade que os

---

O Tribunal Constitucional foi igualmente chamado a pronunciar-se a respeito do despacho do Ministro dos Assuntos Sociais datado de 18 de Janeiro de 1982 (constante no Diário da República, II Série, nº29, de 4 de Fevereiro de 1982), o qual aprovou a tabela hospitalar para o ano de 1982, tendo considerado, no seu Acórdão nº 92/85 (Boletim do Ministério de Justiça, 360 (S)-393) que não existia qualquer inconstitucionalidade com base em eventual violação dos princípios de gratuitidade e de universalidade do SNS, porquanto esse despacho é somente aplicável aos subsistemas de saúde e visa apenas a repartição e distribuição dos encargos entre os hospitais públicos e esses subsistemas. Vide J.J. ALMEIDA LOPES, Constituição da República Portuguesa, 6ª rev. Anot., Almedina, Coimbra, 2005, pp.409 e 410.

<sup>208</sup> Neste sentido, vide LUIS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007, pp.87: « (...) a nossa óptica a da pessoa e do cidadão na sua relação com a sociedade de que é membro, quanto às pretensões ou exigências de atenção e assistência, a que tem justo direito».

<sup>209</sup> Sobre esta temática, vide a análise profunda de RUI NUNES e GUILHERMINA REGO, «*Prioridades na Saúde*», McGraw Hill, 2002, pp. 89 a 94.

respectivos utentes possuem em adquirir serviços de saúde adicionais, como alternativa aos cuidados de saúde “estritamente indispensáveis” que são prestados no âmbito do Serviço Nacional de Saúde.

O «*tiering*» revela-se essencialmente de duas formas, a primeira, através da segmentação da procura e pela diferenciação da oferta ao nível dos cuidados de saúde (primários, diferenciados e continuados), perante a ausência de serviço público garantido em termos de universalidade; e, neste caso, temos os «subsistemas» de saúde. Numa segunda vertente, o «*tiering*» traduz-se numa segmentação da procura e pela diferenciação da oferta através de um serviço público e de serviços adicionais.

Através desta segunda modalidade de «*tiering*», que vigora em Portugal, é dada ao utente a possibilidade de adquirir serviços adicionais em alternativa aos serviços de saúde disponibilizados ou fornecidos pelo Serviço Nacional de Saúde.

Com efeito, entre nós, temos um sistema público pautado pela universalidade e generalidade em que o cidadão utente, isolado ou organizado em colectividade profissional ou outra (v.g. sindical), ao invés de optar por este acesso universal que lhe é facultado pelo Estado, decide celebrar um contrato ou acordo de *natureza voluntária* quando assenta num contrato com uma seguradora privada de saúde pela qual manifeste a sua preferência ou, de *natureza obrigatória* quando esse acordo resulte de um mecanismo de «*solidariedade compulsiva intragrupal*», designadamente, os seguros profissionais ou «seguros de empresa».

Os seguros privados voluntários e alternativos de saúde consistem em sistemas que estão vocacionados para a prevenção de riscos, cuja configuração é triangular com três intervenientes, o doente, o estabelecimento de prestação de cuidados de saúde, a seguradora vista como uma terceira entidade que paga ao prestador/fornecedor de saúde, as despesas inerentes aos cuidados de saúde usufruídas pelo seu cliente-doente e que, em contrapartida, recebe os «prémios de seguro» por parte dos seus segurados.

No que respeita à primeira espécie de «*tiering*», verificamos que é própria dos países em que não existe um sistema público de saúde, de que é caso paradigmático os EUA, no âmbito do qual os cidadãos encontram-se repartidos em diversos grupos de saúde, tendo aqueles apenas o acesso preferencial a um único e exclusivo subsistema de saúde.

Em Portugal, em conformidade com as regras inerentes à segunda tipologia de segmentação, a existência de diversos subsistemas de saúde, assim como, a existência de clínica privada em regime liberal, implica o preenchimento de dois requisitos decisivos: 1. A existência de um nível básico de prestação de cuidados de saúde susceptível de assegurar a igualdade no acesso à saúde; 2. A existência de vários níveis de prestação de cuidados de saúde que não interfiram com a adequada organização e funcionamento do Serviço Nacional

de Saúde, designadamente, com o acesso universal à prestação de cuidados de saúde essenciais.

Os subsistemas de saúde coexistentes com o SNS<sup>210</sup>, no desempenho das funções de prestação de serviços de saúde, têm como limite intransponível, o harmonioso funcionamento do serviço público de saúde que é proporcionado pelo Estado ao utente. Aqueles subsistemas não poderão representar, por isso, um efeito perturbador para o normal funcionamento e actividade do Serviço Nacional de Saúde.

Particularmente, no que concerne ao «*tiering*» no sector de saúde português, existem três linhas diferentes de actuação ao nível dos cuidados de saúde, a par do Serviço Nacional de Saúde. São eles os seguintes: 1. Os subsistemas cuja adesão tem cariz obrigatório, como é o caso da ADSE, SAMS, SÃVIDA, entre outros; 2. Os seguros privados de base individual ou colectiva (Multicare, Advance Care, Médis, Tranquilidade), de carácter voluntário ou facultativo os quais funcionam em complementaridade com o seguro público de saúde, “preenchendo” as omissões, ou seja, os riscos não cobertos por este; 3. A clínica privada<sup>211</sup> em regime liberal, cujo acesso por parte do doente apenas depende da respectiva vontade e, sobretudo, da sua capacidade económica.

Em termos legislativos, a propósito da possibilidade de serem criados e incentivados diversos subsistemas de saúde, a Lei de Bases de Saúde (LBS) contempla a hipótese de a lei estipular os incentivos necessários ao estabelecimento de seguros de saúde. Em momento posterior, concretizando a LBS, o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde<sup>212</sup> vem claramente admitir a existência de seguros alternativos de saúde mediante a celebração de contratos de seguro pelas quais as seguradoras aceitam assumir perante o respectivo beneficiário, a totalidade ou parte da responsabilidade pela prestação de cuidados de saúde.

---

<sup>210</sup> O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão nº 92/85, de 18 de Junho, em momento prévio à aprovação da Lei de Bases de Saúde, pronunciou-se acerca da matéria respeitante à participação dos subsistemas de saúde nos encargos do Serviço Nacional de Saúde. Este acórdão reportou-se, igualmente, a um Despacho do Ministro dos Assuntos Sociais de 18 de Janeiro de 1982 o qual referia que os beneficiários dos subsistemas de saúde não veriam ser-lhes cobradas directamente quaisquer quantias relativas ao custo efectivo da prestação de saúde, sendo sim debitado, directamente pelo respectivo valor real, ao subsistema responsável por esse pagamento (cfr. ponto 6 do citado Despacho).

<sup>211</sup> A expressão ou terminologia «clínica privada» é utilizada num sentido lato, porquanto pretende abarcar uma realidade vastíssima ao nível da prestação de cuidados de saúde (v.g. medicina em *sentido estrito*, medicina dentária, etc.), a qual é constituída por inúmeros institutos privados de saúde ou de «descanso» do «doente continuado» ou do idoso (“Casas de Repouso”), bem como, estabelecimentos criados, geridos e controlados por particulares ou outros entes do sector privado cuja actividade de prestação de serviços de saúde tem por grande finalidade, o lucro, ao invés de possuir como escopo central ou primacial, a prossecução do interesse público «saúde», encarado como direito constitucional que a todo o cidadão deve, em igualdade de condições, ter acesso. A «clínica privada» no seio da qual operam médicos de toda a especialidade, enfermeiros e outro tipo de profissional, em regime liberal, rege-se pelo corpo de regras e de regulamentos impostas pelas Ordens Profissionais respectivas, Ordem dos Médicos, Ordem dos Enfermeiros, Ordem dos Dentistas, etc.

<sup>212</sup> Vide o teor do artigo 24º, do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, sob a epígrafe de «Seguro Alternativo de Saúde»: nº1 – podem ser celebrados contratos de seguro por força dos quais as entidades seguradoras assumam, no todo ou em parte, a responsabilidade pela prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do SNS; nº 2- (...) não podem, em caso algum, restringir o direito de acesso aos cuidados de saúde e devem salvaguardar o direito de opção dos beneficiários, (...). Nestes termos vem, pois, a ser admitida a possibilidade de seguros facultativos e alternativos de saúde, não podendo, enquanto tal, restringir o direito de acesso aos cuidados de saúde fornecidos pelo serviço público de saúde (SNS).

Efectivamente, o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, no seu preceito do artigo 23º, nº1, alínea b), vem determinar que relativamente aos encargos resultantes com as despesas dos cuidados de saúde, para além do Estado, no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, respondem igualmente os subsistemas de saúde<sup>213</sup>. E, por seu turno, o Tribunal Constitucional<sup>214</sup> considerou que a existência de subsistemas de saúde não colocava em causa os princípios estruturantes do Serviço Nacional de Saúde, uma vez que sobre o beneficiário dos subsistemas de saúde não foi imposto qualquer pagamento pelos serviços prestados.

De facto, o Tribunal Constitucional entendeu que com os subsistemas de saúde, haveria lugar a uma mera repartição de encargos entre estes e os hospitais do sector público, pelo que não resultaria qualquer desvantagem para o utente-beneficiário, nem qualquer violação dos princípios supra citados. Contudo, a verdade é que os cidadãos que possuem serviços médicos de assistência complementares, de empresa ou profissionais, não usufruem de acesso gratuito aos cuidados de saúde prestados no seio do Serviço Nacional de Saúde<sup>215</sup>.

Acresce, por outro lado, que os pagamentos dos cuidados de saúde realizados por parte de terceiros pagadores, os «subsistemas de saúde», acabam indirectamente por ser remunerados pelos beneficiários<sup>216</sup>.

JOSÉ PEDRO LIBERAL enuncia a existência de alguns aspectos menos claros resultantes da admissibilidade de subsistemas de saúde, com particular atinência, no que respeita à universalidade, tendencial gratuitidade (ou equidade) e igualdade no acesso à saúde, por esta ordem de razões<sup>217</sup>. Primeira, a existência de serviços de saúde que são da exclusividade de determinadas pessoas, em razão da sua categoria profissional, como é o caso dos serviços de saúde militares que estão ao dispor dos membros das forças armadas e militarizadas e seus familiares, levanta dúvidas quanto à igualdade e quanto à necessidade de existir tal subsistema, num clima de paz como o actual, na medida em que esses serviços acarretam elevadas despesas para o contribuinte, devidas ao elevado nível de recursos utilizados.

Para além desta situação, temos outra que se prende com o acesso dos beneficiários dos sistemas de saúde às consultas externas dos hospitais públicos, a qual dispensa qualquer referência médico-administrativa, contrariamente ao que sucede com os beneficiários do SNS,

---

<sup>213</sup> Neste sentido, *vide* a Lei de Bases da Saúde, mais concretamente, a Base XXXIII, que se reporta à questão do financiamento do SNS, mencionando que os estabelecimentos públicos de saúde inseridos no SNS recebem na qualidade de “receitas próprias” o pagamento dos cuidados de saúde por parte de “terceiros pagadores”, legal ou contratualmente responsáveis, v.g. seguradoras e subsistemas de saúde.

<sup>214</sup> *Vide* melhor desenvolvido in Acórdão do Tribunal Constitucional nº 92/85, de 18 de Junho, quando confrontado com o pedido de apreciação da constitucionalidade da iniciativa do Provedor de Justiça, cujo teor baseava-se na pretensa violação dos princípios da universalidade e da gratuitidade do Serviço Nacional de Saúde consagrados no artigo 64º, nº2, alínea a), da CRP.

<sup>215</sup> Neste sentido, JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde, (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, no âmbito de dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Coimbra, 2005, pp.228.

<sup>216</sup> Em conformidade com a Base XXXIII, nº2, alínea b), da Lei de Bases.

<sup>217</sup> *Vide* JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde, (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, no âmbito de dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Coimbra, 2005, pp.228 e 229.

porquanto estes têm de apresentar aquela referência como condição de acesso àquelas consultas. Este é, aliás, um facto substancial que suscita críticas do ponto de vista da igualdade, porque é reconhecido um tratamento distinto para situações idênticas. Deste modo, o corolário do princípio de igualdade material traduzido em tratar com igualdade situações idênticas, *e com desigualdade situações desiguais*, com cariz constitucional, é posto em causa.

Acresce ainda uma terceira situação duvidosa da perspectiva da igualdade no acesso ao serviço de saúde, que consiste na opção de escolha efectivamente colocada ao dispor dos beneficiários dos subsistemas. A existência de uma multiplicidade de subsistemas de saúde concede aos respectivos beneficiários a possibilidade de escolherem benefícios de vária espécie dentro de um leque diversificado.

Porém, tal como refere JOSÉ PEDRO LIBERAL, «quem mais cuidados utiliza não é, necessariamente, quem mais deles precisa, (...) sendo os desempregados, os mais pobres e os que possuem empregos menos diferenciados, que mais necessitam de cuidados de saúde, que apenas têm a cobertura do Serviço Nacional de Saúde»<sup>218</sup>.

A existência de uma imensidão de benefícios complementares de saúde proporcionados pelos vários subsistemas de saúde, apenas a uma franja específica da população utente, (respectivos beneficiários) contribui claramente para a discriminação positiva em favor destes em detrimento dos utentes do sector público de saúde, a vasta maioria das vezes, mais desfavorecidos social e economicamente.

De facto, os beneficiários dos subsistemas de saúde têm acesso privilegiado a exames médicos, consultas e internamentos no seio do próprio Serviço Nacional de Saúde passando à frente dos utentes com doenças mais graves e prioritárias, colocando em causa a «justiça social» do sistema de saúde português.

O princípio de tendencial gratuitidade ou equidade deverá impedir que os contribuintes sejam directamente responsabilizados pelos encargos resultantes da prestação de cuidados de saúde “oferecidos” aos beneficiários dos subsistemas no seio do SNS. Deverá, outrossim, evitar que os beneficiários dos subsistemas de saúde, sejam obrigados a suportar indirectamente tais despesas por via de descontos ou de pagamentos à entidade responsável.

De acordo com o exposto, consideramos que a existência dos subsistemas de saúde tal como estão concebidos e concretizados na prática, levantam sérias reticências do ponto de vista dos princípios de igualdade e da universalidade no acesso ao Serviço Nacional de Saúde,

---

<sup>218</sup> Neste sentido, vide JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde, (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, no âmbito de dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Coimbra, 2005, pp. 229.

colocando em risco o respeito pela Constituição, mais precisamente, pelo direito social, atendendo à conformação e desenho prescrito pelo artigo 64º.

### 3. A Admissibilidade de um Sector Privado na Saúde.

Assistimos, hoje, ao fenómeno privatizador<sup>219</sup> ou «empresarialista» do Estado ou, mais rigorosamente, das incumbências e tarefas tipicamente estaduais, sobretudo no que se refere aos denominados «direitos de libertação de necessidade e expressão de solidariedade organizada» (JORGE MIRANDA)<sup>220</sup> e o sector da saúde consiste num exemplo paradigmático desta tendência. Senão vejamos.

Inicialmente, os hospitais públicos apareciam configurados como estabelecimentos públicos dotados de personalidade jurídica e de uma razoável autonomia nos aspectos administrativo e financeiro.

O financiamento provinha da dotação orçamental do Estado, à qual acresciam os pagamentos dos subsistemas de saúde provenientes da ADSE dos funcionários públicos, de outros sistemas próprios de certos sectores profissionais como a Banca, bem como de seguros de saúde privados e ainda por uma parcela considerável proporcionada pelas receitas arrecadadas com as taxas moderadoras<sup>221</sup>.

Neste contexto, os serviços prestados e os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde integravam o «sector público administrativo» (SPA) que prestavam cuidados de saúde paralelamente a outros serviços administrativos que integravam a administração directa e indirecta do Estado e os respectivos profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, pessoal auxiliar como técnicos de saúde, entre outros) tinham o estatuto profissional da função pública e não do regime de contrato de trabalho.

Ora, ao invés do que sucedia outrora no domínio da prestação de cuidados de saúde claramente sob a égide do «sector público administrativo», assistimos hoje à preponderância do «sector público empresarial» (SPE) consubstanciado pela actividade desempenhada por empresas públicas independentemente do seu estatuto jurídico particular. Um exemplo deste facto é o Hospital Amadora-Sintra que se encontra sob gestão privada e diversos outros como o Hospital da Feira e o Hospital do Barlavento Algarvio que se encontram sujeitos a um regime semi-empresarial dotado de um regime laboral comum para os seus profissionais.

---

<sup>219</sup> Acerca da intervenção de privados na saúde, vide ALESSANDRA ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, 90, Università di Firenze, Facoltà di giurisprudenza, Giuffrè Ed., Milano, 2007, pp.97 e seguintes.

<sup>220</sup> Neste sentido, vide JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp.395.

<sup>221</sup> Vide VITAL MOREIRA, "A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal", in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.105.

Este movimento de transição e de verdadeira mutação no paradigma de prestação de cuidados de saúde traduzido na transferência do SPA para o SPE, do papel desempenhado e nas competências dos estabelecimentos de saúde é fruto da reforma operada no sistema público de saúde, sobretudo em quatro vertentes estruturais.

Numa primeira vertente, procedeu-se a uma alteração na forma de organização e de gestão dos serviços e dos estabelecimentos públicos, manifestado sobretudo no advento da empresarialização dos hospitais. Numa segunda linha, foi admitida a passagem da gestão de serviços e de estabelecimentos públicos de saúde para a mão de entidades privadas<sup>222</sup>, sendo intrinsecamente associada a uma terceira vertente, que consiste na possibilidade de criação e de gestão de novos hospitais do Serviço Nacional de Saúde por parte de entidades privadas em regime de concessão desde a sua origem, sob a forma de «*Private Finance Initiative*» (PFI). Por último, a reforma traz consigo a possibilidade de se recorrer a unidades de saúde privadas para a prestação de cuidados de saúde no âmbito do Serviço Nacional de Saúde.

O Serviço Nacional de Saúde fica, igualmente, habilitado a recorrer à aquisição de serviços a entidades privadas, sobretudo no que se refere aos meios auxiliares de diagnóstico, ao mesmo tempo que fica habilitado a contratar serviços e pessoal a entidades privadas (como tratamentos hospitalares através de «*outsourcing*» ou «*contracting out*»), no caso de insuficiência de meios económicos públicos e dos adequados recursos humanos e técnicos.

Uma grande inovação a salientar será, indubitavelmente, a separação entre o «Financiamento» e a «Prestação» dos serviços de saúde. Separação, esta, que se estabelece entre a agência financiadora do Serviço Nacional de Saúde e as entidades prestadoras de cuidados de saúde, a qual permite àquela escolher livremente no mercado, o prestador de saúde público ou privado, com maior qualidade e que ofereça melhores condições ao nível da concretização do acesso à saúde<sup>223</sup>.

Na sequência desta Reforma no sector da saúde, mais de três dezenas de hospitais que eram “puros” estabelecimentos públicos administrativos (SPA), converteram-se em sociedades comerciais de capitais públicos apelidados de «Hospitais S.A.» e vieram posteriormente a transformar-se em Hospitais EPE (entidades públicas empresariais), ou seja, em «Hospitais-Empresa» regidas principalmente pelo Direito Comercial (Código Comercial) e pelo Direito das Sociedades Comerciais (Código das Sociedades Comerciais).

---

<sup>222</sup> Vide OSMIR ANTONIO GLOBEKNER, *A Saúde entre o Público e o Privado. O Desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*, Juruá Editora, Curitiba, 2011, pp.151 e seguintes, assim como, JOSÉ NEVES CRUZ, “A Intervenção pública no domínio dos cuidados de saúde”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos*, Almedina, Coimbra, pp. 692 e seguintes.

<sup>223</sup> Neste sentido, vide VITAL MOREIRA, “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal”, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.107.



Assiste-se, assim, a um fenómeno de «empresarialização» do sector da saúde português. Este fenómeno é susceptível, sob determinado circunstancialismo, de levantar algumas questões de cariz constitucional sobretudo no que concerne à garantia do direito à saúde e à organização do Serviço Nacional de Saúde e igualmente no plano dos princípios de vector constitucional aplicáveis à Administração e à «gestão pública».

A Constituição prevê expressamente a existência de empresas públicas e de um sector empresarial público, admitindo desse modo, um modo alternativo à gestão pública alheio aos institutos públicos regulados pelo direito administrativo. Deste modo, da admissibilidade legal de «empresas públicas», resulta uma dicotomia entre os modos de organização e de gestão pública, consoante se trate de uma gestão regulada pelo direito público (ao nível das finanças, regime de pessoal, contratos, etc.) ou, ao invés, se trate de um modo de gestão materialmente empresarial sob tutela do direito privado (direito comercial e direito laboral comum).

A empresarialização de serviços e de estabelecimentos públicos que resultou na sua conversão em empresas públicas, ficando submetidos a um regime de gestão empresarial revela-se conveniente e apropriada, no caso dos serviços públicos de natureza prestacional. Assim é, sobretudo quando estes serviços prestacionais são colocados ao dispor no mercado e quando possuem uma natureza compaginável com o exercício de gestão empresarial.

Nestas circunstâncias, proceder-se-á ao natural afastamento das regras clássicas da gestão pública típicas da Administração tradicional, dotadas de garantia constitucional, tal como o regime da função pública, das finanças públicas, do controlo judicial da gestão pública, do regime contratual e de responsabilidade civil pautados por um corpo legislativo específico do Estado, entre outros.

Por outro lado, importa salientar que a actividade própria da gestão privada por parte das entidades do sector privado é norteada de acordo com as regras do mercado, mas balizada por limites constitucionais que orientam a administração e a gestão pública, como nomeadamente os princípios da legalidade, da proporcionalidade, justiça, imparcialidade, boa-fé constantes do artigo 266º, nº2, assim como, o princípio de igualdade de acesso ao emprego nas entidades públicas (em que se exclui uma liberdade incondicional de recrutamento e de selecção própria do direito privado), a responsabilidade governamental pela gestão pública e o seu controlo pela Assembleia da República (artigos 182º e 162º, alínea a)).

Deste modo, a gestão pública empresarial, ainda que se encontre submetida ao direito privado, encontra-se submetida a qualificações de direito público e deve ter sempre por bússola orientadora de toda a sua actividade, a prossecução do interesse público.

Importa, contudo, salientar que a obediência a estes ditames de direito público que recaí sobre as entidades privadas, não resultam de “normas ordinárias” nesse sentido,



porquanto existem verdadeiras omissões legislativas a esse respeito, mas sim com recurso à própria Constituição. Com efeito, a colmatação de qualquer lacuna legislativa, terá de ser feita com atinência aos princípios constitucionais e valores que regem a boa actividade da Administração Pública.

Outro aspecto a ter em consideração será o de saber se a empresarialização dos estabelecimentos públicos de saúde, poderá de algum modo contender com o estatuto constitucional do Serviço Nacional de Saúde, no que ao artigo 64º diz respeito, sobretudo na parte em que menciona que a garantia do direito à protecção do direito à saúde é alcançada por meio de um Serviço Nacional de Saúde universal e geral e (...) tendencialmente gratuito, (...) através de uma gestão participada e descentralizada.

Como sublinha VITAL MOREIRA<sup>224</sup>, a empresarialização do sector público de saúde não coloca em causa este direito constitucional, desde logo porque os hospitais-empresa não têm a necessidade de introduzir qualquer alteração nesses aspectos.

Acresce que, o estatuto empresarial dos hospitais e de outras unidades de cuidados de saúde não interferem com a natureza universal, geral e tendencialmente gratuita do Serviço Nacional de Saúde. Na verdade, até mesmo no que respeita à característica da «tendencial gratuitidade» não serão realizadas quaisquer modificações da perspectiva do utente, pois apesar de a lógica de financiamento passar pelo pagamento das prestações realizadas em “termos efectivos” e não através de dotações orçamentais como sucedia no sector público de saúde, *o pagamento não tem de ser suportado pelos utentes, mas pelo Estado* que assume os encargos que caberiam àqueles, em virtude do pagamento devido pelos serviços de cuidados de saúde prestados.

Assim, o Estado passa a ser o pagador dos serviços “*efectivamente*” prestados (e não “*independentemente*” dos serviços prestados) ao utente nas unidades de saúde empresarializadas, ou seja, pertencentes e/ou geridas por entidades privadas, aparecendo como «Estado-cliente» e não já como «Estado proprietário ou prestador».

De uma perspectiva relacionada com a gestão do Serviço Nacional de Saúde que, de acordo com o preceito constitucional do artigo 64º, pretende-se que seja participada e descentralizada, também parece que a empresarialização dos hospitais não prejudica em nada esse desiderato.

---

<sup>224</sup> Vide VITAL MOREIRA, “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal” in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.109: Pronunciando-se a propósito do art.64º, nº1 e nº4 refere que «na verdade, essas regras constitucionais não são afectadas pela transformação do estatuto organizatório dos estabelecimentos de saúde do sector público».

Por um lado, continuam a existir as administrações regionais de saúde e, por outro lado, os vários órgãos centrais, regionais e locais não perdem a sua autonomia na prestação de cuidados de saúde à sua população.

No que se refere à questão da «gestão participada», revela-se como sendo suficiente a introdução na organização de cada um dos estabelecimentos empresarializados, um órgão de representação com funções de consulta acerca dos aspectos pertinentes da respectiva gestão.

Existe, portanto, uma plena conformidade da empresariação dos hospitais públicos com as exigências constitucionais relacionadas com a garantia da protecção do direito à saúde e, mais precisamente, com a forma de organização e a gestão dos estabelecimentos que integram o Serviço Nacional de Saúde. Mister é que o núcleo duro constituído pelos princípios constitucionais do artigo 64º, seja harmoniosamente integrado e respeitado no âmbito e na concretização desse fenómeno empresarializador das unidades de cuidados de saúde, primários e diferenciados.

Nesta senda, segue VITAL MOREIRA ao considerar que a «transformação de unidades de saúde em empresas públicas e a sua gestão sob forma empresarial, ao abrigo do direito privado (...) em nada contradiz esses princípios»<sup>225</sup>.

Quanto ao facto de a fórmula adoptada para o desiderato de empresariação dos estabelecimentos de saúde,<sup>226</sup> ter sido inicialmente a de “sociedade de capitais públicos” segundo a lei comercial, apraz-nos referir que a mesma não causou qualquer melindre constitucional, na medida em que foram salvaguardas as garantias constitucionais concernentes à gestão pública (de direito público ou de direito privado) e acautelados os direitos constitucionais do utente.

---

<sup>225</sup> Vide VITAL MOREIRA, “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal”, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.110, bem como, BIANCA SANTANA, “A Reforma da saúde em Portugal, notadamente por meio da empresariação dos hospitais públicos portugueses”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, nº2, Centro de Direito Biomédico, 2004, pp. 80 e seguintes.

<sup>226</sup> Existem duas formas de organização das empresas públicas, entendidas como empresas de propriedade pública, cuja escolha entre uma e outra forma é livre, salvo disposição legal excepcional em contrário. Essas modalidades jurídicas são as seguintes: 1. Empresas sob forma de ente público institucional («empresas públicas» actualmente denominadas de «entes públicos empresariais» e conhecidas por «EPE»); 2. Empresas sob forma societária de direito privado, apelidadas de sociedades comerciais públicas ou de capitais públicos (SCP). As primeiras são entes institucionais públicos, cujo capital da empresa é um fundo institucional ou «capital estatutário». As segundas consistem em sociedades comerciais de direito privado, em que os sócios e o capital («capital social») são de domínio público. A grande distinção entre ambas as formas jurídicas reporta-se à sua forma organizatória: as sociedades têm de ter um órgão de representação dos titulares do capital social (Assembleia Geral), ao invés dos entes públicos empresariais que dispensam esse órgão, porquanto o seu capital não se encontra repartido em partes sociais.

A opção pela sociedade por acções (S.A.) prende-se com uma miríade de motivos, como: 1. Permitir a adopção simplificada da lei comercial comum, ou seja, regime das sociedades comerciais; 2. Facilitar a futura entrada de capitais privados, procedendo à privatização parcial do sector público hospitalar; 3. Possibilitar a entrada de outras entidades públicas no capital dos hospitais-empresa, seja de empresas públicas, de entidades territoriais, constituindo autênticas parcerias público-privadas.

### 3.1. A empresarialização do sector da Saúde e os direitos do «utente-consumidor».

O preceito constitucional ínsito no artigo 64º, nº3, alínea d), consagra entre as incumbências do Estado, no sentido de assegurar a realização do direito à protecção a saúde, a possibilidade de «existência de um sector privado de prestação de cuidados de saúde em relação de complementaridade e até de concorrência com o sector público», o que revela manifestamente que a Constituição não impôs um «modelo de monopólio do sector público de prestação de cuidados de saúde, tendencialmente coincidente com o Serviço Nacional de Saúde»<sup>227</sup>.

Efectivamente, a privatização na área da saúde tem sofrido uma evolução gradual, que tem passado por vários estádios de desenvolvimento, desde a empresarialização dos estabelecimentos de saúde mediante a introdução de regras de mercado na gestão desses serviços (conversão de estabelecimentos de saúde em entidades públicas empresariais), passando pela criação de organismos públicos de direito privado (sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos, as quais foram experimentadas em vários hospitais públicos) e até à fase de implementação do modelo de contratualização ou convenção da prestação de cuidados de saúde com entidades privadas ou profissionais livres.

Segundo J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a *Constituição «não proíbe a medicina privada, mesmo que assuma carácter empresarial, cumprindo ao Estado discipliná-la, controlá-la e articulá-la com o serviço nacional de saúde»*<sup>228</sup>.

Neste sentido, a Assembleia da República, na Lei de Bases da Saúde (Lei nº48/90, de 21/08) pronuncia-se sobre a prestação de cuidados de saúde pelo sector privado: na Base I nº4, consta que «os cuidados de saúde são prestados (...) sob fiscalização do Estado (...) por entidades privadas, sem ou com fins»; a Base IV, nº2 refere que «para a efectivação do direito à saúde (...) o Estado (...) celebra acordos com entidades privadas para a prestação de cuidados e apoia e fiscaliza a restante actividade privada na área da saúde»; nos termos da Base XII nº1, «o sistema de saúde é constituído (...) por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres (...)»; a Base XII, nº3 defende que «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, (...) e desde que esteja garantido o direito de acesso»; na Base XII, nº4, a «rede nacional de prestação de cuidados de saúde abrange (...) os estabelecimentos privados e os

<sup>227</sup> Vide *Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, no âmbito de dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Coimbra, 2005, de JOSÉ PEDRO LIBERAL, em 2005, pp.231

<sup>228</sup> Vide J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol.I (arts.1º a 107º), 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp.343.

profissionais em regime liberal com quem sejam celebrados contratos (...); de acordo com a Base XXVII, nº3, al.e), compete às Administrações Regionais de Saúde «contratar com entidades privadas a prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde na respectiva região (...)» e na Base XXXVII é previsto o apoio do Estado ao sector privado de prestação de cuidados de saúde<sup>229</sup>.

No seguimento desta Lei de Bases relativo ao regime jurídico de prestação de cuidados de saúde, através da actividade desempenhada por entidades privadas, o Governo procedeu à aprovação do Decreto-Lei nº13/93, de 15 de Janeiro por meio do qual veio a tutelar e disciplinar o controlo das formas empresariais e privadas da medicina, assim como, a articulação da mesma com o Serviço Nacional de Saúde<sup>230</sup>.

Por virtude destas modificações operadas no sector da saúde, o papel do Estado fica praticamente circunscrito à sua missão de guardião da Constituição, ao desempenhar a figura de garante no acesso do cidadão à saúde e ao pugnar pela melhoria de condições de saúde e do bem-estar de toda a colectividade. Este desiderato é alcançado mediante a consagração da *garantia do direito fundamental no acesso a cuidados de saúde, (assegurada) de forma continuada e permanente e (ainda) pela administração de todo o sector, no que respeita às políticas de saúde e seu financiamento*<sup>231</sup>.

A respeito deste fenómeno empresarializador no sector da saúde, VÍCTOR DE CURREA-LUGO salienta que «(...) la banca internacional insiste en los hospitales públicos deben convertirse en empresa y vender servicios de salud para hacer rentable el hospital. (...) la carga asistencial continúa y se aumenta, pero al tiempo se recortan subsidios estatales, viviendo así una clara dicotomía: o venden servicios o cierran sus puertas por baja rentabilidad»<sup>232</sup>.

<sup>229</sup> O regime da celebração das convenções previstas na Base XII nº3 e na Base XLI da LBS de 24 de Agosto foi regulamentado pelo Governo por intermédio do Decreto-Lei nº97/98, de 18 de Abril.

<sup>230</sup> O Decreto Regulamentar nº 63/94, de 2 de Novembro veio a estabelecer os requisitos que devem ser observados para a instalação, organização e funcionamento das unidades privadas de saúde. Por seu turno, a Resolução do Conselho de Ministros nº 41/2002, de 14 de Fevereiro, estabeleceu as medidas para permitir a conversão dos estabelecimentos públicos prestadores de cuidados hospitalares em entidades públicas empresariais.

<sup>231</sup> Neste sentido, vide PEDRO SILVA, *Fundamentos e Modelos nas Parcerias-Público-Privadas na Saúde: o estudo dos serviços clínicos*, pp. 112 a 113 e seguintes. Segundo este Autor «A produção e fornecimento directo de serviços de saúde são uma componente de todo o sistema de saúde, exercendo uma das suas principais funções, sendo considerada como a “tropa da linha da frente que defende a sociedade contra a doença”». Acresce a seguinte nota «Ao produzir e disponibilizar directamente aos cidadãos cuidados de saúde, o Estado procura assegurar a defesa do interesse público».

<sup>232</sup> Este autor menciona um aspecto tido em consideração nas actuais políticas de reforma na saúde, que consiste numa nova lógica de gestão dos hospitais no que toca ao pessoal médico, através da contratação de médicos e enfermeiros em função do número de horas». A medição da utilização efectiva do tempo contratado do trabalhador assenta na equação entre número de pacientes por médico e por unidade de tempo, pelo que através deste indicador a nova gestão hospitalar parece dar prioridade a uma «linguagem de mercado» pouco adequada a um sector tão particular como o sector da saúde («Con este indicador, la prioridad médica no es la calidad del servicio sino el volumen de pacientes»).

A ideia subjacente a esta reforma na saúde é reduzir drasticamente o défice estatal com a saúde e é colocar o hospital público a competir de modo eficaz com o sector privado pela “venda de serviços de saúde”. Contudo, tal como sublinha VÍCTOR DE CURREA-LUGO esta nova lógica de mercado imposta aos estabelecimentos públicos de saúde não se faz acompanhar de igualdade no que respeita aos «deveres» assumidos pelo sector público e pelo sector privado, existindo uma dicotomia de regimes «(...) el hospital público queda, dentro de esta lógica del mercado, compitiendo en la venta de servicios com los hospitales privados, pero sin que haya igualdad en los deberes entre los dos: el hospital público debe responder por la atención de las

Como forma de evitar futuros constrangimentos constitucionais, há que repensar os meios de actuação e o estatuto político-constitucional que define o Estado enquanto prestador do serviço público «saúde». Nesta senda, vai MARIA JOÃO ESTORNINHO, a qual a respeito da actual *emergência de uma noção funcional de serviço público*, assinala que «*de há muito que os tradicionais quadros dogmáticos, correspondentes à Administração Pública típica do modelo de Estado Providência, foram completamente ultrapassados!*»<sup>233</sup>.

Esta Autora fundamenta a sua posição sobre o serviço público, com base na sua observação da “nova” realidade estadual, através da qual se conclui que existem *dois movimentos de sentido contrário* no que concerne à *redefinição das fronteiras tradicionais do universo público*. De um lado, os *fenómenos de privatização da Administração Pública* que não constituem qualquer óbice a que as entidades públicas permaneçam na esfera pública. De outra banda, a citada *emergência de uma noção funcional de serviço público*<sup>234</sup>.

Efectivamente, por mérito da designada  *europeização* do Direito Administrativo nasce uma nova concepção de «serviço público», responsável pela publicização de uma actividade que passa a ser desempenhada por determinadas entidades privadas e por conseguinte responsável pelo abandono da noção clássica francesa de *service public*.

De acordo com esta concepção clássica de «serviço público», a titularidade deste mantém-se nas mãos da entidade pública, podendo, contudo, ser transferido, em termos de exploração ou de concessão para entidades do sector privado. Em contraposição, atendendo ao actual contexto comunitário e nacional de privatizações e de abertura à concorrência, o processo de liberalização<sup>235</sup> tem como inerência legal, a *despublicatio* que coloca à disposição do mercado livre, serviços públicos de primacial relevância, conduzindo a um inovador conceito de «serviço público», de cariz meramente funcional.

Simultaneamente assiste-se ao fenómeno de separação entre a rede prestadora e de financiamento e os serviços públicos, competindo ao Estado a manutenção e a conservação das redes, ao mesmo tempo que lhe é permitido abandonar o dever de assegurar os serviços públicos, liberalizados.

---

personas sin capacidad de pago. Se determina así un marco de responsabilidad igual para instituciones de naturaleza y regímenes diferentes cuya competencia no significa (...) una actividad complementaria sino un subsidio del Estado a los servicios privados». Neste sentido, importa a análise profunda de VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *La Salud como Derecho Humano*, nº32, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2005, pp. 91 e seguintes.

<sup>233</sup> Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, in *Organização Administrativa da Saúde – relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.67.

<sup>234</sup> Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, in *Organização Administrativa da Saúde – relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.67 e ss. Vide, igualmente, Comunicação da Comissão de 26 de Abril de 2006: *Social services of general interest in the European Union* (COM (2006) 177 final) e, especialmente para os serviços de saúde v. COM (2006) 122.

<sup>235</sup> Liberalização exigida pelos princípios comunitários de não discriminação em razão da nacionalidade, de igualdade e de leal concorrência, sobretudo em sectores dos serviços postais, transportes ferroviários, telecomunicações, gás e electricidade.

Por outro lado, proliferam os modos de colaboração entre entidades públicas e entidades privadas mediante a criação de «entidades de capitais mistos» ou por intermédio de variadíssimas formas de parcerias entre o sector público e o sector privado, dentro das quais enaltecemos a figura das «parcerias público-privadas» (PPP)<sup>236</sup>. Para além deste facto, o próprio acto de reconhecimento da actividade por parte dos operadores privados deixa de ser encarado como uma «concessão» para passar a ser assumido como um verdadeiro «*acto declarativo*».

Quer dizer, “consagra-se” o reconhecimento do verdadeiro carácter de «serviço público» à actividade desenvolvida pelos operadores privados, relegando-se para um segundo plano a problemática (ultrapassada) relacionada com a existência e com a actuação dos *players* privados num *mundo* que antes pertencia exclusivamente aos poderes públicos: «mundo do serviço público».

Compreende-se que, à luz do novo entendimento sobre o papel do «Estado Regulador», as actividades de interesse público, *inclusive* as de *natureza prioritária* («serviços de interesse geral») possam ser realizadas indistintamente, quer por entidades públicas, quer por entes privados, em regime de concorrência e mediante a imposição de obrigações de serviço público num panorama em que o Estado assume as tarefas de incentivo, apoio, regulação e fiscalização sobre aquelas actividades, designadamente, saúde e ensino.

Hoje, já não faz sentido a distinção entre o serviço de saúde prestado no estabelecimento público de saúde e o serviço de saúde prestado “no” e/ou “pelo” sector privado, reconduzindo-se somente ao conceito de «serviço público *saúde*», independentemente deste ser prestado pelo Estado ou pelo privado.

Este novo conceito de serviço público conduz-nos a uma reflexão sobre a própria natureza jurídica do direito constitucional «saúde», bem como, da própria actividade desenvolvida pelas clínicas e hospitais públicos e privados e da teia de relações que se estabelecem entre estes e o Estado.

Deste modo, afigura-se curial o entendimento preconizado por MARIA JOÃO ESTORNINHO, segundo o qual a «noção funcional de serviço público» opera uma “pequena revolução” no Direito Administrativo, o qual passa a abarcar não somente entidades e agentes públicas e que actuam normalmente no domínio público, mas “*todos*” aqueles que desempenhem determinadas funções na esfera pública ou operem em certos sectores de actividade com vista à *prossecução do interesse público*.

---

<sup>236</sup> Estas parcerias público-privadas pressupõem a colaboração de várias entidades – entidade pública, promotores, financiadores, envolvendo esquemas complexos de financiamento. Vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Organização administrativa da saúde – relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.68.

No que particularmente concerne ao interesse público de saúde, é desenvolvido um esforço no sentido de conciliar dois modelos tradicionalmente distintos: o de *service public* (modelo francês) e o da *public utility regulation* (sistema anglo-saxónico).

Em conformidade com as valências de ambos os modelos, as incumbências e deveres dos prestadores de actividades de serviço público (*public service obligations*) passam a ter um espectro mais abrangente. Consubstanciam-se em assegurar, da perspectiva dos utentes, os valores de universalidade (acessibilidade e disponibilidade universal), igualdade, preço acessível (*affordability*), continuidade, adaptabilidade, qualidade e segurança, livre concorrência, participação de organizações representativas de utentes, transparência e ainda assegurar a resolução alternativa de conflitos.

São tantas e tão diversificadas as funções dos prestadores privados de cuidados de saúde, que assistimos a um fenómeno de *esvaziamento do Estado Social* e inevitável emergência de um *Estado essencialmente Regulador*.

Esta conversão do Estado Prestador em Estado Regulador, no âmbito da saúde, deve-se a uma paulatina diminuição de tarefas na prestação de bens e serviços, obtida através da privatização das empresas públicas e da liberalização de sectores normalmente objecto de monopólios e sujeitos a regimes de exclusividade. O Estado aparece agora como garante da concorrência, assegurando o respeito pela lógica de mercado e às regras de concorrência, porquanto os agentes para os quais o Estado tem transferido funções e certas competências ao nível da prestação de serviço público, participam directamente na vida económica.

Estas novas tendências trazem consigo implicações ao nível da definição das tarefas concretas do Estado e das formas de organização e de actuação a adoptar pela Administração Pública denominadas na sua globalidade de «Nova Gestão Pública» (*New Public Management*).

O *New Public Management* ou *Neues Steuerungsmodell* aparece como um novo paradigma da gestão pública, baseado nos seguintes princípios ou axiomas: a) serviços públicos centrados no cidadão; b) introdução da lógica da concorrência; c) separação entre Estado-financiador e Estado-prestador<sup>237</sup>; d) avaliação baseada em indicadores de desempenho (distinguindo-se avaliação interna e externa e avaliação de resultados e avaliação de processos). Pretende-se assim racionalizar despesas, flexibilizar a gestão, aumentar a capacidade de inovação, acentuar a responsabilidade dos serviços perante os cidadãos e aperfeiçoar a responsabilidade (*accountability*) dos gestores.

---

<sup>237</sup> É o caso das agências de contratualização dos serviços de saúde. Vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, in *Organização Administrativa da Saúde – relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.70 e seguintes.



### 3.2. A Privatização na Prestação de Cuidados de Saúde: as «Unidades Privadas de Saúde».

#### Enquadramento legal. Conceito: critério da natureza jurídica/critério orgânico.

Como já foi referido supra, assiste-se, hoje, a um movimento simultaneamente privatizante e empresarializador no que concerne à prestação de cuidados de saúde, no seio do sistema de saúde português, com fortes conexões com o SNS.

Com efeito, assinala-se a tendência de privatização<sup>238</sup> das actividades que outrora pertenciam em quase exclusividade à Administração Pública, na medida em que o sector público de saúde recorre com maior frequência ao sector privado para acorrer às insuficiências e falhas do Serviço Nacional de Saúde que, ele sozinho, não consegue dar resposta.

Havendo mesmo quem, dentro do sector público da saúde, fale em «ruptura» de recursos humanos, económicos e sociais, em virtude de uma crescente solicitação por parte do utente pertencente a uma pirâmide demográfica mais velha e mais pesada, cujos tratamentos e assistência ao nível da saúde e solidariedade torna-se, por vezes, inabarcável para um Estado Social assaz débil e fragilizado economicamente.

E é, perante esta complexa conjuntura sócio-demográfica e económico-financeira que o financiamento privado, a capacidade técnico-científica, a disponibilidade de recursos, a desenvoltura e gosto pelo risco dos *players* privados são bem acolhidos pelo Estado.

Mas, apesar do que foi referido sobre a nova vaga de privatizações, muitas vezes, o ente público supremo (Estado) opera a transferência de parte ou de todas as suas funções, ancestralmente estaduais, como designadamente a responsabilidade pela direcção e execução (gestão) das suas tarefas para as entidades privadas, *sem proceder (necessariamente) à privatização* dessas tarefas, por razões de diversa ordem.

Ou, porque a própria Constituição não o permite, como por exemplo sucede com a função de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, ou porque prefere manter a tarefa como forma de exercer o seu controlo com maior rigor e proximidade<sup>239</sup>.

Mas, a este propósito, convém realizar uma delimitação conceitual sobre o que seja «privatização», podendo esta significar a transmissão de responsabilidade pela direcção e execução de uma tarefa pública para uma entidade privada ou a delegação total ou parcial da titularidade do direito de propriedade de empresas ou de bens públicos para prestadores privados.

<sup>238</sup> Vide VASCO PINTO REIS, “A intervenção privada na prestação pública: da expansão do Estado às parcerias público-privadas”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol.4, Lisboa, 2004, pp.121 e seguintes.

<sup>239</sup> A este propósito vide JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O 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, pp. 230.



Pode, igualmente, existir uma conotação de «privatização» com a concessão da gestão de serviços públicos, por via de contrato ou de convenção, entre o Estado e entes privados. Por outro lado, podemos falar de «privatização» quando nos reportamos à contratação de determinados serviços do Estado a certos entes privados, mas em que a entidade estatal não opera a transferência da responsabilidade sobre a execução da concreta função pública.

Também a abertura aos privados do mercado de sectores em que vigoram monopólios naturais ou, de outra banda, o recurso a formas organizacionais ou regimes de direito privado são expressões ou formas sob as quais a «privatização» pode surgir<sup>240</sup>.

Em síntese, no domínio da saúde português, a par do Serviço Nacional de Saúde encontramos a actuar uma multiplicidade de *players*, operadores/prestadores privados<sup>241</sup>, tendo para tal muito contribuído as Parcerias Público-Privadas (PPP).

Podemos apontar também como reflexos paradigmáticos desta *revolução* na saúde em Portugal, os denominados «Hospitais – S.A.» (Hospitais constituídos sob a forma de Sociedades Anónimas de Capitais exclusivamente públicos) e os «Hospitais-Empresa» («Hospitais E.P.E.»),<sup>242</sup> em voga devido à lógica de empresariação dos hospitais públicos.

O que significa que a tarefa de cariz social e jurídico-constitucional relativa à prestação de cuidados de saúde, que era da quase exclusividade do Estado agora é objecto de uma “delegação” ou transferência para o sector privado, economicamente mais robusto que o Estado.

Mais precisamente, a privatização no domínio da saúde tem vindo gradualmente a afirmar-se, tendo conhecido vários estádios de desenvolvimento, primeiramente, procedeu-se à criação de uma multiplicidade de organismos públicos de direito privado (Sociedades Anónimas) com o advento dos «Hospitais S.A.»<sup>243</sup>. Simultaneamente deu-se início a uma vaga de empresariação dos estabelecimentos de saúde com a introdução de regras de mercado

---

<sup>240</sup> Neste sentido, vide JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O 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, pp.231 e, igualmente neste sentido, vide MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES/VITAL MOREIRA, “*Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação de Serviços Públicos*”.

<sup>241</sup> As unidades de saúde que pretendam dedicar-se à prestação de cuidados de saúde devem requerer apenas uma licença de funcionamento, devendo acatar as regras respectivas, designadamente atender ao preenchimento dos requisitos especificamente previstos para cada tipo de serviço de saúde que pretendam prestar (artigo 2º, nº3, artigo 4º, do Decreto-Lei nº 279/2009, de 6 de Outubro). A este propósito, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “*Alguns Aspectos do Regime de Licenciamento de Unidades Privadas de Serviços de Saúde em Portugal*”, *Lex Medicinæ*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, Ano 7, nº13, 2010, pp. 66.

<sup>242</sup> Acerca dos «Hospitais EPE», preceitua o artigo 18º, constante da Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro, que aqueles regem-se pelo respectivo diploma de criação, pelos seus regulamentos internos, pelas regras aplicáveis aos hospitais do Serviço Nacional de Saúde, que sejam compatíveis com a sua natureza, e, subsidiariamente, pelo Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro, particularmente o capítulo III sob a epígrafe de «Entidades Públicas Empresariais», o qual estabelece o regime jurídico das entidades públicas empresariais que pertencem ao sector empresarial do Estado.

<sup>243</sup> No que diz respeito aos «Hospitais S.A.», nos termos do artigo 19º, constante da Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro, aqueles regem-se desde logo pelas disposições constantes desta lei que sejam compatíveis com a sua natureza, assim como, pelos respectivos diplomas de criação, pelo Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro relativo ao sector empresarial do Estado, bem como, pelo Título IV do Código das Sociedades Comerciais.

na gestão desses serviços, realizando-se a conversão de estabelecimentos de saúde em E.P.E., ou seja, em entidades públicas empresariais.

Adoptou-se, por fim, o modelo de contratualização ou convenção da prestação de cuidados de saúde entre o Estado e entidades privadas ou profissionais livres, sendo que o artigo 64º da Constituição, no seu nº3, alínea d), em nada contraria esta «nova realidade» no sector da saúde. Pelo contrário, admite expressamente, a existência de um sector privado<sup>244</sup> de prestação de cuidados de saúde, quer em relação de complementaridade, quer por vezes de concorrência de mercado com o sector público de prestação de cuidados de saúde.

Na verdade, como salienta JOSÉ PEDRO LIBERAL «a nossa Constituição não perfilhou um modelo de monopólio do sector público de prestação de cuidados de saúde – tendencialmente coincidente com o Serviço Nacional de Saúde»<sup>245</sup>. Por seu turno, analisando o artigo 64º, nº3, alínea d), da Constituição, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA consideram igualmente que a «Constituição 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»<sup>246</sup>.

Nesta senda seguem também os Autores JACQUES MOREAU e DIDIER TRUCHET preconizando a defesa de um exercício de funções vocacionalmente atribuídas ao Estado pela Constituição, a respeito da prestação de serviço público de saúde, por parte de entidades privadas<sup>247-248</sup>.

A Assembleia da República, através da Lei de Bases da Saúde<sup>249</sup> faz menção à possibilidade de prestação de cuidados de saúde por intermédio de entidades pertencentes ao

---

<sup>244</sup> Nos termos do artigo 20º, constante da Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro, os hospitais privados (com aplicação, com as devidas adaptações, aos demais estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde privados) regem-se, em caso de terem fins lucrativos, pelos respectivos estatutos e pelo Código das Sociedades Comerciais (artigo 20º, nº 1, alínea a)) e, se não tiverem fins lucrativos, pelos respectivos diplomas orgânicos e pela lei geral aplicável (artigo 20º, nº1, alínea b)).

<sup>245</sup> Neste sentido, J.J. GOMES CANOTILHO, o qual refere que «as tarefas sociais e económicas do Estado não se identificam com o monopólio estatal e há muito que deixaram de ser recortadas com base no esquema dicotómico de separação entre o Estado e a sociedade». Com efeito, estas tarefas, outrora tradicional e tipicamente estatais, relativas à prestação de cuidados de saúde primários e diferenciados, são levadas a cabo por uma miríade de entidades pertencentes ao sector privado, não sendo já predominantemente da égide do Serviço Nacional de Saúde. São, pois, tarefas de cariz social (direitos sociais com assento constitucional – artigo 64º - direito à protecção da saúde), as quais podem ser desempenhadas exclusivamente por entidades públicas, prosseguidas por entidades resultantes de formas várias de *partnership* entre o Estado e entidades privadas ou, em alternativa, ser desenvolvidas somente por entes do sector privado. Neste sentido, vide GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ªed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 333 e seguintes; pp. 351 e seguintes. Vide, igualmente, JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, Coimbra, 2005, pp. 231. Analisar, a este propósito, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 731/95, de 14/12.

<sup>246</sup> A este propósito, vide, melhor desenvolvido, J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Anotada*, vol.I (arts.1º a 107º), 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

<sup>247</sup> Vide JACQUES MOREAU e DIDIER TRUCHET, in “*Droit de la Santé Publique*”, Paris, 1990, pp. 92 a 103.

<sup>248</sup> Neste sentido, vide a obra de PEDRO GONÇAVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp.889 e seguintes.

<sup>249</sup> Lei de Bases da Saúde, Lei nº 48/90, de 21/08, faz menção à admissibilidade da prestação de cuidados de saúde por parte do sector privado: Base I nº 4 - «os cuidados de saúde são prestados (...) sob fiscalização do Estado (...) por entidades privadas, sem ou com fins lucrativos»; Base IV, nº 2 - «para efectivação do direito à protecção da saúde (...) o Estado (...) celebra acordos com entidades privadas para a prestação de cuidados e apoia e fiscaliza a restante actividade privada na área da saúde»; Base XII nº 1 - «o sistema de saúde é constituído (...) por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres (...);» Base XII nº 3 - «o Ministério da Saúde e as Administrações Regionais de Saúde podem contratar com entidades privadas a prestação de

sector privado. Por sua vez, o Governo levou por diante o desenvolvimento das bases gerais relativas ao regime jurídico ínsito naquela Lei de Bases, *nomeadamente*<sup>250</sup>, mediante a aprovação do Decreto-Lei nº 13/93, de 15 de Janeiro que tinha por finalidade a regulamentação da disciplina e controlo das formas empresariais e privadas da medicina, assim como, a articulação com o Serviço Nacional de Saúde.

A Lei de Bases foi, igualmente, objecto de desenvolvimento e de concretização no Decreto Regulamentar nº 63/94, de 2 de Novembro que visava estabelecer os requisitos obrigatórios à instalação, organização e funcionamento das unidades privadas de saúde.

Por outro lado, a Resolução do Conselho de Ministros nº 41/2002, de 14 de Fevereiro veio acrescentar mais uma «camada de regulamentação» ao processo de privatização no sector da saúde, ao estipular a plêiade de medidas necessárias à transformação de estabelecimentos públicos prestadores de cuidados hospitalares em entidades públicas empresariais (v.g. «Hospitais E.P.E.»).

Como ficou claro, podemos afirmar com alguma certitude, que o legislador português foi delineando paulatinamente um modelo de gestão empresarial com carácter privatizado, o qual tem-se vindo a afirmar e a sobrepor ao modelo tradicional público-administrativo, porquanto este se revela incapaz de, eficazmente, dar resposta cabal às novas exigências do sector da saúde, de exercer um controlo responsável sobre a qualidade da prestação efectiva de cuidados de saúde, em termos de universalidade e de igualdade.

A lógica de empresarialização e a privatização do sector de saúde aparecem conexas entre si<sup>251</sup>, na medida em que a significativa reforma do Serviço Nacional de Saúde, veio contribuir para a transição do modelo de Estado na área da saúde.

De um paradigma centrado num Estado prestador, produtor, fornecedor de serviço público passámos para um sistema policêntrico de saúde, em que a prestação dos respectivos

---

cuidados de saúde aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde sempre que tal se afigure vantajoso, (...) e desde que esteja garantido o direito de acesso; na Base XII nº 4 - «a rede nacional de prestação de cuidados de saúde abrange (...) os estabelecimentos privados e os profissionais em regime liberal com quem sejam celebrados contratos (...)»; Base XXVII nº 3, alínea e) - pela qual compete às Administrações Regionais de Saúde «contratar com entidades privadas a prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde na respectiva região (...)»; Base XXXVII - estabelece o apoio do Estado ao sector privado de prestação de cuidados de saúde.

<sup>250</sup> Veja-se, a este respeito, os regimes jurídicos constantes do Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto (define os princípios e instrumentos jurídicos necessários ao estabelecimento de parcerias em saúde com gestão e financiamento privados); Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril (estabelece o papel do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas); o Decreto-Lei nº 281/2003, de 8 de Novembro (estabelece a criação de uma rede de cuidados continuados de saúde, destinada a promover e manter a qualidade de vida, o bem-estar e o conforto dos cidadãos necessitados, resultante de doença crónica ou degenerativa) de acordo com este diploma legal é permitida a criação de estabelecimentos dedicados à prestação de cuidados de saúde continuados com natureza jurídica privada, independentemente de a sua finalidade ser lucrativa ou não; a Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro (aprova o regime jurídico da gestão hospitalar, admitindo a possibilidade de os hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde assumirem a forma de sociedades anónimas, incluindo as sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos e prevendo a existência de estabelecimentos privados com ou sem fins lucrativos); o Decreto Regulamentar nº 10/2003, de 28 de Abril (aprova as condições gerais relativas ao procedimento destinado ao estabelecimento de Parcerias Público-Privadas em saúde) e o Decreto Regulamentar nº 14/2003, de 30 de Junho (aprova o respectivo caderno de encargos).

<sup>251</sup> Neste sentido, vide CARLO BOTTARI, *Principi Costituzionali e Assistenza Sanitaria*, Milano, pp.92 e 93. Vide, igualmente, obra do mesmo Autor, *Nuovi Modelli Organizzativi per la Tutela della Salute*, Torino, 1999.

cuidados, não se centra mais num único ente (público – o Estado), mas sim numa diversidade crescente de entidades privadas ou de organizações lucrativas, por delegação ou em colaboração com o Estado (v.g. Parcerias Público-Privadas) ou, ao invés, em concorrência com ele.

Deste modo, a Reforma no sector da saúde tem sido concretizada, quer através da transformação dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde que, outrora eram da exclusividade propriedade e controlo do Estado, em estabelecimentos públicos de natureza empresarial, quer através da sua transformação em sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos ou, ainda, por intermédio da introdução no sector da saúde de entes exógenos ao Serviço Nacional de Saúde, exteriores ao sector público, como estabelecimentos privados com ou sem fins lucrativos.

Estamos, por isso, perante uma proliferação de unidades privadas prestadoras de serviços de saúde, ao nível dos cuidados primários (clínicas, centros de saúde) e ao nível dos cuidados diferenciados (hospitais), entendendo-se por «unidades privadas de serviços de saúde» *qualquer estabelecimento não integrado no Serviço Nacional de Saúde, no qual sejam exercidas actividades que se dediquem à prestação de serviços de saúde*<sup>252</sup>.

Conclui-se, portanto, que o *serviço público de saúde* pode ser prestado por entidades organicamente inseridas no Serviço Nacional de Saúde, mas igualmente por entidades excluídas do organigrama deste, pertencentes ao sector privado. E, neste caso, a prestação de cuidados de saúde é prosseguida por entidades operadoras pertencentes ao Sistema de Saúde

---

<sup>252</sup> Cfr. Decreto-Lei nº 279/2009, de 6 de Outubro, que trata da regulamentação do licenciamento de unidades privadas de serviços de saúde, mais precisamente, o seu artigo 1º, nº2. Este diploma aplica-se igualmente às unidades privadas de prestação de cuidados de saúde que fazem parte do Serviço Nacional de Saúde, mas que em termos orgânicos não estejam nele, integradas. Este Decreto-lei revela, segundo LICÍNIO LOPES MARTINS, «cuidada sensatez do legislador», porquanto este admite a possibilidade de os titulares dos estabelecimentos privados prestadores de cuidados de saúde existentes no momento da sua entrada em vigor solicitarem a sua dispensa no cumprimento dos requisitos de funcionamento quando por motivos de ordem estrutural ou técnica, o seu respeito escrupuloso seja impossível ou seja susceptível de inviabilizar a continuidade na actividade, conquanto que essa dispensa não coloque em risco a segurança e a saúde dos respectivos utentes ou terceiros. As entidades com competência para decidir sobre esta dispensa são os órgãos das administrações regionais de saúde I.P., no prazo de trinta dias a contar da apresentação do requerimento e após o devido parecer (obrigatório, mas não vinculativo) da Administração Central do Sistema de Saúde, I.P. (artigo 98º, do CPA). Este procedimento assaz «tolerante» justifica-se pelo facto de se constatar que a imposição de um dever de adaptação tão exigente, do ponto de vista económico e técnico, às novas regras de licenciamento poderia conduzir, não raras vezes, a um encerramento legalmente determinado em situações em que se tem pleno conhecimento da impossibilidade estrutural de modificação física e logística dos edifícios em que as empresas operam. O Decreto-Lei nº 279/2009 precisa de ser juridicamente articulado com a Directiva comunitária 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006 que se reporta aos serviços no mercado interno. Esta directiva exclui do seu âmbito de aplicação os serviços de cuidados de saúde prestados ou não numa estrutura de saúde e independentemente do seu modo de organização e financiamento a nível nacional e do seu carácter público ou privado. Todavia, importa sublinhar que a exclusão dos cuidados de saúde da égide de aplicação da presente directiva apenas dever-se-á circunscrever aos serviços de prestação de cuidados de saúde e os serviços farmacêuticos prestados por profissionais de saúde a doentes com vista a avaliar, manter ou restabelecer o seu estado de saúde quando essas actividades estejam reservadas a uma profissão de saúde regulamentada no Estado-membro em que os respectivos serviços de cuidados de saúde são levados a cabo. Qualquer entidade, pública ou privada, prestadora (operadora) no sector da saúde sediado num Estado-membro, que queira lícitamente desenvolver a sua actividade em Portugal terá de conformar a sua actuação com o Decreto-Lei nº 279/2009. A este respeito, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, «Alguns Aspectos do Regime de Licenciamento de Unidades Privadas de Serviços de Saúde em Portugal», *Lex Medicinæ*, Centro de Direito Biomédico, Ano 7, nº13, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.67 e 68.

em *sentido funcional*<sup>253</sup>, por apelo à noção funcional de serviço público mencionada por MARIA JOÃO ESTORNINHO.

Perfilam-se, assim, dois conceitos diferentes mas complementares entre si: por um lado, existe o Serviço Nacional de Saúde composto por uma miríade de entidades, organismos e profissionais no seio do sector público, pertencente ao Estado; por outro lado, encontramos o sector privado constituído por imensas entidades prestadoras (operadores) inseridas no sector privado e enquanto tal, fora do Serviço Nacional de Saúde.

Tanto o sector público encabeçado pelo Serviço Nacional de Saúde, como o sector privado formam, conjuntamente, o «Sistema de Saúde Português». Basta pensar na situação em que por via da celebração de contrato celebrado com o Estado, determinada entidade privada de saúde assume perante este a obrigação de prestar cuidados de saúde aos *utentes do Serviço Nacional de Saúde*.

Não decorre deste facto que a entidade privada em causa passe a pertencer ao Serviço Nacional de Saúde (sector público). Mantém a sua natureza privada e de uma perspectiva meramente funcional insere-se no «Sistema de Saúde», exercendo a sua actividade de prestação de serviço de saúde, ora em concorrência com o Estado (SNS), ora em colaboração com ele.

Importa, portanto, proceder a uma delimitação técnico-jurídica a respeito da definição acerca de «unidades privadas prestadoras de cuidados de saúde», presente no artigo 1º, nº2 do Decreto-Lei nº 279/2009, a qual assenta em dois critérios, o critério da natureza jurídica e o critério orgânico.

Segundo o *critério da natureza jurídica*, a expressão «unidade privada» abrange todos os estabelecimentos sujeitos ao direito privado, em termos exclusivos ou predominantemente, independentemente da específica forma jurídica que a respectiva entidade instituidora revista.

Deste modo, esta entidade instituidora poderá ser uma pessoa singular ou colectiva, com ou sem fins lucrativos (cooperativa, sociedade, fundação, associação, pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, etc.), podendo até ser uma pessoa colectiva pública (pessoa colectiva de direito público).

Em consonância, com o *critério orgânico*, opera-se uma distinção entre as entidades que fazem parte do Serviço Nacional de Saúde e as entidades “fora” deste. De uma perspectiva legal, as entidades prestadoras de serviços de saúde que não se integrem no Serviço Nacional de Saúde são *unidades privadas de saúde*.

---

<sup>253</sup>Neste sentido, importa a análise profunda da obra realizada por LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns Aspectos do Regime de Licenciamento de Unidades Privadas de Serviços de Saúde em Portugal”, *Lex Medicinæ*, Centro de Direito Biomédico, Ano 7, nº13, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 57 e 58.

Como observa LICÍNIO LOPES MARTINS, a formulação legal parece admitir que, em termos orgânicos, o Serviço Nacional de Saúde possa integrar entidades privadas<sup>254</sup>, dando como exemplo o caso dos «Hospitais S.A.», ou seja, hospitais constituídos sob a forma anónima de capitais públicos, pese embora fossem entidades públicas de direito privado, isto é, criadas pelo Estado ao abrigo do direito privado societário e destinadas à prossecução de um interesse público (prestação de serviço de saúde).

### 3.2.1. O denominado «terceiro sector». Em especial, as especificidades das Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS).

O artigo 1º, nº3, do citado diploma legal exclui do seu âmbito de aplicação as unidades privadas de serviços de saúde cuja titularidade pertença a instituições particulares de solidariedade social destinadas à prossecução do interesse público «saúde», remetendo a respectiva disciplina para diploma específico. Deste modo, a lei salvaguarda uma espécie de «estatuto especial» para as unidades de saúde das instituições particulares de solidariedade social e para os postos de prestação de serviços médicos privativos das empresas, existindo mesmo quem levante a questão do ponto de vista jurídico-constitucional.

Mas, a verdade é que este tratamento diferenciado reconhecido às instituições particulares de solidariedade social e das demais instituições de assistência à prestação de cuidados de saúde (v.g. Misericórdias) faz pleno sentido sob uma perspectiva histórica e sobretudo actual, em virtude da manifesta e crescente incapacidade de o Estado, por si só, dar resposta às necessidades sanitárias da população<sup>255-256</sup>.

Por este motivo, devido ao determinante e crescente papel que as instituições de solidariedade social desempenham ao nível da prestação de cuidados de saúde, falamos em «terceiro sector» (*third sector* ou *terzo settore*) que actua ao lado e para além do próprio Estado<sup>257-258</sup>, quer nos sistemas de saúde anglo-saxónicos, quer nos sistemas mediterrânicos.

---

<sup>254</sup> Neste sentido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns Aspectos do Regime de Licenciamento de Unidades Privadas de Serviços de Saúde em Portugal”, *Lex Medicinæ*, Centro de Direito Biomédico, Ano 7, nº13, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 58.

<sup>255</sup> Vide LICÍNIO LOPES MARTINS, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009. E, ainda texto do mesmo Autor, *Direito Administrativo da Saúde*, in *Direito Administrativo Especial III*, Coord. de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, Coimbra, 2010.

<sup>256</sup> Sobre o papel fundamental do denominado «terceiro sector» na saúde, vide o artigo de AFONSO d’ OLIVEIRA MARTINS e GUILHERME d’ OLIVEIRA MARTINS, “Conceito e regime do terceiro sector. Alguns aspectos”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.7 a 35, assim como, CLAUDIA CANABRVA, ELI ANDRADE, FÚLVIO JANONES, THIAGO ALVES, MARIANGELA CHERCHIGLIA, “Sistema único de Saúde e o terceiro sector: caracterização de entidades, não hospitalares, que possuem serviços em atenção básica de saúde em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil”, in *Caderno de Saúde Pública*, nº23, Rio de Janeiro, Brasil, 2007, pp. 115 a 126.

<sup>257</sup> Assim, FRANCESCO ANTONINO CANCELLA, *Servizi del Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell’integrazione europea*, 21, Facoltà di giurisprudenza, Università di Palermo, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 239 e seguintes. Vide igualmente, CARLA COSTANZI, *Introduzione all’analisi dei servizi e degli interventi in ambito sociale*, Politiche e servizi sociali, Ed. Franco Angeli, 2006, pp.22 e seguintes.

<sup>258</sup> Sobre a actuação de entidades privadas e de solidariedade social, cada vez mais crescente, no domínio da saúde, vide a obra de PEDRO GONÇAVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp.889 e seguintes.

Por outro lado, em termos estatutários, as instituições particulares de solidariedade social dispõem de uma especial prerrogativa constitucional e legal, prevista no artigo 63º, nº5, da Constituição e pelo Decreto-Lei nº 119/83, de 25 de Fevereiro que define o estatuto dessas instituições.

De igual modo, devem considerar-se excluídos do âmbito material de aplicação do Decreto-Lei nº 279/2009, de 6 de Outubro, os postos para prestação de cuidados de saúde privativos ao nível dos cuidados primários de saúde criados e assegurados pelas empresas aos seus trabalhadores e seus familiares ou elementos dependentes. Na verdade, estes postos de prestação de serviços de saúde têm regime legal próprio, encontrando-se sujeitos a um regime específico de autorização constante na Portaria nº 427/2009, de 23 de Abril.

Segundo o artigo 1º, deste diploma legal, as administrações regionais de saúde estão habilitadas a permitir que as empresas interessadas em criar postos vocacionados à prestação de cuidados primários de saúde, privativos, oferecidos aos seus trabalhadores, alarguem essa disponibilidade médica aos dependentes destes. Pese embora, seja clara a admissibilidade legal destes postos privativos de saúde no seio das empresas, já não é tão óbvia a isenção daqueles na Entidade Reguladora da Saúde.

Com efeito, o preceito do artigo 45º, nº3, constante da respectiva lei orgânica refere expressamente que se encontram isentos daquele registo os serviços de saúde privativos de empresas e outras entidades destinados ao seu pessoal, inserindo-se no âmbito da «medicina do trabalho», assim como, outras situações equiparáveis definidas por regulamento da Entidade Reguladora da Saúde. Todavia, tratando-se de serviços de medicina curativa que devem funcionar com determinado grau de autonomia funcional e técnica relativamente aos serviços de prestação de cuidados médicos, recairão na esfera específica da «medicina do trabalho» e sujeitar-se-ão à actividade fiscalizadora da ERS.

Consideramos que também os postos de serviços ligados à prestação de cuidados de saúde privativos das empresas, enquanto «entidades privadas» que prestam serviços de saúde dever-se-ão reger pela lógica de qualquer entidade prevista no Decreto-Lei nº 279/2009.

Partindo do princípio do que se entende por «entidade privada», para estes efeitos, *será qualquer pessoa singular ou colectiva que tutela, gere ou detém estabelecimento onde são prestados cuidados de saúde* e, por outro lado, é havido como «estabelecimento» *qualquer instalação, de carácter fixo e permanente, onde seja exercida, de modo habitual e profissional, a actividade de prestação de cuidados de saúde.*

Nestes termos, afigura-se curial admitir a sujeição dos postos de serviços de medicina curativos («medicina laboral») ao controlo e actuação da Entidade Reguladora da Saúde. Ao invés, já não existem tantas certezas no que diz respeito há isenção ou não do respectivo



pagamento de taxas e de um eventual estatuto especial para as empresas titulares daqueles postos.

### 3.2.2. Algumas Formalidades «habilitantes».

Estas entidades privadas ou «operadores» que se mostrem interessados em proceder à abertura e ao funcionamento de unidades privadas vocacionadas à prestação de cuidados de saúde terão de obter um *acto prévio autorizante* por parte da administração pública, ou seja, terão de conseguir a respectiva «*licença*» e proceder ao respectivo *registo*.

Estes actos, contudo, não possuem um mero efeito habilitante ao exercício de prestação de cuidados de saúde. Com efeito, para além desta implicação jurídico-prática, a licença e o registo permitem que o operador privado celebre contratos, acordos ou convenções com o Estado (ou com outras entidades que o representem), a partir dos quais passa a ser um parceiro, colaborando activamente com este na prossecução do interesse público «saúde», constitucionalmente assegurado (artigo 64º, da Constituição da República Portuguesa).

Um contrato que seja celebrado entre o Estado e um *player* privado que não tenha obedecido àqueles requisitos formais, que não seja detentor de licença e de registo será *nulo*, por considerar-se que este não possui as necessárias habilitações jurídico-públicas que, no fundo, a licença confere e comprova que existem<sup>259</sup>.

Deste modo, todos os estabelecimentos privados prestadores de serviços de saúde terão, como *conditio sine qua non*, de requerer a intervenção administrativa prévia traduzida na *emissão de uma licença*, a qual terá de se fazer acompanhar do respectivo pagamento de uma taxa. Esta intervenção administrativa consubstancia-se num controlo inicial sobre o adequado preenchimento dos requisitos necessários por parte dos interessados e após «decisão positiva» habilitante da actividade de saúde, os operadores providenciarão pela respectiva abertura e funcionamento do estabelecimento de saúde.

Factor determinante para efeitos de «autorização» é que as entidades titulares de unidades de saúde possuam ao seu serviço profissionais legalmente habilitados. Assim, nestes termos, o acesso ao «mercado privado da saúde» revela-se constitucional e legalmente «aberto», não existindo uma reserva constitucional de exclusividade do sector público e muito menos de cariz corporativo.

---

<sup>259</sup> Todas estas informações acerca das formalidades habilitantes foram colhidas da obra de LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns Aspectos do Regime de Licenciamento de Unidades Privadas de Serviços de Saúde em Portugal”, *Lex Medicinæ*, Centro de Direito Biomédico, Ano 7, nº13, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 57 e seguintes.



A condição *mister* é que os estabelecimentos privados prestadores de cuidados de saúde pertençam somente a profissionais titulares de habilitações legalmente adequadas à prestação desses serviços de saúde.

Em síntese, para além das adequadas habilitações profissionais e do devido acto legal autorizativo por parte das administrações regionais de saúde I.P., («licença»), os interessados na abertura de uma unidade de saúde teriam ainda de proceder ao registo e ao pagamento da taxa estabelecida para esse registo obrigatório junto da Entidade Reguladora da Saúde (artigo 3º, nº1 do Decreto-Lei nº 279/2009, de 6 de Outubro).

Neste procedimento conducente à abertura e funcionamento de unidades privadas de saúde existe a intervenção orgânica e competencial simultânea e concorrente de três entidades: Entidade Reguladora da Saúde (ERS), a respectiva Administração Regional de Saúde (Adm.RS), I.P. e, por último, das Autoridades Regionais de Saúde (ARS).

Confrontados com o disposto no artigo 3º, nº1 do Decreto-Lei nº 279/2009, importa referir que deverá ter-se por tacitamente revogado o artigo 45º, nº2 do Decreto-Lei nº 127/2009, de 27 de Maio que tem por finalidade definir as atribuições da Entidade Reguladora da Saúde, segundo o qual as entidades responsáveis por estabelecimentos sujeitos à jurisdição da ERS encontram-se vinculadas à obrigatoriedade de proceder ao registo destes, no prazo de dois meses contados do início da sua actividade, assim como, à obrigatoriedade de proceder à sua actualização, no mesmo prazo, a contar da ocorrência de qualquer alteração dos dados do registo.

#### **4. Conclusão: O Serviço Nacional de Saúde perante os novos desafios sociais e económico-financeiros.**

Pelo exposto, podemos considerar que em Portugal foi criado um verdadeiro mercado de cuidados de saúde cujos intervenientes principais são as entidades empresariais que actuam numa lógica “mercantilista” ou de mercado e as quais são remuneradas pelos cuidados efectivamente prestados, mas não necessariamente pelos próprios “consumidores” dos cuidados de saúde.

O modelo de prestação do serviço de saúde deixa, deste modo, de se desenrolar entre os estabelecimentos públicos de saúde desprovidos de cariz empresarial e os respectivos utentes de serviços públicos gratuitos.

Anteriormente, o sistema público de saúde encontrava-se exclusivamente nas mãos do Estado, em virtude da Constituição de 1976, porquanto foi consagrado o acesso universal, geral e gratuito dos cidadãos à saúde, tendo sido para concretização destes desideratos, criado

o Serviço Nacional de Saúde em 1979. Este implicou, por seu turno, a criação de estabelecimentos públicos de saúde (clínicas, centros de saúde e hospitais) que asseguravam respectivamente, a prestação de cuidados primários e cuidados diferenciados de saúde em todo o território.

Mas, importa realçar o facto de o Sistema Nacional de Saúde nunca ter excluído a existência paralela de um sector privado traduzido em clínicas liberais e em hospitais privados que colmatavam as falhas do serviço público, oferecendo melhores condições (mais comodidade e maior celeridade no atendimento).

Simultaneamente, uma franja da população beneficiava de sistemas sectoriais de protecção da saúde, de tipo seguro obrigatório ou facultativo, e nestes casos, as unidades de saúde públicas exigiam junto desses sistemas a remuneração relacionada com a prestação de cuidados prestados aos seus beneficiários<sup>260</sup>. Por outro lado, a par destes sistemas aparecem os seguros de saúde privados que podem contratar a aquisição de cuidados de saúde tanto no seio de hospitais públicos, como de hospitais privados, mediante o respectivo pagamento.

Aos cidadãos que não estão integrados num destes subsistemas, resta-lhes a protecção da saúde assegurada pelo Serviço Nacional de Saúde, *quase* gratuito, visto que têm de proceder ao pagamento das “taxas moderadoras”,<sup>261</sup> devido por todos os utentes, com excepção dos que não têm rendimentos suficientes.

A empresarialização dos hospitais públicos opera uma modificação no papel desempenhado perante o utente, na medida em que deixam de ser meros prestadores ou fornecedores do serviço público de saúde para passar a ser “cobradores” ou “credores” do preço envolvido na prestação desses cuidados de saúde, como se de hospitais privados se tratassem. Contudo, o devedor desse serviço ou o “pagador” não é o utente, mas sim uma agência do Estado que tem por escopo o financiamento dos cuidados de saúde.

Outro aspecto que importa salientar é o nascimento de uma natureza “mercantilista” aplicado a todo o sector público de saúde, em que os hospitais públicos passam a exercer concorrência directa entre si e com os hospitais do sector privado, oferecendo “preços livres” atendendo a uma lógica de mercado.

Neste contexto, o utente-consumidor beneficiário do Serviço Nacional de Saúde ou beneficiário de outro qualquer “subsistema” passa a possuir liberdade de escolha no acesso a um serviço de saúde que *em princípio* será prestado com maior qualidade.

---

<sup>260</sup> É o caso da ADSE (Assistência na Doença aos Servidores do Estado agora denominado de Direcção-Geral de Protecção Social aos Funcionários e Agentes da Administração Pública, não tendo ocorrido a respectiva alteração da sigla) para os funcionários públicos. A mesma situação sucede com funcionários de outros sectores de actividade como a Banca, cujos trabalhadores são beneficiários de um sistema de «providência» na saúde. Neste sentido, *vide* VITAL MOREIRA, “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal,” in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, Ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.105.

Sublinhe-se “em princípio”, visto que este *novo* mercado de cuidados de saúde não é isento de lacunas, falhas e deficiências, as quais são susceptíveis de colocar em causa a qualidade e segurança dos cuidados de saúde prestados e, no limite, tornar claudicantes os princípios estruturantes do próprio Sistema Nacional de Saúde, designadamente os princípios da universalidade e de igualdade no acesso à protecção da saúde.

As falhas de mercado («*market failures*») no domínio da saúde que se revelam mais propícias e graves são, entre outras, a criação de “monopólios”, a assimetria de informação entre prestadores e utentes-consumidores, a primazia do “ganho” sobre outros valores que deveriam imperar num sector tão sensível do ponto de vista humano como é o da saúde, ou o apelo da maximização do lucro em detrimento da universalidade e igualdade de acesso à saúde, valores constitucionalmente assegurados. Senão vejamos.

No que respeita ao risco de monopólio, ele é premente porquanto em muitas regiões não é viável a existência de mais do que um hospital, ficando os utentes sujeitos à prestação de cuidados de saúde desse único hospital, ainda que seja mais oneroso dos que outros hospitais mais distantes ou que ofereça serviços com menor qualidade. Nestas circunstâncias, o utente não tem uma verdadeira escolha e tem de se sujeitar à unidade ou estabelecimento de saúde que existe na região onde reside.

Em segundo lugar, os utentes-consumidores não têm, a generalidade das ocasiões, a capacidade para avaliar devidamente a necessidade dos cuidados de que necessitam nem a qualidade e custos dos mesmos, existindo um enorme défice na informação sobre a efectiva prestação de cuidados de saúde. E, deste modo, a livre escolha ao dispor do utente do serviço de saúde não é uma verdadeira escolha, claudicando uma importante vantagem apontada a favor da *mercantilização* da saúde.

Por último, quando analisamos o fenómeno da empresarialização dos hospitais públicos ou a mercantilização do sector da saúde da perspectiva dos grandes princípios constitucionais que asseguram a efectiva protecção do cidadão na saúde, os riscos inerentes a esta «revolução de paradigma» no domínio da saúde assumem particular gravidade.

A natural busca pelo lucro e por uma maior eficiência por parte do particular tenderá a ser prosseguida à custa da qualidade e da ética na prestação de cuidados de saúde, as quais deveriam ser um fim em si mesmo.

A submissão do sector da saúde à lógica do mercado conduzirá, muitas vezes, a que o prestador recuse o tratamento de doentes, cujas cirurgias complexas ou períodos de internamento longos impliquem necessariamente mais custos que os “doentes de rotina”, violando o princípio da universalidade.

Associado este fenómeno conhecido por «*cream-skimming*» ou «desnatação»<sup>262</sup> aparece um outro designado de “selecção adversa”, o qual se traduz na preferência que os utentes que padecem de doenças mais complicadas ou com tratamentos mais dispendiosos têm por hospitais públicos que se encontram fora do regime empresarial, levando a um incremento dos encargos e do défice do Estado com o sector da saúde.

Esta situação desvirtua igualmente as vantagens pensadas aquando da empresarialização do sector da saúde em Portugal, pois pensava-se inicialmente que os hospitais públicos ficariam mais “libertos” de grande parte dos utentes cujos cuidados de saúde fossem mais onerosos, o que não veio a suceder.

Por outro lado, a competição quase feroz entre os prestadores privados pelos contratos com os financiadores, como os seguros de saúde, poderá originar desigualdades ou discrepâncias no tratamento oferecido aos utentes-consumidores, dando maiores benefícios a uns (prioridade na realização de cirurgias) em detrimento dos cuidados prestados a outros, indo assim ao arrepio do princípio de igualdade no acesso à saúde, constitucionalmente consagrado.

É, de resto, perante este circunstancialismo complexo no domínio da prestação de cuidados de saúde actual que ressalta a necessidade de uma actuação fiscalizadora ou reguladora rigorosa, imparcial que actue desprendida de interesses que não sejam o do cidadão utente e que se revela incondescendente perante actuações pouco éticas e que coloquem em causa os princípios constitucionais ínsitos no artigo 64º.

A empresarialização do sector da saúde é bem vista e deverá ser aceite pela Sociedade, pelo Estado e pelo Direito, conquanto se submeta a estes princípios e se oriente pelos mesmos valores que norteiam a Administração Pública na prestação de cuidados de saúde.

Deverão, pois, ser eliminados quaisquer comportamentos positivos ou negativos por parte dos prestadores privados que não assegurem o acesso universal e igual do cidadão-utente à saúde, pois este é um seu direito inalienável e constitucionalmente assegurado, sob pena de adequada sanção disciplinar, civil, administrativa e penal. Este é seguramente um desafio que o Serviço Nacional de Saúde enfrenta.

Outros dilemas que o serviço público de saúde enfrenta prendem-se paradoxalmente com a evolução da própria medicina. Recorrendo ao pensamento de FRIEDRICH HAYEK: «The problems raised by a free health service are made even more difficult by the fact that the ***progress of medicine*** tends to increase its efforts not mainly toward restoring working capacity but toward the ***alleviation of suffering and the prolongation of life; these, of course, cannot***

---

<sup>262</sup> Neste sentido, vide VITAL MOREIRA, “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal,” in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.114.

*be justified on economic but only on humanitarian grounds.* Yet, while the task of combating the serious diseases which befall and disable some in manhood is a relatively limited one, the task of showing down the chronic processes which must bring about the ultimate decay of all of us is unlimited»<sup>263</sup>.

Este Autor considera que a saúde é um bem que, enquanto tal, é limitado. Por conseguinte, torna-se imprescindível como meio necessário à manutenção da subsistência de todo o sistema de saúde globalmente considerado, que se adotem «*harsh measures*», mediante uma rigorosa e objectiva priorização dos bens e serviços, os quais o Estado pretende que a colectividade usufrua e beneficie. E nada garante que a saúde se encontre no «topo das prioridades».

FRIEDRICH A. HAYEK dá como exemplo um homem rico, que apesar de ter ao seu dispor todos os meios económicos, opta por um motivo ou por outro, em dar prioridade não à sua saúde, mas a outro bem qualquer. Nesta lógica deveria seguir o Estado, o qual não poderá ser «refém de bens imateriais» por muito valorosos socialmente que eles possam ser. Senão vejamos.

Concretizando a ideia que foi ora mencionada, este Autor tece a seguinte consideração: «There is no objective standard for judging how much care and effort are required in a particular case; also, as medicine advances it becomes more and more clear that might profitably be spent in order to do all that is objectively possible. Moreover, *it is also not true that, in our individual valuation, all that might yet be done to secure health and life has an absolute priority over other needs.* As in all other decisions in which we have to deal not with certainties but with probabilities and chances, we constantly take risks and decide on the basis of economic considerations whether a particular precaution is worthwhile, i.e., by balancing the risk against other needs. *Even the richest man will normally not do all that medical knowledge makes possible to preserve his health,* perhaps because other concerns compete for his time and energy. *Somebody must always decide whether and additional effort and additional outlay of resources are called for.* The real issue is whether the individual concerned is to have a say and be able, by an additional sacrifice, to get more attention or whether this decision is to be made for him by somebody else. *Though we all dislike the fact that we have to balance immaterial values like health and life against*

---

<sup>263</sup> Vide, assim, Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Routledge, London and New York, 1960, 1999, 2003, pp. 297 a 300 (maxime pp.299), sob a matéria intitulada: «health insurance versus free medicine». Veja-se, de igual modo, do mesmo Autor e em mesma obra, as pp.303 a 305 acerca da «the crisis of social security».

***material advantages and wish that the choice were unnecessary, we all do have to make the choice because the facts we cannot alter***<sup>264</sup>.

Rejeitamos em absoluto esta ideia de *inevitabilidade* e de «*ordem de coisas ou factos*» a que o Estado não pode «*fugir*» e a qual é a vasta maioria das vezes, utilizada como cláusula de salvaguarda para não dar cumprimento à Constituição e à efectividade dos direitos sociais mais essenciais à natureza e subsistência do cidadão enquanto ser dotado de plena dignidade.

Sublinhamos, por isso, uma vez mais, que o direito à saúde mais que um direito constitucional é um direito humano, digno de tutela urgente, prioritária e permanente, devendo encontrar-se sempre no «topo da hierarquia» de prestações estaduais.

---

<sup>264</sup> Neste sentido, vide Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Routledge, London and New York, 1960, 1999, 2003, pp. 299.

## SECÇÃO II - A ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE (ERS) PERANTE O “NOVO” DESAFIO DA EMPRESARIALIZAÇÃO DA SAÚDE.

Sumário: 0. Nota prévia; 1. Modelo, Estrutura e Forma de Actuação; 2. Caracterização e Composição Orgânica; 3. Missão, «Esfera de Jurisdição» e Competências; 4. Modelo adoptado para a Entidade Reguladora da Saúde; 5. Conclusão: A admissibilidade de privados na prestação de cuidados de saúde e a emergência de uma Autoridade de Regulação no sector da saúde.

### 0. Nota prévia.

A criação da Entidade Reguladora do Sector da Saúde traduziu-se no corolário lógico resultante da opção do Estado em adoptar formas diversificadas de prestação de cuidados de saúde no âmbito do próprio Serviço Nacional de Saúde, mediante a aprovação do Decreto-Lei nº 309/2003, de 10 de Dezembro<sup>265</sup>.

A regulação em saúde pode ser definida como o «(...) *controlo dirigido e sustentado exercido por uma agência pública sobre as actividades no domínio da saúde, visando a convergência entre a equidade e a eficiência e garantindo a qualidade assistencial*»<sup>266</sup>.

Entre nós, a opção foi por um «*regulador dedicado*» em detrimento de um «*regulador não dedicado*», ou seja, existiu a preferência por uma entidade dedicada em termos exclusivos à regulação e supervisão de um único sector de actividade, neste caso, no sector da saúde.

A opção inversa («*regulador não dedicado*») passaria por um organismo de supervisão, é certo, mas vocacionado a exercer actividade de supervisão sobre vários sectores e, logo “disperso” por uma diversidade de tarefas como as executivas (v.g. Ministério da Saúde) ou de determinação de critérios de formação profissional e respectiva acreditação (v.g. Ordens Profissionais, como a Ordem dos Médicos ou Ordem dos Enfermeiros).

Foi apresentada uma proposta de lei à Assembleia da República em 2002 no sentido de se proceder à criação de uma autoridade reguladora no sector da saúde, tendo vindo a constar de diversos diplomas legislativos em momento anterior ao da sua efectiva criação, v.g. Decreto-Lei nº 185/2002, que regulamentou as parcerias público-privadas no âmbito do serviço público de saúde<sup>267</sup>.

---

<sup>265</sup> Vide EDUARDO PAZ FERREIRA, “Em torno da Regulação Económica em tempos de mudança”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal (IDEFF), FDL, Ano I, nº1, janeiro-março, 2010, pp. 31, assim como, Vide OSMIR ANTONIO GLOBEKNER, *A Saúde entre o Público e o Privado. O Desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*, Juruá Editora, Curitiba, 2011, pp.151 e seguintes (*maxime*, pp. 159 em diante).

<sup>266</sup> (itálico nosso) Vide JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, Coimbra, 2005, pp.238.

<sup>267</sup> Para análise mais desenvolvida cfr. VITAL MOREIRA, “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal”, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, Ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.116. e MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Organização Administrativa da Saúde. Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.129 e seguintes e vide ainda LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns aspectos do regime de licenciamento de unidades privadas

A Entidade Reguladora da Saúde (ERS),<sup>268-269</sup> instituição independente reguladora e de supervisão dos cuidados de saúde prestados em Portugal, foi criada pelo Decreto-Lei nº 309/2003, de 10 de Dezembro de 2003,<sup>270</sup> na sequência de uma reforma no sector da saúde,

---

de serviços de saúde em Portugal”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 7, nº13, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.57 a 68.

<sup>268</sup> A propósito da matéria relativa à «Regulação Pública» ou também designada «Hetero-regulação» (regulação estadual) analisar as obras seguintes: MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES/VITAL MOREIRA, “*Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação de Serviços Públicos*” e, no mesmo sentido, dos mesmos autores, “*Mão Visível. Mercado e Regulação*”. Vide, ainda, VITAL MOREIRA, “*Estudos de Regulação Pública – I*”, VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo, Projecto de Lei-Quadro. No âmbito da Regulação da Saúde*, RUI NUNES, *Regulação da Saúde*. De modo mais aprofundado, vide ainda, ALEXANDRA P. DE CAMPOS, “*A Rede de Prestação de Cuidados Continuados de Saúde e a Entidade Reguladora da Saúde: a continuação da reestruturação no sector da saúde*”, pp.73 e seguintes.

<sup>269</sup> Sobre a urgência de uma regulação blindada no âmbito da crescente privatização no sector da saúde, VASCO PINTO REIS, “*A intervenção privada na prestação pública: da expansão do Estado às parcerias público-privadas*”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol.4, Lisboa, 2004, pp.133 e seguintes.

<sup>270</sup> O Programa do XV Governo Constitucional previu a criação de autoridade reguladora na área da saúde e no que respeita ao procedimento legislativo que conduziu à implementação da Entidade Reguladora da Saúde, importa dar indicação de certos aspectos jurídico-constitucionais em Portugal:

No sistema constitucional português não é necessária uma intervenção parlamentar no que concerne à criação de uma autoridade reguladora, porquanto o Governo goza de poderes legislativos autónomos mediante a emissão de decretos-leis que possuem o mesmo valor das leis. O Governo não pode legislar nas áreas de competência reservada da Assembleia da República definidas na Constituição (artigos 164º e 165º), a qual distingue entre matérias de reserva absoluta que não podem ser delegadas ao Governo e matérias de reserva relativa que podem ser objecto de autorização legislativa em favor do Governo, desde que estejam preenchidos determinados requisitos.

A criação de uma autoridade reguladora na saúde não cabe na esfera da competência reservada à Assembleia da República, a qual é limitada às «bases do Serviço Nacional de Saúde», nos termos do artigo 165º, nº1, al.f), da Constituição da República. O instrumento jurídico de implementação desta autoridade reguladora adoptado foi o decreto-lei. Os diplomas iniciais que continham determinada menção à «entidade reguladora da saúde» apenas o faziam da perspectiva de situação de participação ou cooperação de entidades privadas no âmbito do serviço público de saúde. Apenas aquando do Decreto-Lei próprio instituidor daquela entidade é que verificamos a abrangência do seu corpo de competências e finalidades (escopo) a um ponto em que a sua actuação estende-se ao sector público, ao sector privado e até às próprias Parcerias Público-Privadas, dedicados à prestação de cuidados de saúde, primários e diferenciados.

A Entidade Reguladora da Saúde veio a ser mencionada em vários diplomas legislativos antes mesmo da sua efectiva criação, por exemplo o Decreto-Lei nº185/2002, que regulou as Parcerias Público-Privadas no âmbito da saúde, no seu artigo 37º faz menção expressa à «actividade reguladora»: «As actividades desenvolvidas no âmbito das parcerias em saúde em regime de gestão e financiamento privados podem ser objecto de regulação económica, sendo o financiamento da **entidade reguladora** assegurado pelas entidades reguladas, nos termos a definir em diploma próprio». Em momento ulterior, o Decreto-Lei nº60/2003, de 1 de Abril respeitante aos cuidados primários de saúde, no seu artigo 31º, nº1 refere que «O presente diploma entra em vigor em simultâneo com o diploma que aprove a **criação da entidade reguladora**, que enquadre a participação e actuação dos operadores privados e sociais no âmbito da prestação de serviços públicos de saúde, assegurando o acompanhamento dos respectivos níveis de desempenho».

Ora, estes preceitos legais apesar de serem objectivos quanto à necessidade de criação de uma entidade reguladora, apresentavam, contudo, lacunas no que dizia respeito ao aspecto jurídico-institucional, sobretudo quanto à natureza jurídica desta entidade. O que levantava questões de diversa ordem, como designadamente, sobre se tinha ou não personalidade jurídica; sobre qual o seu regime de gestão económico-financeira que assegurasse a autonomia deste organismo; sobre quais seriam os seus efectivos poderes e competências e quais os meios de actuação aptos à prossecução da sua missão, entre outras. Estes foram aspectos que vieram a receber tratamento legislativo próprio em diplomas legislativos específicos, sobretudo no diploma que veio a instituir oficialmente esta entidade.

Em síntese, importa trazer à colação o Preâmbulo do Decreto-Lei nº 309/2003, de 10 de Dezembro, o qual menciona os aspectos mais assinaláveis relativamente à necessidade de uma autoridade reguladora na saúde:

1. A reforma em curso no sector da saúde; 2. A diversidade das entidades (sector público, privado e social) do Serviço Nacional de Saúde, integradas nas redes nacionais de cuidados primários, hospitalares (diferenciados) e continuados; 3. A autonomia de gestão, de tipo empresarial num contexto de «mercado administrativo», pois tal como recorda MARIA JOÃO ESTORNINHO, este diploma é contemporâneo dos Hospitais S.A.; 4. As parcerias público-privadas no âmbito da gestão de hospitais do Serviço Nacional de Saúde; 5. A previsão da abertura da possibilidade de gestão dos centros de saúde a grupos profissionais ou entidades pertencentes ao sector privado.

Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Organização Administrativa da Saúde – relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.129 e seguintes e, vide, igualmente, a respeito da Entidade Reguladora da Saúde, JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, Coimbra, 2005, pp. 235 e seguintes.



sobretudo no que concerne ao Serviço Nacional de Saúde, tendo sido regulamentada pela Portaria nº 418/2005, de 14 de Abril<sup>271</sup>.

As modificações no sector da saúde incidiram principalmente na forma de organização e de gestão dos hospitais públicos, na possibilidade de cessão da gestão de unidades públicas a entidades privadas e na possibilidade de construção e gestão de hospitais e outros estabelecimentos públicos de saúde por parte de entidades privadas em regime de parceria público-privada.

A «saúde», consistindo num serviço público essencial, de interesse geral e não comercial, era até recentemente prestada directamente pela Administração mediante estabelecimentos públicos sem natureza empresarial por oposição aos serviços públicos comerciais e industriais pertencentes a sectores económicos liberalizados abertos ao mercado, como as telecomunicações, serviços postais, a energia (electricidade e gás natural), os transportes ferroviários, os transportes aéreos, as águas e os tratamentos de resíduos sólidos (esgotos e lixo)<sup>272</sup>.

Existia, pois, uma certa dicotomia no tratamento jurídico dos serviços, consoante estes fossem de primeira espécie e, nesse caso sujeitos ao mercado livre e disciplinados pelo direito comercial ou, inversamente fossem serviços de segunda espécie, estando fora do mercado, sendo fornecidos e geridos pelo Estado, submetendo-se ao direito administrativo.

Ora, a Entidade Reguladora de Saúde surgiu no epicentro do movimento de alterações ao paradigma tradicional dos serviços públicos, caracterizado pela modificação dos modos de gestão do sector público, em geral e dos serviços de prestação de cuidados de saúde, em particular designado de «*Nova Gestão Pública*» ou «*New Public Management*».

Este novo modelo de gestão pública é constituído por novos mecanismos de “tipo mercado” e caracterizado pela liberalização e pela abertura ao mercado, a par da participação do sector privado na prestação de serviços públicos.

E, assim sendo, como sublinha MARIA JOÃO ESTORNINHO, existe uma multiplicidade de entidades que «deixaram de estar sujeitas ao «comando administrativo» do Governo, sendo certo, a lógica de gestão empresarial propicia um ambiente de «competição» cujos efeitos indesejáveis devem ser prevenidos e corrigidos por uma entidade externa»<sup>273</sup>; no caso da saúde, a ERS constituiu a resposta a esta necessidade.

---

<sup>271</sup> Esta portaria aprova o regulamento interno da organização e funcionamento dos serviços da ERS. Outras informações relevantes sobre a Entidade Reguladora da Saúde constam do site do Ministério da Saúde: <http://www.ers.min-saude.pt>

<sup>272</sup> Vide VITAL MOREIRA, “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal”, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.104 e seguintes.

<sup>273</sup> Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Organização Administrativa da Saúde – relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.131.

E, neste sentido, a opção foi criar uma autoridade independente com diversas características, designadamente, a separação entre a função do Estado como regulador e supervisor, relativamente às funções de empresário/produtor/fornecedor/prestador e a de financiador, assim como, a distinção entre uma função de «*regulação secundária*», de supervisão técnico-administrativa e económica por um lado e, a função de orientação estratégica das políticas para o sector da saúde da competência do Governo, por outro lado.

Sob uma perspectiva garantística do utente-consumidor, terão de existir mecanismos de responsabilização-legitimação desta entidade reguladora, mediante exigências de transparência, procedimentalização dos seus actos e de dever de fundamentação das suas decisões, além de um detalhado relatório anual de contas (estes aspectos serão abordados de modo mais desenvolvido adiante).

Com efeito, em regra, qualquer entidade reguladora independente tem de assumir um vasto conjunto de garantias que lhes permitam o exercício autónomo e livre de pressões do Estado ou por parte dos demais operadores no sector. Senão vejamos.

Mais precisamente, terá de possuir verdadeira *independência orgânica* relativamente ao poder executivo (Governo), através do mandato fixo, da irremovibilidade dos seus membros e de um forte regime de incompatibilidades de funções.

Deverá, de igual modo, apresentar *independência de tipo funcional*, o que significa que no exercício das funções reguladoras as suas decisões não podem vir a ser objecto de modificação por parte do Governo, encontrando-se apenas sujeitas a uma apreciação jurisdicional, nos termos gerais da «*judicial review*» da actividade administrativa<sup>274</sup>.

Outro elemento imprescindível à independência de uma entidade reguladora prende-se com a sua *autonomia financeira*, consubstanciada na dotação de recursos financeiros próprios distintos e independentes do orçamento do Estado. Acresce por isso, necessariamente, um leque de poderes regulamentares e sancionatórios ao “normal” conjunto de poderes próprios de autoridade administrativa.

No ordenamento jurídico português, as entidades reguladoras independentes assumem a natureza de «entidades administrativas independentes» consagradas constitucionalmente no artigo 267º, nº3, ora tendo funções de regulação económica, ora funções de garantia de

---

<sup>274</sup> Vide VITAL MOREIRA, “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal,” in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.116 e seguintes e, ainda, no mesmo sentido, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Organização Administrativa da Saúde – relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.129 a 133. Acerca desta temática, vide, igualmente, JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde, (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, Coimbra, 2005, pp.236 a 243.

Sobre a ERS vide igualmente ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 72 e 73.

determinados direitos fundamentais, como a liberdade de expressão (Alta Autoridade para a Comunicação Social) ou o direito à protecção da vida privada (Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais).

No que ao sector da saúde respeita, no qual operam em concorrência e simultaneidade prestadores públicos e prestadores privados e em que é fundamental uma adequada regulação no acesso daqueles às infra-estruturas, nas quais se desenrolam as actividades de prestação de cuidados de saúde, primários e diferenciados, a entidade reguladora independente terá como função de destaque a garantia do direito fundamental de acesso à saúde, em termos de efectividade, universalidade e de igualdade.

Para tanto, deve ser assegurada a separação entre «*Estado operador*», seja enquanto prestador, seja na veste de financiador e «*Estado regulador ou fiscalizador*», como modo de se contribuir para uma regulação imparcial e livre de constrangimentos que se prendem com os interesses dos prestadores públicos em detrimento dos interesses dos demais prestadores e sobretudo dos interesses do utente-consumidor.

Outro corolário resultante da independência da entidade reguladora no sector da saúde é a garantia da protecção dos interesses dos utentes-consumidores perante os operadores (públicos e privados), fazendo com que tenham uma livre e real escolha no acesso aos serviços de saúde e que estes sejam dotados da qualidade e celeridade adequados.

De um ponto de vista institucional, a Entidade Reguladora da Saúde, independente do poder executivo, consiste numa pessoa colectiva de direito público, mais precisamente, num instituto público “especial” em termos de natureza e regime jurídico.

Quer dizer, não é um instituto público dito «comum», porquanto os seus órgãos não são de livre nomeação e destituição pelo Governo (independência orgânica) e nem se sujeitam às diversas formas de controlo deste, designadamente através da «superintendência<sup>275</sup>» e da

---

<sup>275</sup> A superintendência consiste no poder que o Estado Central conotado com o seu órgão máximo, Governo ou poder executivo, tem de definir os objectivos, linhas de orientação, recomendações e de estabelecer directrizes e limites na actuação das entidades que integram a Administração Indirecta. Existe uma miríade de tipos de superintendência. Por seu turno, o poder de tutela reporta-se ao poder governamental sobre as decisões dos organismos dependentes, mediante autorização prévia ou aprovação posterior ou através de revogar ou modificar essas decisões mediante recurso. Mais especificamente:

O poder de superintendência consiste no poder conferido ao Estado (exercido pelo Governo) ou a outra P.C. de fins múltiplos, como as Autarquias Locais, de definir os objectivos (fixar directivas e recomendações) e guiar a actuação (orientar) das P.C. de fins singulares colocadas por lei na sua dependência (institutos públicos e empresas públicas).

A superintendência **não se presume**, existindo apenas quando expressamente prevista na lei. É a modalidade de relação típica que passa a ligar o Estado (através do Governo) à Administração Estadual indirecta, na sequência de um processo de devolução de poderes determinante da criação da Administração estadual indirecta. Neste âmbito, permanece a tutela administrativa.

Por seu turno, o poder de tutela consiste no conjunto de poderes de intervenção de uma PCP na gestão de outra PCP, com vista a assegurar a legalidade e/ou mérito da sua actuação. Apenas existe tutela quando a lei expressamente o prevê e somente nas formas legalmente admitidas. As suas principais **características são as seguintes**: 1. Pressupõe a existência de duas PCP distintas (PCP tutelar e a PCP tutelada); 2. o fim da tutela administrativa é assegurar, em nome da entidade tutelar, que a entidade tutelada cumpra as leis em vigor e garantir que sejam adoptadas as soluções convenientes e oportunas para a prossecução do interesse público. Quanto ao FIM pode ser: a) Tutela de Legalidade – quando visa *controlar a legalidade* das decisões da entidade tutelada; b) Tutela de Mérito – quando visa controlar a *conveniência* (administrativa, técnica e financeira) e a *oportunidade* das decisões da entidade tutelada.

«tutela», pois estes poderes eliminariam qualquer actuação independente por parte de uma entidade que se quer rigorosa, imparcial e objectiva (independência funcional).

Importa, por outra banda, referir que a independência é de grau e amplitude variável, podendo ser maior ou menor, consoante as opções políticas adoptadas pelo Governo em funções. Este facto será, certamente, susceptível de ter as suas implicações e reflexos na actividade da autoridade de regulação que se encontrará dependente das boas graças do Governo e vulnerável perante os ventos de mudança política.

## 1. Modelo, Estrutura e Forma de Actuação.

Segundo EDUARDO PAZ FERREIRA, a emergência de uma autoridade de regulação no sector da saúde tem como grande finalidade a busca de modos mais eficientes e adequados para assegurar a melhoria da qualidade e eficácia dos serviços públicos, de forma a possibilitar que estes consigam atingir o nível de eficiência e de ganho económico que caracteriza a actuação da actividade económica privada<sup>276</sup>.

Assim, no que especialmente se refere ao sector da saúde, considera este Autor que «a variedade das experiências em curso, que vão desde a manutenção dos hospitais tradicionais até às parcerias público-privadas, passando pela criação de empresas públicas hospitalares, deu origem a um fenómeno que, de alguma forma, se assemelha à criação de um *mercado de cuidados de saúde*, mesmo no âmbito do Serviço Nacional de Saúde que, à semelhança de outros mercados, *levanta problemas de padrões de qualidade, de preços a praticar e de protecção dos utentes/consumidores*»<sup>277-278</sup>, revelando-se imperiosa a criação e a existência de uma entidade independente e isenta, que pugne pela qualidade dos cuidados de saúde.

---

Quanto ao CONTEÚDO pode ser: a) Inspectiva – poder de fiscalizar a organização, funcionamento dos órgãos ou serviços, os documentos e as contas da entidade tutelada; b) Integrativa – poder de aprovar ou autorizar os actos da entidade tutelada; c) Sancionatória – poder de aplicar sanções por irregularidades que tenham sido detectadas pela entidade tutelada; d) Revogatória – poder de revogar ou anular os actos administrativos praticados pela entidade tutelada; e) Substitutiva – poder de suprir as omissões das entidades tuteladas, praticando, em vez delas e por conta delas, os actos que forem legalmente devidos.

A tutela que o Governo exerce sobre as autarquias locais quando estejam em causa interesses gerais, é somente uma tutela de legalidade e correcção jurídica da actuação dos entes tutelados (242º, nº1 CRP). Devem ser consideradas inconstitucionais as disposições legais que alarguem, no âmbito das atribuições próprias das autarquias, os poderes de intervenção do Governo.

Quanto às autarquias locais apenas são aceitáveis as tutelas inspectiva e integrativa. A CRP impõe uma tutela mais limitada relativamente apenas às autarquias locais, pois não pode envolver o mérito, oportunidade ou conveniência da acção administrativa daquelas entidades. A tutela pode existir sobre a administração indirecta e autónoma, sendo prevalecente sobre esta última, sendo o único tipo de relação que a liga ao Governo. Vide, FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I reimp. 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. e ainda JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções fundamentais de Direito Administrativo*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2013.

<sup>276</sup> Neste sentido, vide EDUARDO PAZ FERREIRA, “Em torno da Regulação Económica em tempos de mudança”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal (IDEFF), FDL, Ano I, nº1, janeiro-março, 2010, pp. 31 e seguintes (*maxime*, pp. 40 e 41).

<sup>277</sup> (itálico nosso) Assim, EDUARDO PAZ FERREIRA, “Em torno da Regulação Económica em tempos de mudança”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal (IDEFF), FDL, Ano I, nº1, janeiro-março, 2010, pp. 31.

No domínio da saúde, o modelo de regulação escolhido abrange a regulação económica e a regulação social em saúde, com especial atinência nesta.

De facto, os valores da universalidade, generalidade, equidade ou de tendencial gratuidade no acesso à prestação de cuidados de saúde, associada à necessidade de protecção dos direitos sociais do utente cidadão possuem uma maior premência, quando comparados com as valências de cariz económico, v.g. maior obtenção de receita, leal concorrência entre os operadores, adequada afectação de recursos económicos e técnicos.

Estes aspectos, apesar de possuírem uma evidente pertinência, são relegados para um segundo patamar quando confrontados com aqueles valores sociais, tão fulcrais e estruturantes para um sector como o sector da saúde.

E, atendendo a este quadro valorativo e teleológico do qual se parte, foi assumido como paradigma<sup>279</sup> de regulação, um modelo de entidade inspirado e dotado de uma matriz socializante.

Com efeito, procedeu-se a uma reforma do sistema de saúde, com a criação de uma entidade com funções reguladoras no domínio da saúde fundada num paradigma que assentasse em dois eixos: primeiro, a separação e autonomização da função do Estado, na veste de *regulador-fiscalizador*, daqueloutra sua função de *prestador-financiador*. E, com este desiderato, criou-se um organismo regulador com poderes de autoridade.

Num segundo eixo, o grande objectivo foi proceder à atribuição de uma forte componente de independência à entidade reguladora, como forma de assegurar a separação estanque daquelas funções do Estado e a independência da actividade reguladora perante o prestador público e perante os demais operadores privados.

Neste panorama de traços reformistas, que parte da consideração de que o Estado é um *player* com enorme preponderância e influência no sector da saúde entendeu-se como ser

---

<sup>278</sup> Sobre a ideia de mercado dos serviços públicos e sobre o papel e actividade do Estado ao nível da garantia do fornecimento de serviços essenciais, assim como, da garantia de protecção dos cidadãos/consumidores, vide PEDRO COSTA GONÇALVES, “Estado de Garantia e Mercado”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, VII especial, pp.61 e seguintes.

<sup>279</sup> Quando falamos em «regulação», podemos tanto reportar-nos à hetero-regulação, como à auto-regulação. A primeira respeita à regulação pública ou estadual, porquanto é a fiscalização levada a cabo por instâncias pertencentes ao Estado sobre os demais operadores no sector da economia e nos restantes sectores ou segmentos sociais, como o sector da saúde. Trata-se, pois, de uma regulação imposta pelo Estado sobre terceiros ou, dita, de «fora» para «dentro», com a necessária separação entre ente regulador e ente regulado. Relativamente à segunda modalidade de regulação, a auto-regulação, cumpre-se dizer que ela consiste numa supervisão levada a cabo pelos próprios entes regulados, colectivamente combinados, estabelecendo um corpo normativo de regulamentação conformador da sua própria actuação. Por outras palavras, «auto-regulação» significa que os próprios regulados criam, impõem e determinam as normas e estatutos de conduta pelos quais se regem e em face do seu incumprimento, adoptam os seus próprios mecanismos conducentes a sanções disciplinares e de outra natureza. Trata-se de uma regulação não estadual, mas própria de cada entidade e organização profissional e empresarial. A este respeito, vide com tratamento detalhado VITAL MOREIRA, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997 e ainda MARIA FERNANDA MAÇÃS/LUIS GUILHERME CATARINO/JOAQUIM CARDOSO DA COSTA, *O Contencioso das Decisões das Entidades Reguladoras do Sector Económico-Financeiro*, in *Estudos de Regulação Pública*, I, Coimbra Editora, 2004. A respeito das modalidades de regulação supra mencionadas, vide JOSÉ PEDRO LIBERAL, *O Direito Fundamental à Protecção da Saúde*, (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados), Coimbra, 2005, pp. 236 e 237.

mais adequado e “garantístico” do ponto de vista da independência e de igualdade de todos os operadores, o modelo das *autoridades reguladoras independentes*.

Foi abandonado o modelo do instituto regulador tradicional, dependente do *executivo* (poder central), em que o Estado seria como uma espécie de «juíz em causa própria», aparecendo ora como prestador, ora como regulador dessa prestação, ao arrepio das boas práticas administrativas e dos princípios mais elementares de imparcialidade, objectividade, proporcionalidade e de igualdade, quando consideramos a posição jurídica dos restantes operadores privados, os quais têm o direito de actuar num mercado de livre e leal concorrência.

Somente com o afastamento de um modelo que impusesse a criação de um organismo pertencente à *administração indirecta independente* é que seria viável a efectiva separação entre Estado prestador-financiador do Serviço Nacional de Saúde e o Estado regulador e, nestes termos, foi adoptado o *modelo de regulação independente*.

Este modelo possui, pois, o mérito de impedir a existência de conflitos de interesse que seriam originados pelo desdobramento funcional do Estado, ao mesmo tempo que atribui aos prestadores privados a garantia de uma regulação pura e independente, não “manietada” pelo Governo.

Estes desideratos apenas são alcançados na sua plenitude, se forem devidamente acautelados determinados «princípios charneira». São eles os seguintes: 1. Delimitação estabelecida em termos suficientemente rigorosos entre as funções de definição de políticas para o sector e a sua orientação estratégica (que deve competir ao poder político, desde logo, ao Governo) e as funções de regulação em *stricto sensu* e de fiscalização técnico-administrativa e económica (que deve ser da égide de uma entidade com independência face ao poder político); 2. Independência orgânica da entidade reguladora, cujos membros devem ter um mandato com média-longa duração e cuja destituição apenas poderá ser por motivos graves; 3. Independência funcional do órgão regulador, cujo espectro de competências e de atribuição, assim como, a sua actividade deverão encontrar-se livres de interferências governamentais (desprovidos de superintendência e de tutela); 4. Garantias fortes de independência perante os *players* públicos e privados, assegurado por um regime de incompatibilidades de funções que tenha “reflexo inibidor” de conflitos de interesses até mesmo após cessação de funções ou termo do mandato; 5. Auto-suficiência financeira, com dependência face ao orçamento de Estado limitado ao estritamente necessário; 6. Definição de mecanismos eficazes de «*accountability*» pública sobre a actuação da entidade reguladora, que se quer transparente e imparcial, sujeitando-se, por isso, a eventual prestação de informações perante a comissão parlamentar competente, à necessidade de

procedimentalização e de fundamentação das suas decisões (v.g. regulamentares) e à obrigatoriedade de publicação de um relatório anual sobre as suas actividades, entre outras<sup>280</sup>.

A independência da entidade reguladora da saúde confere-lhe a necessária e adequada liberdade de actuação, supervisão e de fiscalização aptos à prossecução da sua missão e ao alcance do seu escopo.

Mas, uma maior liberdade far-se-á acompanhar sempre da corresponsabilidade e aqueles princípios enunciados são corolários lógicos deste princípio estruturante do direito.

Apenas deste modo, é que a actuação livre e responsabilizante, proporcionado pelo modelo adoptado, assim como, qualquer decisão adoptada pela entidade reguladora impor-se-á naturalmente à sociedade e será comumente aceite pelos operadores públicos e privados.

A legitimidade da entidade reguladora resulta, pois, não da sua liberdade de conformação e de actuação, mas da sua *responsabilidade* perante os outros e, acima de tudo, perante si mesma. E esta responsabilidade revela-se ainda mais premente quando pensamos que ela existe e actua num Estado de Direito democrático caracterizado pelo princípio de separação de poderes e pela necessidade de sujeição da Administração ao Governo, enquanto seu órgão máximo e, através deste, ao adequado controlo parlamentar mediante a prestação de depoimentos perante a comissão parlamentar competente cujo relatório será enviado ao Parlamento.

Por um lado, a independência orgânica e funcional da autoridade reguladora da saúde faz com que esta se encontre excluída da égide de controlo governamental, ou seja, não se submeta ao princípio de responsabilidade ministerial ao qual toda a actividade administrativa se encontra vinculada. Por outro lado, o eventual défice de legitimidade política das entidades reguladoras independentes, na qual se insere a ERS, é colmatado por vários mecanismos de «*accountability*» (responsabilidade). Desde logo, a obrigatoriedade de submissão à lei nos termos gerais do princípio de legalidade da Administração (artigos 2º e 4º, do Decreto-Lei nº 309/2003<sup>281</sup>), existindo a possibilidade de os seus actos serem objecto de impugnação em caso de ilegalidade.

---

<sup>280</sup> Vide VITAL MOREIRA, "A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal," in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, Ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.122 e 123.

<sup>281</sup> Nos termos do artigo 2º, articulado com a disposição legal ínsita no artigo 4º, a ERS rege-se pelas normas do Decreto-Lei nº 309/2003, de 10 de Dezembro que estabelece o seu estatuto e ainda por outras disposições legais que lhe sejam especificamente aplicáveis e, em termos subsidiários, pelo regime legal que rege os institutos públicos. Acresce que apesar de a independência da ERS ser expressamente assumida, o artigo 4º faz uma ressalva: «(...) sem prejuízo dos princípios orientadores da política de saúde **fixada pelo Governo**, nos termos constitucionais e legais, e dos **actos sujeitos a tutela ministerial** (...)». O que resulta no condicionamento a uma independência que à partida se poderia presumir absoluta, mas que não o é. Aliás, como observa Vital Moreira, «no caso da ERS (...) ela não é inteiramente independente (e de resto nenhuma entidade administrativa independente o é)». Ver a análise mais desenvolvida daquele Autor in "A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal", *RDPE*, pp.138 e 139.



A necessidade de respeito pelos princípios da política de saúde estipulados pelo Governo, a obrigatoriedade de sujeição ao controlo governamental nos aspectos relativos à gestão administrativa e financeira, a necessidade de aprovação ministerial no que respeita ao seu plano de actividades e ao orçamento, contas e relatório de actividades associadas à aprovação prévia para alienação e aquisição de imóveis, aceitação de doações, heranças e legados vêm mostrar que, a final, a independência existe, mas dentro de autênticos espalhos, legais e políticos.

Mas, a entidade reguladora do sector da saúde “presta contas” não apenas ao Governo, mas igualmente ao cidadão, sujeitando-se a um rigoroso escrutínio público mediante a publicitação de documentos na Internet<sup>282</sup> (artigo 61º), como os diplomas legislativos em que fundamenta a sua actividade, os regulamentos internos, a sua composição orgânica (*inclusive*, os registos biográficos dos seus titulares), os planos, orçamentos, relatórios e contas dos últimos dois anos, entre outros.

O relatório anual acerca das suas funções será remetido ao Governo e através deste, ao Parlamento, que dará a sua aprovação ou não, legitimando-se pelo procedimento, a actuação reguladora e a própria existência da Entidade Reguladora da Saúde (*«legitimação pelo procedimento»*).

## 2. Caracterização e Composição Orgânica.

Antes da reforma legislativa que vem criar a Entidade Reguladora da Saúde<sup>283</sup>, a regulação na área dos cuidados de saúde em geral e na actividade prestada pelos estabelecimentos de saúde em particular (hospitais e centros de saúde) era levada a cabo por organismos da administração directa ou indirecta do Ministério da Saúde, sobretudo a Inspeção Geral de Saúde (IGS).

Esta entidade possuía funções de fiscalização e de supervisão, assim como, a incumbência ao nível de aplicação das sanções administrativas aplicáveis às infracções de normas legislativas e regulamentares que regem a prestação de cuidados de saúde. Não existia

---

<sup>282</sup> Cfr. <http://www.ers.min-saude.pt>

<sup>283</sup> A regulação que versava sobre a prestação de cuidados de saúde em Portugal, antes da reforma institucional profunda a que se assistiu nos últimos anos, era prosseguida pelos moldes e trâmites tradicionais da Administração Pública. Inexistia uma única entidade reguladora que fosse autónoma e independente do poder político e que tivesse a vocação de supervisionar de modo exaustivo todo o sector da saúde, todos os subsistemas privados e públicos dedicados à prestação de cuidados de saúde. Por outro lado, as fontes normativas da regulação eram essencialmente os seguintes: 1. Leis reguladoras do sector, em particular a Lei de Bases da Saúde (LBS), o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, as leis orgânicas do Ministério da Saúde e dos seus serviços centrais e regionais, as leis orgânicas de certos institutos públicos; 2. Regulamentos administrativos do Ministério da Saúde e dos seus organismos com poder normativo; 3. Os contratos e convenções com entidades privadas (Hospital Amadora-Sintra), as convenções de participação de entidades privadas na prestação de serviços ao Serviço Nacional de Saúde; 4. Os instrumentos de auto-regulação emanados pelas próprias unidades de saúde, como por exemplo códigos de boas práticas, cartas a utentes, etc.



qualquer organismo que se destinasse a regular a actuação das parcerias público-privadas na saúde, dada a limitada relevância e previsão legal que sobre elas recaía na Lei de Bases da Saúde ou do próprio Estatuto do Serviço Nacional de Saúde.

A nova Entidade Reguladora no domínio da saúde é uma pessoa colectiva de direito público (artigo 2º), dotada de personalidade jurídica própria e de órgãos e serviços próprios, bem como, de autonomia administrativa, financeira<sup>284</sup> e com o seu próprio património.

Por isso, é considerada um instituto público de natureza *sui generis* em virtude da sua independência. Contudo, enquanto entidade administrativa, encontra-se sujeita ao direito administrativo, incluindo a gestão financeira, a aquisição de bens e serviços, excepto nas situações em que a lei dispuser de modo diferente. Subsidiariamente, o regime a ser aplicável é o regime jurídico comum dos institutos públicos previsto na Lei nº3/2004, de 15 de Janeiro («Lei-quadro dos Institutos Públicos»).

Em termos orgânicos, a Entidade Reguladora da Saúde é composta por, pelo menos, dois órgãos, um órgão de *governo colegial* e um órgão de *fiscalização da gestão* (administrativa e financeira), que em Portugal tem natureza singular (fiscal único) e sem participação directa na função regulatória.

Inicialmente, no relatório de preparação do diploma que criou a ERS, a estes órgãos acrescia um outro órgão de *natureza consultiva*, colegial e de composição mista ou «multi-representativo», com representantes ora de organismos públicos (Ministérios), ora de utentes, representantes dos interesses dos operadores-prestadores envolvidos ou ainda de outros interessados (v.g. grupos profissionais ou de investidores).

Contudo, por força de pressões exercidas sobre o Governo por parte da Ordem dos Médicos, céptica relativamente à necessidade de criação de uma entidade reguladora, recusando-se mesmo a integrar o órgão consultivo, este foi eliminado do diploma definitivo.

Outro órgão que teria um papel interessante e com relevância no sector da saúde, era o *Provedor do Utente* que seria dotado de autonomia no seio da própria entidade reguladora, e que tinha por função ouvir as queixas e opiniões do utente-consumidor da prestação de cuidados de saúde, assegurando a defesa dos interesses e direitos deste perante os

---

<sup>284</sup> Uma das condições de independência de qualquer autoridade reguladora passará, sem dúvida, pela capacidade de se autofinanciar, através da alocação de recursos próprios, com a mínima dependência possível do orçamento de Estado. Em Portugal, à semelhança do que sucede com os demais países, é aceite a solução do financiamento da entidade reguladora pelas próprias entidades reguladas. No que mais precisamente respeita à Entidade Reguladora da Saúde, nos termos do artigo 54º da respectiva lei, as fontes de receita incluem as taxas cobradas pelos seus serviços e do resultado obtido pela aplicação de coimas, as «contribuições das entidades gestoras dos hospitais em regime de parceria público-privada», mas inexplicavelmente não abarcam as receitas providas de todos os outros operadores-prestadores, como as do Serviço Nacional de Saúde e as de outros operadores pertencentes ao sector privado. A ERS perde, assim, uma oportunidade de angariar mais receita e desse modo mais «autonomia» (leia-se independência) ao não aproveitar a amplitude da sua esfera de jurisdição para ampliar, de igual modo, a esfera dos contribuintes obrigatórios financiadores. Aliás, esta situação é susceptível de gerar um certo desconforto no seio dos operadores que poderão sentir-se em desvantagem perante os seus concorrentes directos isentos de contribuições para a ERS.<sup>284</sup> Vide VITAL MOREIRA, “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal”, A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal”, RDPE, pp.136 e 137.

respectivos operadores privados ou públicos e zelando eficazmente pelo cumprimento dos ditames constitucionais ínsitos no preceito do artigo 64º perante o próprio Estado (perante o Governo em geral e, especificamente perante o Ministério da Saúde).

Não obstante, também este órgão foi abolido da redacção final do diploma. Deste modo, como existe uma omissão legislativa na previsão do órgão consultivo na Lei da Entidade Reguladora da Saúde, podemos considerar que apenas existem dois órgãos pertencentes a esta autoridade reguladora, o conselho directivo e o fiscal único (artigo 9º).

Todavia, os respectivos membros são nomeados pelo Governo, o que parece colocar em causa a independência necessária a qualquer autoridade reguladora legalmente assumida como «independente».

Ignorando as críticas dos vários sectores da sociedade, os membros do Conselho Directivo são nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do Ministro da Saúde (artigo 11º). Mas, em contrapartida, os titulares do órgão regulador são inamovíveis durante o mandato temporal referido, não podendo o Governo destituí-los salvo em caso de ilegalidade ou de infracção grave aos deveres legais e após inquérito realizado por autoridade independente (artigo 14º), sendo que esta imposição legal constitui uma das efectivas garantias de independência orgânica. Acresce que a Entidade Reguladora da Saúde não pode ser sancionada pelo modo como exercita as suas competências de regulação nem sequer se sujeita ao ciclo eleitoral nem à maioria governamental de cada legislatura.

O próprio mandato de cada titular da ERS tem uma duração de cinco anos, ou seja, tem a duração superior à legislatura de cada Governo, o que poderá também contribuir de certo modo para a independência desta autoridade reguladora. A renovação do mandato opera-se uma única vez como forma de limitar o potencial risco de «captura» pelos interesses das entidades reguladas e para possibilitar uma linha continuidade da actuação nunca existe uma substituição integral de todos os membros deste organismo regulador, ou seja, não há uma coincidência temporal entre o início e o termo do mandato de todos os membros.

### **3. Missão, «Esfera de Jurisdição» e Competências.**

Iniciamos este ponto no nosso estudo com a reflexão basilar e *lúcida* de ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS: «Num sistema totalmente público, sem liberdade de escolha, não fazia sentido qualquer regulação. Mas, tal sistema não existe em lado algum e o português tem imperfeições, riscos e insuficiências»<sup>285</sup>.

---

<sup>285</sup> Assim, vide ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, “Imperfeições e Assimetrias”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, sob o tema de “Os Remédios para a Saúde”, Ano V, nº51, outubro, 2002, pp.40.

Por seu turno, MIGUEL GOUVEIA refere que «como não é razoável conseguir uma alteração profunda do sistema político, é mais natural (...) adaptar o sistema de saúde às circunstâncias da prática política. Isso implica reforçar o interesse público através da *introdução de mecanismos auto-reguladores*, como a concorrência dentro do sector»<sup>286</sup>. Nesta senda, segue igualmente MANUEL DELGADO, que conta com a actuação dinâmica e vigorosa da Entidade Reguladora da Saúde para assegurar o «*acesso equitativo dos cidadãos aos cuidados de saúde que é, afinal, uma marca indelével dos sistemas de saúde europeus mais avançados*», mais premente sobretudo na sequência da implementação de parcerias público-privadas na saúde<sup>287</sup>.

Esta posição de MANUEL DELGADO é fortemente reforçada ainda por esta ideia respeitante às parcerias público-privadas na saúde destinadas à prestação de cuidados ao investimento em novas unidades hospitalares, as quais a seu ver: «(...) exige(m) do Estado capacidade negocial, de auditoria e de supervisão, nos domínios económico-financeiro, da produção de cuidados e da avaliação da qualidade, de que não se poderá, em qualquer circunstância, demitir, sob pena de criar na população portuguesa sentimentos de desconfiança e de eventualidade de consequências imprevisíveis»<sup>288</sup>.

Ora, tal como já foi referido, assistimos a mudança de paradigma do Estado, em que este assume um novo papel e emerge sob a veste de «Estado de Regulação», ao invés de «Estado de Prestação», sendo o sector da saúde quicá o mais expressivo desta nova realidade.

Com efeito, a reforma institucional do Serviço Nacional de Saúde foi caracterizada pelo advento de Hospitais-Empresa e a *abertura do «mercado de saúde* propiciado pela empresarialização e de privatização no seio do sector público de cuidados de saúde *não são «sinónimos de desregulação pura e simples»*<sup>289</sup>. Assim sendo, neste cenário marcadamente «mercantilista», o Estado aparece primacialmente como *fiscalizador e garante* da qualidade, segurança, universalidade e igualdade no acesso aos serviços de saúde pelo utente. Mas não só.

No âmbito da saúde, o Estado estabelece contratos nos quais aparece como uma das partes e, como contrapartida do financiamento em parte por si assegurado, o Estado faz exigências contratuais no que se refere aos padrões de qualidade, de desempenho do seu parceiro e das condições de acesso que deverão em concreto ser asseguradas. Estas exigências

---

<sup>286</sup> (itálico nosso) MIGUEL GOUVEIA, no seu artigo “Do pecado original às reformas”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp. 28.

<sup>287</sup> Neste sentido, vide MANUEL DELGADO, “Saúde. Modernização, cuidados continuados e redução de custos”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº75, fevereiro-março, 2006, pp. 124.

<sup>288</sup> Neste sentido, vide MANUEL DELGADO, “Saúde. Modernização, cuidados continuados e redução de custos”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, nº 51, outubro, 2002, pp.52.

<sup>289</sup> Vide, a este respeito, o estudo desenvolvido por MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Organização Administrativa da Saúde – relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 129.

funcionam globalmente como formas de regulação. E, neste aspecto, há razões para considerarmos que existe uma verdadeira «*regulação endógena*», virada para dentro, consistindo esta numa vertente de «auto-regulação».

A necessidade de uma autoridade de regulação independente, como a ERS, fundamenta-se no facto de o próprio Estado ser um *player no «mercado da saúde»*, aparecendo “espalhado” por todo o país, em virtude da multiplicidade de entidades públicas que prestam cuidados de saúde. Na verdade, a ERS foi criada também como uma forma de evitar melindres sob a perspectiva da boa conduta da Administração, que se deve pautar pela imparcialidade, objectividade, correcção, boa-fé e pela lealdade perante outros *players*, ou seja, como garante de uma sã concorrência, impedindo assim, que o Estado surja como «juiz em causa própria», simultaneamente enquanto regulador e regulado.

Em termos finalísticos, a Entidade Reguladora da Saúde tem por escopo *regular e supervisionar*<sup>290</sup> os operadores, públicos (v.g. Estado), privados e cooperativos ou sociais que desenvolvem a seu cargo a prestação de cuidados de saúde, de modo a assegurar o cumprimento escrupuloso das regras de qualidade e de segurança, das obrigações resultantes dos instrumentos jurídicos, regulamentares e contratuais lhes respeitantes (v.g. contratos de concessão, contratos de gestão, convenções, títulos de licenciamentos, etc.). Apenas deste modo, se garante uma actuação conforme às regras de mercado e da concorrência por parte de todos os *players* envolvidos, garantindo que os direitos dos utentes-consumidores do serviço de saúde sejam plenamente realizados.

Mas, a este respeito, interessa limitar o campo de actuação dentro do sector de saúde em que é legítimo à Entidade Reguladora da Saúde exercer as suas competências<sup>291</sup> e a sua missão.

Atendendo à diversidade do sector da saúde que é constituído pelo Serviço Nacional de Saúde, pelo sector privado (subsistemas de saúde) e social (Misericórdias) independente, assim como, por uma espécie de sector “misto” favorecido pelas Parcerias Público-Privadas e pela actividade profissional liberal levada a cabo por profissionais de saúde, interessa delimitar a esfera de actuação da entidade reguladora.

E, a este respeito, o artigo 8º do Estatuto da ERS é claro, alargando o «espectro de jurisdição» da ERS a todo o sistema de saúde, não se restringindo somente ao SNS ou sobretudo às Parcerias Público-Privadas, como inicialmente se poderia supor em virtude dos

---

<sup>290</sup> Esta obrigação-missão da ERS consta do seu estatuto, mais precisamente, nos artigos 3º e 6º.

<sup>291</sup> São essencialmente, em traços simplistas, estes os objectivos da Entidade Reguladora da Saúde: 1. Garantir a existência de uma efectiva concorrência na prestação de cuidados de saúde; 2. Garantir a qualidade e segurança dos cuidados de saúde prestados ao utente-consumidor; 3. Certificação das unidades de saúde; 4. Defesa dos direitos fundamentais dos utentes-consumidores que se encontram consagrados no catálogo de «direitos económicos, sociais e culturais», mais especificamente, os direitos insitos no preceito constitucional do artigo 64º: universalidade, igualdade, tendencial gratuidade.

problemas regulatórios que, pela complexa natureza destas, se revelam potencialmente mais prováveis.

Não faria qualquer sentido condicionar a regulação no sector da saúde somente a um aspecto circunscrito, num contexto de profícua *empresarialização* dos hospitais públicos inseridos no Serviço Nacional de Saúde, os quais passaram a ser remunerados pelos cuidados prestados, tornando-se eles próprios susceptíveis de conduzir a problemas graves, como a *desnatação* e a *selecção adversa* e, desse modo, colocando em risco os princípios constitucionais de universalidade e de igualdade no acesso à saúde pelos utentes com doenças mais complexas e porventura mais onerosas.

No fundo, as mesmas questões que se colocam nos hospitais e nos restantes estabelecimentos de saúde públicos são idênticas às levantadas nos hospitais privados e, deste modo, fará todo o sentido estender-se a abrangência das competências da Entidade Reguladora às unidades de saúde públicas. De facto, tratando-se de uma entidade reguladora sectorial, esta terá de exercitar eficazmente a sua jurisdição sobre todos os sectores da saúde, sem excepção. Contudo, o modo como a regulação será exercitada irá variar, consoante estejamos perante o Serviço Nacional de Saúde ou não.

Quando se tratam de actividades liberais ou licenciadas sujeitas a regras do mercado, a regulação terá por finalidades principais assegurar a transparência do mercado e a protecção dos utentes-consumidores, acautelar o respeito pelo cumprimento das condições de licenciamento e demais normas legais respeitantes à qualidade e segurança da actividade, sendo igualmente relevante garantir a separação efectiva entre a competência da entidade reguladora e as atribuições e poderes das corporações profissionais com poderes públicos de auto-regulação com a tarefa de supervisão deontológica das profissões (Ordem dos Médicos, Ordem dos Enfermeiros, Ordem dos Farmacêuticos).

Por outro lado, importava estabelecer uma delimitação harmoniosa ou a não sobreposição de competências, entre a «esfera de jurisdição» entre a entidade reguladora do sector da saúde e a entidade reguladora do sector farmacêutico, cuja supervisão recai sobre o fabrico e a comercialização de medicamentos a cargo do INFARMED (Instituto da Farmácia e do Medicamento).

Nos termos do artigo 8º do Estatuto da ERS<sup>292</sup> compete a esta autoridade de regulação os seguintes domínios de actuação: a) sector público tradicional (centros de saúde e hospitais

---

<sup>292</sup> O Decreto-Lei nº 309/2003, de 10 de Dezembro, instituidor da Entidade Reguladora da Saúde, preceitua, no seu artigo 8º sob a epígrafe, “Entidades sujeitas a regulação”, o seguinte: nº1 – Estão sujeitos a à regulação da ERS, no âmbito das suas atribuições e para efeitos deste diploma, sendo considerados operadores: a) As entidades, estabelecimentos, instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde, integrados ou não na rede de prestação de cuidados de saúde, independentemente da sua natureza jurídica; b) As entidades externas que são titulares de acordos, contratos e convenções; c) As entidades e estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde dos sectores social e privado, incluindo a prática liberal; d) As associações de

integrados no sector público administrativo, o SPA); b) sector público empresarializado (os «Hospitais S.A.» e agora os «Hospitais EPE» ou «hospitais-empresa»); c) as Parcerias Público-Privadas, incluindo as unidades públicas sob gestão privada e os novos hospitais concessionados, desde a sua concepção e construção em regime de *Project Finance Initiative*; d) entidades do sector privado e social convencionadas pelo Serviço Nacional de Saúde («sector convencionado»); e) clínica privada liberal; f) estabelecimentos hospitalares pelo sector privado; g) entidades gestoras de subsistemas.

Podemos enunciar três grandes tipologias de competências ou poderes que se desdobram noutros sub-poderes, pertencentes à Entidade Reguladora da Saúde necessários ao exercício da sua missão, como designadamente, os *poderes normativos* (ou poderes normativos de natureza regulamentar), os *poderes administrativos* (ou poderes de autoridade administrativa) e os *poderes parajurisdicionais* (v.g. poderes de supervisão e poderes sancionatórios). Dentro dos *poderes normativos de natureza regulamentar* (artigo 26º), encontramos o poder de emitir recomendações ou orientações e directrizes e o poder de aprovar os instrumentos de auto-regulação dos prestadores ou operadores.

Encontram-se inseridos nos *poderes de supervisão* (artigo 27º), os poderes que permitem ordenar inspecções e auditorias, solicitar informações periódicas sobre o funcionamento dos serviços de saúde, sobre os resultados atingidos, os relatórios de contas, etc.

De entre os poderes de autoridade administrativa constam o poder de emitir injunções e de ordenar medidas provisórias. Os *poderes sancionatórios* ou *punitivos* (artigo 28º) abrangem a capacidade de impor a aplicação de coimas (sanções pecuniárias), sanções pecuniárias compulsórias e sanções acessórias (suspensão ou encerramento de serviços e estabelecimentos, inibição de funções de gestão, etc.).

A estes poderes acrescem os *poderes arbitrais* (artigo 31º) que conferem à entidade reguladora a capacidade para dirimir conflitos entre operadores e entre estes e os utentes-consumidores, assim como, os *poderes de apreciação de queixas* dos utentes contra os prestadores do serviço de cuidados de saúde (artigo 32º)<sup>293</sup>. Com efeito, veja-se, a este respeito, o artigo 42º segundo o qual a actividade de natureza administrativa da ERS fica sujeita a controlo do tribunal administrativo, ao passo que as sanções aplicadas em virtude de

---

entidades públicas ou privadas e as instituições particulares de solidariedade social que se dedicam à promoção e protecção da saúde, ainda que sob a forma de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa e desenvolvem a respectiva actividade no âmbito da prestação de serviços de cuidados de saúde ou no seu apoio directo; e) Os subsistemas de saúde; nº2 – Não estão sujeitos à regulação da ERS: a) Os profissionais de saúde no âmbito das atribuições das respectivas ordens ou associações profissionais; b) Os estabelecimentos e serviços sujeitos a regulação sectorial específica; nº 3 – A ERS exerce as suas funções no território do continente, sem prejuízo do estabelecimento de protocolos entre o Governo e os serviços de saúde das Regiões Autónomas.

<sup>293</sup> Vide VITAL MOREIRA, “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal,” in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, Ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.130 e 131.

infracções de mera contra-ordenação ou as decisões de natureza arbitral são objecto de recurso para o tribunal judicial (comum).

Ora, esta solução permite presumir que as decisões tomadas pela ERS, quando intervém para resolver conflitos entre operadores privados, têm natureza materialmente arbitral (e não de acto administrativo), consistindo numa decisão arbitral com força de caso julgado e força executiva de primeira instância, passível de recurso para o tribunal comum, nos termos prescritos pela Lei de Arbitragem.

#### **4. Conclusão: A Admissibilidade de privados na prestação de cuidados de saúde e a emergência de uma Autoridade de Regulação no sector da saúde.**

Como foi referido em ponto tratado anteriormente neste estudo, o «Estado tem vindo a acumular em regime de monopólio todas as funções: a concepção e a construção; a colocação em funcionamento, a gestão, a prestação directa dos serviços; o financiamento e a regulação»<sup>294</sup>.

PEDRO COSTA GONÇALVES define a regulação do seguinte modo: «(...) a regulação, entendida como um sistema de orientação, de acompanhamento e de controlo de processos económicos e sociais, surge como conceito central e verdadeiro elemento chave (...)» que é levada a cabo por meio da criação legislativa (actos legislativos e regulamentos da Administração Pública reguladora), de produção de actos típicos da função administrativa (decisões administrativas, contratos, actos materiais de fiscalização e vigilância, assim como, através da prática de actos informais, como recomendações e advertências<sup>295</sup>, sem deixar de considerar as suas “ferramentas de eficácia”, como as funções de punição dos infractores da lei de concorrência.

No tocante à regulação na área da saúde, esta foi até ao presente momento desenvolvida por meio da função legislativa e mediante as estruturas centrais do Ministério da Saúde ou outras, deste dependentes, como a Direcção-Geral da Saúde e Inspecção-Geral das Actividades em Saúde ou, ainda, ao nível da Administração Pública Regional (Administrações Regionais de Saúde, I.P.), sem esquecer o papel desempenhado por uma diversidade de institutos públicos (específicos) de actuação sectorial específica (Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento ou «INFARMED»). Pese embora, reputemos como sendo de incontornável relevância o papel desempenhado por estas entidades no que se prende com as

---

<sup>294</sup> Neste sentido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 285.

<sup>295</sup> Assim, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Estado de Garantia e Mercado”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, VII especial, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.61 e seguintes.



funções desempenhadas no âmbito da supervisão e fiscalização sobre a actividade desenvolvida no sector da saúde, assistimos nos últimos tempos a um seu desajustamento e ineficácia face ao fenómeno de «empresarialização» e às crescentes mutações no domínio da saúde.

As modificações a que temos vindo a assistir no domínio da saúde portuguesa, mais particularmente no que ao Serviço Nacional de Saúde (SNS) concerne, acarretam, em não raras ocasiões, riscos potenciais para os princípios constitucionais (universalidade, igualdade, tendencial gratuitidade), revelando-se imprescindível a intervenção da Entidade Reguladora da Saúde (ERS),<sup>296</sup> enquanto guardião do SNS. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, o direito de acesso à prestação de cuidados de saúde e o princípio da universalidade relativo a esse acesso têm diversos corolários ou implicações, do qual ressalta a obrigatoriedade de ser assegurado o acesso à saúde a todos os utentes, em condições de igualdade, designadamente no que ao «preço» concerne.

Para tanto, é imperiosa a eficácia de uma «regulação económica no acesso aos serviços», através do estabelecimento de preços ou taxas em função do serviço público prestado que deverá ter em consideração a exigência constitucional de «tendencial gratuitidade».

---

<sup>296</sup> A ERS é uma entidade independente de supervisão, que tem por desiderato primacial regular a actividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, nos termos do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 127/2009, de 27 de Maio, tacitamente revogado pelo Decreto-Lei nº 279/2009, mas cujo teor ora mencionado permanece vigente. Para tanto, desempenha funções de supervisão em diversas vertentes, desde logo, estabelecendo o respeito por garantias de independência institucional prevista no Decreto-Lei nº 127/2009, de 27 de Maio, mais precisamente no seu artigo 4º, sob a epígrafe «independência», que equivale a que, com a ressalva devida para as directrizes da política de saúde instituída pelo Governo, a ERS actua de modo isento e livre, no exercício das suas funções, pese embora tenha eventualmente de se sujeitar a tutela ministerial no que mormente respeita à gestão administrativa, financeira e patrimonial.

Como ora mencionado, a ERS destina-se à prossecução da supervisão da actividade exercida no âmbito da saúde desenvolvida no seio dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, tendo espectro de actuação alargado. Com efeito, o raio de supervisão da ERS abrange todos os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, do sector público e igualmente do sector privado e social, independentemente da sua natureza jurídica, como hospitais, clínicas, centros de saúde, laboratórios de análises clínicas, termas e consultórios (artigo 8º, do Estatuto da ERS).

Importa referir que não se encontram sujeitos à regulação da ERS, os profissionais de saúde no respeitante à sua actividade sujeita à disciplina das respectivas ordens ou associações profissionais públicas e os estabelecimentos sujeitos a regulação do INFARMED. A ERS possui espaço de independência também relativamente às entidades titulares dos estabelecimentos sujeitos à sua jurisdição ou a qualquer entidade com intervenção no sector», encontrando-se submetida à proibição estrita de aceitar qualquer subsídio, apoio ou patrocínio, tendo de recusar-se a participar de qualquer associação representativa dessas entidades. Acresce que, para além deste vector estruturante da independência da ERS, a liberdade na nomeação dos membros do Conselho Directivo, de acordo com o estipulado no artigo 10º, do supra citado diploma legal, também assegura a actuação objectiva e imparcial da ERS, a par de um regime de incompatibilidades e impedimentos, assim como, de garantias de independência asseguradas aos membros do Conselho Directivo, nos termos dos artigos 11º e 15º. O regime consagrado a propósito da duração e cessação dos mandatos dos membros do Conselho Directivo contribui de modo inestimável para a independência da ERS, em conformidade com os artigos 12º e 13º.

O preceito insito no artigo 37º, do Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto, o qual versa sobre as parcerias público-privadas em saúde, consagra que as actividades exercidas no âmbito das PPP's em saúde, no que particularmente concerne ao regime de gestão e financiamento privados podem ser objecto de regulação económica. No tocante ao financiamento da própria ERS deverá ser assegurado pelas entidades reguladas, nos moldes legais de diploma próprio. Por outro lado, a ERS veio a ser criada mediante o diploma legal (Decreto-Lei) nº 309/2003, de 10 de Dezembro alterado pelo Decreto-Lei nº 127/2009, de 27 de Maio.

Neste sentido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 296 e 297.



Com efeito, na senda da Constituição da República Portuguesa, o direito de protecção à saúde é concretizado mediante um serviço universal e geral, tendencialmente gratuito<sup>297</sup>. Mas, importa salientar que «tendencial gratuitidade» não equivale à isenção absoluta de pagamento relativo às prestações usufruídas pelo utente. Aliás, a doutrina dominante<sup>298</sup> na esteira do Tribunal Constitucional, já chamado a pronunciar-se sobre esta questão, afirma ser compaginável com «tendencial gratuitidade» o pagamento de «taxas moderadoras» ou a fixação de tabelas de preços por actos clínicos<sup>299</sup>.

Em segundo lugar, de acordo com o princípio de igualdade do acesso à saúde, a «saúde» deverá ser proporcionada, em perfeitas condições de igualdade, ao utente-beneficiário, sendo absolutamente vedada a possibilidade de se adoptar condutas discriminatórias, ou sob qualquer forma, cerceadoras da liberdade de acesso à saúde, como a «recusa ilegítima» em prestar esse serviço.

Numa terceira vertente, em conformidade com o princípio da equidade no acesso à prestação de cuidados de saúde é estabelecida uma prioridade no acesso aos cuidados de saúde, mediante o preenchimento de certos pressupostos ou factores, designadamente factores de natureza médica ou técnico-científica, mas também a idade e o trabalho.

Uma eventual discriminação positiva pode ser igualmente um mecanismo a ser utilizado no esforço de concretização da «equidade». Exemplo, a este propósito, é a existência de zonas do país menos favorecidas dotadas de serviços de saúde que podem vir a ser beneficiadas com mais recursos humanos, económicos e técnicos.

Neste sentido, veja-se a alínea d), da Base XXIV, constante da Lei de Bases da Saúde, segundo a qual «o SNS caracteriza-se por garantir a equidade no acesso para utentes, com o objectivo de atenuar os efeitos das desigualdades económicas, geográficas e quaisquer outras no acesso aos cuidados»<sup>300</sup>.

Numa quarta vertente, a qualidade e a segurança na prestação de cuidados de saúde, características do direito de acesso aos cuidados de saúde, versarão sobre diversas facetas

---

<sup>297</sup> Conferir, a este propósito, o artigo 64º, da CRP, bem como, a alínea c), da Base XXIV, constante da Lei de Bases da Saúde.

<sup>298</sup> A este respeito, de modo mais desenvolvido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 293.

A doutrina dominante mencionada é preconizada por GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA e por LICÍNIO LOPES MARTINS.

<sup>299</sup> Cfr. a Base XXXIV, da Lei nº 48/90, de 24 de Agosto (Lei de Bases do SNS); artigos 23º e 25º, do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde aprovado pelo Decreto-Lei nº 11/93, de 15 Janeiro, no artigo 23º, «pelos encargos resultantes da prestação de cuidados de saúde, no quadro do SNS, os utentes não beneficiários e os beneficiários na parte que lhes couber, tendo em conta as suas condições económicas e sociais, os subsistemas de saúde, neles incluídas as instituições particulares de solidariedade social (...) e as entidades que a tal estejam obrigadas por lei ou contrato».

<sup>300</sup> A este respeito, de modo mais desenvolvido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 294.

(física, técnica, tecnológica, profissional e humana). E, neste aspecto, um mecanismo de incontornável relevância é a «acreditação» sobre esse grau de qualidade e de segurança.

Igualmente, o princípio da continuidade dos serviços prestados e de permanente adaptação e actualização física, técnica, científica e humana, encerra em si mesmo, uma outra vertente estrutural do Serviço Nacional de Saúde que deverá ser assegurada com maior acuidade, neste momento em que a empresarialização no sector da saúde se encontra em voga. Veja-se, a este respeito, a «Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utentes do Serviço Nacional de Saúde» consagrada na Lei nº 41/2007, de 24 de Agosto.

Em jeito de súmula, a Entidade Reguladora da Saúde tem como principais missões, a fiscalização e a supervisão da actividade e funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, essencialmente, no que concerne ao cumprimento dos pressupostos de exercício da actividade e de funcionamento, à garantia dos direitos relativos ao acesso aos cuidados de saúde e dos demais direitos dos utentes, à legalidade e transparência das relações económicas entre os diversos operadores, entidades financiadoras e utentes.

Compete, nesta senda, à ERS: (a) exercer controlo sobre o funcionamento dos estabelecimentos, zelando pelo cumprimento dos Ministros do exercício da actividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde; (b) assegurar a garantia de acesso aos cuidados de saúde e defesa dos direitos dos utentes, assegurando o respeito pelos critérios de acesso aos cuidados de saúde e pelos direitos constitucionalmente consagrados dos utentes; (c) proceder à regulação económica<sup>301</sup>, velando pela legalidade e transparência das relações económicas estabelecidas pelos vários *players* do mercado; (d) defender a concorrência<sup>302</sup> nos sectores abertos ao mercado, colaborando com a Autoridade da Concorrência na prossecução das suas atribuições.

---

<sup>301</sup> No que diz respeito à «regulação económica», nos termos do artigo 37º, do Estatuto da ERS, é referido que a esta instituição compete exercer funções de natureza consultiva e emissão de recomendações, cabendo-lhe, em especial, elaborar estudos e emitir recomendações acerca das relações económicas nos múltiplos vectores da economia da saúde, designadamente as relações estabelecidas entre o SNS e os *players* privados. Para além desta função consultiva, compete ainda à ERS, potenciar as exigências de transparência, eficiência e equidade, bem como, a defesa do interesse público e dos utentes em geral. Caberá, de igual modo, à ERS pronunciar-se e emitir recomendações sobre os acordos inerentes ao regime das convenções e sobre os contratos de concessão e de gestão, assim como quaisquer outros que envolvam actividades de concepção, construção, financiamento, conservação ou exploração de estabelecimentos ou serviços de saúde.

<sup>302</sup> No que concerne, com especial acuidade, à «defesa da concorrência», à ERS competirá identificar os mercados relevantes com características específicas sectoriais, bem como, definir os mercados geográficos, orientada pelos princípios do direito da concorrência, velando pelo respeito da concorrência nas actividades abertas ao mercado e sujeitas à sua jurisdição. Por outro lado, cabe colaborar com a Autoridade da Concorrência no desempenho das suas atribuições, em conformidade com o artigo 15º, da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho. Em síntese, existe toda uma miríade rica de funções que a ERS possui e que vão desde, poderes regulamentares (artigos 39º e 40º), de supervisão (artigo 42º), de fiscalização e de autoridade (artigo 43º), passando por poderes tipicamente sancionatórios (artigo 44º), sem esquecer a função de proceder ao registo público dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde. Podemos encontrar a informação acerca dos poderes e competências da ERS, de modo mais desenvolvido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 299 a 302.

No que especificamente respeita à garantia de acesso aos cuidados de saúde e defesa dos direitos dos utentes, em conformidade com os artigos 35º e 36º, compete à ERS, entre outras funções: (a) assegurar o direito de acesso universal e equitativo aos serviços públicos de saúde ou publicamente financiados; (b) prevenir e punir as práticas de rejeição discriminatória ou infundada de pacientes nos estabelecimentos públicos de saúde ou publicamente financiados; (c) prevenir e punir as práticas de indução artificial da procura de cuidados de saúde; (d) zelar pelo respeito da liberdade de escolha nos estabelecimentos privados de saúde; (e) recepcionar e processar as queixas e reclamações dos utentes; (f) promover um sistema de classificação dos estabelecimentos de saúde quanto à sua qualidade global, segundo critérios objectivos e mensuráveis; (g) verificar o (não) cumprimento da «Carta dos Direitos dos Utentes»; (h) analisar o cumprimento das obrigações legais e regulamentares relativas à acreditação e certificação dos estabelecimentos de saúde.

Em termos gerais, a reforma institucional no âmbito da saúde trouxe consigo inovações muito relevantes da perspectiva da emergência de uma regulação no sector da saúde.

O retrato da nova realidade da saúde em Portugal, pode ser caracterizado pelos seguintes aspectos: 1. A empresarialização de grande franja dos hospitais públicos, os quais passaram a ter o estatuto de sociedades comerciais públicas, submetidas à lei comercial e sendo remuneradas pelo Estado e por subsistemas de saúde mediante o pagamento das suas prestações de saúde; 2. A possibilidade de construção e de exploração de novos hospitais do Serviço Nacional de Saúde por entidades privadas em regime de concessão no sistema «*build, operate, transfer*» («BOT»); 3. A regulamentação favorável à entrega de estabelecimentos públicos de cuidados de saúde primários (clínicas e centros de saúde) e diferenciados (hospitais e suas unidades autónomas) pertencentes ao Serviço Nacional de Saúde à gestão privada; 4. Favorecimento do regime das «convenções», graças ao recurso mais frequente à aquisição de serviços a entidades privadas por parte do Serviço Nacional de Saúde.

Todas estas modificações introduzidas pela reforma institucional da saúde implicam diversas consequências, designadamente uma maior relevância conferida à *via contratual* de onde avultam os *contratos administrativos* enquanto base de regulação dos cuidados de saúde (v.g. contratos de concessão, contratos de gestão, contratos-programa, convenções, etc.) associada à introdução de uma *lógica empresarial*, por força do alargamento do papel do sector privado e em virtude da empresarialização dos hospitais públicos<sup>303</sup>.

---

<sup>303</sup>Esta vaga de empresarialização dos hospitais do Serviço Nacional de Saúde e a privatização ao nível da prestação de cuidados de saúde é caracterizado por diversos factores que norteiam actualmente o sector da saúde, como designadamente, a remuneração em função da produção, valorização da eficiência, critério determinante da redução de custos e maximização do lucro, utilização de incentivos financeiros, regime do contrato individual de trabalho e não o contrato da função pública, estatuto do gestor público, entre outros.

De enorme relevância nesta reforma operada no sector da saúde é ainda a criação de um verdadeiro *mercado de cuidados de saúde*, sujeito a mecanismos de tipo mercado, como a existência de concorrência nos concursos de concessão, de gestão e de angariação de utentes-consumidores, no âmbito do qual actuam prestadores de serviço de saúde liberais, públicos e privados.

Perante este novo sistema de saúde, em que avulta o factor «lucro» em detrimento de outros «valores-farol» - que no sector da saúde deveriam imperar e presidir a qualquer decisão ou acto de gestão, como a ética, a qualidade ou a componente humana inerentes à nova lógica da prestação de cuidados de saúde - é natural que advenham certos riscos e, nessa medida, é mister a emergência de um Estado Social de Regulação que se revele apto e munido dos poderes e mecanismos adequados a eliminar esses perigos.

Formulando sinteticamente, podemos elencar como sendo principais riscos que actualmente se colocam no âmbito do sector de saúde português, os seguintes: 1. Possibilidade de deterioração do nível de qualidade dos cuidados e de segurança dos utentes em favorecimento da regra de redução de custos sem se atender a critérios de rigor e de «*legis artis ad hoc medicinae*» (boas práticas de medicina e de ética); 2. Surgimento de fenómenos de «desnatação» e de «selecção adversa» em virtude da pressão para maximizar o lucro; 3. Possibilidade de cessação de fornecimento por parte das entidades privadas encarregadas da gestão de estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde ou a estes associadas, em caso de dificuldades económicas, colocando em causa o «princípio da continuidade e manutenção do serviço público»; 4. O eventual surgimento de «assimetrias de informação» entre prestadores-operadores dos cuidados de saúde e os respectivos utentes-consumidores, em virtude da nova panóplia de prestadores de serviços de saúde ao dispor dos utentes-consumidores, sem que se haja previamente procedido a delimitação de reservas territoriais; 5. A nova concorrência entre a miríade de prestadores privados e públicos associados à coexistência de subsistemas de saúde e de seguros torna urgente uma regulação séria e rigorosa num sector tão sensível como o sector da saúde.

A Entidade Reguladora da Saúde no desempenho das suas atribuições, previstas no artigo 6º<sup>304</sup> do Decreto-Lei nº 309/2003, é susceptível de suscitar algumas questões de diversa

---

<sup>304</sup> O preceito do artigo 6º refere o seguinte: «nº1 – As atribuições da ERS compreendem a regulação e supervisão da actividade e funcionamento dos estabelecimentos, instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde, no que respeita ao cumprimento das suas obrigações legais e contratuais relativas ao acesso dos utentes aos cuidados de saúde, à observância dos níveis de qualidade e à segurança e aos direitos dos utentes. nº 2- Constituem obrigações da ERS: a) Defender os interesses dos utentes; b) Garantir a concorrência entre os operadores, no quadro da prossecução dos direitos dos utentes; c) Colaborar com a Autoridade da Concorrência na prossecução de atribuições relativas a este sector; d) Desempenhar as demais funções que por lei lhe sejam atribuídas. nº 3 – Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, incumbe ainda à ERS dar parecer, a pedido do Governo, sobre: a) Os contratos de concessão e gestão, que envolvam as actividades de concepção, construção, financiamento, conservação e exploração de instituições e serviços, ou suas partes funcionalmente autónomas com responsabilidade pelas prestações de cuidados de saúde; b) Outros modelos inovadores de gestão subjacentes à prestação de cuidados de saúde; c) Os

natureza, a vários níveis, designadamente: a) nível da regulação do mercado e obrigações de serviço público, b) exclusão do controlo do acesso à actividade, c) exclusão da regulação dos preços e tarifas, d) registo de operadores e demais intervenientes no sector, e) cumprimento das obrigações legais e contratuais a que se encontram submetidos os operadores, f) qualidade, g) obrigações de serviço público, nomeadamente a igualdade de acesso aos serviços de saúde, h) direitos dos utentes, i) acreditação e avaliação<sup>305</sup>. Senão vejamos.

No que respeita à prestação de «serviços públicos», a regulação assume, no seu núcleo duro, a prossecução de uma *dupla finalidade*. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, colmatar as «falhas de mercado» («*market failures*») traduzidas no surgimento de monopólios naturais e em assimetrias de informação. Em segundo lugar, assegurar a efectividade das «obrigações de serviço público», como a universalidade e igualdade de acesso à saúde, a continuidade do serviço, a qualidade e a segurança nos serviços de cuidados de saúde prestados aos utentes-consumidores.

A primacial função da autoridade de regulação no sector da saúde é, seguramente, *supervisionar* a actividade dos respectivos operadores, de modo a garantir o escrupuloso cumprimento das «obrigações de serviço público», mas já não cabe na esfera de atribuições da ERS a tarefa de controlar o próprio acesso à actividade, organizando e outorgando as concessões e emitindo as licenças, no caso de actividades licenciadas, à semelhança do que sucede com as unidades privadas de saúde.

De facto, essas funções competem, actualmente, ora ao Ministério da Saúde, ora às Administrações Regionais de Saúde, conforme as situações. Quanto à questão de saber se essas tarefas deveriam transitar para o campo de atribuições da ERS, as soluções nunca granjearam unanimidade, tendo sido optada a solução que excluía da ERS essa função.

A propósito da questão sobre se a matéria concernente à *fixação de preços e de tarifas* relativos aos cuidados de saúde prestados no seio do sector público, a ser cobrados pelas unidades prestadoras ao Estado ou aos subsistemas, quando não existe lei, contrato, acordo ou convenção que responda a esta situação, deve competir à ERS, a resposta é negativa.

Este é um aspecto que se encontra excluído do leque de atribuições da ERS, por considerar-se que continuando o Serviço Nacional de Saúde a ser predominantemente gratuito, a questão dos preços e tarifas apenas teria pertinência para efeitos das relações entre o Estado fornecedor/prestador e o Estado financiador e para efeitos das relações entre o

---

acordos, contratos e convenções subjacentes ao regime das convenções; d) Os requisitos e as regras de licenciamento das entidades prestadoras de cuidados de saúde, respectivamente do sector social, privado e cooperativo; e) Os requisitos e as regras relativos ao exercício da actividade seguradora por entidades autorizadas a explorar o ramo «Doença».

<sup>305</sup> Neste sentido, cfr. a posição de VITAL MOREIRA in “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal”, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, Ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.126 a 129.

Estado e as entidades privadas intervenientes, sobretudo no caso das Parcerias Público-Privadas.

No que à Entidade Reguladora da Saúde diz respeito, temos o artigo 25º, nº4, alínea b) do referido diploma, o qual refere como sendo uma das suas missões «zelar pelo respeito dos preços administrativamente fixados ou convencionados no SNS», competindo-lhe, assim, a tarefa de fiscalizar os preços estipulados por lei ou por outro instrumento contratual (v.g. concessões) por parte das entidades prestadoras.

Dentro do quadro de atribuições da Entidade Reguladora da Saúde existe a obrigação de manter o registo oficial de certas categorias de operadores de serviços de saúde e demais intervenientes do sector (artigo 29º), como, designadamente as unidades de prestação de cuidados de saúde privadas, do sector social e corporativo, bem como, as entidades convencionadas.

No que respeita ao cumprimento das obrigações legais e contratuais a que os operadores da prestação de saúde se encontram sujeitos, cumpre-nos dizer, que consiste numa das outras tarefas da ERS.

A esta entidade reguladora compete, de outro passo, acompanhar e fiscalizar o cumprimento dos requisitos de licenciamento por parte dos operadores do sector privado e social, assim como, as obrigações legais e contratuais dos contratos de concessão e de gestão no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, nos termos do artigo 27º, alínea b) do citado Decreto-Lei nº 309/2009. Também no domínio da «qualidade» prestada ao utente do serviço de saúde, compete, especialmente, à autoridade reguladora do sector de saúde, avaliar os padrões vinculativos de qualidade, fiscalizar o seu cumprimento e sancionar as respectivas infracções, assim como, em monitorizar o respeito pelas obrigações de acreditação dos estabelecimentos e demais serviços de prestação de cuidados de saúde, de acordo com o disposto no artigo 25º <sup>306\_307</sup>.

Como já foi referido, o serviço de saúde, privado e público, deverá ter como bússola valores como a universalidade, igualdade de todos os cidadãos utentes-consumidores no acesso à saúde e aos adequados tratamentos, primários e diferenciados, com o mais elevado nível de qualidade e grau de continuidade.

---

<sup>306</sup> No que concerne particularmente ao valor da «qualidade» nos cuidados de saúde prestados ao utente-consumidor, segundo o preceituado no artigo 25º do Decreto-Lei nº 309/2009, constituem objectivos da ERS, os seguintes: nº1 – a) Assegurar o direito de acesso universal e igual a todas as pessoas ao serviço público de saúde; b) Garantir adequados padrões de qualidade dos serviços de saúde; c) Assegurar os direitos e interesses legítimos dos utentes.

<sup>307</sup> VITAL MOREIRA, in “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal”, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, Ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.126 e seguintes.

Cabe, pois, com especial atinência, à Entidade Reguladora da Saúde assegurar a efectividade do *direito de acesso* e da *igualdade de acesso* à protecção na saúde, de assento constitucional, sobretudo num contexto actual de «mercado de saúde», mercantilista, caracterizado pela empresarialização de hospitais públicos e marcado por uma vaga de Parcerias Público-Privadas que têm como grande desiderato o *lucro*, em detrimento daqueles valores.

Perante um cenário ou sistema de saúde misto e de privatização de muitas unidades de cuidados de saúde outrora pertencentes ao sector público, com os riscos já enunciados, de rejeição de doentes e de discriminações no acesso a um direito constitucionalmente pensado para todos os cidadãos, cabe à Entidade Reguladora da Saúde a missão de velar pelo cumprimento da própria Constituição, fiscalizando e sancionando qualquer comportamento positivo ou negativo susceptível de violar o direito de acesso universal de todos à saúde.

Nesta senda, numa primeira linha de acção, a Entidade Reguladora da Saúde tem a competência para definir e estabelecer as regras, estribar os limites de actuação das entidades prestadoras de serviços de saúde, com vista a impedir futuras violações do artigo 64º da Constituição.

A *posteriori*, numa segunda linha de acção, a Entidade Reguladora da Saúde surge munida do *direito de iniciativa ou de acção*, que se traduz no poder de instaurar verdadeiros «inquéritos» ou investigações, isto é, fiscalizar ou supervisionar de moto próprio ou por impulso (via queixa ou denúncia) de utentes-consumidores a prestação de serviços de saúde das entidades privadas, públicos, seja do sector social, seja do sector cooperativo.

Cabe-lhe, igualmente, o poder punitivo ou sancionatório, que permite-lhe adoptar as providências necessárias ao restabelecimento da legalidade e impor medidas desvantajosas, com maior ou menor grau de severidade, aos operadores incumpridores.

Com vista ao alcance do desiderato de defesa dos direitos e interesses dos utentes-consumidores (artigos 25º, nº4 e 32º), todos os estabelecimentos e subsectores de saúde têm a obrigação legal de se submeterem a procedimentos de avaliação periódica e de acreditação pelos competentes organismos certificados para o efeito.

Na realidade, a «acreditação» em si mesma não pertence à autoridade reguladora, cabendo, porém, a esta, em particular, a) estabelecer os parâmetros e requisitos dos procedimentos de acreditação e avaliação periódica, b) verificação da observância dessas obrigações de acreditação e de avaliação, c) determinar as medidas de correcção que resultem

desses procedimentos, d) sancionar o incumprimento tanto da obrigação de acreditação e avaliação como das determinações impostas pela autoridade<sup>308</sup>.

De acordo com a posição preconizada por PEDRO COSTA GONÇALVES, em nome da denominada *responsabilidade pública de garantia*<sup>309</sup>, compete ao Estado criar e assegurar o funcionamento cabal de mecanismos eficientes de controlo do mercado em *stricto sensu* (de sectores puramente económicos, como o da energia ou transportes) ou dos mercados sectoriais como o da saúde, de cariz social. Assim, ao «*Regulatory State*»<sup>310</sup> competirá a criação de *regras transversais* que a todo o mercado respeitem, que se apliquem indistintamente a todos os sectores da economia, ou, pelo contrário, a criação de *regras sectoriais*, em função de componentes ou sectores específicos da economia, como a saúde.

Da nossa perspectiva, apenas deste modo, é que o Estado poderá assumir-se como um verdadeiro Estado de Garantia, porquanto apenas por via da regulação, poderá o ente estadual afirmar-se como um Estado de Bem-Estar, o qual para além de preocupações de ordem económica, possui preocupações de ordem social, procurando assegurar o cumprimento das exigências constitucionais, mormente ao nível dos direitos fundamentais, de liberdade e sociais.

Nesta senda vai PEDRO COSTA GONÇALVES ao tecer a seguinte consideração: «sem regulação, o Estado de Garantia não existe». Ora, a regulação estadual não é uma prerrogativa do Estado. Pelo contrário, sem deixar de ser um direito que lhe assiste, a regulação pública consiste, acima de tudo, como um imperativo constitucional, em termos jurídicos e políticos, sendo que «a regulação e o direito da regulação surgem (...) como esquemas de compensação do *recuo* do Estado, na sequência do processo de privatização e do *abandono do fornecimento de serviços públicos*».

---

<sup>308</sup> Neste sentido, vide VITAL MOREIRA in “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal”, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, Ano 2, nº5, Janeiro-Março, 2004, pp.128 e 129.

<sup>309</sup> Neste sentido, vide PEDRO COSTA GONÇALVES, “Estado de Garantia e Mercado”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, VII especial, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.119 e seguintes.

<sup>310</sup> Expressão utilizada PEDRO COSTA GONÇALVES, “Estado de Garantia e Mercado”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, VII especial, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.120.



## CONCLUSÃO DA PRIMEIRA PARTE

### A Falência do «*Welfare State*», a admissibilidade de privados na prestação de cuidados de saúde e o Advento do Estado Mínimo de Regulação

O «*Welfare State*» possui uma multiplicidade de denominações, desde Estado Social ou Estado de Bem-Estar, como «Estado Assistencial»<sup>311</sup>, Estado de Segurança Social<sup>312</sup> ou de Providência.

Seja como for e, independentemente, da designação que preferimos adoptar, todas elas, assentam na seguinte premissa axiológico-constitucional: «(...) relevância das prestações do Estado como forma de minorar as situações de miséria, assegurando por meio de subvenções e subsídios um mínimo de subsistência vital aos que nelas se encontram, ou de prevenir a eventualidade dessas situações através do estabelecimento generalizado de um sistema de seguros, de serviços de saúde e assistência social. Tratar-se-ia, assim, de o Estado se responsabilizar por libertar a sociedade da miséria, das necessidades e do risco»<sup>313</sup>.

O «*Welfare State*» é um tipo de Estado que aparece historicamente conotado com os valores de igualdade, solidariedade e justiça social, sendo que enquanto ente responsável pela institucionalização estrutural e teleologicamente política da justiça social, encerra em si mesmo a garantia da satisfação das necessidades, as quais são condições *sine qua non* à protecção dos direitos fundamentais, *maxime* dos «direitos sociais» de cada cidadão.

Todavia, é hoje evidente a incapacidade que o «*Welfare State*» revela perante os constantes desafios da sociedade e perante a crescente exigência das expectativas do cidadão no que se refere às prestações sociais a que tem vindo a habituar-se sobretudo a partir de 1945, pós Segunda Guerra Mundial.

---

<sup>311</sup> Assim, JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*, Coimbra, 1987, pp. 198.

<sup>312</sup> A «segurança», no nosso caso, de cariz social, apenas pode ser assegurada graças aos esforços estaduais no sentido da implementação de lógicas de solidariedade subjacentes à sua actividade nos variados sectores sociais. Acresce que a «segurança» jurídico-constitucionalmente aplicada pelo Estado numa acepção material, exige para além de uma forte intervenção do Estado, uma efectiva redistribuição política do produto social. Deverão ser, nesta senda, aplicadas políticas gerais públicas vocacionadas à justiça social que dêem resposta cabal às necessidades colectivas e do cidadão enquanto indivíduo. Neste sentido, vide, de modo mais desenvolvido, LUIS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma perspectiva Jurídico-constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007, pp.311 e 313.

<sup>313</sup> Neste sentido, vide JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*, Coimbra, 1987, pp. 198 e 199.

O «*Welfare State*», encontra-se débil em termos sociais e fragilizado economicamente<sup>314</sup> num contexto de crise global, mas nunca foi tão necessário. Numa época de miséria e necessidade, este modelo de Estado «releva, sobretudo, da dimensão do «Estado-Providência mais directamente vocacionada para a consecução do bem-estar dos cidadãos e o seu acesso a um mínimo, progressivamente elevado, de bens materiais (...)»<sup>315</sup>.

Todavia, importa ter presente a seguinte ideia que, parafraseando U.PREUß<sup>316</sup>, LUIS MENESES DO VALE salienta: «se o Estado for chamado a responder a todas as prestações, de saúde e de habitação, (...) o Estado rapidamente chegará ao limite dos seus recursos administrativos e das suas possibilidades de acção». E, por este motivo, tem constantemente recorrido à iniciativa privada nos mais variados sectores sociais, o que é incentivado por tal constituir uma vertente essencial da democracia económica e participativa que a Constituição defende (artigo 9º, alínea c) e artigo 64º, nº4).

Contudo, se o Estado reduzir as suas prestações sociais ao estritamente necessário, a um núcleo mínimo do ponto de vista da solidariedade, tornando o cidadão individualizadamente considerado, responsável pelas suas próprias necessidades (v.g. saúde) colocar-se-á em risco a própria «alteridade»<sup>317</sup>, ou seja, a «preocupação com o outro», a qual é traço marcante de um Estado cuja matriz reconduz-se à justiça social e a valores de solidariedade.

O«*Welfare State*» enquanto Estado de Bem-Estar<sup>318</sup> que pretende ser, terá de acorrer às necessidades de auxílio e promoção dos interesses do cidadão, tendo em consideração as especificidades sociais e económicas de cada um deles<sup>319</sup>, nas variadas vertentes do Estado (legislativa, executiva ou administrativa e jurisdicional), de modo a tornar efectivos os direitos económicos, sociais e culturais, constitucionalmente consagrados.

A promoção e concretização dos direitos sociais consistem em deveres imposto ao Estado pela própria justiça, pelos inerentes valores de universalidade e de igualdade e não de caridade ou «acto de graça» reconhecido pelo Estado ao seu cidadão. Pelo contrário, as prestações sociais correspondentes aos direitos inseridos no catálogo de direitos económicos,

---

<sup>314</sup> Sobre a necessidade de reforma do Estado Social vide LIDIANNA DEGRASSI, *LA Razionalizzazione dello Stato Sociale. Nell'ordinamento dei servizi alla persona e alla comunità*, 5, Università degli Studi di Milano – Bicocca, Facoltà di Economia, Giuffrè Ed., Milano, 2004, assim como, ALESSANDRA ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, 90, Università di Firenze, Facoltà di giurisprudenza, Giuffrè Ed., Milano, 2007, pp.30 e seguintes.

<sup>315</sup> Neste sentido, vide JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*, Coimbra, 1987, pp.199.

<sup>316</sup> Assim, LUIS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma perspectiva Jurídico-constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007, pp.311 e 313.

<sup>317</sup> Segundo LUIS MENESES DO VALE, existem duas ideias essenciais em torno das quais gira a justiça social, são elas: a conduta constante de respeito pelo outro e o reconhecer e atribuir ao outro o que lhe é devido segundo o valor de igualdade (respeito, alteridade e igualdade). Nesta senda, revela-se pertinente citar *Ulpianus* sobre o conceito de *direito* conotado com justiça: «é atribuir a cada um o que é seu» (*sum, cuique, tribuere*). Neste sentido, vide LUIS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma perspectiva Jurídico-constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007, pp.311.

<sup>318</sup> Sobre o conceito, assim como, sobre as tipologias de «Estado» e o «Estado» nas suas diversas vestes, vide ANTÓNIO NEVES RIBEIRO, *O Estado nos Tribunais*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pp. 46 e seguintes.

<sup>319</sup> Sobre o Estado de Bem-Estar e suas prestações sociais vide JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, *Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar*, Iustel, 2012, pp. 97 e seguintes.

sociais e culturais consistem em verdadeiros direitos fundamentais (não meras aspirações ou expectativas) que configuram simultaneamente imposições estaduais, a cuja concretização o Estado não poderá eximir-se sob que pretexto for.

Por isso, os direitos sociais assumem um carácter não moral, contingente ou dependente da boa vontade do Estado, mas sim um real carácter jurídico-constitucional, radizando neste facto a admissibilidade de sanções aplicadas ao próprio Estado.

A nosso ver, ao contrário da posição preconizada pela doutrina dominante, esta sanção não deverá possuir um carácter meramente promocional<sup>320</sup>, devendo intentar-se acção judicial directa contra o Estado pela sua omissão, em respeito pelos imperativos constitucionais.

Existe, de acordo com o entendimento de J.J. GOMES CANOTILHO e LUIS MENESES DO VALE, um problema central ou nuclear do Estado Social, sob a perspectiva da teoria económica estadual e das políticas públicas: o do *racionamento* do acesso a um bem ou serviço. E o sector da saúde não escapa a este dilema verdadeiramente existencial do «*Welfare State*» português, o qual desafia as barreiras da sua actuação e questiona a sua própria essência *social* ou de cariz *socializante*.

A sociedade deverá fazer um esforço no sentido da recompreensão do Estado hodierno, da reconformação das suas tarefas essenciais ou, pelo menos, do modo de execução das mesmas.

O cidadão terá de compreender que a sobrevivência do Estado Social Prestador tal como o conhecemos passará inevitavelmente pelo estabelecimento de «alianças prestacionais» ou seja, pela colaboração com privados, os quais são economicamente mais fortes, visto que regem toda a sua actuação virada para o lucro o que implica necessariamente que sejam mais eficazes e avessos a burocracias. Mas, com o estabelecimento de limites legais, de *performance* e de efectividade dos serviços públicos em conformidade com os desígnios da Constituição. Dever-se-ão delinear balizas e metas rígidas ao nível do controlo e da fiscalização sobre a actividade desses parceiros privados, como forma de abolir abusos e excessos típicos de uma economia de mercado.

Nestes termos, paralelamente, a esta «viragem» para a esfera privada, o Estado no domínio público deverá adoptar políticas e medidas preocupadas com a *regulação da procura* e com um *dosear da oferta* relativamente às prestações sociais.

Autores como J.J. GOMES CANOTILHO e LUÍS MENESES DO VALE, a este propósito, defendem que o Estado deverá pautar-se por «*políticas públicas que se caracterizem pela sua equidade e pela sua eficácia na realização dos direitos sociais em contexto de crise e*

---

<sup>320</sup> LUIS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma perspectiva Jurídico-constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007, pp.312. Acerca deste tema, vide igualmente VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

*subfinanciamento estruturais*»<sup>321</sup>. De outro passo, em nome de uma efectiva justiça social, a mudança de mentalidades do cidadão deverá ser incentivada, de modo a que interiorize que o Estado não tem capacidade, nem recursos para responder a todas as solicitações, aspirações e expectativas, pois apenas pode responder «a cada um segundo as suas necessidades»,<sup>322</sup> devendo ser eliminado qualquer exagero. Na saúde, este desiderato tem sido alcançado pelo efeito dissuasor inerente ao pagamento de «taxas moderadoras».

A efectivação dos direitos sociais, preservando as liberdades teve o mérito de produzir um efeito pacificador, integrador e de notável desenvolvimento económico-social nas sociedades ocidentais. Contudo, nas últimas décadas, o Estado Providência ou Assistencial (perspectiva mais acentuada do tipo de Estado Social), tem vindo a conhecer fragilidades e limites, entrando em risco de crise e colapso.

Alguns motivos apontados para esta situação de decadência, prende-se com os excessivos custos económicos e financeiros e com o crescente peso que a máquina estadual tem necessitado para se expandir, à medida que as exigências sociais e relativas à satisfação das necessidades colectivas se têm tornado mais ambiciosas e com o espectro mais abrangente da História da Humanidade.

As burocracias inerentes a um Estado de dimensões gigantescas, com um feixe de actuações expandido ao limite, acrescido de egoísmos corporativos que se entrecruzam nas suas incumbências, tarefas e missões das várias formas de organização administrativa ((a) central ou directa – através dos vários ministérios, direcções gerais; b) indirecta – pela criação e acção de inúmeros institutos públicos e empresas públicas, excessivamente dispendiosa; c) autónoma, local ou regional - pela actuação nem sempre eficaz e proporcionada do ponto de vista do erário público, por parte dos municípios e regiões autónomas).

Todos estes factores globalmente considerados contribuíram para um endividamento sem precedentes do Estado Social e para a consequente perda de competitividade quando comparados com países detentores de governos “menos Sociais”, com menor protecção social ou apologistas de um “Estado mínimo”.

Factores demográficos relacionados com o aumento da esperança média de vida, com o decréscimo de mortalidade (sobretudo materno-infantil e neonatal) devido aos avanços nas áreas da ciência, tecnologia e da saúde, as migrações constantes e voláteis a que assistimos, a crise económica à escala global (nos Estados Unidos da América e na Europa), o agudizar do

---

<sup>321</sup> Neste sentido, LUIS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma perspectiva Jurídico-constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007, pp.91.

<sup>322</sup> LUIS MENESES DO VALE considera que esta máxima é um corolário caracterizador de todas as formas de socialismo que aproxima o conteúdo da justiça do da caridade ou beneficência (...) ou comete a cada um a definição das suas próprias necessidades (...). Vide, deste Autor, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma perspectiva Jurídico-constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007, pp.302.

fosso entre países ricos (desenvolvidos) e países ditos do Terceiro Mundo (subdesenvolvidos) contribuem para as fracturas de um sistema que no pós Segunda Guerra Mundial era visto como perfeito e pleno, de uma perspectiva de realização pessoal de cada cidadão e realização social de toda uma comunidade politicamente organizada.

Toda e qualquer aspiração do indivíduo, todo e qualquer direito económico, social e cultural (sem olvidar os direitos, liberdades e garantias) assumem uma dignidade própria e possuem, aos olhos do Estado Social, uma relevância e existência indissociáveis do ser humano.

As palavras de ordem eram, na vigência de um «*Welfare State*» forte e enérgico, a «Solidariedade» e o «Bem-Estar», sem limites. Ora, actualmente, já não parece, nem pode ser assim.

De facto, hoje o que observamos é o colapso de um sistema social, encarado do ponto de vista ideológico, político e económico-financeiro. O Estado Providência («*Welfare State*») tal como existiu em momento ulterior à Segunda Guerra Mundial terminou e está em vias de levar consigo muitos dos ideais e aspirações que se consideravam adquiridos. Tal facto é demonstrado pelo retrocesso que os direitos económicos, sociais e culturais parecem sofrer e pelo enfraquecimento da respectiva tutela por parte do Estado.

O padrão axiológico valorativo e normativo oferecido pela solidariedade e pela igualdade material, paradigma do Estado Social e enformador da «justiça social», surge-nos de forma mitigada, atenuada pela actividade dos privados, não preocupados com a justiça distributiva, mas com os valores da eficiência e do lucro. E, nestes termos, o Estado Social é afectado, na sua essência e validade.

A identidade jurídico-constitucional do Estado é colocada em causa, porque a Constituição é um palco jurídico que reúne a Sociedade e o Estado como um todo uniforme e, assim as vicissitudes de um afecta o outro: «(...) mais importante é ver como os seus conteúdos político-económicos desafiam e dialogam com os valores constitucionais, que devem respeitar e, inclusive, (se) projectar regulativamente na vida social (...)»<sup>323</sup>.

O «*Welfare State*» desempenhou um papel central na prestação e distribuição de bens (riqueza) e de bem-estar, mediante a concretização dos seus inúmeros serviços públicos criados a pensar na multiplicidade de necessidades colectivas, que não consegue mais sustentar.

---

<sup>323</sup> Assume particular relevância e interesse o pensamento de ANTÓNIO AMOS OSA (Autor citado por LUIS M. VALE): «A saturação do discurso constitucional reclama, pois, uma travessia pelo deserto dos áridos discursos sociais, contíguos ao direito, que ameaçam colonizá-lo, mas com os quais nem por isso pode deixar de dialogar directamente ou pela mediação da realidade que entre si (...) quer num plano epistemológico, quer normativo (...) disputam». Neste sentido, vide LUIS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma perspectiva Jurídico-constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007, pp.315 e 344.

Em virtude de esta dimensão prestadora e garantística do Estado ter entrado em profunda crise,<sup>324</sup> os vários quadrantes da sociedade (económico e político) acolheram consensualmente a ideia de que é urgente o redimensionamento do Estado tal como o concebemos, o qual terá de inevitavelmente de passar por uma reconfiguração estrutural da função do Estado enquanto prestador de bens e serviços, *maxime* no que concerne aos serviços públicos essenciais.

O advento do «*Welfare State*» marcou de modo determinante uma aproximação estreita entre o Estado (prestador) e o cidadão, os quais passaram a estar umbilicalmente ligados. Consequentemente, a crise do Estado Social traz consigo a crise do serviço público, cujo beneficiário é o cidadão e a própria relação de confiança que havia sido consolidada ao longo do tempo.

Na tentativa de solucionar a crescente fragilidade dos alicerces em que assenta o «*Welfare State*», começaram a ser implementadas reformas na Administração Pública com vista a alcançar o ideal de «menos Estado para melhor Estado»<sup>325</sup>.

Nesta senda, o Reino Unido emergiu como «pioneiro» na transformação de um Estado lento e ineficiente para um Estado leve, eficaz e dinâmico, recorrendo essencialmente ao instrumento da privatização de actividades prestadoras de serviços públicos.

A debilidade e decadência do «*Welfare State*» caracterizado como sendo um «Estado prestador» impeliu à evolução do mesmo para um «Estado de cariz regulador» nos sectores estruturais da sociedade, designadamente no sector da saúde.

Neste contexto, o Estado assume-se hoje como um ente regulador e fiscalizador da qualidade das prestações efectuadas por privados, de modo a assegurar a «*manutenção das suas características essenciais enquanto serviço público*»<sup>326</sup>, ou seja, a sua continuidade,

---

<sup>324</sup> LUIS MENESES DO VALE faz um exercício reflexivo com forte pendor social sobre as exigências da sociedade e do indivíduo levando a um esbatimento da força do Estado, extenuado economicamente quando confrontado com tantas e tão diversificadas solicitações. Senão vejamos. «O Estado- Providência procurava distribuir o risco e a riqueza. Mas viu essa dimensão garantística entrar em crise, pois que a sociedade parece não conseguir organizar-se para atalhar a todos os problemas que afligem o homem. Uma solução está em precaver-se – tornando-se mais justa, mais democrática (...) e a relação de cuidado e solicitude que onto-antropologicamente cunha a nossa existência no mundo, entre e com os outros exige que nos organizemos solidariamente para as afrontar, sob pena de se minarem os pressupostos fundamentais da existência, da cidadania, da realização pessoal de cada um e de assim perturbar a coesão e o equilíbrio sociais. Não importa mais encarecer esta dimensão política, social do homem (...). Ponto é que saliente a exigência de mecanismos sociais de realização dessa sociabilidade solidária, dessa protecção e promoção recíprocas. E naturalmente que o Estado desempenha aqui um papel importante (...)».

O mesmo autor considera que «temos de pensar como é que o homem organiza as relações entre os membros da comunidade, para fazer face ao risco que uns representam para os outros e para defrontar os perigos que os ameaçam a todos. Defende igualmente que devem imperar num Estado Social a não somente a «justiça geral», mas sobretudo, a «justiça» numa acepção «social» e «distributiva» que «(...) na protecção dos homens relativamente aos seus semelhantes (no plano da justiça geral), (...) organizar-se para ocorrer solidariamente às investidas da desgraça (justiça social e distributiva)». Neste sentido, vide LUIS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma perspectiva Jurídico-constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007, pp. 314 e 315.

<sup>325</sup> Vide SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.23 e seguintes.

<sup>326</sup> (itálico nosso) Vide SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.23.

acessibilidade, qualidade, igualdade de acesso” a esses serviços públicos, a sua vasta maioria com assento constitucional.

Este “novo” Estado surge, pois, como um “Estado Gestor” possuidor dos seguintes elementos distintivos: a) gestão profissional típica de uma gestão empresarial (já não gestão burocrática), b) adopção de medidas de performance, c) produção laboral mediante metas e objectivos previamente traçados pautados por uma optimização de recursos e eficiência, d) descentralização e desconcentração de serviços<sup>327</sup>. Entende-se, porém, que esta nova gama de “melhorias” é mais facilmente assegurado por entidades privadas que são dotadas genética e funcionalmente de uma vocação empresarialista.

É o que sucede com a reforma estrutural a que temos vindo a assistir no domínio da saúde, que parece ter adoptado este modelo. Paradigma desta situação são os «Hospitais S.A.», que foram paulatinamente convertidos em «Entidades Públicas Empresariais» ou «Hospitais EPE», integrados no Serviço Nacional de Saúde.

A adopção de mecanismos e de formas empresariais (por conseguinte, de direito privado) têm sido encaradas como uma solução universal para os problemas de que padece o Estado Social. Assim é, porque se entende que a gestão privada é necessariamente mais eficaz e melhor do que a gestão pública «aprisionada» pela burocracia.

Contudo, têm sido apontadas críticas a este modelo empresarializador ou privatizador da saúde em que se funda esta tendência inovadora no âmbito da Administração Pública. Na verdade, esta forma de gestão de tipo empresarial, ignora aspectos essenciais, como a determinação de adequados critérios de aferição e aplicação de «formas jurídicas privadas» ao domínio público, quais as técnicas concretas, quais as reais possibilidades de as aplicar com adequação e proporcionalidade a cada sector público.

J.A. ROCHA e SOFIA TOMÉ D’ALTE<sup>328</sup> pertencem à parte da doutrina, que preconiza o entendimento segundo o qual a gestão privada não constitui a “panaceia universal”, porquanto existe um enclave entre o domínio público e a realidade específica do sector privado que não pode ser ultrapassado com o mero recurso a mecanismos jurídicos privatísticos.

Reputada como de fundamental e de determinante relevância será, sem dúvida, a adopção de medidas equilibradas de boa gestão que medeie a necessidade de prossecução de um interesse público com qualidade para o utente e as vicissitudes da actividade

---

<sup>327</sup> Vide SOFIA TOMÉ D’ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, 2007, pp.24. Recomenda-se, a este propósito, a análise do artigo de J.A. Oliveira Rocha in *Modelos de Gestão Pública, Revista de Administração e Políticas Públicas*, vol.I, nº1, 2000, pp.12 e ss.

<sup>328</sup> Vide SOFIA TOMÉ D’ALTE, *A Nova configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, 2007, pp.25.



administração, que se quer eficaz e expedita, necessariamente vinculada a regras específicas e a princípios estritos de controlo, legalidade, boa administração, adequação e proporcionalidade, imparcialidade, igualdade, lealdade e boa-fé na relação jurídico-administrativa que estabelece com o cidadão.

Consideramos que, de uma perspectiva especificamente atinente ao Serviço Nacional de Saúde, com vista a garantir a sobrevivência do SNS e a própria sustentabilidade do Estado Social é urgente proceder à reforma do SNS e do modelo misto de cobertura universal pelo Estado com o complemento da prestação por privados. Mas não só.

No âmbito dos negócios do Estado com o sector privado, verificamos a ausência de vontade política no sentido de renegociar com os parceiros privados, os contratos de parcerias público-privadas no tocante à margem de receitas, ao tempo de execução do contrato e à melhoria das condições e da qualidade dos serviços de saúde proporcionados ao utente-consumidor<sup>329</sup>.

A *nova* lógica de mercado de saúde, assenta numa falácia consubstanciada na falsa dicotomia entre qualidade do serviço de saúde do privado e hospital público. Por outro lado, esta filosofia de mercado, orienta actualmente o sector público de saúde num rumo por vezes pouco ético, conduzindo inevitavelmente à adopção de novas dinâmicas no exercício da medicina pelos seus respectivos profissionais dissonantes dos imperativos constitucionais do artigo 64º.

Assinalamos a perda de liberdade do profissional de saúde no que se refere à tomada autónoma de decisões próprias pertencentes à sua esfera de competência, experiência e saber. Com efeito, no momento da escolha pela terapêutica mais apropriada à condição médica dos seus pacientes, o médico vê-se agora forçado a condicionar a sua opção a listas de procedimentos e de medicamentos que se revelem menos dispendiosos, dentro de uma espartilhada lógica de «racionalização de recursos e de serviços de saúde», nem sempre conciliável com um sentido de ética profissional.

Se a esta situação acrescentarmos a imposição por parte do Governo aos profissionais de saúde, (*maxime*, médicos e enfermeiros) no seio de hospitais públicos, de uma flexibilidade laboral caracterizada por um aumento de horas extraordinárias acompanhadas de uma paradoxal redução salarial, assim como, uma nova metodologia de contratação, não tanto em função da qualidade do desempenho, experiência e mérito do percurso profissional, mas

---

<sup>329</sup> Vide, a este propósito, as análises aprofundadas realizadas por ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp.1079 e seguintes (*maxime*, pp. 1084 - 1104); “Cuidados Primários e Economia da Saúde: uma aliança de mútuo interesse”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol.2, nº4 outubro-dezembro, 1984. (pp.21-29); *Saúde, O Custo de Um Valor sem Preço*, Ed. Port. De Livros Técnicos e Científicos, Lisboa, 1983. (pp.157-182)



acima de tudo, em função do médico que “oferece” os seus serviços pelo menor preço, encontramos-nos perante um sistema de mercado que, aplicado à saúde poderá contribuir para um decréscimo de excelentes profissionais no sector público de saúde por força da «fuga» daqueles para o sector privado, mais economicamente apelativo. Por outra banda, neste contexto, o paradigma tradicional da relação desenvolvida entre médico-paciente sofre inevitavelmente uma irremediável perda, porquanto esta lógica empresarial e mercantilista aplicado ao sector da saúde, obriga o médico a encarar o paciente como cliente, o que implica uma desumanização no relacionamento pessoal entre ambos.

Recorremos, para ilustrar este cenário da saúde em Portugal, a uma citação de ELLEN IMMERGUT, mencionada por VÍCTOR DE CURREA-LUGO «Apesar da retórica acerca da competência e (da eficácia) dos mercados, não existe contudo, nenhum exemplo convincente de um país que haja reduzido os seus custos com a saúde e simultaneamente tenha melhorado a sua eficácia através da supressão de regulações privadas ou de estímulos à obtenção de benefícios. A competência implica a duplicação dos serviços e determinados riscos. As instituições e administrações operantes na área da saúde, os seus administradores e o público lutam contra aqueles. Não só é confusa a definição de eficiência no domínio da saúde, como a intervenção do governo (poder estatal) tem lugar, porque os mecanismos de mercado revelaram-se incapazes de solucionar as necessidades do sector da saúde. (...)»<sup>330</sup>.

Seja como for, o desenvolvimento da actividade concernente à prestação de cuidados de saúde não dispensa, antes exige imperativamente, a intervenção de uma entidade central reguladora, designadamente, no tocante aos custos assumidos e aos preços praticados junto do utente/cliente. Por outro lado, entende-se que o financiamento privado ao sector de saúde deverá constituir apenas um meio para alcançar os objectivos que deverão presidir à prestação de cuidados de saúde e não ser, em si mesmo, um fim visado pelo Governo.

A este propósito, revela-se pertinente citar Marx quando refere que «(...) onde o dinheiro triunfa, toda a relação humana terá sido reduzida a uma relação de mercado»<sup>331</sup> e, a nosso ver, tal é inadmissível que suceda no sector da saúde, por imperativos constitucionais e de ordem axiológico-normativa supra estadual, em respeito pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 26º), pelo Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (artigo 9º) e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 7º), sem olvidar a primazia do Direito Europeu sobre o direito interno de cada Estado-membro, que se encontra assim vinculado ao cumprimento escrupuloso dos Tratados (direito originário ou

---

<sup>330</sup> Assim, vide VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *La Salud como Derecho Humano*, nº32, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2005, pp. 95.

<sup>331</sup> Vide, melhor desenvolvido, in VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *La Salud como Derecho Humano*, nº32, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2005, pp. 95.

primário), directivas, regulamentos e decisões (direito secundário ou derivado) em matéria de saúde, bem como, a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais.

E, tal como assinala LUÍS MENESES DO VALE, «no contexto geral da crise do Estado Social, o sector da saúde é dos que motiva maior pessimismo»,<sup>332</sup> enunciando como principais razões concomitantes para esse facto, a industrialização e mercantilização da saúde que associadas à concorrência, introduziram «elementos perversos ligados à procura do lucro, na dinâmica já de si dificilmente sustentável do sector».

De outra banda, são inegáveis as fortes tensões entre a eficiência e a equidade, entre os cuidados primários, diferenciados (secundários) ou continuados (terciários), entre o poder médico, o poder político e o poder administrativo.

A esta conjugação de elementos, acresce a inversão na pirâmide demográfica caracterizada por uma população cada vez mais envelhecida e, por isso, mais vulnerável a doenças mais exigentes do ponto de vista da assistência e acompanhamento médicos e, desse modo, mais dispendiosas num panorama em que a medicina é mais cara, em que grassa a influência de grandes multinacionais farmacêuticas e biomédicas sobre a opção tomada pelos sistemas de saúde ou de segurança social no tocante a medicamentos e tratamentos considerados eficazes e economicamente viáveis<sup>333</sup>.

Sintetizando a posição daquele Autor, a crise e o défice que actualmente assolam o sector da saúde têm origem e fundamento na clara desproporção entre o aumento dos gastos e o dos recursos intrinsecamente associados à subida das expectativas da população, aumento da esperança de vida, novas doenças transmissíveis e crónicas, a medicalização por todo o tipo de doença favorecido pelo desenvolvimento de técnicas e de tratamentos que contribuíram para um desfasamento entre a procura e a oferta ao nível da prestação de cuidados de saúde, em que a oferta não consegue dar resposta eficiente.

---

<sup>332</sup> Vide, melhor desenvolvido, in LUÍS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma Perspectiva Jurídico-Constitucional*, Vol.I, Coimbra, 2007, pp.18 e 19.

<sup>333</sup> Neste sentido, vide LUÍS MENESES DO VALE realiza uma análise profunda e crítica do *status quo* da saúde em Portugal, reunindo um conjunto de factores que são responsáveis pela crise do sector da saúde. Citamos, aqui, algumas das suas pertinentes considerações, designadamente as seguintes: «Infelizmente a equação é desastrosa, pois logo quando se torna necessário afectar mais recursos para manter em boas condições de saúde as pessoas mais idosas, (...) temos menos população activa a gerar as receitas necessárias». A respeito dos grupos de pressão (*lobbies*) existentes no sector dos fármacos e tratamentos, aquele Autor considera que «Apesar do escrutínio técnico-científico que procura ser feito, está longe de ser assegurada a efectividade de muitos dos medicamentos e tratamentos – verdadeiramente impingidos aos sistemas de saúde ou de segurança social nacionais pelas grandes multinacionais farmacêuticas e biomédicas – isto para não falar da relação entre os efeitos produzidos e o custo». O Autor continua, referindo que «(...) no limite todo o orçamento de Estado podia ser despendido na aquisição de bens de saúde. Contudo, sobretudo em tempos de escassez, há uma série de *trade-offs* que devem ser resolvidos, não em segredo, por via de negociações ocultas ou deixando as coisas entregues a si mesmas – que é o mesmo que dizer, à mercê dos poderes mais fortes e expeditos (...), - designadamente no que toca ao *quantum* de tecnologia de ponta que deve ser ofertado, procurando um equilíbrio entre as necessidades de investigação e desenvolvimento tecnológico e de justiça nas prestações, proscrevendo quer a concentração de recursos em doenças de ricos e atraentes para os profissionais, quer a provincianismo e o paroquialismo médicos (...)». Vide, melhor desenvolvido, in LUÍS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma Perspectiva Jurídico-Constitucional*, Vol.I, Coimbra, 2007, pp.18 a 20.

Perante este novo cenário na área da saúde, a própria conduta do Estado terá de ser repensada e reconformada de modo a fazer face aos novos desafios impostos ao Estado na sua missão histórica e político-constitucional em assegurar a protecção do direito fundamental à saúde. Ao Estado competirão as tarefas já não de «prestação» dos serviços de saúde, mas as tarefas de fiscalização e controlo, de contratualizar e de conceder apoio ao exercício de funções de prestação de cuidados de saúde por parte de outras entidades, privadas e públicas de natureza empresarial<sup>334</sup>.

No fundo, ao Estado continua a pertencer, mas sob outra veste, a missão sagrada de zelar pela protecção do direito fundamental de protecção à saúde, assegurando de modo intransigente, pela garantia do respeito dos princípios de universalidade e de igualdade no acesso à saúde. Tentando, por outro lado, estabelecer o equilíbrio entre a eficiência, qualidade e a «tendencial gratuitidade» na prestação dos cuidados de saúde e, nesta função, com o auxílio imprescindível da Entidade Reguladora da Saúde (ERS).

Com vista ao alcance destes desideratos constantes da nova «roupagem» do Estado a propósito da prossecução do interesse público «saúde» e em consequência da reforma institucional e de lógica envolvente do sistema de saúde, o Estado delega, transfere, ou seja, «demite-se» das suas competências enquanto prestador e fornecedor da prestação de cuidados de saúde, para ao invés, adquirir novas competências enquanto fiscalizador<sup>335</sup> e guardião dos *standards* de qualidade e de eficiência conforme à teleologia do artigo 64º da Constituição.

Esta Reforma do sistema de saúde desembocou numa transição estadual jurídico-constitucional e social: de um Estado de Prestação (fornecedor e financiador) de cuidados de saúde passámos para um Estado de Regulação (fiscalizador) da actividade médica prestada por outros operadores. Ao mesmo tempo que os estabelecimentos de saúde e os hospitais vão mudando de natureza e de lógica de execução e de gestão, de igual modo, o Estado vai modificando as suas competências e, no limite, a sua própria essência de Estado Social de Prestação que encerrava em si mesmo, a *quase* exclusividade de concretização de serviços

<sup>334</sup> A alteração do modelo de prestação de cuidados de saúde, assim como, o modo como tem vindo a concretizar-se o preceito constitucional concernente à protecção da saúde (artigo 64º) tem como finalidade primacial a eficiência na gestão dos serviços de saúde, com o maior aproveitamento possível dos recursos humanos, logísticos, técnico-científicos e dos bens públicos. Neste contexto, procurou-se colmatar as falhas e insuficiências do sistema de saúde português, recorrendo aos «instrumentos» próprios dos operadores privados, mais eficientes, cuja vocação é alcançar a maximização do lucro. Em consequência desta opção político-legislativa, introduziu-se na área da prestação de cuidados de saúde, as lógicas e *regras de mercado* e procedeu-se a *privatizações* mediante a transferência para os *players* privados de parte ou toda a responsabilidade, consoante os casos, pela direcção e execução das tarefas de prestação de cuidados de saúde, podendo verificar-se *a posteriori* a própria privatização da propriedade dos estabelecimentos de saúde pertencentes ao sector público.

Em consonância com esta opção e com estes objectivos, procedeu-se à criação (leia-se: “conversão”) de estabelecimentos de saúde (clínicas, centros de assistência médica afins) e de Hospitais E.P.E. conhecidos por «Hospitais-Empresa» (entidades públicas empresariais) ou, noutros casos, em sociedades anónimas de capitais exclusiva ou predominantemente públicos dando origem a «Hospitais S.A.».

<sup>335</sup> A propósito dos poderes de fiscalização do Estado, veja-se o artigo 38º, constante do Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de Janeiro, o qual aprovou o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde.

públicos. Emerge, deste modo, um novo Estado, com novas competências e atribuições, com uma nova missão (supervisão), com uma actuação que está longe de se circunscrever ao *estritamente* necessário. Não podemos, por isso, defender o advento de um «*Estado Mínimo de Regulação*», abandonando o conceito de «*Estado Social de Prestação*».

Encontramo-nos, deste modo, nos antípodas da posição preconizada por BENITO CASTRO CID, o qual preconiza a posição segundo a qual uma das formas de superar a crise dos direitos económicos, sociais e culturais, catálogo constitucional em que se insere o direito à protecção da saúde, e consequentemente, superar a crise do próprio Estado Social tal como o conhecemos, será apostar numa redução da quantidade ou da duração relacionadas com as diversas prestações sociais, aceitando igualmente a ideia de propostas de privatização, parcial ou total, de algumas dessas prestações<sup>336</sup>.

Por seu turno, JORGE MIRANDA encontra uma via para “atenuar” a pesada carga social que impende sobre o Estado: participação activa da sociedade civil. Considera que não é apenas o Estado o único destinatário das normas que traduzem imposições constitucionais no sentido de efectivar os direitos sociais, aliás, muito pelo contrário, a sociedade civil emerge como parceira e colaboradora activa do Estado pela demanda da efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais, de que ela própria beneficia.

Este Autor apela mesmo a uma democracia participativa, numa perspectiva económica e social, como forma de se contribuir para uma sociedade mais justa e equilibrada, em que o Estado e a sociedade, operadores privados, partilham os benefícios e as correspondentes responsabilidades e encargos<sup>337</sup>. Aliás, esta colaboração Estado-sociedade-indivíduo vai de encontro ao ensejo constitucional ínsito no artigo 9º, nº2, alínea c), da Constituição: «defender a democracia política, assegurar e *incentivar a participação democrática dos cidadãos* na resolução dos problemas nacionais», o qual deverá ser articulado com a alínea d) do mesmo preceito, «promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo (...) bem como a efectivação dos direitos económicos, *sociais*, culturais e ambientais, mediante a *transformação e modernização das estruturas económicas e sociais*», de que é paradigma a reforma institucional realizada no sector da saúde.

LUÍS MENESES DO VALE conclui a sua análise atinente ao sector da saúde, às suas lacunas, insuficiências e ao respectivo “estado de crise” com a seguinte reflexão: «Por isso, se

<sup>336</sup> «(...) *reducir la cantidad o la duración de las diversas prestaciones sociales, llegando incluso a propuestas de privatización parcial o total de algunas de ellas (...)*», vide melhor desenvolvido, in BENITO CASTRO CID, *Estado Social y Crisis de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales in Derechos y Libertades*, “Revista del Instituto Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos II de Madrid, ano 3, nº6, pp. 67. E citando, este Autor, perfilhando a mesma posição, JOSÉ PEDRO LIBERAL, *Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, Coimbra, 2005, pp. 234, nota de roda-pé nº 663.

<sup>337</sup> Vide JORGE MIRANDA, “O Regime Específico dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrals*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 350 e seguintes.

por um lado se fala do resvalamento do «*Welfare State*» para um «*Healthfare State*», por outro, a crise do primeiro infecciona o segundo, conduzindo ao mal-estar generalizado, próprio de um «*Illfare State*»<sup>338</sup>. Revela-se, neste contexto, como sendo de primacial relevância uma nova postura do Estado que se caracterize pelo incremento de medidas de *contenção* da procura, por uma eficaz regulação e pela criação e adopção de medidas de priorização.

Desde logo, deveriam ser considerados como objectivos prioritários na saúde, a inclusão de uma lógica de *contenção* nos custos com os medicamentos, com o internamento e com os recursos tecnológicos e científicos<sup>339</sup>.

Por seu turno, JORGE ABREU SIMÕES dá o seu contributo e aponta três categorias de medidas a adoptar na área da saúde, as quais se reconduzem em termos simplistas a uma racionalização dos recursos despendidos e a um racionamento nas despesas com os cuidados de saúde. Essas medidas são, por um lado, a limitação de recursos públicos conjugadas com a adopção de novas técnicas de orçamentação e, por outro lado, a institucionalização de novos mecanismos de controlo, mais rigorosos e eficazes<sup>340</sup>.

<sup>338</sup> Neste sentido, vide LUÍS MENESES VALE, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma Perspectiva Jurídico-Constitucional*, Vol.I, Coimbra, 2007, pp.21.

<sup>339</sup> Importa ressaltar o facto de, num mercado em que o Estado surge simultaneamente como prestador/fornecedor/distribuidor, como financiador/angariador de fundos, como regulador/fiscalizador/planificador, actuando por isso, como protagonista em todos os níveis e aspectos de um dado sector de actividade reclamando para si todos as funções e tarefas jurídicas, políticas e económicas, qualquer distinção entre medidas sobre a *demand* (procura) e *supply* (oferta) mostra-se, por vezes, inútil e desnecessário. Contudo, consideramos que o sector da saúde escapa a este cenário, em virtude da constante demissão do Estado nas tarefas de prestação de cuidados de saúde com a consequente transferência dessas atribuições e competências para as entidades privadas. Por isso, entendemos que é pertinente operar a distinção entre medidas a adoptar no sector da saúde como forma de superar a sua fragilidade e crise, vistas tanto do lado da oferta, como do lado da procura.

Senão vejamos. As medidas de contenção incidem sobre o lado da *oferta* quanto às despesas com a indústria farmacêutica e sobre o lado da *procura* procurando mudar a mentalidade do utente e do próprio prestador de cuidados de saúde. Relativamente à «*procura*», definir-se-ia orçamentos a que os médicos teriam de se condicionar no momento da prescrição medicamentosa; conceder-se-iam informações e orientações a respeito da prestação de cuidados médicos, com incentivo ao recurso de estudos de avaliação económica; realizar-se-iam auditorias das receitas médicas ao mesmo tempo de seria promovido o uso dos genéricos como tratamento recorrente. Em termos de remuneração aos prestadores e agentes no sector da saúde, seria aplicado um sistema de pagamento aos médicos designado de «capitação do salário» e aos farmacêuticos, impor-se-ia o pagamento de uma taxa única ao invés do sistema de «percentagem».

Por outro lado, ainda quanto à «*procura*», mas na perspectiva do utente-doente, a este caberia uma crescente partilha de custos, associado a um programa «pedagógico» de educação para a saúde (com vista a reduzir o abuso ao recurso aos estabelecimentos de saúde por parte do utente); procura-se ainda desenvolver um mercado de produtos de venda livre. No que se refere ao lado da *oferta*, haveria lugar ao controlo dos preços, à definição de preços de referência, podendo igualmente fiscalizar-se os lucros e também a quantidade de produtos farmacêuticos e de recursos envolvidos na prestação de cuidados de saúde. Realizar-se-ia um controlo rigoroso orçamental, mediante a fixação de um limite máximo e a estipulação de níveis máximos de receitas para a indústria, com a obrigação de reembolso quando o limite orçamentado fosse desrespeitado. De outro passo, deveriam ser fixadas listas positivas ou negativas de medicamentos, impondo-se limites e taxas nas despesas na respectiva promoção. Associadas a estas medidas, o incentivo à divulgação de produtos genéricos, da competição de preços e do desenvolvimento do mercado com «importações paralelas».

Neste sentido, vide LUÍS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007, pp.22 e seguintes e, vide, igualmente, JORGE ABREU SIMÕES, *O Retrato Político da Saúde. Dependência do Percorso e Inovação em Saúde: da Ideologia ao Desempenho*, Almedina, Coimbra, 2004.

A respeito das medidas necessárias a dar resposta à escassez de recursos materiais, económicos e jurídicos no domínio da saúde de que padece o Estado Social, importa analisar igualmente a obra de RUI NUNES e GUILHERMINA REGO, *Prioridades na Saúde*, MacGraw Hill, 2002, pp.105 e seguintes. As medidas passam por aumentar recursos, aperfeiçoar os mecanismos de eficiência ou fazer opções racionais, sensatas e explícitas na saúde.

<sup>340</sup> Acerca das medidas de combate ao desperício no sector da saúde em Portugal vide JORGE ABREU SIMÕES, *O Retrato Político da Saúde. Dependência do Percorso e Inovação em Saúde: da Ideologia ao Desempenho*, Almedina, Coimbra, 2004. Este Autor, mais precisamente, o seu contributo para o aperfeiçoamento na prestação de cuidados de saúde, é igualmente mencionado na obra de LUÍS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Coimbra, 2007, pp.21 e seguintes. Também acerca do racionamento e racionalização nos recursos em matéria de cuidados de saúde, vide J.C. LOUREIRO, «Direito à (protecção da) saúde», in *Separata de Estudos de*

No que respeita à *limitação de recursos públicos*, ao Estado competiria proceder ao aumento dos co-pagamentos, à redução do número de situações que constituem excepções aos co-pagamentos, ao racionamento fundado em argumentos objectivos e pautados pelos valores de eficiência e qualidade e «boa administração», ao incentivo da actuação positiva dos seguros voluntários de saúde, assim como, ao desenvolvimento de formas alternativas à hospitalização e internamento em estabelecimentos de saúde.

Com efeito, como M. ROEMER demonstrou, no seu estudo sobre a relação entre a hospitalização, internamento e número de camas, que “cada cama vaga, é uma cama preenchida”, ou seja, existe uma relação directa proporcional entre o aumento do número de doentes internados em função do número de camas disponíveis ou *oferecidas* pelo estabelecimento de saúde<sup>341</sup>, fazendo pleno sentido a adopção de medidas que resolvam esta questão.

No que concerne a novas *técnicas de orçamentação*, o Estado assumiria a obrigação de proceder à substituição de orçamentos fixos por orçamentos indiciários, para além de adoptar orçamentos combinados com pagamentos em conformidade com as actividades. Os orçamentos sectoriais seriam igualmente abandonados, sendo realizados orçamentos virados para prestadores individuais.

Relativamente aos *mecanismos de controlo* que caberiam ao Estado na sua nova veste de entidade reguladora ao invés de entidade prestadora de serviços de saúde, incluir-se-iam o controlo sobre os honorários, o controlo dos «*input*» (salários, número de pessoal, despesas de capital), o controlo dos tipos de internamento (alternativas ao internamento através da criação de hospitais de dia e a cirurgia de dia que permitem reduzir custos, evitar infecções hospitalares, que contribuem para o retorno mais célere do doente à vida normal) e das camas hospitalares (encerramento de camas dos doentes agudos), a introdução de orientações e directrizes («*guidelines*» como os consensos terapêuticos para certo tipo de doenças, técnicas e tratamentos que são vigentes em França) no exercício da medicina que visam explicar o *como* e o *quando* na utilização de certos procedimentos, exames médicos, exames complementares e de medicamentos adequados ao tratamento de uma determinada doença, assim como, a inclusão do sistema de preços de referência (preços máximos comparticipados pela entidade reguladora e a partir dos quais o utente-doente assume o respectivo custo).

---

*Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Coimbra Editora, 2006 e, *vide*, igualmente LOURENÇO REIS LESSEPS, “Ética do racionamento em cuidados de saúde,” in *Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa*, Setembro, 1993, pp. 229 a 304.

<sup>341</sup> Neste sentido, *vide* M. ROEMER, “*Bed supply and hospital utilisation: a natural experiment*”, in *Hospitals*, 1, November, 1961, pp. 35 a 42.

As listas positivas e listas negativas para a comparticipação no preço dos fármacos tornaram-se prática habitual, tendo como efeito benéfico o esclarecimento do utente acerca dos produtos e serviços de cuidados de saúde que se encontram abrangidos ou excluídos da comparticipação.

No que concerne às despesas ocorridas em hospitais e ambulatório, um controlo mais eficaz passaria pela existência de uma única fonte de financiamento de recursos económicos, também alcançado através de restrições na criação de novos hospitais, à instalação de material pesado, redução de camas de doentes agudos (isto é, possuidores de doenças de menor relevo e preocupação), decréscimo do volume de prestações e das taxas de remuneração. No sistema de ambulatório, os honorários do pessoal médico e auxiliar deveria passar a ser negociados a um nível central, com a fixação de tectos máximos, bem como, deveriam estipular-se limites aos exames realizados fora do hospital ou outro estabelecimento de saúde público.

Estas soluções apontadas<sup>342</sup>, globalmente consideradas, apontam no sentido de uma maior eficiência alcançada pela racionalização de métodos, técnicas e procedimentos aplicáveis à prestação dos serviços de cuidados médicos e através da redução de despesas, contribuindo para uma optimização máxima do orçamento disponível.

Mas, a eficiência apenas pode ser plenamente atingida se se fizer acompanhar pela adequada racionalização e racionamento de recursos que sendo escassos, carecem de uma priorização, selecção e distribuição proporcional e ajustada às concretas necessidades. Revela-se apropriada a eliminação das despesas de mero consumo e das despesas de investimento sem retorno económico e que não oferecem proporcionais ganhos de eficiência.

A superação da crise actual do sector de saúde não tem de, necessariamente, ao contrário dos que defendem o Estado Mínimo, passar pelo corte radical na despesa pública na saúde, a maioria das vezes, desprovido de critério e do apropriado bom senso e humanismo, sob pena de colocarmos em risco a protecção social à saúde que a Constituição contempla no seu artigo 64º. Com efeito, na senda da redução de despesa pública no sector da saúde e do respectivo racionamento de recursos despendidos, há que assegurar a justiça distributiva e social com assento constitucional, sobretudo no que respeita ao acesso à saúde por parte dos mais desfavorecidos.

---

<sup>342</sup> Neste sentido, vide JORGE SIMÕES, *O Retrato Político da Saúde: da Ideologia ao Desempenho*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.60 a 63 e, ainda, vide MICHAEL BAURMANN, "Rationing Yes, Politics No. For a Right-based Approach in Rationing Medical Goods", in *Rationing in Medicine : ethical, legal and practical aspects*, Berlin, 2002, pp. 95 a 104, maxime pp.96 e seguintes. Neste sentido, igualmente, RUI NUNES e GUILHERMINA REGO, *Prioridades na Saúde*, MacGraw Hill, 2002, pp.105 e ss. Também na defesa do racionamento e racionalização como soluções de *ultima ratio*, mas imprescindíveis como resposta à debilidade do Estado Social devido à crise actual do sector da saúde vide LUIS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007, pp.27 e seguintes.



Levanta-se, assim, inevitavelmente a questão essencial de justiça no acesso à saúde, enquanto direito social universal, que a todos pertence em igualdade de condições. Por isso, as políticas públicas de racionalização e de racionamento no domínio da saúde deverão ser repensadas e reestruturadas em termos sociais e socializantes, com vista a alcançar as aspirações da Constituição de 1976 que consagra o acesso à saúde em termos de igualdade, de universalidade e de *tendencial* gratuitidade.

A imposição de novas taxas moderadoras destinadas ao decréscimo do avultado défice orçamental, particularmente na saúde, não poderão ser aplicadas ao utente, *tout court*, ou seja, de forma cega e arbitrária, sem atender às dificuldades económicas e sociais do próprio agregado familiar do utente, sob pena de serem violados os princípios estruturantes em que assenta o direito social à protecção da saúde.

Como afirmou o actual Bastonário da Ordem dos Médicos Portugueses, em entrevista sobre a crise no sector da saúde e sobre as políticas adoptadas pelo Ministério da Saúde, «o único doente barato é o doente morto».

O Estado que se afirme como Estado Social não pode ser escravo das amarras das estatísticas, dos números e do «mercado», em matérias tão essenciais ao cidadão, à sociedade e à Constituição, por tal constituir um paradoxo. Paradoxo, porquanto o cidadão enquanto ser humano que é, consiste no ponto de partida e de chegada de qualquer política social ou económica e é a pensar nele que o Estado existe.

Sem que seja devidamente assegurada a dignidade do cidadão no acesso ao mais elementar dos bens e serviços públicos, que é a saúde, não faz sequer sentido falar em Estado Social, nem é pertinente qualquer alusão à Constituição.

O ser humano é, em si mesmo, a baliza axiológico-normativa, o limite dentro do qual existe e se movimenta o Estado Social e, deste modo, há que disponibilizar-lhe em termos efectivos os direitos fundamentais que lhe pertencem por direito natural, *maxime* os direitos sociais dentro dos quais se enaltece o direito à protecção da saúde.

Ao Estado compete assegurar que, no momento da concepção, planificação, concretização, aplicação e fiscalização em matéria de prestação de cuidados de saúde, o cidadão usufrua do direito à saúde em condições de dignidade, justiça e de equidade. Por isso, não se admite que o ente público estatal que deve ser o guardião do catálogo dos direitos económicos, sociais e culturais se revele como o ente perturbador e inibidor no acesso e na efectividade dos mesmos.

Neste sentido, para CIPRIANO JUSTO, o direito fundamental de «acesso à saúde», consiste na *real* possibilidade que o beneficiário ou utente do sistema de saúde tem, em obter



a prestação de cuidados de saúde de que carece, «no momento e no local em que necessita, em quantidade e a um custo adequado, com o objectivo de obter ganhos em saúde»<sup>343</sup>.

Determinante é decidir. Decidir com ponderação, tendo sempre presente a teleologia subjacente ao Estado Social. Nesta senda e nas palavras de M.C. GOMES DA SILVA citado por LUÍS MENESES DO VALE «Quem não faz hoje nenhuma escolha, decide, não obstante, deixar que, de forma arbitrária e flutuante, novos problemas de escassez venham a aparecer no nosso futuro sistema de saúde, sem uma distribuição justa nem reflexão. Mantendo a actual amplitude e distribuição do sistema de cuidados, é silenciosamente feita uma escolha sem que seja claros como, por quem ou o quê é escolhido»<sup>344</sup>.

Por último, apraz-nos dar conta da reflexão de CARLA AMADO GOMES: «o Estado alargou de tal forma o seu espectro de acção que se vê obrigado a descentralizar atribuições (...) e a desmultiplicar-se em entidades cada vez mais atípicas como forma de operacionalização da gestão dos serviços públicos, quando não cede mesmo lugar à iniciativa privada por incapacidade, técnica e financeira, de assegurar as tarefas múltiplas que se propôs. Por outro lado, a integração que o intervencionismo estadual deveria ter proporcionado, apelando ao esforço comum para a diminuição das desigualdades sociais, redundou num progressivo isolamento dos cidadãos ancorado na promessa do bem-estar vitalício. O *Estado Pai Natal* não pede contrapartidas da sua generosidade aos destinatários das prestações – ressalvados os deveres contributivos inelimináveis, *maxime* pagar impostos»<sup>345</sup>.

Mas, simultaneamente, esta Autora menciona o “reverso-da-medalha” ou o paradoxo resultante deste modelo de Estado: «o Estado Social, sob as vestes da providência, sufocou a solidariedade e neutralizou a responsabilidade social, transformando os cidadãos em autênticos Robinson Crusoes»<sup>346</sup>. Por isso, ao contrário da posição por nós adoptada, há quem defenda o advento de um «Estado Mínimo de Regulação»...

---

<sup>343</sup> Vide CIPRIANO JUSTO, “Porque esperamos? Contribuição para o estudo do acesso aos cuidados de saúde”, Campo da Comunicação, Lisboa, 2004, pp.17.

<sup>344</sup> Neste sentido, vide M.C. GOMES DA SILVA, “Um sistema misto de financiamentos dos cuidados de saúde em Portugal? A pertinência da experiência dos Países in As Reformas dos Sistemas de Saúde, Associação Portuguesa de Economia da Saúde, Lisboa, 1996, pp. 157 a 182. Este Autor é citado por LUÍS MENESES DO VALE, *Racionamento e Racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007, pp.28. A este propósito, vide ainda ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, “O Controlo dos gastos em saúde. Racionamento ou Redistribuição?”, in *Cadernos da Saúde*, nº7, Escola Nacional de Saúde Pública, 1981.

<sup>345</sup> Expressão de William Beveridge, utilizada por CARLA AMADO GOMES, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, pp. 19 e seguintes. Esta afirmação consta da pp.21.

<sup>346</sup> Assim, CARLA AMADO GOMES, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 21 e 22.

## PARTE II – AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SECTOR DA SAÚDE

### INTRODUÇÃO À SEGUNDA PARTE

Nesta Segunda Parte do presente estudo, pretendemos proceder a uma análise aprofundada da figura contratual «parceria público-privada» em geral e, num segundo momento, a uma análise sobre as «parcerias público-privadas» no âmbito da saúde. Mais precisamente, temos como primordial desiderato avaliar a adequação desta figura contratual no sector da saúde em Portugal, determinando ao certo, quais sejam as suas virtualidades, potencialidades, mais-valias, aspectos benéficos mormente no que à saúde concerne, sem, no entanto, deixarmo-nos de pronunciar acerca das suas desvantagens, fragilidades e eventuais lacunas.

Quer dizer, o objecto de enfoque que se pretende conferir neste estudo reportar-se-á essencialmente aos reflexos positivos e negativos na saúde portuguesa em geral e, no Serviço Nacional de Saúde em particular, resultantes do recurso à «parceria público-privada» por parte do Estado Social na sua missão de guardião do interesse público «saúde» e na concretização do preceito fundamental insito no artigo 64º.

Nestes termos, procederemos igualmente à consideração crítica do actual papel do Estado em termos sociais, assim como, da eventual reconformação do seu estatuto. Para tanto, importará determinar, tendo o interesse público «saúde» como valor charneira de análise, se o Estado mantém a sua veste social ou socializante que adquiriu no Pós-Segunda Guerra Mundial denominando-se, ainda, com pertinência e propriedade, «Estado Social» ou, se ao invés, perdeu este estatuto, tendo-se convertido num Estado de mera Regulação, de Supervisão ou Fiscalização e já não um Estado de Prestação, Fornecedor e Financiador daquele serviço público.

Colocando a questão noutros termos, será que o Estado Social que conhecíamos ainda existe? Ou, pelo contrário, temos um «novo» Estado, com novas funções, já não clássica ou tipicamente estaduais, munido de «protagonismo», mas de mero «observador», caracterizado por uma passividade quase esfíngica?

Ou, ainda, dito doutro modo, terá o fenómeno da «privatização» ou «empresarialização» a que assistimos mormente na saúde e de que a «parceria público-privada» é personagem principal, conduzido a uma transmutação do Estado e das suas funções? Ter-se-á o Estado convertido e modificado tanto, ao ponto de passar de um ente prestador e financiador a um ente meramente «polícia», supervisionando condutas de intervenientes privados que agora assumem um papel e um estatuto que outrora lhe pertencia, por virtude do «contrato social» assumido com o povo, no momento de eleição democrática?

Como sabemos, o Estado, por força de constrangimentos económicos e financeiros, próprios e lhe impostos por via internacional, como fruto de uma economia umbilicalmente ligada entre si à escala global e como “reverso de medalha” de uma união europeia económica e política, viu-se impelido a «delegar» funções estaduais que constituíam o cerne ou o núcleo duro estruturante da sua faceta de Estado de «Bem-Estar» ou «Estado Social». E, se o Estado ao desempenhar a sua missão social olha para os seus cidadãos-beneficiários com o respeito quase sagrado originário do supra mencionado «contrato social», já os privados, funcionam orientados por uma filosofia e lógicas totalmente diversas. Com efeito, os privados desenvolvem a sua actividade, qualquer que ela seja, vocacionada e dirigida ao «lucro», o qual, a mais das vezes, não se encontra compaginável com valores sociais ou, quando com estes são conciliáveis, em caso de conflito ou mera colisão, será invariavelmente o primeiro a ser atendido. Não é uma crítica. É simplesmente a «ordem natural das coisas» ou, se se quiser, é a «lei do mercado livre». E realmente este é o perigo ou, pelo menos, desafio que o sector da saúde enfrenta. A partir do momento em que a saúde deixa de ser visto como um valor social ou interesse público entendido como interesse da colectividade, imperativamente imposto pela lei fundamental, para passar a ser encarado como um «negócio», em que os hospitais são a «empresa», o «*punctus crucius*» reside em saber, se num contexto de mercantilização da saúde, consubstanciado na celebração de «vagas sucessivas» de PPP's do Estado com privados, o interesse a ser prosseguido ainda é «público», de melhoria da qualidade na prestação de cuidados de «saúde» ou, se passou a ser o «interesse privado», dos parceiros privados do Estado e que com ele «colaboram».

Há quem fale a este respeito no fenómeno da «*captura*» do Estado pelos «privados», como corolário lógico da privatização nos mais diversos sectores da economia e da sociedade, dos quais o sector da saúde é paradigma, nos quais o Estado era «dono e senhor» para passar a ser um mero «observador», «orientador» e «fiscalizador». O Estado deixou de desempenhar as suas funções «a montante», para passar a desempenhar funções «a jusante», de cariz subsidiário e supletivo. O que lança a questão: teremos um Estado dispensável?

Por força dos constantes movimentos de «delegação» de competências sociais em virtude das constantes transferências de funções aos privados, o Estado auto-esvaziou-se de relevância e de sentido social, encontrando-se o cidadão perante um «vácuo social» que, pela própria natureza das coisas, não pode e muito dificilmente será colmatado pelos «parceiros privados». Aos privados não pode ser imposta uma consciência social na qual o Estado se encontra embrenhado e da qual se encontra genética e meta-ontologicamente imbuído.

No que particularmente respeita ao sector da saúde, a relação que se estabelece entre o privado e o cidadão-utente, nem por raciocínios enviesados poderemos considerar equivalentes à relação estabelecida entre o Estado e o seu cidadão. O Estado é mandatado pelo povo. O privado é mandatado pelo lucro. Estas são verdades insuperáveis e inalienáveis. Apenas tendo consciência objectiva das mesmas e dos respectivos condicionamentos e limitações, é que poderemos construir «balizas de protecção» dos direitos sociais, constitucionalmente consagrados, dos quais enalteçemos a relevância, neste trabalho, do direito de acesso à saúde.

Resta, neste estudo, saber se as «parcerias público-privadas» na saúde são um mecanismo válido para assegurar o direito de acesso à saúde por parte do cidadão em termos de qualidade, universalidade, igualdade, equidade («tendencial gratuitidade»), com respeito pleno e integral pela Constituição da República Portuguesa, seus ditames, princípios e valores sociais ou se, pelo contrário, são um instrumento que inviabilizam, na realidade, absoluta ou parcialmente, aquele direito fundamental e, se sim, de que modo e em que termos, pronunciamo-nos igualmente sobre o respectivo impacto no Serviço Nacional de Saúde.

## CAPÍTULO I

### AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.

#### GENERALIDADES.

#### SECÇÃO I – A FIGURA JURÍDICA.

Sumário: 0. Nota prévia; 1. A Figura Jurídica: conceito polissémico; 1.1. Distinção entre a «Parceria Público-Privada» e a «Concessão»; 1.2. Breve Distinção entre a «Parceria Público-Privada» e a «Gestão de Serviço Público»; 2. Breve Perspectiva Comparatística; 2.1. A experiência do Reino Unido: o «*Project Finance Initiative (PFI)*»; 2.2. A experiência de França e o «*Contrat de Partenariat Public-Privé*»; 2.3. A experiência de Itália e o «*Promotore*»; 3. Objecto e Características Principais das PPP's à luz do Direito Europeu; 3.1. A Relação Contratual Duradoura entre o Parceiro Público e o Parceiro Privado; 3.2. O Financiamento Privado; 3.3. A Participação do *Player* Privado nas várias fases do Projecto; 3.4. A Transferência do Risco para o *Player* Privado; 3.4.1. Especial atinência ao «Custo»: Custo de Transacção e Custo de Financiamento Privado; 3.4.2. O Critério da Suportabilidade Financeira; 3.4.3. O Critério de «*Value for Money*»; 3.5. O Carácter Público das PPP's; 3.6. A Incidência Financeira das PPP's; 4. Principais Finalidades das PPP's; 4.1. Finalidades de âmbito genérico; 4.2. Finalidades de âmbito específico; 5. Conclusão: Opção pelas Parcerias Público-Privadas ou “regresso” às formas clássicas ou tradicionais de a AP contratar?

#### 0. Nota prévia.

Actualmente assiste-se a uma reconformação do papel do Estado na sociedade e na economia, na medida em que procura novos modelos de actuação de onde sobressai a figura das Parcerias Público-Privadas<sup>347-348</sup>, conhecidas comumente por «PPP». Deste modo, é

---

<sup>347</sup> Em termos jurídicos, a parceria público-privada encontra-se consagrada em legislação especial, existente em momento anterior ao Código dos Contratos Públicos, designadamente no Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de Junho. Entretanto, foi publicado um novo diploma legal, o Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de Maio.

O Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril tem por finalidade a definição de normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas. Segundo o preceito constante no nº1, do artigo 2º, deste Decreto-Lei, a parceria público-privada consiste a qualquer forma de cooperação entre parceiros públicos e privados com vista à realização de certos objectivos. A respeito do conceito de parceria público-privada, PEDRO GONÇALVES refere que esta pode derivar de uma cooperação informal, pese embora, na vasta maioria dos casos, seja celebrada em termos formais num contrato de sociedade e, assim, temos as parcerias associativas ou institucionais, ou seja celebrada num contrato de cooperação e, nesta situação, temos parcerias contratuais. No que respeita às parcerias público-privadas na saúde são relevantes os seguintes diplomas legais: a) Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto; b) Decreto-Regulamentar nº 10/2003, de 28 de Abril; c) Decreto-Regulamentar nº 14/2003, de 30 de Junho. Relativamente às formas sob as quais as parcerias público-privadas podem surgir no firmamento jurídico, é referido nos termos do artigo 2º, nº4, do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, que as relações de colaboração entre os parceiros públicos e privados podem resultar de: a) contratos de concessão de obras públicas; b) contrato de concessão de serviço público; c) contrato de fornecimento contínuo; d) contrato de prestação de serviços; e) contrato de gestão; f) contrato de colaboração. No fundo, esta miríade de figuras contratuais representam uma diversidade rica de vestes jurídicas em que se externaliza uma parceria público-privada, todas com natureza de contratos administrativos e que, segundo o artigo 1º, nº2, do Código dos Contratos Públicos, são contratos públicos, visto que o objecto dos mesmos abrange prestações que estão ou que são susceptíveis de estar submetidas à concorrência do mercado, nos termos do artigo 16º, nº1, do citado Código (CCP)

curial afirmar que as parcerias público-privadas<sup>349</sup> consistem num mecanismo de actuação preferencial do Estado, revestindo um modelo inovador e alternativo de organização, «híbrido, público e privado, onde é constituída uma parceria com objectivos comuns entre parceiros, e que actua em sectores específicos tradicionalmente dominados pelo Estado e cujas características não captam o interesse do sector privado, em desenvolver isoladamente essas mesmas actividades».

Autores como GARCÍA DE ENTERRÍA, confrontados com esta nova realidade, falam mesmo num «caso paradigmático de administrativización parcial de una relación jurídica de base»<sup>350</sup> e, na circunstância em que os privados se encontram sob a veste de entes públicos, por via de uma “delegação de funções sociais” ou de missão de guardiões do interesse público, em que, para tanto, necessitam de exercer as respectivas *potestades públicas, munidos de ius imperium*, então, nesse caso, também esses particulares se deverão encontrar submetidos ao

---

A Parte II do CCP tem aplicação na formação dos contratos que respeitam às parcerias público-privadas, pelo que GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE consideram que a remissão realizada pelo artigo 10º, nº5, do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, «para legislação relativa à contratação pública» deverá ser feita para o CCP. A revelar este facto, está o Decreto-Lei nº 85/2008, de 27 de Maio, o qual em momento em que o CCP não se encontrava ainda aplicável, veio determinar a respectiva aplicação ao procedimento tendente à celebração do contrato de concessão para a ferrovia de alta velocidade, respeitante ao troço Poceirão-Caia (eixo Lisboa-Madrid), celebrado sob o regime de parceria público-privada, o que concretiza a intenção do legislador em pretender aplicar a Parte II do Código às parcerias público-privadas.

Em síntese, aprez-nos referir o seguinte: a) a Parte II do Código aplica-se aos procedimentos tendentes à formação de uma parceria público-privada; b) a parte geral do regime material ou substantivo dos contratos administrativos que constam dos preceitos dos artigos 278º a 335º, do CCP, aplica-se, do mesmo modo, às parcerias público-privadas. Tanto é assim, que existem os artigos 339º a 342º, do CCP, dos quais constam regras especiais relativas às parcerias.

Existe, contudo, uma questão que se prende com a articulação entre o regime especial do Decreto-Lei nº 86/2003 e o regime constante da Parte III, do CCP, e que gira em torno da norma concernente à reposição do equilíbrio financeiro do contrato do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, mais precisamente, a do artigo 14º-C, uma vez que esta, nos seus pressupostos não coincide inteiramente com a norma paralela do CCP (artigo 341º), especificamente aplicável às parcerias público-privadas. Existindo dúvidas sobre qual a norma a prevalecer e ser aplicável no caso concreto, parece-nos curial afastar a norma do artigo 14º-C, do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, conferindo-se primazia à norma do artigo 341º, do CCP, em conformidade e nos termos do artigo 280º, deste Código.

Neste sentido, vide GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos. Âmbito da sua aplicação*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.28 a 34 e pp. 97 e 98. Vide ainda, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 328.

<sup>348</sup> Do ponto de vista de PEDRO SIZA VIEIRA, o modelo contratual parcerístico levanta três problemas principais, revelados sobretudo a partir do momento em que começam a prosperar nos países europeus que o adoptam. Esses problemas pertencem a três grandes categorias: a) Tipo de procedimento de adjudicação a aplicar à celebração das PPP's, porquanto pese embora elas comunguem de características básicas dos contratos de empreitadas e de concessão de obras públicas, com estes não se confundem; b) como assegurar que os pagamentos aos particulares sejam “adequados”. Quer dizer, os pagamentos deverão ser efectuados com base na despesa corrente daquele ano ou, pelo contrário, far-se-á de modo «encapotado»? Qual o critério contabilístico adequado?; c) a última questão prende-se com os mecanismos de decisão pública, atendendo à comportabilidade pública destes contratos. No fundo, a questão consiste em assegurar que estamos a “adquirir a bom preço” e não a contratar de qualquer forma, sem critério objectivo de mensurabilidade económica (*VfM*).

No que concretamente respeita ao tipo de procedimento aplicável às PPP's, optamos pelo diálogo concorrencial. Por exemplo, em França, as PPP's apenas podem ser adjudicadas mediante o diálogo concorrencial.

Ao nível da União Europeia podemos distinguir entre regras aplicáveis aos contratos públicos e às concessões de serviço público, sendo que não existiam regras específicas para as PPP's que nem são concessões «puras» nem correspondem totalmente a nenhum contrato público específico. Entretanto, o legislador criou o procedimento «diálogo concorrencial» para a complexidade de arranjos contratuais que é a «parceria público-privada», e o qual não é coincidente com o que é imposto pela directiva respectiva, não aproveitando, por isso, todas as potencialidades e virtualidades proporcionadas por esta.

Neste sentido, PEDRO SIZA VIEIRA, in Seminário sob o tema de «Parcerias Público-Privadas», de 28 de Junho de 2011, na Universidade do Minho.

<sup>349</sup> Sobre o conceito de PPP à luz do Livro Verde de 30 de abril de 2004, vide LUIS M. MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in Revista de Administración Pública, nº 175, enero-abril, 2008, pp.162 e seguintes.

<sup>350</sup> Neste sentido, vide GARCÍA DE ENTERRÍA, “Principios y Modalidades de la participación ciudadanen la vida administrativa”, in *Libro Homenaje al profesor Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp.437 a 452, assim como, GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 2004.

regime do Direito Administrativo<sup>351</sup>, peculiar e específico, a que a Administração se submete, com as prerrogativas e com os especiais deveres que desse regime resultam. Podemos, por isso, neste contexto, falar mesmo de uma «fuga dos privados para o público», pelo que assistimos, hoje, a uma verdadeira *esquizofrenia* de estatutos, de vestes, de regimes jurídicos, de pretensões, que caracteriza o fenómeno de «interpenetração» entre as esferas privada e pública.

Ora, em movimento inverso, de fuga da Administração para o privado, as parcerias público-privadas assumem-se como o modelo contratual preferencial de a Administração Pública contratar. E, nesta senda, PEDRO SILVA considera que «as PPP's são um novo modelo organizacional através o qual o Estado transfere para o sector privado, ou em associação com este, a produção e provisão directa de determinados bens e serviços públicos»<sup>352</sup>.

Sem que existam estruturas legislativas e regulamentares taxativas e cabais sobre a Parceria Público-Privada, que habilitem proceder a uma sua identificação, desenvolvimento e implementação, não podemos esperar o êxito da mesma<sup>353</sup>. Importa, assim, fazer uma breve resenha histórica sobre a origem e evolução das Parcerias Público-Privadas que permitam clarificar este novo modelo de contratar.

A figura da PPP surge na constelação jurídica com uma multiplicidade de vestes em consonância com a variedade de formas de cooperação que se estabelecem entre as entidades públicas e os privados<sup>354</sup>, direccionados ao desiderato comum de realização de grandes projectos ao nível de infra-estruturas, bem como, da gestão de serviços públicos de diversa ordem, designadamente da saúde e da educação.

A condição imprescindível para que um projecto PPP seja eficaz e cumpra a sua missão traduz-se no facto de o sector público conseguir mais benefícios relativamente aos custos

---

<sup>351</sup> Neste sentido, vide E. MALARET GARCÍA, "El Derecho de la Administración Pública", in *Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública*, Marcial Pons, 1999, pp. 28 e seguintes.

<sup>352</sup> Vide PEDRO SILVA, *Fundamentos e Modelos nas Parcerias Público-Privadas na Saúde. O Estudo dos Serviços Clínicos*, Almedina, Coimbra, 2009, pp.30 e seguintes.

<sup>353</sup> Vide melhor desenvolvido na obra de FÁBIO MENDONÇA E CASTRO, *As Parcerias Público-Privadas: o binómio – necessidade de investimentos em infra-estrutura e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público*, Coimbra, 2007, pp.179 e, igualmente, NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 11 e seguintes.

<sup>354</sup> Aliás, os privados desempenham, hoje, uma função de prestadores de serviço público que anteriormente era traço característico do sector público e do Estado. Assim sucede em Portugal. Assim sucede em Espanha e nos outros países europeus. Este é um caminho irreversível.

A separação estanque entre o Estado e a sociedade vai sendo paulatinamente eliminada à medida que nos aproximamos mais do modelo de Estado Social, em que os particulares pretendem contribuir activamente para a satisfação do interesse geral, não mais como mero beneficiário, mas como prestador. O Estado agradece. O Estado não possui já a capacidade para dar resposta a tanta reivindicação social, a tanta necessidade económica do cidadão, cada vez mais consciente do catálogo de direitos sociais. É, neste contexto, que a respeito da intervenção de privados, seja pela busca do lucro, seja pelo puro altruísmo, a doutrina espanhola fala sobre o «terceiro sector». Neste sentido, vide E.J. VARELA ALVAREZ, «El Tercer Sector: una visión descriptiva de las asociaciones en España y Galicia», in *Actualidad Administrativa*, nº18 e 19, 1998, pp.379 e seguintes, assim como, M. HERRERA GÓMEZ, *El Tercer Sector en los sistemas de bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Veja-se, a propósito, desta nova tendência privatizante de todos os sectores da economia e da sociedade, a reflexão profunda de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Nuevos desarrollo de la idea de la colaboración privada empresarial en el ejercicio de funciones públicas», in *Presupuestos y Gasto Público*, nº45, Madrid, 2006, pp.33.

inerentes ao investimento realizado nesse projecto, assim como, utilizar as capacidades, especialização técnica, «*know-how*», experiência do sector privado e, acima de tudo, ao nível da repartição dos riscos.

No fundo, pelo menos, em termos teóricos e abstractos, a mais-valia de uma PPP consiste indubitavelmente em que cada parte envolvida, pública e privada, faça o que melhor sabe e da melhor forma, o que se revela particularmente proveitoso na realização de grandes infra-estruturas, cuja edificação é levada a cabo pelo parceiro privado, sem que o parceiro público perca o controlo sobre o projecto, enquanto guardião do interesse público.

De entre as principais vantagens oferecidas pela modalidade contratual «PPP», encontramos as seguintes: a) manutenção do controlo sobre o projecto por parte do sector público; b) melhoria da qualidade, sem necessidade de aumentar os gastos e, mesmo em certos casos, podendo ser reduzidos os custos; c) repartir os potenciais riscos que surgem associados a este tipo de projecto, na medida em que a PPP transfere uma parte importante dos riscos relativos à parte do projecto que melhor sabe administrar, diferenciando-se neste aspecto da figura da «subcontratação».

Sob uma outra perspectiva, a parceria público-privada possui determinadas virtualidades que se prende com o seu financiamento (“eficaz”), porquanto permite ao sector público a realização de grandes obras de infra-estruturas sem necessidade de endividar-se recorrendo a empréstimos, visto que a quase totalidade e, por vezes, a exclusividade dos investimentos de capital é assegurada pelo parceiro privado. Acresce que o modelo de contratação pública oferecido pela parceria público-privada é um sistema dotado de transparência que permite a contratação “em bloco”, evitando a divisão do projecto em “pequenos projectos”<sup>355</sup>.

### 1. A Figura Jurídica: conceito polissémico.

A nosso ver, importa, desde logo, delimitar a figura jurídica da «parceria público-privada» de outros dois conceitos jurídico-contratuais, com os quais surge alguma confusão: «*contracting out*» e «privatização».

As parcerias público-privadas<sup>356</sup> não coincidem com o fenómeno do «*contracting out*» e não equivale a «privatização». Senão vejamos.

---

<sup>355</sup> A este respeito, vide a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 193.

<sup>356</sup> Sobre a concretização das PPP's em Portugal, aconselha-se o artigo de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, pp. 175 a 190.



Pese embora, as PPP's comunguem de elementos constantes e característicos do «*contracting out*», na realidade, através deste último, procede-se à transmissão de concretas responsabilidades para o privado com uma mínima transferência de riscos associados, de modo que é curial considerar que a Administração mantém a plena responsabilidade e “soberania” sobre a prestação de bens ou serviços ou da infraestrutura, ao passo que o seu parceiro privado se ocupa de «serviços acessórios». Assim sendo, um factor decisivo de destrinça entre aquelas duas figuras, prende-se com o facto de nas PPP's, o privado assumir grande parcela dos riscos do projecto, sucedendo a maior parte das vezes, em ele próprio, assegurar a prestação e distribuição do concreto bem ou serviço público ou, ainda, ocupar-se da gestão e exploração da infraestrutura, arcando com a respectiva quota-parte de responsabilidade.

No que se refere à segunda distinção, entre PPP's e «privatização», reveste-se de maiores zonas cinzentas e complexidade, sendo que «privatização» em termos estritos, consiste na transferência efectiva da titularidade de bens ou serviços para o sector privado, relegando-se para o sector público uma mera função de controlo sobre a propriedade e sobre a qualidade dos bens serviços prestados pelos privados. Ora, o mesmo vale para as parcerias público-privadas com maior ou menor detalhe, daí que segundo o entendimento de ALBERTO DORREGO DE CARLOS e de FRANCISCO M. VÁZQUEZ, o critério que se afigura determinante para separar ambas as figuras, é o critério da *natureza da regulação*<sup>357</sup>.

Na verdade, nas parcerias público-privadas, a regulação resulta de um consenso, ou seja, deriva expressamente do próprio contrato celebrado entre a Administração e o privado e ambos, concordam em posição de igualdade, sobre os exactos termos em que a mesma vai ser desenvolvida, assim como, vão acordar exaustivamente sobre todos os pontos do clausulado contratual, como direitos, deveres, competências, poderes, funções, remuneração, tempo, etc. Pelo contrário, a regulação exercida no âmbito da «privatização» não tem origem negocial, mas resulta por força da lei, tendo cariz profundamente normativo, porquanto todo o processo privatizador encontra-se na sua plenitude regido pela lei, a que as partes envolvidas têm de se submeter, sob pena de ilegalidade, encontrando-se excluído qualquer acto de *voluntas* nesta regulação.

Consideramos, por isso, apropriada a expressão utilizada por ALBERTO PALOMAR OLMEDA, a respeito das parcerias público-privadas, para quem estas «(...) se ha convertido, de alguna manera, en el «caldo de todos los guisos» en un momento como el actual en el que

---

<sup>357</sup> Neste sentido, vide ALBERTO DORREGO DE CARLOS e de FRANCISCO M. VÁZQUEZ, *Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos Administrativos y Financieros*, La Ley, 2009, pp.57 e 58.

todos los males económicos parecen acecharnos de forma simultánea»<sup>358</sup>. Continua este Autor tecendo a seguinte consideração relativa à explicação sobre o recurso crescente a esta nova figura contratual consistente com a crise económica de que a generalidade dos Estados membros da União Europeia padecem: «Las autoridades, las instituciones y en general la sociedad considera que se trata de una forma de seguir haciendo frente a la insuficiencia de recursos presupuestarios especialmente en momentos de crisis»<sup>359,360</sup>. No que especificamente se refere ao conceito de PPP, existe uma franja da doutrina que preconiza a ideia segundo a qual, as parcerias público-privadas não são, em si mesmas, um contrato<sup>361,362</sup>, mas sim uma «nova roupagem jurídica» de contratos já existentes no ordenamento jurídico<sup>363</sup>.

<sup>358</sup> Neste sentido, vide ALBERTO PALOMAR OLMEDA, “El Contrato de Colaboración público-privada”, in *La Colaboración Pública Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Aranzadi, Madrid, 2011, pp. 85.

<sup>359</sup> Neste sentido, vide ALBERTO PALOMAR OLMEDA, “El Contrato de Colaboración público-privada”, in *La Colaboración Pública Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Aranzadi, Madrid, 2011, pp. 86.

<sup>360</sup> A propósito dos aspectos relacionados com a «contabilidade nacional», o mesmo é dizer, relativamente ao uso dos dinheiros públicos, assim como, das regras estritas ou condições de recurso à figura da parceria público-privada, vide MARIO GARCÉS SANAGUSTÍN, “El tratamiento en términos de presupuestos y de contabilidad nacional de la colaboración público-privada”, in *La Colaboración Pública Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Aranzadi, Madrid, 2011, pp. 191 e seguintes.

<sup>361</sup> Fará sentido, em termos metodológicos, antes de tentarmos alcançar um conceito de «parceria público-privada», pronunciarmo-nos, ainda que a breve trecho, acerca dos «contratos administrativos», tendo, por outro lado, presente o facto sublinhado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, de que «perante cláusulas isoladas, mesmo características, não é possível definir qualquer contrato como público ou privado. Apenas considerando o contrato no seu todo e (...) tendo em conta a sua inserção na ambiência que presidiu à sua celebração e que irá acompanhar a sua execução será possível uma qualificação segura».

Nos termos do artigo 178º, nº1, do Código de Procedimento Administrativo (CPA), o «contrato administrativo» consiste no «acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa», pelo que retiramos do entendimento perfilhado por este Código, que existem dois elementos determinantes para a noção daquele contrato. Por um lado, o «acordo de vontades», significando com isso, que o contrato administrativo é, tal como qualquer outro contrato, um consenso entre as partes envolvidas. Por outro lado, a *administratividade* desse contrato reflecte-se no facto de ele ter por finalidade e objecto a constituição, modificação ou extinção de uma determinada relação jurídica administrativa.

Inferimos deste conceito legal oferecido pelo legislador que o ordenamento jurídico português acolhe uma noção material, ampla e aberta de «contrato administrativo», pelo que merecerá a qualificação de «administrativo» todo o contrato que reunir o pressuposto de *administratividade*, o qual consiste na aptidão para constituir, modificar, extinguir uma relação jurídica, sendo esta a razão que determina a sua sujeição ao regime substantivo de direito público. Daí que se considere que os limites materiais do conceito de «contrato administrativo» são estabelecidos indirectamente mediante identificação do âmbito do conceito de relação jurídica administrativa.

Podemos, em suma, definir «contrato administrativo», partindo-se de um critério estatutário (pois pelo menos, uma das partes tem de pertencer à Administração Pública e actuar nessa qualidade e não no âmbito da capacidade jurídica de direito privado; e porque ambas as partes têm de estar dotadas de personalidade jurídica) como sendo um «*acordo juridicamente vinculativo celebrado entre dois ou mais sujeitos de direito com vista à constituição, modificação ou extinção de uma relação regulada pelo direito administrativo e que, por isso mesmo, fica submetido a um regime substantivo de direito público*» (PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004).

Ainda sobre o conceito de «contrato administrativo» impõe-se proceder à destriça entre este e o «contrato público», assim como, entre o primeiro e o «contratos de direito público».

Deste modo, parece-nos curial esclarecer o facto de o «contrato público» consistir num conceito juridicamente neutro, não tendo a pretensão de «sugerir» seja o que for sobre qual seja a natureza jurídica (pública ou privada) de um determinado contrato (PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.53). Equivale, sim, à expressão francesa «*marchés publics*», que visa *identificar determinadas categorias de contratos que as entidades públicas e certas entidades de direito privado, celebram enquanto clientes ou adquirentes no mercado de produtos ou de serviços*. Tanto é assim, que é interessante constatar que, do ponto de vista do direito comunitário, um dado contrato (v.g. concessão de serviços públicos) pode ser, simultaneamente, qualificado como um contrato de direito privado à luz do direito nacional interno de um determinado Estado membro ou como um contrato administrativo.

Relativamente à delimitação entre «contrato administrativo» e «contratos de direito público», importa fazer intervir o critério da «relação jurídica administrativa». Senão vejamos.

O primeiro surge relacionado com uma «relação jurídica administrativa», pelo que constitui *somente uma categoria* de contratos de direito público e o intérprete, para assegurar-se, de que na realidade se encontra perante um «contrato verdadeiramente administrativo» terá de averiguar se este possui a virtualidade de criar, modificar ou extinguir uma relação de direito administrativo (sobre «factores de administratividade» de um contrato, vide PEDRO GONÇALVES, *op.cit.*, pp. 55 a 61). Os segundos, os «contratos de direito público» são muito diversificados, dentre os quais, damos como exemplos, os contratos fiscais, os contratos de direito constitucional, sem esquecer os Tratados e outros Acordos Internacionais, os quais podem perfeitamente

Em nosso entender, a PPP possui uma natureza jurídica «*camaleónica*», variando em função da tipologia contratual que, num dado momento incorpora. Sublinhamos, por isso, a ideia expressada por ALBERTO DORREGO DE CARLOS e de FRANCISCO M. VÁZQUEZ, segundo os quais não existe um conceito unitário de «parceria público-privada», porque desde logo, inexistente um critério único de determinação das necessidades colectivas que, em cada momento, a Administração compete satisfazer, enfrentando toda uma diversidade de

---

ter objecto «questões administrativas» como o estabelecimento de relações de cooperação ou de assistência recíproca entre as Administrações Públicas de dois Estados (PEDRO GONÇALVES, *op.cit.*, pp.55).

No que se refere à diversidade tipológica, apaz-nos referir que os «contratos administrativos» classificam-se como «contratos administrativos típicos» ou como «contratos administrativos atípicos», sendo que os primeiros encontram-se previstos no artigo 178º, nº2, do (CPA), assim como, em leis extravagantes, ao passo, que os demais contratos que se encontram excluídos destes «catálogos» serão atípicos. Mas, em termos de tipologias ou classificação, os «contratos administrativos», no tocante ao seu «papel» ou «função», dividem-se entre contratos de «colaboração» e contratos de «atribuição». Os contratos primeiramente referidos consistem numa associação entre a Administração Pública (ou, se se preferir o «ente público» ou ainda, o «Estado») e o particular. Dentro da tipologia dos contratos administrativos de «colaboração», cabem situações compagináveis com uma espécie de «colaboração subordinada» ou «colaboração paritária» ou «paritários», em conformidade com o concreto estatuto e posicionamento do particular perante o seu parceiro público.

No âmbito dos «contratos paritários», as partes, pública e privada, encontram-se numa posição jurídica de igualdade, quer seja porque a lei ou a natureza do contrato, conduzem à exclusão dos poderes de autoridade da Administração Pública e, neste caso, tal como refere PEDRO GONÇALVES (*op.cit infra.*, pp.36) a autonomia substantiva não se destaca, acabando por ser praticamente inexistentes as notas distintivas do regime substantivo que os distinguem dos contratos de direito privado. Ainda, assim, sublinha este Autor, que a qualificação administrativa não deixa de se impor, na medida em que são contratos que criam, modificam ou extinguem uma relação jurídica administrativa.

No que respeita em particular às parcerias público-privadas, dúvidas não restam que se enquadram dentro da classificação de contratos administrativos de «colaboração», mormente de espécie «paritária», porquanto consistem em contratos de cooperação entre o parceiro público e os parceiro(s) privado(s), com vista à prossecução de objectivos comuns inevitavelmente consubstanciados na concretização de «interesse(s) público(s)», sejam secundários (v.g. educação, saúde, segurança, justiça, transportes, entre tantos outros), sejam primários (v.g. «Justiça» entendida como valor e princípio estruturante, Igualdade, Solidariedade, Equidade, todos reconduzíveis à expressão «Bem-Estar»). Ao invés, os contratos administrativos de «atribuição» são contratos através dos quais a Administração Pública confere ao particular uma determinada posição (v.g. concessão de jogo).

Os contratos administrativos podem ser celebrados entre entidades públicas (v.g. entre o Estado e autarquias locais ou regiões autónomas) e, neste caso, merecem a qualificação alemã de «contratos de coordenação», mas também podem ser celebrados entre entidades públicas e privadas, dos quais a parceria público-privada é paradigma.

Em jeito de balanço, acerca do «contrato administrativo», trazemos à colação o entendimento preconizado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, segundo o qual «(...) a ideia de contrato público não pode ser racional e sistematicamente recortada. (...) ela corresponde a uma evolução histórica paulatina. Além disso e na concreta experiência em jogo, verifica-se uma sucessão de influências europeias: primeiro francesas e, depois, alemãs. Tais influências não operaram por substituição mas, antes, por aditamento. Daí resulta uma síntese nacional complexa, com a sua identidade».

No que concerne ao pertinente aspecto relativo ao regime jurídico concretamente aplicável, continua este Autor referindo que, o contrato público, por complexas razões a determinar figura a figura, insere-se no âmbito estatutário da Administração Pública. É celebrado pelo Estado (ou entidade a ele equiparada), ao abrigo do Direito especial de que ele dispõe. Temos meios específicos de formação, de escolha e de conclusão. Pressupõe esquemas próprios de acompanhamento, de fiscalização e de sanção. Em suma: apresenta, num plano de sistema, características diferenciadas, em face da comum contratação. Trata-se de uma ideia empiricamente expressa, pela jurisprudência administrativa, como «ambiência de Direito Administrativo». Neste sentido, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Contratos Públicos. Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro», in *O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 47 a 50. Ainda a respeito do «contrato administrativo», vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 23 a 28; 53 a 55; 81 e 82, mas também GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos. Âmbito da sua Aplicação*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.88 e seguintes. Veja-se, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990. Por outro lado, sobre uma perspectiva comunitária de «contratos públicos», recomenda-se o estudo da obra de MARTÍN M<sup>º</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 39 e seguintes.

<sup>362</sup> Acerca da matéria relativa a contrato administrativo, vide, com particular acuidade, o artigo de JOÃO CAUPERS, «O Contrato administrativo no pensamento de José Manuel Sérvulo Correia», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 415 a 432. Igualmente, vide MARK KIRBY, «Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate académico com e em homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia – Do artigo 178º do CPA ao artigo 1º, nº6, do CCP – uma alteração do paradigma de qualificação?», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.759 a 810 e ainda na mesma obra, o artigo de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos», pp.811 a 846.

<sup>363</sup> Neste sentido, vide NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas in* Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 160.

obstáculos, mormente de carácter financeiro. Assim, o que existe sim, é um conjunto multifacetado e diversificado de *técnicas* de colaboração entre o sector público e o sector privado<sup>364</sup>, por oposição às tradicionais formas de cooperação que a Administração desenvolve com privados.

Com efeito, em conformidade com o disposto no artigo 2º, nº4, do Decreto-Lei nº 86/2003<sup>365</sup>, do qual consta um leque taxativo de contratos, podemos tecer a consideração de que o contrato de PPP concretiza-se, essencialmente, a partir da forma ou tipo de contrato que assume.

Aquele preceito supra citado inclui o seguinte catálogo de contratos: (a) concessão de obras públicas; (b) concessão de serviços públicos; (c) fornecimento contínuo; (d) prestação de serviços; (d) gestão (com especial relevância no domínio da saúde, como veremos adiante); (e) colaboração. Encontram-se *excluídos* do espectro de aplicação deste preceito e deste diploma legal, os contratos de empreitadas de obras públicas, de arrendamento e os contratos públicos de aprovisionamento, quando esteja em causa um estabelecimento ou infraestrutura já *existente que não seja propriedade do parceiro público*, Estado.

Pese embora, aqueles contratos ora mencionados sejam encarados como os contratos-base da PPP, a verdade é que numa parceria, em torno do contrato central que geralmente é uma «concessão», existe a gravitar uma miríade variada de pequenos contratos, como o contrato de projecto e construção, contrato de operação e manutenção, contrato de compra e produção e contratos de financiamento, entre outros. É, atendendo a esta situação, que o legislador, providente, optou por recorrer a expressões jurídicas como «contrato» ou «união de contratos», no preceito ínsito no artigo 2º, do citado diploma legal, a respeito da definição de PPP.

De uma perspectiva internacional, instituições de incontestável reputação, como o *National Council for Public-Private Partnerships* definem de diversos modos, as «parcerias público-privadas».

No que particularmente respeita a este organismo, ele oferece o seguinte conceito de parceria público-privada, «*contractual agreement between a public agency (federal, state or local) and a private sector entity. (...) this agreement, the skills and assets of each sector (public and private) are shared in delivering a service or facility for the use of the general public. In*

---

<sup>364</sup> Neste sentido, vide ALBERTO DORREGO DE CARLOS e de FRANCISCO M. VÁZQUEZ, *Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos Administrativos y Financieros*, La Ley, 2009, pp.50 e 51. Acerca das características essenciais das técnicas de colaboração entre o Estado e os privados, vide *Ibidem*, pp.53 e seguintes.

<sup>365</sup> Cfr. O Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril que estabelece o papel do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas. Procede à alteração do Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto e ainda o Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de Julho que procede à alteração do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril.

*addition to the sharing of resources, each party shares in the risks and rewards potential in the delivery of the service and/or facility»<sup>366</sup>.*

A Comissão Europeia,<sup>367</sup> por seu turno, define as PPP's como sendo «*formas de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo por objectivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infraestrutura ou a prestação de um serviço*». Segundo ANTÓNIO POMBEIRO, uma PPP em sentido amplo pode ser definida como qualquer forma de colaboração entre o sector público e o sector privado com vista ao desenvolvimento de uma actividade em benefício da colectividade<sup>368-369</sup>.

Em termos mais restritos do que se entende por parceria público-privada, importará recorrer a um leque variado de elementos caracterizadores, como os seguintes: a) é um contrato de longo prazo entre um ente público e um *player* ou operador privado; b) que tem por finalidade a projecção, a construção, o financiamento e o funcionamento de uma infraestrutura pública a cargo do agente privado; c) as quais serão levadas a cabo com recurso a pagamentos feitos ao *partner* privado, ao longo da vida do contrato de PPP, quer por parte do Estado (dotações orçamentais), como por parte dos utentes ou utilizadores mediante a cobrança de tarifas ou taxas; d) a obra, infra-estrutura ou serviço permanecerá em mãos do Estado ou, pelo contrário, reverterá para este, no momento do termo do contrato de PPP,

<sup>366</sup> (itálico nosso) Cfr., nesta matéria, o seguinte site: <http://www.ncppp.org>.

<sup>367</sup> Sobre a perspectiva da legislação comunitária sobre as PPP's, vide DIOGO DUARTE DE CAMPOS, *A Escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas. A adjudicação in-house em particular*, Coleção PLMJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 93 e seguintes.

<sup>368</sup> Neste sentido, ANTÓNIO POMBEIRO, *As PPP/PFI – Parcerias Público-Privadas e Sua Auditoria*, Coleção Auditoria, Áreas Editora, Lisboa, 2003, pp.46 e seguintes. Vide, igualmente, a este propósito NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas in* Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 11 e seguintes. Vide também GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos. Âmbito da sua aplicação*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.28 e PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 328.

Também segundo CARLOS ARI SUNDFIELD, as PPP's num sentido lato, consistem em múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e os particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de actividades com algum coeficiente de interesse geral, destinadas a celebrar formas de cooperação na prestação de serviços públicos e exploração de actividades económicas de cariz público. Vide CARLOS ARI SUNDFIELD, *Parcerias Público-Privadas*, Malheiros Editores, 2005, pp.18.

Segundo NAZARÉ COSTA CABRAL, a expressão parceria público-privada parece ser originária dos EUA, sobretudo a partir de meados do século XX e relacionado com o financiamento assegurado pelos sectores público e privado, inicialmente em relação a programas na área da saúde e posteriormente a outros serviços públicos. Contudo, não se trata de uma inovação norte-americana, porquanto em momentos históricos anteriores, tanto no Reino Unido como em França houve experiências, sobretudo em concessões no sector das estradas. Mas, os aspectos relacionados com a evolução histórica da figura das PPP receberão a merecida atenção num ponto mais adiante. Vide a este propósito NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas in* Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 11 e seguintes.

Ainda a respeito do conceito de PPP, segundo SÓNIA SALVADOR MARQUES deverão ser entendidos como PPP, quaisquer acordos que transfiram para o sector privado projectos tradicionalmente executados ou financiados pelo sector público. Para além disso, o projecto em causa deverá respeitar ao exercício de uma função pública, envolvendo o Estado-Governo como principal cliente, mediante financiamento por parte de fontes não públicas. O facto de um dos *players* envolvidos ser uma empresa não estadual que se encontre a cargo das funções de design e concepção do projecto, bem como, a assunção do risco, em termos exclusivos ou de modo predominante, são dois relevantes caracteres que nos permitem alcançar a definição de PPP. Vide SÓNIA SALVADOR MARQUES, *O Recurso às Parcerias Público-Privadas pelos Municípios*, (tese de mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, pp. 32.

<sup>369</sup> De uma perspectiva economicista, a parceria público-privada reporta-se a uma relação estabelecida por um prazo determinado entre duas ou mais organizações, uma de natureza pública e outra (s) de natureza privada, baseada em expectativas e valores mútuos, com o objectivo de alcançar objectivos negociais específicos, através da maximização da eficácia dos recursos de ambas as partes. As parcerias público-privadas são, portanto, caracterizadas pelo facto de partilharem investimento, risco, responsabilidade e resultados", vide ANTÓNIO SANTOS/MARIA EDUARDA GONÇAVES/MARIA LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.195.

podendo este ser renovado. Relativamente, a este aspecto em particular, NAZARÉ COSTA CABRAL salienta que, excepcionalmente, a propriedade da infraestrutura poderá ser privada e assim permanecer<sup>370</sup>. Mas, estes elementos elucidativos sobre o que seja uma PPP conhecerão melhor desenvolvimento quando nos debruçarmos sobre a caracterização deste tipo contratual.

De acordo com a legislação vigente em Portugal, a Parceria Público-Privada (PPP) consiste numa colaboração entre o sector público e o sector privado, traduzindo-se num “contrato ou união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado”<sup>371</sup>.

O legislador português ao invés de optar por uma definição concisa e objectiva do que seja parceria público-privada, preferiu reunir diversos elementos identificadores de parceria, como designadamente, a duração longa da relação entre os parceiros público e privado, o desenvolvimento de uma actividade tendente a dar satisfação a necessidades colectivas, o financiamento e a transferência do risco pelo investimento e pela exploração atribuídos ao parceiro privado<sup>372</sup>.

Em termos de terminologia utilizada para referir-se a «PPP», a União Europeia recorre à expressão “Colaboração Público-Privada”<sup>373</sup>, sendo relevante salientar que se trata de um conceito impreciso, porquanto a Comissão Europeia estabeleceu diversas modalidades deste instrumento jurídico. De facto, a Comissão Europeia opera a distinção entre uma colaboração «puramente contratual» e a «colaboração institucional», existindo igualmente situações que

<sup>370</sup> Vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas in* Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 14.

<sup>371</sup> Cfr. o artigo 2º, nº1 constante do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, sob a epígrafe “Definição de parceria público-privada e âmbito de aplicação”. A propósito da definição de “PPP”, ver ainda, o Livro Verde de 30 de Abril de 2004 sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões; as Directrizes para Parcerias Público-Privadas bem sucedidas de 2003 (<http://europa.eu.int/comm/regional>); a Recomendação do Conselho 2005/601/Comunidade Europeia, de 12 de Julho de 2005 (<http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l25078.htm>). Esta Recomendação refere-se a orientações gerais das políticas económicas dos Estados Membros e da Comunidade, pronunciando-se sobre a necessidade do recurso a parcerias público-privadas para melhorar as infra-estruturas europeias, de modo a torna-las mais eficientes e modernas. Aliás, esta preocupação europeia é perceptível no âmbito da iniciativa e do crescimento da UE, sobretudo no que se relaciona com as redes de transportes transeuropeias e igualmente na área da investigação, inovação e desenvolvimento. Neste sentido, vide GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos. Âmbito da sua aplicação*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.28 a 34 e pp. 97 e 98. Vide ainda, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 328.

<sup>372</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 302 e 303. Sobre parcerias público-privadas, vide GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos. Âmbito da sua aplicação*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.28 a 34 e pp. 97 e 98. Vide ainda, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 328.

<sup>373</sup> Trata-se, com efeito, de uma tradução da expressão anglo-saxónica de «Public-Private Partnership», denominada em Espanha por «asociación público-privada», sendo uma terminologia susceptível de um duplo sentido, ora conotado com a acção de associar-se, ora com o próprio resultado institucionalizado da mesma, pese embora a colaboração público-privada nem sempre conduzir a um dado resultado. Vide, LUIS MIGUEZ MACHO, “Las Formas de Colaboración Público-Privada en el Derecho Español”, in “Revista de Administración Pública”, nº 175, Enero-Abril, 2008, Madrid, pp. 158 e 159.



levantam dúvidas sobre a sua categorização. É o caso das concessões de obras e de serviços públicos que não são consideradas como parcerias público-privadas de tipo institucional e, à luz de muitas realidades jurídicas, nem podem ser havidas como figuras puramente contratuais<sup>374</sup>.

No que se refere à legislação nacional, verificamos que uma “parceria” consubstancia-se numa associação duradoura entre os parceiros público e privado firmada num contrato global que abrange as fases da concepção, construção, financiamento e operação, caracterizando-se num modelo de execução continuada, não instantânea como forma de permitir a transferência efectiva de riscos para o parceiro privado, sobre o qual recai a incumbência de conceber e de gerir projectos numa lógica de «*whole-life-cycle*»<sup>375</sup>.

MARIA EDUARDA AZEVEDO considera preferível a adopção de um conceito restrito de parceria no sentido de abranger a «colaboração entre o Estado e as empresas em volta de projectos comuns, disponibilizando o parceiro privado o conhecimento técnico e a capacidade financeira para permitir ao ente público exercer as suas funções com maior eficácia»<sup>376</sup>.

Seja qual o conceito que optarmos, mais lato ou mais restrito, ponto comum a todas as definições de PPP conferidas pelos vários segmentos da doutrina é o que se prende com a “captação das capacidades de financiamento e de gestão do sector privado”, revelando-se determinante a assunção do risco inerente à exploração por parte do *partner* privado.

Neste sentido NAZARÉ COSTA CABRAL refere que «a responsabilidade fundamental pela construção e financiamento das infraestruturas cabe aqui ao parceiro privado, o que é (...) elemento decisivo para contrapor as PPP’s às formas tradicionais de contratação pública (“*public procurement*”)»<sup>377</sup>.

Importa, por outro lado, salientar o facto de o parceiro privado poder assumir uma multiplicidade de formas societárias e, diga-se *mutatis mutandis*, para o parceiro público, visto que pode aparecer o Estado na veste de Governo ou poder central (Administração Central), assim como, entidades públicas de população e território (regiões autónomas e autarquias locais, etc.). Podem tratar-se também de pessoas jurídicas autónomas inseridas no Estado ou

<sup>374</sup> Neste sentido, LUIS MIGUEZ MACHO, “*Las Formas de Colaboración Público-Privada en el Derecho Español*”, in “*Revista de Administración Pública*”, nº 175, Enero-Abril, 2008, Madrid, pp.159.

<sup>375</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 303. E ainda, PEDRO SILVA, *Fundamentos e Modelos nas Parcerias Público-Privadas na Saúde. O Estudo dos Serviços Clínicos*, Almedina, Coimbra, 2009, pp.30 e seguintes.

<sup>376</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 304. Vide, do mesmo modo, GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos. Âmbito da sua aplicação*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.28 a 34 e pp. 97 e 98. Vide ainda, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 328.

<sup>377</sup> Neste sentido, vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas in* Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 15.

na Administração Regional ou Local, com ou sem natureza empresarial, como institutos públicos e empresas públicas<sup>378-379</sup>.

No que concerne ao pagamento efectuado ao parceiro privado, existem dois meios principais de aquele ver o “retorno” do seu investimento económico. São eles, as dotações orçamentais públicas ou, em alternativa, a cobrança directa de taxas junto dos utentes.

Relativamente ao modo de financiamento, as divergentes formas por que se opta por proceder ao respectivo investimento conduz à existência de dois modelos distintos, identificados pela Comissão Europeia. De um lado, o modelo britânico da «*Private Finance Initiative – PFI*» e, doutro lado, o modelo continental ou denominado «concessivo», tipicamente francês.

De outra banda, não é suficiente, para qualificar um contrato como parceria público-privada, a prossecução do «interesse público» ou do «interesse económico geral» comumente designado de «Bem-Estar Social», porquanto trata-se de um desiderato também visado por outra miríade de contratos ou de diversas formas de relação jurídica e contratual (v.g. contratos económicos, «*outsourcing*», «*contracting out*», protocolos, acordos) entre o parceiro público e o parceiro privado que não se consubstanciam em parceria público-privada<sup>380</sup>.

Outro elemento determinante que permite identificar uma parceria público-privada de entre um leque mais ou menos vasto de contratos celebrados entre entidades públicas e parceiros privados, será a vocação ou missão da parceria público-privada. Quer dizer, em regra, esta terá de se destinar à construção, financiamento e funcionamento de uma «infraestrutura».

Importa, deste modo, proceder a uma análise que não pretende ser muito extensiva sobre a «infraestruturas» enquanto elemento caracterizador de uma parceria público-privada, sendo relevante desde logo, referir que a «infraestrutura» não constitui um fim em si mesma, mas um mecanismo que permite ou habilita o desenvolvimento económico e social de um Estado. Entre os exemplos paradigmáticos de projectos idóneos para ser implementados e geridos através de parceria público-privada, contam-se as magnânimes infraestruturas de transportes, como pontes, aeroportos e auto-estradas, mas também centros administrativos de serviço público como albergues, centros de ensino e universitários (escolas, colégios,

---

<sup>378</sup> Vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas in* Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 15.

<sup>379</sup> Cfr, a este respeito, Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de Maio – Introduz modificações significativas no regime jurídico aplicável à preparação, lançamento, execução e alteração das parcerias público-privadas de âmbito estadual.

<sup>380</sup> Preconizando a posição segundo a qual deverá ser exercido controlo jurisdicional-administrativo sobre a contratação pública com privados, ou seja, sobre a celebração e execução dos contratos celebrados entre a Administração e os parceiros privados como verdadeira garante da boa prossecução do interesse público, vide a perspectiva adoptada por JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Derecho Administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, 2005, pp. 227 e seguintes.



residências de estudantes), centros prisionais (ainda não aplicados em Portugal sob a forma contratual de parceria público-privada), Hospitais e ao nível da defesa, através da construção de infra-estruturas de defesa e armamento, mas também os serviços básicos relacionados com o tratamento e distribuição de água encontram-se dentro do leque de casos susceptíveis de ser realizados mediante o recurso à parceria público-privada<sup>381</sup>.

Da análise realizada por NAZARÉ COSTA CABRAL, podemos identificar quatro grandes categorias de «infraestruturas» que integram dois grandes grupos ou categorias de infraestruturas económicas e sociais, «hard» e «soft».

Dentro das infraestruturas económicas «hard», teríamos como exemplos paradigmáticos, estradas, auto-estradas, pontes, portos, vias férreas, aeroportos, telecomunicações e energia. Por seu turno, infraestruturas económicas consideradas «soft» seriam formações profissionais, instituições financeiras, transferência de tecnologia e assistência externa, entre outros.

Como casos paradigmáticos das infraestruturas sociais «hard» temos hospitais, escolas, prisões, serviços de saneamento básico, distribuição de água, assistência a crianças, jovens ou a idosos. Infraestruturas sociais «soft» seriam, designadamente, a segurança social, serviços comunitários e agências ambientais.

Na verdade, apesar de a infraestrutura aparecer normalmente associada, em termos conceituais, à celebração de parceria público-privada, na verdade esta relação não será idêntica em todos os casos. Com efeito, as infraestruturas económicas que se revelam como sendo o objecto preferencial das parcerias público-privadas são, sem dúvida, as infraestruturas rodoviárias e as ferroviárias e encabeçando as infraestruturas de cariz social aparecem sobretudo as relacionadas com os serviços públicos «saúde» e «educação»<sup>382</sup>.

Consideramos pertinente mencionar a formulação de FÁBIO MENDONÇA E CASTRO sobre o conceito e objectivos das PPP's, «as PPP's são parcerias entre o sector público e privado com o objectivo de executar um projecto para a provisão de um bem ou serviço que tradicionalmente é oferecido unicamente pelo sector público. Nas parcerias público-privadas é

---

<sup>381</sup> Vide a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 193.

<sup>382</sup> NAZARÉ COSTA CABRAL enuncia uma multiplicidade de razões para que a opção mais comum na celebração de parceria público-privada se prenda com este tipo de infra-estruturas, designadamente os seguintes. Em primeiro lugar, os projectos de estradas, ferrovias, portos e energia acarretam taxas de retorno de valor superior, tornando-se mais apelativos ao sector privado, cuja missão principal é alcançar o lucro. Por outro lado, a utilização de taxas e de tarifas junto dos utilizadores revela-se de mais fácil concretização que as infra-estruturas de cariz social. Apesar de, neste caso, termos de ressaltar, a questão das PPP na saúde, em que os Hospitais nestes termos projectados, construídos e explorados, são remunerados/financiados cada vez mais mediante o pagamento de taxas junto dos respectivos utentes.

Em terceiro lugar, aquela Autora considera que os projectos de infra-estruturas económicas possuem «um mercado mais desenvolvido de construção “em pacote”, com a provisão de serviços associados (por exemplo, a construção, a operação e a manutenção de uma estrada com portagens) do que as infra-estruturas sociais». Vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas in* Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 20.

muito clara a intenção de ambas as partes específicas, o outro possui mais habilidades de execução.

Ao possibilitar que cada sector explore essas habilidades onde sejam mais capacitados, os serviços públicos podem ser oferecidos de forma mais eficiente. Sendo assim, o objectivo geral das parcerias público-privadas é estruturar o relacionamento entre as partes de forma que os riscos sejam suportados por aqueles mais capacitados a controlá-los e que seja obtido um valor mais alto com a exploração das habilidades e competências do sector privado»<sup>383</sup>.

Em síntese, podemos referir que a parceria público-privada consubstancia-se numa relação que se estabelece entre o parceiro público e o parceiro privado que, independentemente da multiplicidade de formas de colaboração em que aquela se pode revestir, assume um leque de caracteres comuns, como a duração relativamente longa da relação de cooperação, o modo de financiamento do projecto geralmente assegurado pelo *player* privado, a participação, ainda que eventualmente parcial, deste na assunção dos riscos inerentes ao projecto. É sobre este aspecto em particular, relacionado com as características das parcerias público-privadas, que nos vamos debruçar posteriormente, no ponto 4 do presente Capítulo deste estudo.

### 1.1. Breve Distinção entre a «Parceria Público-Privada» e a «Concessão».

Segundo PEDRO GONÇALVES, o contrato de concessão de serviço público consiste no «acto constitutivo de uma relação jurídica administrativa pelo qual uma pessoa titular de um serviço público atribui a outra pessoa o direito de esta, no seu próprio nome, organizar, explorar e gerir um serviço público»<sup>384</sup>, sendo, portanto, um contrato enformado por dois

---

<sup>383</sup> No que respeita à construção de uma infra-estrutura nova na área da saúde, tal como um hospital, a empresa criada particularmente para este efeito, é responsável para projectar, construir, operar, manter e financiar o bem e fornecer o serviço pelo prazo, em regra de vinte e cinco anos, tendo como contrapartida pagamentos regulares por parte do sector público. Importa referir que o mecanismo do pagamento instituído consubstancia-se pelo pagamento dos serviços no momento do seu consumo, mas o *quantum* do pagamento encontra-se relacionado com a qualidade e quantidade do serviço entregue ou proporcionado.

No Reino Unido a modalidade contratual de parceria público-privada – PFI – foi introduzida em 1992, tendo sido desenvolvida sobretudo a partir de 1997, momento que marca uma viragem na contratação pública, caracterizada pela procura de novos instrumentos jurídicos e de cariz económico-financeiro, que envolviam fortemente a intervenção e a colaboração de privados. O primacial objectivo era superar as limitações económicas da tradicional forma de contratação que recaia, pelo menos, quase exclusivamente sobre os “ombros” do Estado, conduzindo a um acréscimo do défice público e ao necessário decréscimo ao nível da iniciativa pública no lançamento de infra-estruturas, uma vez que se encontrava “refém” dos constrangimentos financeiros. Mas, outra finalidade era aproveitar a experiência e «*know-how*» dos privados, que se dedicavam aos respectivos sectores económicos, objecto de interesse por parte do Estado, para além da busca em atingir ganhos de eficiência e aperfeiçoamento na prestação de serviços públicos. Neste sentido, *vide* NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 61, caixa 6. *Vide*, igualmente, FÁBIO MENDONÇA E CASTRO, *As Parcerias Público-Privadas: o binómio – necessidade de investimentos em infra-estrutura e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público*,... *op.cit.*..., pp. 130.

<sup>384</sup> Assim, PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 130; assim como, PEDRO GONÇALVES e LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado Regulador”, in *Estudos de Regulação Pública I*, Direito e Regulação, 5, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 173 e seguintes, *maxime* pp. 247, 248 e seguintes.

aspectos. De um lado, pelo efeito constitutivo, na medida em que o particular adquire o direito de gerir em seu próprio nome – e não em nome da Administração Pública – um determinado serviço público, por certo período de tempo. Por outro lado, o efeito translativo, na medida em que o direito de gerir em seu próprio nome e os respectivos poderes contidos não nascem «*ex abrupto*», sendo objecto de uma mera transferência da esfera jurídica da Administração (concedente) para a esfera jurídica do particular (concessionário), existindo uma partilha de responsabilidades entre ambos.

Importa sublinhar, antes de proceder ao elenco dos traços distintivos entre a «parceria público-privada»<sup>385-386</sup> e a «concessão»<sup>387-388-389</sup>, o facto de ambas constituírem formas de a

<sup>385</sup> Particularmente sobre a «parceria público-privada», vide DIOGO FREITAS DO AMARAL e LINO TORGAL, *Estudos sobre Concessões e outros actos da Administração (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, pp.459 e seguintes.

De igual modo, vide ainda, A.A.V.V., *La Colaboración Público Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Aranzadi, Madrid, 2011. Vide, igualmente, A.A.V.V., *La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, 2009, assim como, LUIS MIGUEZ MACHO, “Las Formas de Colaboración Público-Privada en el Derecho Español”, in *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 175, Enero-Abril, 2008. (pp.157-215) Ainda sobre a nova realidade das parcerias público-privadas no cenário da contratação pública, vide ANABELÉN CASARES MARCOS, *La Concesión de Obras Públicas a Iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2007, pp.212 e seguintes; vide, de igual modo, ALFONSO PEÑA OCHOA, “El Nuevo Contrato de Colaboración Público-Privada entre el sector público y el sector privado en la Ley de 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector Público”, in *El Derecho de los Contratos del Sector Público*, Zaragoza, 2008, pp. 87 a 108.

Vide, ainda, a perspectiva comunitária sobre a «parceria público-privada», segundo a posição preconizada por JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, “Aproximación a las principales novedades de la ley de contratos del sector público” e de JOSÉ MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la ley de contratos del sector público”, in *El Derecho de los Contratos del Sector Público*, Zaragoza, 2008, pp. 17 a 48; pp. 49 a 86. Sobre o fenómeno de «parcerias público-privadas», vide A.A.V.V., *Colaboración Público-Privadas en la Ley del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, pp.31 e seguintes.

<sup>386</sup> Sobre PPP's, vide ainda o artigo muito pertinente de JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, octubre-diciembre, 2012, pp.17 e seguintes, *maxime* pp. 39 a 57.

<sup>387</sup> A respeito do conceito de «concessão de obras públicas» e da sua distinção de figuras afins, assim como, do seu recurso frequente por parte da Administração Pública na prossecução do interesse público e no desenvolvimento da actividade administrativa, vide FRANCISCO VILLAR ROJAS, “Formas de gestión de los servicios sociales: en particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”, *Documentación Administrativa*, nº271-272, 2005, pp.389-412; GIOVANI LEONE, *Opere Pubbliche tra appalto e concessione*, CEDAM, Padova, 1983. Pertencente à doutrina italiana, aconselha-se o estudo da obra de MARCO D'ALBERTI, *Le Concessioni Amministrative. Aspetti della Contrattualità delle Pubbliche Amministrazioni*, Casa Editrice Dott.Eugenio Jovene, Napoli, 1981; A.A.V.V., *Contratos, Adjudicaciones y Concesiones de la Administración Pública. Contratti, Aggiudicazioni e Concessioni dell' Amministrazione Pubblica*, IV Coloquio Italo-Español, Tribunal Supremo, Madrid, 2002, pp. 17 e seguintes (63 e 64). Vide, ainda, doutrina espanhola, sobre o mesmo contrato, ANABELÉN CASARES MARCOS, *La Concesión de Obras Públicas a Iniciativa Particular: Tramitación, Adjudicación Y Garantía Contractual de la Calidad*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2007; acerca do conceito e configuração jurídica, vide FRANCISCO F. ROMERO e JESÚS JIMÉNEZ LÓPEZ, *El Contrato de Concesión de Obras Públicas*, “El Contrato de Concesión de Obras Públicas”, in *Reflexiones sobre el Contrato de Concesión de Obra Pública*, Libros Jurídicos, pp.21 e seguintes; ANTONIO EMBID IRUJO e ELOY COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas. Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 61 e seguintes (sobre os poderes da Administração, inclusive o sequestro da concessão e a obrigatoriedade de equilíbrio económico-financeiro do contrato, pp. 173 e seguintes); Vide JOSÉ MARÍ OLANO, “Técnicas Contractuales de Colaboración Público-Privada: El Contrato de Concesión de Obra Pública”, in *Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos Administrativos y Financieros*, La Ley, 2009, pp.93 e seguintes.

Importa destacar sobre a execução do contrato de concessão de obra pública e, pronunciando-se de modo desenvolvido acerca dos direitos, obrigações e ainda acerca de responsabilidade do concessionário, o estudo de FRANCISCO PLEITE, “El Contrato de Concesión de Obra Pública”, in *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 769 e seguintes. Na mesma obra, JOSÉ MORENO MOLINA, sobre o conceito e regime jurídico actual da concessão de obra pública, “La delimitación de los tipos contractuales. Contratos administrativos y privados”, pp. 201 a 208.

Acerca da evolução histórica e do regime jurídico do contrato de concessão de obra pública, vide PABLO MENÉNDEZ GARCÍA e RAFAEL F.ACEVEDO, “Análisis Histórico-jurídico de la concesión de obra pública”, in *Instrumentos Españoles de Colaboración Público-Privada: El Contrato de Concesión de Obras Públicas*, 2ª ed., Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2010, pp. 51 e seguintes.

<sup>388</sup> Vide, a respeito dos conceitos de concessão de obras públicas e de parceria público-privada («colaboración entre el sector público y sector privado») CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO, *Contratación Administrativa. Administración Estatal y Autonómica. Administración Municipal*, Publicaciones Jurídicas, DAPP, Pamplona, 2008, pp.38 e 40, assim como, vide ANABELÉN CASARES

Administração contratar, desenvolvendo a sua actividade rumo ao «bem comum» de uma dada colectividade, traduzido na concretização do «interesse público».

FRANCISCO SANZ GANDASEGUI define o contrato de concessão de obra pública do seguinte modo: «el contrato de concesión de obra pública pretende concretar la colaboración del sector privado en la construcción y explotación de obras públicas buscando un punto de equilibrio que permita salvaguardar el interés público en la ejecución y explotación de las obras públicas, con especial atención a los derechos del usuario, y el respeto a la seguridad jurídica y los legítimos intereses empresariales, de quienes comprometen su capital en este tipo de proyectos»<sup>390</sup>.

Para a doutrina dominante, o contrato de concessão constitui uma forma tradicional de a Administração desenvolver a sua actividade. Por isso, apraz-nos, neste contexto, referir a posição de FRANCISCO FERNÁNDEZ ROMERO e de JESÚS JIMÉNEZ LÓPEZ, os quais consideram a «concessão» como «una nueva forma de contratación»<sup>391-392</sup>, de compreender a realidade

---

MARCOS, *La Concesión de Obras Públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2007, pp.217 e seguintes. Esta Autora procede, igualmente, à distinção entre o contrato de concessão de figuras jurídicas afins.

A respeito da complexidade institucional envolvente da concessão de obra pública necessária à produção privada de bens públicos, as quais colocam enormes desafios às entidades reguladoras, assim como, sobre a transferência de riscos vide ALBERTO RUIZ OJEDA, *La Concesión de Obra Pública*, Civitas, Navarra, 2006, pp.283 e seguintes. No entender deste Autor, as entidades reguladoras deveriam emitir recomendações ou «guide-lines», definir condições padrão («standard forms»), exercer controlo tarifário e proceder, elas mesmas, à fixação de valores e de incidências de taxas a ser cobradas junto do utente-beneficiário. Por outro lado, no que se refere ao «ius variandi», dever-se-ia proceder à imposição de vincular a Administração a consultas e pareceres prévias e vinculantes, como condição prévia de validade e de admissibilidade do exercício daquela prerrogativa (pp.474).

<sup>389</sup> Da Legislação comunitária relevante em matéria de contrato de concessão, merece-nos particular atenção: a) Comunicação interpretativa sobre as concessões em Direito Comunitário (2000/C 121/02), publicada em 29 de Abril de 2000; b) Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e Direito Comunitário em matéria de contratação pública e concessões.

Através da primeira, a Comissão Europeia tinha por finalidade manifestar o seu propósito de tanto os operadores económicos, como os poderes públicos estarem informados e a par das disposições sobre as concessões e que resultava do direito vigente. Acresce que aquela instituição comunitária pretendia, de igual modo, concretizar o conceito de «concessão», delimitando e depurando as noções de contrato público de obras e de concessão de obras, servindo-se, para tanto, da experiência adquirida na instrução de expedientes por incumprimento das disposições comunitárias a respeito do fenómeno das concessões. Neste sentido, Vide MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY, *El Contrato de Concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, Civitas, 2010, pp. 68 e seguintes; acerca da concessão de serviços, pp. 88 e seguintes: «as directivas europeias de contratos públicos não lograram introduzir a concessão de serviços como uma espécie de género de contratos públicos com a aprovação da Directiva 2004/18, o que não significou, contudo, que a prática de tais concessões fosse desconhecida».

<sup>390</sup> Neste sentido, vide FRANCISCO SANZ GANDASEGUI, «El concepto de contrato de concesión de obras públicas», in *Instrumentos Españoles de Colaboración Público-Privada: El Contrato de Concesión de Obras Públicas*, 2ª ed., Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2010, pp. 103 e seguintes. Por outro passo, no que concerne aos concretos deveres e direitos do concessionário, vide ALEJANDRO REBOLLO RICO, «Derechos y Obligaciones del concesionario», in *Instrumentos Españoles de Colaboración Público-Privada: El Contrato de Concesión de Obras Públicas*, 2ª ed., Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2010, pp.207 e seguintes.

<sup>391</sup> (itálico nosso) FRANCISCO FERNÁNDEZ ROMERO e de JESÚS JIMÉNEZ LÓPEZ, «El contrato de concesión de obras públicas», in *Reflexiones sobre el Contrato de Concesión de Obra Pública*, Libros Jurídicos, Hispalex, 2005, pp.21 e seguintes (pp.25 a 28). Sobre o conceito de concessão de obra pública vide pp.21 e 22.

<sup>392</sup> Sobre o significado e alcance actual do contrato de concessão de obras públicas, vide ADOLFO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «El significado actual del contrato de concesión de obras públicas», in *Instrumentos Españoles de Colaboración Público-Privada: El Contrato de Concesión de Obras Públicas*, 2ª ed., Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2010, pp.13 e seguintes, com principal destaque para a crescente utilização de formas de colaboração público-privada nos estados-membros e igualmente, a nosso ver, com realce para a distribuição de riscos entre os parceiros público e privado e ainda para os mecanismos elencados por este Autor para a manutenção do equilíbrio económico-financeiro do contrato. A respeito do que particularmente se refere ao equilíbrio económico-financeiro do contrato, assim como, do princípio geral do risco a cargo do concessionário na construção e exploração de obras públicas, vide igualmente PABLO MARTÍN HUERTA, «Régimen económico de la concesión y equilibrio económico del contrato», in *Instrumentos Españoles de Colaboración Público-Privada: El Contrato de Concesión de Obras Públicas*, 2ª ed., Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2010, pp.231 e seguintes; pp.255 e seguintes. Nos termos do Preâmbulo da Ley 13/2003, : «(...) la Ley establece - un marco definido y pactado entre la Administración y el contratista, referencia obligada para determinar los riesgos y beneficios del concesionario. El equilibrio deberá restablecerse, tanto si se ha roto en perjuicio como a

de contratação pública, mormente em três aspectos: a) consentimento – abandona-se a ideia de unilateralidade encarado como um argumento absoluto de justificar e abordar a formação do contrato, permitindo-se incluir regras que incidem sobre o carácter sinalagmático do contrato de concessão, apesar de não visar incorporar igualdade entre os contratantes («(...) Aunque ello no supone sin embargo instaurar una pretendida igualdad entre los contratantes»). Mantém-se, deste modo, o característico desequilíbrio contratual, a favor da Administração, pese embora tenham sido introduzidas regras que vêm tentar “equilibrar os pratos na balança”, realçando-se a norma sobre o “equilíbrio financeiro do contrato” que visa atender aos interesses tanto da Administração, como do seu parceiro privado. Para além deste ponto, temos também o direito de o particular possuir a iniciativa de iniciar o procedimento de contratação, o que revela o carácter associativo e de colaboração da «nova figura»<sup>393</sup>; b) causa – a razão subjacente à celebração do contrato de concessão de obra pública constitui, como a própria definição indica, a *construção e exploração, ou apenas a exploração de obras (...) ou, em geral de obras que sejam susceptíveis de exploração, sejam necessárias à prestação de serviços públicos de natureza económica ou ao desenvolvimento de actividades ou serviços económicos de interesse geral*. Tal como referem aqueles Autores supra mencionados, adaptando ao contrato administrativo o que ora foi dito a respeito da «causa» do contrato de concessão<sup>394</sup>, podemos concluir que a causa se identifica com o objecto do mesmo, ou seja, a construção e exploração de obras ou apenas a exploração das mesmas, as quais consubstanciam-se na prestação a realizar pelo concessionário<sup>395</sup>; c) forma – a forma de contratação deste contrato pode ser por via do concurso ou através do procedimento por negociação, pese embora com alterações de destaque<sup>396</sup>.

Mas, no panorama actual da contratação pública, é, indubitavelmente, a parceria público-privada, a figura contratual que, a nosso ver, constitui uma fórmula inovadora de

---

favor del concesionario, produciendo unos efectos más allá de lo que se considera deseable o tolerable para la credibilidad de la institución y para el interés público, sin que por ello se elimine el interés del concesionario» (pp.257). Posteriormente, na Ley 14/2000, de 29 de Dezembro, no artigo 76º, é mencionado que «(...) mediante las correcciones necesarias, se procurará de nuevo el equilibrio económico-financiero de la concesionaria de modo que, considerando los parámetros objetivos previstos en el plan económico-financiero, resulten compensados el interés general y el interés de la empresa exploradora» (pp.259).

<sup>393</sup> Citando os Autores FRANCISCO FERNÁNDEZ ROMERO e de JESÚS JIMÉNEZ LÓPEZ: «Por otro lado, el hecho de que el privado tenga iniciativa a la hora de iniciar el procedimiento de contratación, revela, como ya ocurría en la Legislación tradicional de obras públicas y en las concesiones demaniales (...), el carácter asociativo o de colaboración de la nueva figura». Neste sentido, vide FRANCISCO FERNÁNDEZ ROMERO e de JESÚS JIMÉNEZ LÓPEZ, “El contrato de concesión de obras públicas”, in *Reflexiones sobre el Contrato de Concesión de Obra Pública*, Libros Jurídicos, Hispalex, 2005, pp.26.

<sup>394</sup> Sobre o contrato de concessão de serviços públicos, vide DIOGO DUARTE DE CAMPOS, *A Escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas. A adjudicação in-house em particular*, Coleção PLMJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 58 e seguintes. Enaltecemos, em particular, as pp.64 e seguintes, acerca da Comunicação interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário dos Contratos Públicos, a qual pretende criar uma «pequena revolução no mundo comunitário das concessões de serviço público».

<sup>395</sup> Neste sentido, vide FRANCISCO FERNÁNDEZ ROMERO e de JESÚS JIMÉNEZ LÓPEZ, “El contrato de concesión de obras públicas”, in *Reflexiones sobre el Contrato de Concesión de Obra Pública*, Libros Jurídicos, Hispalex, 2005, pp.26 e 27.

<sup>396</sup> Estas inovações ao nível da «forma» são tratadas de modo desenvolvido por FRANCISCO FERNÁNDEZ ROMERO e de JESÚS JIMÉNEZ LÓPEZ, “El contrato de concesión de obras públicas”, in *Reflexiones sobre el Contrato de Concesión de Obra Pública*, Libros Jurídicos, Hispalex, 2005, pp.27 e seguintes.



contratação pública, ao passo que a «concessão»<sup>397</sup> traduz a forma clássica ou tradicional de a Administração contratar<sup>398</sup>.

No entendimento de MARCO D'ALBERTI «la concessione-contratto diverrà una figura generale, potenzialmente estensibile a tutti i rapporti concessori, almeno ai più importanti di essi. La struttura resterà fondamentalmente quella prospettata dalla giurisprudenza degli anni dieci, che aveva disegnano con chiarezza l'affiancarsi di due atti, uno procedimentale uno contrattuale. Continua este Autor referindo que «(...) la salda tutela giuridica dei concessionari venne lucidamente intesa come condizione necessaria per garantire l'intervento e la collaborazione del capitale privato nella gestione di attività economiche e nell'uso di risorse (...) rientrando le medesime attività o i beni-risorse, nella sfera del «público», si rendevano necessari rapporti giuridici continuativi fra imprese e amministrazione»<sup>399</sup>.

Os aspectos mais relevantes que merecem especial destaque relativamente à caracterização de ambas as modalidades contratuais reconduzem-se, essencialmente às seguintes categorias: (a) objecto; (b) repartição de riscos; (c) prazo de duração; (d) procedimento de adjudicação<sup>400</sup>.

Relativamente ao «objecto», podemos definir o contrato de parceria público-privada como o contrato pelo qual a Administração Pública encarrega uma entidade de direito privado, por um período de tempo em função da duração do contrato ou da amortização dos

<sup>397</sup> Sobre a concessão de obra pública, revela-se pertinente o estudo de JESÚS COLÁS TENAS, "El Contrato de concesión de obra pública", in *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pp. 369 a 390, assim como, ALBERTO RUIZ OJEDA, *La Concesión de Obra Pública*, Civitas, Navarra, 2006, pp. 262 e seguintes (sobretudo sobre a repartição de riscos no contrato de concessão de obra pública, entre os parceiros público e privado); vide, de igual modo, FRANCISCO J.F. ROMERO e JESÚS JIMÉNEZ LÓPEZ, "El contrato de concesión de obras públicas", in *Reflexiones sobre el Contrato de Concesión de Obra Pública*, Consejería de Obras Públicas y Transportes, Libros Jurídicos, 2005, pp. 21 e seguintes; ANABELÉN CASARES MARCOS, *La Concesión de Obras Públicas a Iniciativa Particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2007, pp. 163 e seguintes, sobretudo pp.212 a 216, em que se pronuncia em especial sobre a colaboração entre o sector público e o sector privado, ou seja, sobre o fenómeno das parcerias público-privadas. Ainda a respeito do contrato de concessão de obra pública, veja-se, com particular relevância, MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY, *El Contrato de Concesión de Obras Públicas Y Otras Técnicas «Paraconcesionales»*, Civitas, 2010, pp.37 e seguintes; ADOLFO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "El significado actual del contrato de concesión de obras públicas", in *Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, 2009, pp.13 e seguintes.

<sup>398</sup> O conceito comunitário de contrato de obra pública possui relevância apenas na medida em que afete a adjudicação, de forma que é perfeitamente possível qualificar um contrato cujo objecto seja uma obra pública de modo distinto sempre que o Direito Interno o permita e sempre que sejam respeitados os princípios constantes da directiva. Para além disso, o recurso à figura do contrato de colaboração público-privada (contrato «tipicamente atípico») poderá incluir objectos de contratos típicos. A autora tece a seguinte interessante consideração, relativamente à problemática sobre a qualificação dos contratos: «(...) las exigencias del derecho básico estatal sobre la clasificación en los contratos de obras. Si se calificaran como contratos de colaboración, este problema no existiría». O «problema» aqui mencionado prende-se com as dificuldades que brotam dos esforços em proceder à qualificação de contratos administrativos, cujos objectos são, não raras as vezes, coincidentes.

Neste sentido, Vide MARÍA JOSÉ ALONSO MAS, "El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado", na obra sob coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, Editorial La Ley, 2009, pp. 446 e 447.

<sup>399</sup> No que se refere ao conceito objectivo de concessão: «(...) la concessioni secondo cui l'amministrazione in senso oggettivo è un complesso di atti», tali atti vengono individuati, ma non qualificati nella loro natura giuridica». Neste sentido, vide MARCO D'ALBERTI, *Le Concessioni Amministrative. Aspetti della Contrattualità delle Pubbliche Amministrazioni*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1981, pp.5, pp. 196 e seguintes. Ainda sobre a figura contratual da «concessão» («concessioni-contratto»), vide GIUSEPPE FAZIO, *L'Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione*, Vol.I – Amministrazione Diretta, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp.175 e seguintes.

<sup>400</sup> Vide MARÍA JOSÉ ALONSO MAS, "El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado", na obra sob coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, Editorial La Ley, 2009, pp. 528 e 529.

montantes de capital investido pelo parceiro privado ou, em alternativa, em função dos modos de financiamento previstos, à realização de uma actuação global e integrada que compreenda alguma das seguintes prestações: (a) construção de obra; (b) gestão integral da manutenção de instalações complexas; (c) produção de bens; (d) prestação de serviços relacionados com o desenvolvimento de um serviço público ou de uma actuação de «interesse geral» que haja sido solicitado. O objecto deste contrato reger-se-á pelas disposições especiais correspondentes ao contrato típico cujo objecto respeita à pretensão principal («Princípio de Absorção»).

A parceria público-privada não contém um objecto unívoco, podendo mesmo não ser coincidente com o objecto do contrato de obras, concessão de obra pública<sup>401</sup> ou com a gestão de serviços públicos.

O contrato de parceria público-privada pode, deste modo, ter um objecto misto, contendo aspectos típicos dos contratos anteriores ou, pelo contrário, o seu objecto pode chegar a não coincidir com o objecto de qualquer contrato supra mencionado. Aliás, a este propósito, CHINCHILLA MARÍN refere que (...) muchas veces será difícil diferenciar este contrato (PPP) de la concesión de obra pública, dado que entre otras cosas (...) alude a la construcción y explotación de obras; incluso apunta que puede ser difícil su diferenciación de los CGSP (contratos de gestão de serviços públicos) que incluyen la ejecución de obras»<sup>402</sup>.

Contudo, quando o contrato de parceria público-privada possui um objecto coincidente com o do contrato de concessão de obra pública, surge uma certa perplexidade, na medida em que a concessão supõe uma obra de vasta envergadura e complexidade sobretudo de cariz financeiro, pelo que tal contrato típico prevê as necessárias especialidades para fazer face às questões resultantes da sua incontornável dimensão nos mais variados níveis.

Neste contrato são contempladas cláusulas de repartição dos riscos sendo complicado que o contratante privado assuma um risco superior ao previsto, no caso da concessão, salvo se este “elemento aleatório” for devida e proporcionalmente compensado com um aumento do preço a ser-lhe remunerado, o que a verificar-se não trará, sob uma óptica puramente económica, vantagens para o «interesse público»<sup>403</sup>.

---

<sup>401</sup> Sobre o conceito de concessão de obra pública, vide DIOGO DUARTE DE CAMPOS, *A Escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas. A adjudicação in-house em particular*, Coleção PLMJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 68 e seguintes.

<sup>402</sup> Vide esta ideia, assim como, o conceito de contrato de PPP expresso por MARÍA JOSÉ ALONSO MAS, “*El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado*”, na obra sob coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, Editorial La Ley, 2009, pp. 444.

<sup>403</sup> Vide MARÍA JOSÉ ALONSO MAS, “*El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado*”, na obra sob coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, Editorial La Ley, 2009, pp. 442 e 443.



Em alternativa, será mais razoável o uso deste contrato com o mesmo objecto que o típico contrato de obras como opção à concessão de obra pública, recaindo a obrigação de financiamento da infra-estrutura, pelo menos em parte, sobre a Administração Pública contratante. Esta poderá assumir, na concessão, o risco da construção executando parte da obra segundo a modalidade normal do contrato de obras.

No âmbito da parceria público-privada, o colaborador pode assumir, segundo os termos do contrato, a direcção das obras necessárias, assim como, realizar total ou parcialmente os projectos para a sua execução e contratar os serviços públicos solicitados<sup>404</sup>. Assim, é curioso verificar que o executor da obra poderá ser, simultaneamente, a entidade encarregada da respectiva direcção.

Questão absolutamente determinante é a de saber porquê é que se recorre ao contrato de PPP em vez do clássico contrato de concessão de obras, quando o objecto é coincidente, ou seja, quando versa sobre «obra»<sup>405</sup>, facto que a doutrina explica com a transferência do “risco de procura” para o parceiro privado.

Quanto à «Repartição dos Riscos», ao passo que no contrato de concessão de obra pública, a matéria acerca da repartição dos riscos aparece estabelecido «*ex lege*», no contrato de parceria público-privada é o próprio clausulado consensualmente estipulado que versa sobre esse aspecto tão decisivo em termos contratuais.

Aspecto típico do contrato de concessão é o facto de o risco correr por conta do particular, concessionário<sup>406</sup>. Com efeito, ao concessionário é reconhecido o direito de exploração que lhe permite cobrar direitos ao utente da obra: «o preço não exclui a natureza concessionária do contrato quando “não elimine o risco inerente à exploração”. Deste modo, conclui a Comissão, *«ainda que, na maior parte dos casos, a origem dos recursos – cobrados directamente ao utente da obra – seja um elemento significativo, é a presença do risco de exploração, ligado ao investimento realizado ou aos capitais investidos, que é determinante, especialmente quando a entidade concedente paga um preço»*<sup>407</sup>.

---

<sup>404</sup> Vide MARÍA JOSÉ ALONSO MAS, “El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado”, na obra sob coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, Editorial La Ley, 2009, pp. 445 e 446.

<sup>405</sup> Como refere MARÍA JOSÉ ALONSO MAS, “El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado”, «(...) la complejidad técnica, financiera o de otra índole la que justifica el recurso a este contrato y no al contrato administrativo de obras; por lo que resulta complicado justificar, cuando el objeto es totalmente coincidente con el de la concesión de obra pública, por qué se recurre al contrato de colaboración y no a aquella figura contractual (...) se justifique la necesidad e idoneidad del mismo, sino además que se justifique por qué se acude a este contrato y no se acude a la figura contractual típica correspondiente», in *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, Editorial La Ley, 2009, pp. 445 e 446.

<sup>406</sup> Neste sentido, sobre a transferência de riscos para o concessionário e outras características da concessão, à luz do Direito Comunitário, vide DIOGO DUARTE DE CAMPOS, *A Escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas. A adjudicação in-house em particular*, Coleção PLMJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 72 e seguintes.

<sup>407</sup> Assim, vide DIOGO DUARTE DE CAMPOS, *A Escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas. A adjudicação in-house em particular*, Coleção PLMJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.72 e 73.

Mas em contrapartida, sobre esse parceiro impende a responsabilidade de exploração da obra, abrangendo-se nesta álea negativa contratual, os aspectos técnicos, financeiros e de gestão. Deste modo, para além do risco de construção, o «concessionário tem de assumir o risco económico, de gestão e de frequência desses equipamentos».

Importa referir que também a parceria público-privada comunga desta característica de «assunção do risco».

Todavia, um aspecto separa estas duas figuras. Na verdade, ao passo que a lógica de funcionamento da concessão implica um relacionamento directo entre o concessionário e os utilizadores, tal não sucede com as parcerias público-privadas, pois, neste caso, é o Estado a pagar ao contraente privado e não o utilizador<sup>408</sup>.

Nas parcerias, uma parte substancial da provisão de equipamentos de bens públicos realiza-se de modo diverso do que é efectuado na concessão.

No que concerne ao «prazo de duração», o contrato de parceria público-privada não pode exceder, em regra, os vinte anos (mas, como sabemos existem PPP's que têm a duração de trinta anos), e contrariamente, o prazo de duração máxima do contrato de concessão de obra pública é de quarenta anos<sup>409</sup>.

Por outro lado, no que se refere ao «procedimento de adjudicação», no contrato de parceria público-privada, o procedimento de adjudicação deve utilizar-se com carácter geral, o diálogo concorrencial, assim como, o procedimento por negociação com publicidade, designadamente nas circunstâncias em que as propostas económicas sejam irregulares ou inaceitáveis, sempre que não se modifiquem substancialmente as condições originais do contrato.

Ao passo que o contrato de parceria público-privada encontra-se sempre sujeito a regulação, o contrato de concessão apenas terá de ser objecto de tal «crivo de legalidade» a partir de determinado montante, estipulado pela lei segundo critérios objectivos e taxativos, sob pena de ilegalidade do respectivo contrato celebrado<sup>410</sup>.

As normas gerais dos *contratos administrativos típicos* aplicar-se-ão quando tal não seja incompatível com a natureza, função e conteúdo particular dos contratos de parceria público-privada, as quais têm por objecto a delimitação dos direitos e deveres das partes, assim como, as prerrogativas do Estado-Administração.

---

<sup>408</sup> Neste sentido, PEDRO SIZA VIEIRA, in Seminário sob o tema de «Parcerias Público-Privadas na Saúde», de 28 de Junho de 2011, na Universidade do Minho.

<sup>409</sup> Vide ROSA MARÍA VIDAL MONFERRER, “La Concesión de Obra Pública”, na obra sob coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, Editorial La Ley, 2009, pp. 529.

<sup>410</sup> Vide ROSA MARÍA VIDAL MONFERRER, na obra sob coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, La Ley, 2009, pp. 529. Vide ainda ALBERTO PALOMAR OLMEDA, “El Contrato de Colaboración público-privada”, in *La Colaboración Pública Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Aranzadi, Madrid, 2011, pp. 85 e seguintes.

NAZARÉ COSTA CABRAL levanta, a este respeito, a pertinente questão que reside em determinar se, independentemente do regime jurídico aplicável e, do ponto de vista conceitual e quanto à sua verdadeira essência, uma «concessão» poderá ser encarada como uma «parceria público-privada»<sup>411</sup>. Ora, na verdade, as concessões tradicionais implicavam a transferência, em termos absolutos, do risco do Estado para o concessionário, ao inverso do que sucedia no âmbito dos contratos públicos clássicos.

As parcerias público-privadas caracterizam-se, essencialmente, pela *partilha de riscos* entre o parceiro público, Estado, e o parceiro privado e no tocante aos modelos de provisão de bens e serviços públicos, aquelas posicionam-se no estádio central, ainda que se aproximem da «provisão privada». Pelo contrário, as concessões tradicionais coincidem plenamente com a «provisão privada» exclusiva ou pura.

Para além deste facto, importa sublinhar que as «novas» concessões ou, como certa doutrina, designa por «concessões PPP»,<sup>412</sup> encontram-se no centro do quadro de provisões de bens e serviços, na medida em que tal como ocorre com as parcerias público-privadas, implicam uma *partilha de riscos* e de *financiamento*. Assim, as «novas» concessões caracterizam-se por um envolvimento acrescido e assinalável do Estado, o que não sucede com as «concessões comuns».

De outro passo, a acrescer a este aspecto curioso, revela-se pertinente ter em consideração o teor do «Acórdão Telaustria»<sup>413</sup>, bem como, da «Comunicação Interpretativa sobre as Concessões em Direito Comunitário»<sup>414</sup> realizada pela Comissão em 2000. Destes podemos retirar a ilação de que, na concessão, o elemento decisivo é o «risco» inerente à *álea* económico-financeira, sendo a remuneração realizada em função dos «resultados de exploração», ainda que em termos parciais.

No contrato de concessão existe também uma espécie de «bonificação» a ser reconhecida ao parceiro privado, encontrando-se relacionada com o «risco de exploração». Esta é, aliás, uma característica que permanece nas «novas» concessões, segundo o entendimento preconizado por certos Autores.

Foi na década de noventa que Portugal conheceu o fenómeno das «concessões PPP», cujo caso paradigmático são as concessões «SCUT», as quais se distinguem das «auto-estradas» com portagem, porque o seu custo designadamente com a construção, exploração e

---

<sup>411</sup> Vide NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas in* Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 160.

<sup>412</sup> No ordenamento jurídico brasileiro é usual operar-se a dicotomia entre «concessões comuns» ou tradicionais e as «concessões PPP», inovadoras ou «novas».

<sup>413</sup> Cfr. Jurisprudência comunitária fixada na sequência Processo C- 324/98, de 7 de Dezembro de 2000.

<sup>414</sup> Vide esta fonte de direito comunitário derivado: Comunicação da Comissão 2000/C, 121/02, de 29 de Abril de 2000 sobre concessões.

manutenção é suportado não pelo utente-utilizador, mas pelo Estado. O mesmo é dizer que são todos os contribuintes e não somente os utilizadores daquele serviço que têm o ónus de contribuir economicamente, mediante carga fiscal, para a subsistência daquela concessão.

As «SCUT» encerram, em si mesmas, uma técnica de *orçamentação camuflada* ou, segundo certos economistas, *desorçamentação*, entendida como o mecanismo de «comprar a prazo», diluindo a despesa pública ao longo dos futuros orçamentos de Estado, mascarando os presentes índices de endividamento público ao tempo em que o Estado decide contratar.

O Estado não paga, neste caso, a construção da auto-estrada ou ponte, o que naturalmente conduzirá a uma contabilidade «*off balance*» do investimento público. Desta feita, o Estado procede a consideráveis iniciativas ao nível da construção de infraestruturas com base em rubricas orçamentais de despesa corrente e não de investimento, como aconselham as boas práticas de gestão e contabilidade.

As «concessões SCUT» possuem determinadas características<sup>415</sup> que nos permitem assinalar o cariz híbrido das mesmas, na medida em que tanto se identificam com o modelo concessivo puro, como incorporam aspectos-matrizes da parceria público-privada.

Em primeiro lugar, nas «SCUT», o sector privado assume os riscos relacionados com a concepção, projecto, construção, manutenção, operação e financiamento das infraestruturas rodoviárias. Por seu turno, o Estado chama a si os riscos ligados às expropriações, de regulação, de planeamento, políticos e de força maior.

Por outra banda, tanto o sector público, como o sector privado assumem, em conjunto, o «risco de tráfego»: o sistema de bandas permite a redução do risco de exposição do Estado a níveis excessivos de tráfego, porquanto restringe a obtenção de lucros anormais por parte das concessionárias. Em segundo lugar, o sector privado assume a gestão diária das estradas em regime de «SCUT», velando pela sua conservação e operação ao longo do período de concessão («qualidade na construção»).

A modalidade de pagamentos dos contratos em «SCUT» surge associada ao «volume de tráfego» a uma adequada prestação do serviço por parte do concessionário, assim como, a qualidade e segurança. Deste modo, quanto maior for o grau de eficiência na «concepção, construção, manutenção e gestão», maiores serão os patamares de lucro e rendibilidade do investimento de capital incorporado neste projecto.

Em terceiro lugar, o mecanismo de remuneração indexado ao *volume de tráfego* inclui o risco acrescido de gerar um *preço* mais elevado a ser pago pelo Estado, parceiro público.

---

<sup>415</sup> Vide NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas in Cadernos IDEFF*, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 165.

Trata-se de um risco que não é passível de ser controlado pelo sector privado, pois o concessionário dificilmente possui a capacidade de previsão, no longo prazo, do nível de crescimento do tráfego ou, pelo menos, da sua manutenção e não possui a aptidão para incentivá-lo. Existem, por este motivo, países que indexam a remuneração dos parceiros privados à «disponibilidade das vias» e não ao «volume de tráfego».

No que especialmente concerne à natureza jurídica das «SCUT», podemos colher da análise realizada por MARIA JOÃO ESTORNINHO<sup>416</sup> que será difícil qualificar as «SCUT» como sendo contratos de concessão de obras públicas, desde logo, porque nelas é omitido um caractere imprescindível a este contrato que é a *remuneração ser assegurada pelo utente-utilizador*. Ora, nas «SCUT», a remuneração é assegurada integralmente pelo Estado, ou seja, por todos os utentes (ou melhor dito, contribuintes) sem excepção, utilizadores ou não.

Destarte, aquela Autora preconiza a posição segundo a qual as «concessões em regime de portagem «SCUT» constituem, em Portugal, um tipo contratual com características específicas que, nem se identifica com o contrato de empreitada de obras públicas, nem inteiramente com o contrato de concessão de obra pública clássica. Por conseguinte, consideramos que as concessões «SCUT» são, tal como supra havíamos referido, «concessões PPP».

Em jeito de conclusão, observamos com certa curiosidade que o legislador de 2003 não quis manifestar uma vontade clara no sentido de ter pretendido criar um novo contrato ou modalidade contratual. Ou, pelo contrário, teve como desejo inovar mediante a criação de uma «nova roupagem jurídica» para contratos já existentes.

Aliás, dos contratos que podem ser celebrados no âmbito de uma PPP e no regime jurídico estabelecido para esta, apraz-nos enaltecer a pertinência dos contratos de «concessão de obras» e «concessão de serviços públicos». Mas, então, nesse caso, resta saber quais são as «concessões» que se integram no âmbito de aplicação do Decreto-Lei nº 86/2003, sendo que podemos considerar que se encontram abrangidas as concessões de valor superior ao montante constante nesse diploma legal.

Permanece, de outro passo, uma questão que se prende com a duração temporal mínima que nos habilita na missão de destrinçar, no firmamento jurídico, as «novas concessões» ou as «concessões PPP» das «concessões clássicas» ou comuns. Por outras palavras, será que a vida contratual da «concessão PPP» terá de possuir um prazo superior a três anos?

---

<sup>416</sup> Vide, a este respeito, a obra de MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006.

Em síntese, aderimos à posição preconizada por LUIS MIGUEZ MACHO, que afasta a identidade entre a concessão e a parceria público-privada: «(...) las concesiones de obras y de servicios públicos no son colaboración público-privada institucionalizada, pero en muchos países tampoco se entienden como figuras puramente contractuales, (...)»<sup>417</sup>.

## **1.2. Breve Distinção entre a «Parceria Público-Privada» e os «Contratos de Serviços Públicos».**

Sem querermos ser exaustivos, pretendemos, em traços sintéticos, proceder à destriça conceitual entre a parceria público-privada e o contrato de serviços públicos. Contudo, antes mesmo desta distinção, apraz-nos operar uma delimitação prévia, entre este último contrato e a concessão de serviços públicos.

No âmbito do Título II, da Parte III, do CCP são disciplinados os contratos de empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação e aquisição de bens móveis e aquisição de serviços. O regime específico para cada tipo deve ser integrado pelo regime jurídico constante no Título I.

O CCP não considera alguns contratos que também fazem parte do elenco «clássico» dos contratos administrativos (típicos e nominados), como por exemplo, a concessão de uso privativo do domínio público e concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar ou ainda o contrato de trabalho em funções públicas.

Segundo FREITAS DO AMARAL, existem de igual modo muitos contratos típicos que apesar de não serem qualificados juridicamente como contratos administrativos cumprem os factores de administratividade consignados no CCP (típicos não nominados), tais como os contratos de urbanização ou contratos-programa de redução e carga poluente<sup>418</sup>.

A concessão de serviços públicos é, no fundo, uma concessão em tudo semelhante em termos de funcionamento e de lógica à concessão de obras públicas<sup>419</sup>, à qual se aplica o artigo 407º do CCP e o artigo 428º, na parte também aplicável as concessões de serviços públicos.

Contudo, aplica-se concretamente a uma actividade de «serviço público stricto sensu», como a distribuição de gás, electricidade, água, exploração de sistemas de saneamento, transportes colectivos, entre outros serviços de interesse público geral.

---

<sup>417</sup> Assim, LUIS M. MACHO, "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", in Revista de Administración Pública, nº 175, enero-abril, 2008, pp.159. Sobre o recurso engenhoso por parte do Estado a toda uma miríade de formas para-concessionais ou pseudo-concessionais, vide FRANCISCO VILLAR ROJAS "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", in Revista de Administración Pública, nº 172, 2007, pp.141 e seguintes, maxime pp. 150 em diante.

<sup>418</sup> Assim, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp.567.

<sup>419</sup> Sobre este contrato, vide DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 570 e seguintes.

Como refere FREITAS DO AMARAL, no contrato de concessão de serviços públicos, o *particular vai primeiro montar o serviço, investindo os seus capitais e depois põe o serviço a funcionar cobrando dos utentes a respectiva taxa ou auferindo uma outra forma de remuneração adequada*<sup>420</sup>. Ao fim de certo período de tempo, estará amortizado o investimento inicial que fez e desse modo, o serviço converte-se para a esfera jurídico-patrimonial pública.

Característica essencial é a atribuição ao concessionário da competência por certo período de tempo, da gestão do serviço público concedido. Assim, através dela, «da gestão do serviço público transfere-se da esfera do público para o privado o essencial do poder decisório relativo à organização e ao *modus operandi* de certa actividade», nos termos do artigo 409º, do CCP, sob pena de se tratar somente de um contrato de aquisição de serviços, tal como a prestação de serviços para fins de utilidade pública.

Nos termos do artigo 407º, nº2, do CCP entende-se por concessão de serviço público, 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 de tempo, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, directamente pelo contraente público». Dá-se como exemplo dessa remuneração o pagamento de taxas de utilização cobradas aos utentes do serviço autocarros, eléctricos, metro, etc.

O regime legal deste contrato encontra-se previsto nos artigos 407º a 426º, presentes no CCP, sendo que o artigo 429º contempla os princípios do serviço público: «na exploração de uma actividade de serviço público o concessionário está sujeito aos seguintes princípios: a) continuidade e regularidade; b) igualdade; c) adaptação às necessidades».

A principal característica dos serviços públicos consiste na sua «continuidade» por serem essenciais à vida quotidiana dos cidadãos, facto pelo qual FREITAS DO AMARAL refere que ainda que nos encontremos em estado de sítio ou de emergência, no caso em que o Governo se limita a despachar assuntos correntes, por ser um governo de gestão, o Estado tem o dever de garantir a continuidade dos serviços públicos<sup>421</sup>.

LUIS MIGUEZ MACHO assinala o facto de o contrato de gestão de serviços públicos não existir enquanto tal, no acervo de legislação comunitária referente à contratação pública, o que não obsta, no entanto, a que as suas múltiplas tipologias sejam disciplinadas pelo Direito Comunitário<sup>422</sup>. Para além desta circunstância, algumas dessas tipologias ou modalidades de

---

<sup>420</sup> Assim, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 270 e seguintes.

<sup>421</sup> Vide, neste sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol.II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp.270 e seguintes.

<sup>422</sup> Neste sentido, LUIS M. MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in *Revista de Administración Pública*, nº 175, enero-abril, 2008, pp.160.



gestão de serviços públicos podem e devem ser incluídas em categorias contratuais, as quais se encontram submetidas à legislação comunitária sobre contratação pública. Dá-se como exemplo paradigmático o «contrato de serviços».

O contrato de gestão de serviços públicos e o contrato de concessão de obras públicas consubstanciam modalidades tradicionais de a Administração contratar, quando comparados com as «*nuevas formas de imbricación entre el sector público y el sector privado que la Ley de contratos del sector público recoge a través del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*»<sup>423</sup>.

A legislação espanhola<sup>424</sup> define, por influência do direito comunitário ao nível da contratação pública, o contrato de gestão de serviços públicos, como sendo «*aquél en cuya virtud una Administración Pública encomenda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante*». Este regime jurídico relativo ao contrato de gestão de serviços públicos, segue-se nos termos dos artigos 133º, 275º a 289º, da TRLCSP.

JOSE MARÍA GIMENO FELIÚ considera que a concessão de serviços existirá quando estejamos perante actividades económicas, cuja titularidade recaia em alguma entidade

---

<sup>423</sup> Assim, LUIS M. MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in Revista de Administración Pública, nº 175, enero-abril, 2008, pp.160; sobre o contrato de gestão de serviços públicos em particular, pp. 173 e seguintes.

<sup>424</sup> Cfr. artigo 8º, da TRLCSP articulado com o artigo 132º, da LCSP (Ley de Contratos del Sector Publico). Importa verificar, de igual modo, a Directiva 92/50, de 18 de junho sobre contratos de serviços, a qual não contém qualquer definição sobre «concessão de serviços». É, sim, a Directiva 2004/18 de 31 de março que define expressamente o contrato de concessão de serviços (que é distinto do contrato de concessão de obras), como o contrato que apresenta as mesmas características que o contrato público de serviços, com a ressalva de que a contrapartida pela prestação de serviços consiste, quer no direito de explorar esse serviço, quer neste direito acompanhado por um preço, estipulando, no seu artigo 17º, que tais direitos encontram-se excluídos do âmbito de aplicação da Directiva, mas não excluídos dos princípios do Tratado. Outra directiva da qual a concessão de serviços se encontra excluída é a Directiva 92/50/CEE, do Conselho, sobre os contratos públicos de serviços e à luz da qual «serviço público» é o serviço de interesse geral. Importa trazer à colação a jurisprudência constante do Acórdão de STS de 11 de Maio de 2005, para o qual nem toda a actividade ligada a uma competência administrativa é um serviço público. Assim, neste sentido, vide JOSE GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, in Revista Española de Derecho Administrativo, 156, octubre-diciembre, 2012, pp.24 e 25, 29 e 30.

Deste modo, existe um contrato de concessão de serviços públicos quando, na realidade, o operador concessionário (parceiro privado) assume o risco do serviço em concreto (prestação ou distribuição e exploração desse serviço), cobrando directamente ao usuário ou utente, determinado montante, do qual se fará pagar, na forma de taxas ou tarifas. Este elemento é um factor decisivo que permite determinar a assunção do risco de exploração. Por este motivo, de acordo com o entendimento de JOSE GIMENO FELIÚ, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) reconhece a existência de uma concessão de serviços quando se verifique que a remuneração do prestador do serviço resulta dos pagamentos realizados, de modo directo, por parte dos usuários de um transporte público, rede de teledistribuição, estacionamento público.

De acordo com a posição preconizada por este Autor, no caso concreto da exploração de um «parque» (parking) enquanto verdadeira actividade económica consiste na exploração efectiva de uma infraestrutura, estando por isso, relacionado directamente com a noção de contrato de serviços e não com a figura da concessão de serviços públicos, tal como foi defendido na Sentença de 13 de outubro de 2005 («Parking Brixen GMBH»). Com efeito, o Tribunal considerou tratar-se de um contrato de concessão de serviços públicos relativa à exploração de um estacionamento de titularidade pública, na medida em que a remuneração ou retribuição do prestador desse serviço não resultou de autoridade pública, mas sim de valores pagos por terceiros pelo uso desse parque. Ora, no entendimento daquele Tribunal, esta modalidade de remuneração significa que o prestador assume o risco da exploração desse dado serviço, o que é, na verdade, uma característica da concessão de serviços públicos. Atendendo a este circunstancialismo, o Tribunal pugnou pela existência de um contrato de concessão de serviços e não de um contrato público de serviços. Este entendimento jurisprudencial revela, segundo JOSE GIMENO FELIÚ, uma determinada fusão conceitual. Neste sentido, vide JOSE GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, in Revista Española de Derecho Administrativo, 156, octubre-diciembre, 2012, pp.25.

pública pertencente à Administração Pública e por esta seja passível de exploração directa ou indirecta<sup>425</sup>.

Seja como for, à particular destrição da qualificação entre um «contrato de concessão de serviços públicos» e um «contrato público de serviços», convém recorrer aos critérios oferecidos pelo Direito Comunitário, em conformidade com o espírito do Acórdão do TJUE de 15 de Outubro de 2009 («Acoset Spa») e do Acórdão de 18 de Julho de 2007, relativo ao litígio Comissão-Itália, C-382/05, parágrafo 31<sup>426</sup>.

Para além da obrigatória *assunção de risco*<sup>427</sup> por parte do parceiro privado (concessionário), de acordo com o entendimento adoptado pelo TJUE, a distinção entre o «contrato de concessão de serviços públicos» e o «contrato público de serviços» assenta principalmente na «*contrapartida*» ou «*remuneração*» por virtude da prestação do serviço<sup>428</sup>.

Na verdade, no «contrato público de serviços», a remuneração é paga directamente pela entidade adjudicante ao prestador do serviço, ao passo que, na «concessão de serviços»<sup>429</sup>, a remuneração consubstancia-se na possibilidade ou direito de o privado explorar o serviço, assumindo o respectivo risco inerente a essa exploração económica<sup>430</sup>, da qual se paga mediante taxas ou tarifas, obtidas directamente junto do utente.

Deste modo, resulta claro que a exploração de um dado serviço público por parte do parceiro contratual da Administração Pública é *conditio sine qua non* para que possamos estar perante um contrato de concessão de serviços; caso contrário, tratar-se-á de um contrato público de serviços.

---

<sup>425</sup> Neste sentido, vide JOSE GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, octubre-diciembre, 2012, pp.25.

<sup>426</sup> Estas informações jurisprudenciais e doutrinárias foram colhidas do artigo de JOSE GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, octubre-diciembre, 2012, pp.26.

<sup>427</sup> «Ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios». Por outro lado, segundo jurisprudência comunitária firmada pelo Acórdão de 10 de Março de 2011 (Asunto Privater Rettungsdienst): «(...) si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios»; «si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende (...) implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios» vide JOSE GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, octubre-diciembre, 2012, pp.28.

<sup>428</sup> Assim, Acórdão do TJUE, de 10 de Setembro de 2009, WAZV Gotha, C-206/08, Rec. P. I-0000, parágrafo 51. Vide JOSE GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, octubre-diciembre, 2012, pp.26.

<sup>429</sup> Importa referir que, pese embora a concessão de serviços públicos se encontra excluída da esfera ou âmbito de aplicação das Directivas 2004/18 e 2004/17, as entidades públicas que a celebre encontram-se adstritas ao cumprimento ao Direito Originário ou Primário constituído pelos Tratados que os Estados-membros voluntariamente subscreveram, assim como, às fontes de direito não escritas, de origem jurisprudencial: os princípios comunitários, que são estruturantes de todo o firmamento jurídico no espaço comunitário, tais como, o princípio da igualdade, da não discriminação em razão da nacionalidade, da livre e leal concorrência, etc. Isto significa que não podem os Estados furta-se ao teor constante dos tratados e princípios, sendo de certo modo, irrelevante a omissão da concessão de serviços públicos nas directivas (direito secundário ou derivado).

<sup>430</sup> Neste sentido, vide JOSE GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, octubre-diciembre, 2012, pp.26 e 27.

À luz da Directiva 2004/17, artigo 1º, parágrafo 2, alínea a), os «contratos de serviços» consistem em contratos onerosos celebrados por escrito entre uma ou uma diversidade de entidades públicas adjudicantes previstas no artigo 2º, parágrafo 2º, e um ou vários contraentes ou prestadores de serviços.

Fazendo apelo aos ensinamentos de JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, «en definitiva, que para poder determinar si una concreta prestación debe ser calificada de concesión de servicios o de contrato público de servicios hay que tener en cuenta todas las características de dicha operación teniendo en cuenta (...) que existirá un «contrato de servicios» (...) en un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador»<sup>431</sup>.

De acordo com a posição firmada por este Autor, os «contratos de gestão de serviços sociais» dever-se-ão incluir na figura genérica de «contratos de serviços», em função do artigo 10º, da Ley de Contratos do Sector Público, segundo o qual: «son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. (...) si la gestión de servicios sociales se encuentra incluida en alguna de las categorías que contiene el Anexo II de la Ley, deberá calificársele como un contrato de servicios (...) Anexo en su categoría 25 se refiere expresamente a los **«Servicios Sociales y de Salud», lo que inevitablemente nos lleva a caracterizar este contrato como de servicios**»<sup>432</sup>.

Acresce que, no entendimento deste Autor, «(...) cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación (...), no podrá considerarse a los efectos de la Legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios. En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean “prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro (...)»<sup>433</sup>.

Podemos, pois, assinalar a enorme abrangência do «contrato de serviços», por influência do Direito Comunitário, na medida em que vê agora o seu raio de actuação alargado a prestações que antes constituíam «gestão de serviços públicos, assim como, inúmeros

<sup>431</sup> Assim, vide JOSE GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, octubre-diciembre, 2012, pp.29.

<sup>432</sup> (itálico e negrito nossos) Assim, vide JOSE GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, octubre-diciembre, 2012, pp.33.

<sup>433</sup> Neste sentido, vide JOSE GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, octubre-diciembre, 2012, pp.33 a 35.

contratos qualificados como «contratos administrativos especiais»<sup>434</sup>, assim denominados pelo facto de o seu objecto de prestação não caber nas prestações típicas e próprias do contrato de serviços.

Seja como for, revela-se decisivo «comprovar se o modo de remuneração acordado entre o contraente público e o contraente privado consiste no direito do prestador a explorar um serviço e implica que este assuma o risco de exploração do serviço em causa»<sup>435</sup> e, pese embora, este risco possa ser muito limitado num primeiro momento da vida do contrato, a qualificação de «concessão de serviços» exige, ainda assim, que a entidade adjudicante transfira ao concessionário a totalidade ou, pelo menos, uma parte considerável desse risco.

Risco, este, que pode revestir diversas tipologias: a) risco de exploração económica do serviço; b) risco de mercado; c) risco relacionado com a procura; d) risco de insolvência dos devedores-clientes dos serviços prestados; e) risco de que o investimento realizado não cubra os gastos com a exploração; f) risco de responsabilidade em virtude de prejuízos ocasionados por irregularidades na prestação do serviço; g) risco de má gestão ou de erros de apreciação do operador económico, entre outros.

Sem mais delongas, após este retrato sintético sobre o «contrato de serviços públicos» (do qual o «contrato de gestão de serviços públicos» constitui uma modalidade particular ou específica)<sup>436</sup>, com o auxílio da doutrina espanhola, já nos encontramos em condições de proceder à distinção (sintética) entre aquele contrato e a parceria público-privada.

Elemento ou característica comum a ambas as modalidades contratuais é, indubitavelmente, a intervenção ou *participação do privado* na prossecução de actividades que, apesar de económicas, revestem um carácter determinante para a concretização da missão social do Estado

Relativamente à *transferência de risco* para o privado, em maior ou menor grau, esta é uma característica que pertence à própria lógica e filosofia da parceria público-privada; não se podendo, em rigor, falar de PPP se não estiver assegurado este pressuposto, como forma de garantir os interesses do parceiro público. Como já foi mencionado, a transferência ou, pelo menos, a partilha de risco entre os parceiros, existe igualmente na concessão de serviços, mas não já no contrato de serviços públicos, pelo que este é um elemento que separa a PPP desta última figura contratual.

---

<sup>434</sup> Neste sentido, vide JOSE GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, octubre-diciembre, 2012, pp.34 e 35.

<sup>435</sup> Assim, vide JOSE GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, octubre-diciembre, 2012, pp.34.

<sup>436</sup> A este propósito, vide JOSE GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, octubre-diciembre, 2012, pp.31 e 32, em nota de rodapé nº31.

No que se prende com a forma de *remuneração* do privado, existem diferenças a assinalar. Com efeito, na parceria público-privada, o pagamento do investimento realizado pelo privado é continuado e diferido no tempo, mediante prestações suaves, sendo que o parceiro privado faz-se pagar por uma miríade de formas consensualmente estipuladas.

De entre as variadas e possíveis formas de remuneração, a PPP pode recorrer àquela que é utilizada na concessão de serviços, ou seja, em que o privado explora a infraestrutura ou serviço e cobra directamente junto do utente ou usuário determinado valor sob a forma de taxa ou tarifa, durante o período de tempo necessário até perfazer a quantia investida e devida pelo seu parceiro privado. Ora, tal não sucede no «contrato de serviços públicos», sob pena de este “resvalar” para a qualificação jurídica de «concessão de serviços».

Quanto à *duração* da vida do contrato ou *prazo*, as parcerias público-privadas são, por excelência, os contratos mais duradouros do firmamento jurídico-contratual, podendo durar até trinta ou mesmo cinquenta anos, se bem que existem concessões que não ficam atrás em termos de durabilidade. Por seu turno, os contratos de serviços têm previsivelmente e em regra, duração inferior à do modelo parcerístico.

Em termos de *sustentabilidade financeira* relacionada com estas duas figuras contratuais, os maiores riscos pendem para o lado da parceria, porquanto são muito duradouras e implicam elevadíssimos investimentos e financiamento captado junto de parceiros privados poderosos, tais como a Banca e grandes empresas multinacionais de construções, de engenharia, consultoria e outras, bastante mais “experientes” que o Estado.

Por outro lado, a PPP, pela própria natureza dos seus objectivos sociais e económico-financeiros, mediante a construção de gigantescas infraestruturas e de serviços que movimentam milhões de euros, exigem verdadeiros esquemas de geometria e engenharia económico-financeira e jurídica, muitíssimo complexos, no âmbito dos quais o menor erro de interpretação, por muito subtil que seja, é susceptível de onerar o contribuinte durante várias gerações.

Por sua vez, em regra e por maioria de razão, o contrato de serviços públicos reveste-se de manifesta simplicidade e de sustentabilidade, quando comparados com as parcerias público-privadas, em virtude dos prazos e dos montantes de capitais (investimento privado) envolvido, assim como, do menor grau de assunção de risco por parte do Estado com a celebração de tal contrato.

Na pior das hipóteses, sendo celebrado um contrato de serviços pouco rentável ou até causador de prejuízos, o facto de ter uma curta duração, minimiza de certo modo, as não tão “nefastas” consequências para o erário público, quando pensamos no vínculo duradouro imprimido pelas PPP’s nas gerações de contribuintes.

## 2. Breve Perspectiva Comparatística Europeia<sup>437</sup>.

Uma das novidades da Lei nº30/2007, de 30 de Outubro, sobre os «Contratos celebrados pelo Sector Público», foi a introdução de um novo contrato típico: o contrato de colaboração entre o sector público e o sector privado, conhecido por parcerias público-privadas, comumente conhecidas por «PPP» ou «P3».

Este novo contrato que envolve e dinamiza as relações entre a Administração e os privados é um modelo que tem vindo a concretizar-se de forma bem sucedida e em franca expansão, nos países da OCDE, tendo como matriz, o «*project finance*» evoluído hoje para o «*public private partnership*» do Reino Unido e o «*partenariat public-privé*» de França.

Em Espanha, esta inovadora modalidade de contratar pelo sector público assume a terminologia de «*associación*» ou «*colaboración del sector público y privado*»<sup>438</sup>.

Com todas estas terminologias pretende-se identificar a criação de alianças, laços ou de associações entre o sector público e o sector privado criadas com a finalidade de aproveitar os recursos e virtualidades ou faculdades do sector privado a favor da missão pública do Estado com vista ao Bem-Estar da Colectividade, ou seja, a favor das infraestruturas e serviços públicos.

O interesse que esta nova fórmula contratual suscitou foi de tal magnitude que a Comissão Europeia publicou o «Livro Verde sobre a Parceria Público-Privada»<sup>439-440</sup> e o Direito

---

<sup>437</sup> Cfr. o Manual do EUROSTAT, sobretudo para o assunto que ora nos ocupa, a Parte IV, sob a epígrafe «Contratos a longo prazo entre entidades administrativas e parceiros privados (parcerias público-privadas)».

<sup>438</sup> Sobre a influência e relação entre direito comunitário e direito nacional espanhol sobre contratação pública, vide ALEJANDRO HUERGO LORA, «El derecho español de contratos públicos el derecho comunitario», in *Revista española de derecho administrativo*, 126, abril-junio, Civitas, 2005, pp.217 a 246.

<sup>439</sup> O Livro Verde sobre as PPP's tece uma multiplicidade de considerações de primacial relevância no âmbito desta nova modalidade contratual, que vamos agora enunciar: a) Relativamente ao momento de selecção do parceiro privado, a Comissão considera que o diálogo concorrencial é um «procedimento particularmente adaptado à adjudicação de contratos qualificados de contratos públicos durante a implementação de uma parceria público-privada de tipo puramente contratual», porque permite acautelar os direitos fundamentais dos agentes económicos (pontos 24 a 27); b) Quanto à fase posterior à selecção do parceiro privado, o Livro Verde oferece um conjunto de orientações e directrizes destinadas a garantir os princípios de transparência e de igualdade. Importa esclarecer, em particular, as seguintes indicações: 1. O sucesso da operação ou projecto depende necessariamente do respeito escrupuloso pelo leque normativo contratual respectivo, revelando-se determinante a avaliação rigorosa sobre a repartição dos riscos entre o sector público e o sector privado. Também se afigura crucial a criação de mecanismos que permitem proceder à fiscalização ou avaliação periódica da actuação do parceiro privado que «realiza» a PPP.

O princípio da transparência exige que a avaliação e repartição dos riscos, bem como, a supervisão sobre a actuação, sejam comunicados nos documentos sujeitos a consulta e escrutínio (ponto 45); 2. Deve definir-se a duração da colaboração de forma a não restringir o limite da livre competência mais do que o necessário para garantir a amortização do «retorno» devido ao parceiro privado e uma remuneração razoável de capital investido. O princípio da transparência exige que estas informações sejam comunicados nos documentos que vão ser objecto de consulta (ponto 46); 3. O Direito Comunitário da Contratação não obsta à evolução ou mutação da colaboração entre o parceiro público e o parceiro privado, conquanto que se revele necessária. Na documentação sujeita a consulta devem constar as cláusulas claras e objectivas que determinem com exactidão e rigor as circunstâncias e condições perante as quais se poderá introduzir modificações contratuais na relação jurídica estabelecida entre os parceiros público e privado, em sede do projecto PPP.

Por outro lado, a segunda parte do Livro Verde dedica-se a formas contratuais de Parceria Público-Privada e opera a distinção entre o modelo de «concessão» e o modelo de «colaboração público-privada», segundo o qual a «tarefa do parceiro privado consiste em realizar e gerir uma infra-estrutura para a Administração (v.g. Hospital, Escola, Auto-Estrada) e no âmbito do qual a remuneração do parceiro privado é realizada por meio de pagamentos periódicos prestados pelo parceiro público».

De acordo com o modelo da «concessão» que se caracteriza pelo vínculo directo que existe entre o parceiro privado e o utilizador final. O parceiro privado presta um serviço à população em vez do parceiro público, mas sob o seu controlo. Neste

Comunitário em matéria de contratação pública e concessões (COM (2004))», apresentado por aquela instituição comunitária em 30 de Março de 2004<sup>441</sup>. Por virtude da influência crescente e cada vez mais preponderante do Direito Europeu no Direito Administrativo, Autores como MARIA JOSÉ ESTORNINHO e COLAÇO ANTUNES pronunciam-se sobre um fenómeno de « *europeização do Direito Administrativo Português*»<sup>442</sup>, facto que se revela com maior acuidade no âmbito da contratação pública, de onde as parcerias público-privadas são figuras de proa.

### 2.1. A Experiência do Reino Unido: o «*Private Finance Initiative (PFI)*».

Tendo por base o conceito fornecido por JOÃO CALVÃO DA SILVA, o «*Project Finance Initiative*» consiste na «operação de financiamento de um singular projecto de investimento, em atenção ao mérito, potencialidades e características do negócio idealizado»<sup>443</sup>.

Trata-se, acima de tudo, no financiamento de um projecto específico e que assenta na ideia de «autofinanciamento», em que o projecto é auto-sustentável, pagando-se a si próprio.

Esta é a principal vantagem reconhecida ao «*Project Finance Initiative*»<sup>444</sup>, mas existe uma multiplicidade de outros benefícios, que vale a pena mencionar, tais como designadamente: a) eficácia própria do sector privado, cuja actuação é livre e desprendida de burocracias, apenas preocupada com as exigências do “mercado”, ao contrário da actuação tipicamente estadual, espartilhada por força de exigências e regras de ordem pública; b) enorme liquidez e *cash-flow*, necessários ao financiamento da obra; c) transparência reconhecida ao processo conducente à concretização do projecto, na medida em que, por via de regra, é utilizado o concurso público internacional; d) repartição de riscos envolventes a uma grande infraestrutura por vários *players*, o que reduz a possibilidade de fracasso do projecto; e) motivos de gestão financeira que aparece diferenciada da gestão da sociedade; f) gestão especializada e aperfeiçoada do próprio projecto, em virtude de ser realizada por

---

sentido, vide a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp.536.

<sup>440</sup> A este respeito, vide LUIS M. MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in Revista de Administración Pública, nº 175, enero-abril, 2008, pp.158, 159 e seguintes.

<sup>441</sup> A este respeito, Cfr. o site seguinte: <http://www.euroa.eu/scadples/leg/es/lub/l22012.htm>

<sup>442</sup> Assim, MARIA JOSÉ ESTORNINHO, *Direito Europeu dos contratos públicos. Um olhar português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, da mesma Autora, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma contratação pública sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012; vide, neste sentido, igualmente, COLAÇO ANTUNES, *A Ciência jurídica administrativa. Noções fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 51 a 53, bem como, PRATA ROQUE, “O Direito Administrativo Europeu – Um motor de convergência dinâmica dos direitos administrativos nacionais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.903 a 964.

<sup>443</sup> Neste sentido, vide JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, data?, pp.435.

<sup>444</sup> Vide GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Project Finance”, in *Miscelâneas*, nº3, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (IDET), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 115 e seguintes.



privados que possuem o adequado «*know-how*» adquirido ao longo de décadas de experiência.

Com efeito, muitas vezes, os projectos são realizados por multinacionais que operam no mercado há muito tempo, por oposição aos funcionários e pessoal do próprio Estado que não tem a experiência necessária para desenvolver de forma eficaz e rentável este tipo de infraestrutura.

Contudo, merece-nos atenção também o *downside* ou o “reverso da medalha” a imputar ao «*project finance initiative*», como o período longo que conduz a vicissitudes imprevisíveis com repercussões na eficácia do projecto, a acrescer a dificuldades de gestão que se prendem com a elevada complexidade desse concreto projecto. Por outro lado, também o premente risco que subjaz ao projecto é uma constante, na medida em que a garantia central do projecto reside no seu próprio mérito, o qual somente depois de ele se encontrar em “funcionamento” é que pode ser determinado.

Para além destas desvantagens, importa apontar o elevado (por vezes, “usurário”) custo de endividamento que o erário público tem de suportar, porquanto os privados-*sponsors* ou promotores “fazem-se pagar”, em muitas ocasiões, regidamente, pelo avultado investimento inicial, a que acrescem os juros, para além da contabilização dos riscos que correm com o projecto. Exigem, nesse contexto, também garantias reais ou de outra natureza, que oneram o bem de domínio público.

Este projecto pode concretizar-se por uma de duas formas alternativas. Em regra, procede-se à injeção de capital de um agente, de uma sociedade, tendo o *player* financiador atenção à actual situação económico-financeira da empresa, assim como, à capacidade desta em calcular o risco do crédito ou do financiamento e, então, temos o denominado «*corporate finance*». Por outro lado, em alternativa, no financiamento de projecto ter-se-á somente em consideração o equilíbrio económico-financeiro desse concreto projecto empresarial, normalmente uma avultada infraestrutura (v.g. ponte, aeroporto, auto-estrada, etc.), independente de outros investimentos dos seus promotores.

De acordo com a posição preconizada por ROSSANNA D’ONZA GARCÍA, o «*project finance initiative*» (...) *es un esquema o modelo de financiación que permite que un determinado proyecto de inversión, susceptible de generar flujos de caja razonablemente predecibles y sostenibles, pueda ser financiado empleando el mayor nivel de apalancamiento posibles y utilizando como garantía los activos del proyecto y el flujo de caja (cash flow) a ser*

generado por el mismo, sin recurso o con recurso limitado a los socios promotores del proyecto»<sup>445</sup>.

O «*project finance initiative*» existe desde meados dos anos oitenta tanto nos Estados Unidos da América, como no Reino Unido<sup>446-447</sup>, mas neste país foi sobretudo a partir da década de noventa, que foram desenvolvidos projectos infraestruturais que envolviam a colaboração entre o Estado e o sector privado, sob a forma contratual de «*Private Finance Initiative (PFI)*»<sup>448</sup>, nas mais variadas áreas, como a saúde, educação, defesa, lazer, habitação, transportes e até mesmo resíduos. No fundo, atribuiu-se a concessão a privados, de projectos como a construção, gestão e exploração de infraestruturas alocadas a interesses públicos, na técnica complexa<sup>449</sup> do «*project finance*».

<sup>445</sup> Assim, ROSSANNA D'ONZA GARCÍA, Estructura del Project Finance en proyectos de obra pública: aspectos jurídicos generales más relevantes", in *La Colaboración Público Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Aranzadi, Madrid, 2011, pp. 225.

<sup>446</sup> «La Project Finance Initiative (PFI) constituye la respuesta dada por Gran Bretaña a los problemas de financiación de las obras públicas y de la provisión de servicios surgidos en los años 80 y 90 del siglo pasado, marcados por el elevado déficit fiscal y por una serie de políticas de recorte presupuestario. El saneamiento de las cuentas resultaba claramente incompatible con el elevado nivel de inversión pública necesario para mantener el motor económico de las infraestructuras y servicios. Los antecedentes de la PFI nos obligan a hacer referencia a las Ryrie Rules, formuladas en 1981 por el National Economic Development Council, (...)».

Uma vez que as «Ryrie Rules» foram os antecedentes do «project finance» apraz-nos fazer uma breve menção acerca das mesmas. Desde logo, tinham por finalidade servir de marco jurídico às situações em que as obras infraestruturais e serviços revertiam para as mãos dos privados, tendo posteriormente, servido como para estabelecer as seguintes condições essenciais para existir reversão da obra ou serviço a favor do privado: a) esta reversão teria de se revelar eficiente para o interesse público, em termos de custos; b) teria de existir uma provisão económica prévia, ou seja, uma cobertura com fundos públicos para a concretização de tais projectos. A par deste segundo requisito havia a adopção de um novo modelo de gestão de assuntos do interesse público denominado de «Next Steps» que, no fundo, consiste numa profunda revisão das estruturas administrativas tradicionais, que esteve na origem da criação de novas agências como a «Executive Agencies» ou «New Steps Agencies» com metas bem delineadas, com um orçamento restrito sob tutela do Ministério competente, sendo também investidas de poderes de gestão flexíveis, com vista à eficiência, a qual era encarada como o novo parâmetro de desempenho administrativo.

O principal mérito das «Ryrie Rules» prende-se com o facto de as mesmas terem potenciado alguns projectos de elevada monta, os quais foram financiados em boa parte com capital dos privados, dando-se como exemplo a construção e exploração da Ponte sobre o Tames Queen Elisabeth II.

Em momento ulterior, em 1989, John Major, Primeiro-Ministro Britânico, aboliu estas regras pelo facto de as mesmas terem «atingido o seu período de vida útil». Abre-se assim, sobretudo a partir de 1992, caminho para o surgimento de um novo modelo de colaboração entre o sector público e o sector privado assente na «co-responsabilidade» e na repartição de riscos, denominado de «*Project Finance Initiative*», o qual conheceu forte expansão na época do Thatcherismo.

Sobre a origem histórica e política, assim como, sobre as formas de «colaboração público-privada» no Reino Unido, vide A.A.V.V., *Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos Administrativos y Financieros*, La Ley, 2009, pp. 41 e seguintes.

<sup>447</sup> Sobre as origens e sobre a análise de risco de crédito neste tipo de contrato, vide GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Project Finance», in *Miscelâneas*, nº3, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (IDET), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 115 e seguintes; pp.125 e seguintes.

<sup>448</sup> A propósito do «*project finance initiative*», vide ROSSANNA D'ONZA GARCÍA, «Estructura del Project Finance en proyectos de obra pública: aspectos jurídicos generales más relevantes», in *La Colaboración Público Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Aranzadi, Madrid, 2011, pp. 225 e seguintes. Sobre o aspecto relevante que se prende com a assunção do risco em virtude do financiamento, vide ANTONIO J. BUENO HUDSON, «La acotación del riesgo en la financiación estructurada de un Project Finance», in *La Colaboración Público Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Aranzadi, Madrid, 2011, pp. 257 e seguintes; A.A.V.V., *Contratos, Adjudicaciones y Concesiones de la Administración Pública. Contratti, Aggiudicazioni e Concessioni dell' Amministrazione Pubblica*, IV Coloquio Italo-Español, Tribunal Supremo, Madrid, 2002, pp.64 e seguintes.

<sup>449</sup> Esta técnica de financiamento funda-se na lógica economicista que visa o lucro: os sponsors ou promotores do projecto financiam um dado projecto desejado e lançado pelo Estado ou outra entidade pública, porque acreditam na sua viabilidade económica e, assim injectam o capital necessário à «edificação» desse projecto e vão fazendo-se pagar ao longo da vida da obra, com os devidos juros, pelo que investiram, auferindo o lucro pretendido mediante os fluxos de caixa alcançados pela exploração da obra. Neste contexto, verificamos que o «desenho de obra» a que o project finance se enquadra na perfeição é aquele em que existem infraestruturas destinadas à produção de bens ou prestação de serviços de interesse geral ou de interesse público, designadamente as seguintes: a) obras públicas cuja utilização seja remunerada pelos utentes, através de tarifas (como água, luz, telefone), portagens (como pontes, auto-estradas) ou taxas (como aeroportos); b) exploração, manutenção e conservação dessas obras públicas por parte dos próprios promotores que conceberam, projectaram, edificaram e financiaram o

Nos países europeus, em que se insere Portugal<sup>450</sup>, o recurso a esta modalidade de financiamento de obras públicas, afectas ao interesse geral, radicou no Pacto de Estabilidade e Crescimento, nascido do Tratado de Maastricht (1992), em que foi assumido o compromisso por parte dos Estados membros em não ultrapassar o tecto máximo de 3% de endividamento ou de despesa pública, denominado de «desorçamentação».

As restrições orçamentais resultantes deste limite máximo de despesismo público configuram os critérios de convergência para a entrada e permanência no «Euro» e vieram a contribuir para profundas alterações na forma como o Estado e outras entidades públicas contratam, entre si e com particulares, caracterizadas por uma manifesta viragem para formas privatísticas de proceder, de contratar e de actuar.

Deste modo, o Estado e outras entidades públicas revelam a sua preferência na opção pela «PFI», num determinado circunstancialismo económico, financeiro ou social, em regra, reconduzível a uma destas situações: a) quando a necessidade em obter investimento seja tão premente que mostre ser exigível, uma adequada e correcta gestão de riscos associada à construção/entrega de infra-estruturas e prestação de serviços; b) o carácter dessas infraestruturas e dos serviços, assim como, os respectivos riscos, permitam perspectivar os custos a longo prazo; c) a natureza do serviço em causa imponha ao parceiro público a priorização e definição das necessidades colectivas em termos de «*output*», que habilite que o vínculo contratual assumido entre ambos os parceiros assegure uma prestação desses serviços e bens, efectiva ao longo do tempo, assim como, uma partilha sustentável dos respectivos riscos.

Como já referido anteriormente, através desta modalidade contratual, sobre o parceiro privado recai as tarefas ao nível da realização e gestão de infraestruturas basilares para a sociedade e para a economia, de entre as quais, sublinhamos os hospitais, escolas, prisões e auto-estradas. E, em contrapartida, o parceiro privado obtém o retorno do seu investimento inicial, bem como, a devida remuneração pelos serviços prestados mediante o pagamento regular por parte do parceiro público e não através da cobrança directa junto dos utentes, beneficiários dessas obras ou serviços.

---

projecto; c) coligações contratuais, como empreitadas, fornecimentos, financiamentos, garantias, seguros, gestão, serviços de apoio técnico e especializado (consultoria), entre outros.

Por isso, as técnicas pelas quais se desenvolve o «project finance» são preferencialmente as seguintes: a) BOT – Build, Operate and Transfer, em que a Special purpose Vehicle idealiza, concebe e constrói a obra, gerindo e explorando-a enquanto a concessão dura, após a qual transfere-a para a entidade concedente, o Estado; b) BOO – Build, Operate and Owned, em que não ocorre qualquer transferência da obra para o Estado.

Neste sentido, *vide* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2002, pp.435 e seguintes.

<sup>450</sup> *Vide*, o Decreto-Lei nº 9/97, de 10 de Janeiro que visa estabelecer o modelo de concepção, construção, financiamento, exploração e conservação em regime de «*project finance*», do Plano Rodoviário Nacional, com portagens reais e efectivas, assim como o Decreto-Lei nº 267/97, de 2 de Outubro que regulamenta a concepção, construção, financiamento, exploração e manutenção em regime de portagens virtuais, ou seja, sem cobranças aos utentes. Este facto, no entender de JOÃO CALVÃO DA SILVA, constitui uma «degradação da figura do *project financing*». Neste sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2002, pp.437.

Ainda acerca da remuneração concedida ao parceiro privado, existem diversos modos ou índices aos quais se podem recorrer para proceder ao seu cálculo, como designadamente, o grau de disponibilidade da obra ou do serviço ou, então, a frequência de utilização dessa obra ou da prestação desse serviço<sup>451</sup>.

É curioso constatar que, juridicamente, no Reino Unido, a expressão «Parceria Público-Privada» aparece terminologicamente confundida com a expressão «*Private Finance Initiative*», sendo a vasta maioria das vezes, associadas uma à outra através da utilização da sigla «PPP-PFI». Importa sublinhar, contudo, que a «PFI» constitui somente uma das modalidades ou formas, pela qual a parceria público-privada poderá manifestar-se<sup>452</sup>.

A «*Private Finance Initiative*» consiste no contrato pelo qual o sector público e o sector privado colaboram, durante um longo período de tempo, entre quinze e trinta anos, relativamente à aquisição de serviços tendo por fim um investimento em infraestruturas ou activos, possuindo determinadas características.

São, entre outras, as seguintes características que conjuntamente consideradas nos oferecem um retrato de uma «PFI»: a) o sector privado tem a missão de proceder à construção ou manutenção da infra-estrutura com vista à provisão dos serviços solicitados. Nestes termos, a «PFI» implica o desenvolvimento essencialmente de duas fases<sup>453</sup>, uma de construção e a outra de gestão; b) em regra, o parceiro privado, qualificado de «*special purpose vehicle (SPV)*» é uma empresa destinada especificamente à realização do projecto que pode ter um ou mais accionistas; c) mediante a realização de sub-contratos, o risco que é, à partida, assumido pelo parceiro privado (SPV) acaba por ser transferido para outras entidades, *maxime* para as suas próprias accionistas; d) com vista ao financiamento (privado) das obras e da construção contratualizada com o sector público, o parceiro privado recorre a uma combinação de capital, formado por «*equity*» e «*debt*» (empréstimos junto da Banca); e) o parceiro privado obtém a correlativa remuneração pela sua construção ou serviço prestado, mediante um pagamento unitário que abrange os juros e a amortização. Este pagamento contempla igualmente os accionistas do SPV e inclui um montante baseado no custo operacional estimado com a provisão dos serviços e manutenção das infraestruturas e bens; f) O parceiro privado ocupa-se

---

<sup>451</sup> Vide, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 58.

<sup>452</sup> Neste sentido, vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 59.

<sup>453</sup> Mais específica e detalhadamente, podemos elencar como sendo fases do «*project finance*» as seguintes: a) concepção do projecto, em que se pondera a viabilidade económica do mesmo e procede-se à respectiva estruturação financeira, ou seja, faz-se uma análise sobre o capital a ser investido, próprio e com recurso ao crédito, sempre tendo em consideração com o “retorno” ou lucro expectável; b) realização ou execução do projecto, caracterizado pela constituição da SPV, pelo início dos trabalhos e respectiva fiscalização; c) gestão, exploração, manutenção e conservação da obra a ter lugar até ao fim do projecto. Neste sentido, vide JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2002, pp.438 e 439.

da garantia da qualidade na gestão e entrega dos serviços prestados, em conformidade com as condições estipuladas contratualmente<sup>454</sup>.

Apesar das virtualidades e valências claramente assumidas pelo Reino Unido a propósito do recurso a esta modalidade contratual, «PFI», na verdade, ela revela-se de todo em todo, inadequada, quando temos em consideração o «*Value for Money*» perante um determinado contexto<sup>455</sup>.

Na realidade, quando não se encontram presentes cumulativamente as condições de financiamento e de controlo do serviço público ou, então na circunstância em que o sector público careça de uma componente de elasticidade no curto prazo, por força de modificações exigentes pela sua velocidade, designadamente no que se prende com a exigibilidade social por parte do cidadão-utente na prestação de um dado serviço, aquela modalidade contratual tende a revelar-se inadequada e inapta a dar as soluções necessárias.

Outra situação perfeitamente plausível do ponto de vista objectivo e económico, é aquela relacionada com a necessidade de realizar um investimento de somenos relevância e dimensão, ao ponto de se revelar absolutamente desproporcionado incorrer nos custos e riscos associados à celebração de uma «PFI», quando comparados com os respectivos benefícios.

É interessante verificar que existem duas alternativas principais à opção pela «PFI», por um lado, a «concessão» («*concessions*»)<sup>456</sup> e, por outro lado, a denominada «parceria de infraestrutura estratégica» («*Strategic Infra-Structure Partnership*» ou «*SIP*»), consoante os objectivos pretendidos e riscos envolvidos. Ainda assim, apesar de existirem estas modalidades de parceria público-privada, igualmente apelativas, quer de um ponto de vista económico, quer ao nível da eficiência, a realidade mostra que a «PFI» continua a ser a tipologia mais utilizada pelo Estado quando colabora com o sector privado, por várias ordens de razões.

---

<sup>454</sup> São operadores ou players no «*project finance initiative*» os seguintes: a) promotores ou sponsors, os quais ocupam-se de tratar da concepção e edificação do projecto; b) entidade pública que desencadeia o projecto em causa e que será a «concedente» da obra; c) investidores ou financiadores, que têm a missão de angariar fundos de manuseio, para financiar a obra. É o caso de grandes consórcios bancários que aglomeram Bancos nacionais e estrangeiros, Banco Europeu de Investimento, Fundo Social Europeu, mas também sociedades financeiras de leasing e de factoring; d) projectistas; e) engenheiros, técnicos, empreiteiros e subempreiteiros; f) gestores; g) garantidores como a Banca, Seguradoras e o Estado; h) Consultores externos; i) adquirentes ou utentes do bem ou serviço público mediante o pagamento de tarifas, taxas, portagens. Deixamos para o fim, a nosso ver, o principal interveniente no projecto: a sociedade do projecto financiado ou entidade «concessionária» (SPV – special purpose vehicle). Este player ou interveniente é, indubitavelmente, a pedra estante em que assentam os fundamentos de todo o «project finance» e sem a qual este não existe. Senão vejamos.

O SPV gere o capital de risco atribuído pelos promotores e emprestado pelos financiadores. As suas principais funções são organizar e gerir o projecto, ocupando-se da miríade de operações financeiras e jurídicas em que se consubstanciam a teia de contratos e de financiamentos.

<sup>455</sup> Neste sentido, vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Alameda, Coimbra, 2009, pp. 60.

<sup>456</sup> Vide, a este respeito, A.A.V.V., *Contratos, Adjudicaciones y Concesiones de la Administración Pública. Contratti, Aggiudicazioni e Concessioni dell' Amministrazione Pubblica*, IV Coloquio Italo-Español, Tribunal Supremo, Madrid, 2002, pp.63 e seguintes.

A primeira razão prende-se com o facto de a «PFI» ser como que “geneticamente programada” para projectos imensamente exigentes em termos de capital investido, permitindo ao parceiro público (Estado) definir os objectivos pretendidos. Ao mesmo tempo, que ao parceiro privado é exigido o financiamento dos activos e é conferida ampla margem de liberdade na sua actuação, na estritíssima medida em que potencie da melhor forma o seu saber e experiência na prestação de um determinado serviço e na gestão dos riscos associados.

O recurso à figura da «concessão» tem como desideratos a construção, a provisão e/ou a manutenção de auto-estradas, porquanto demonstram ser particularmente adequadas a projectos que apresentem um objectivo definido em termos objectivos e taxativos, com um grau de previsibilidade e de certeza ao nível da provisão, a qual seria perdurável ao longo da vida do contrato e, claro, quando existisse um «nicho de mercado» para o serviço que viria a ser prestado, ou seja, face aos quais os consumidores revelassem interesse/necessidade estando disponíveis para pagar<sup>457</sup>.

A «concessão» mostrava-se muito apelativa ao sector público, também na circunstância em que a utilização do «activo» (v.g. infraestrutura) fosse quantificável em termos simples e claros. Outros dois aspectos principais que conduziam à escolha da «concessão» como modalidade contratual a ser adoptada pelo sector público, prendiam-se com a influência, experiência e especial aptidão que o seu parceiro privado – o concessionário – possuísse na “franja” de mercado em que o parceiro público estivesse disposto a «apostar», na estrita medida em que fosse capaz de atrair a “procura”, associado ao facto de as «concessões» poderem ser, simultaneamente, independentes do ponto de vista económico e co-envolverem-se dinamicamente com a infraestrutura ou serviço em causa.

Com efeito, é fácil compreender os motivos pelos quais a «concessão» capta o interesse dos diversos agentes económicos, quer do sector público, quer pertencentes ao sector privado. E, tal interesse revela-se ainda mais manifesto, senão mesmo «ostensivo», nas obras públicas mais megalómanas, verdadeiros alicerces de um país, como as já referidas auto-estradas, como ainda as pontes, portos e ferrovia.

Da perspectiva do sector público, porque carecido de grandes infraestruturas, de «raíz» económica e social, para uma população cada vez mais crescente e progressivamente mais socialmente consciente («socially aware») e, enquanto tal, reivindicativa. Da óptica do sector privado, pela clara obtenção de avultadas somas de lucro, associadas necessariamente

---

<sup>457</sup> Neste sentido, vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 60, caixa 6.

àquele tipo de infraestruturas, de enorme dimensão e preponderância no papel desempenhado na economia de um país, em termos profundamente estruturais.

Apesar de não pretendermos, por ora, desenvolver a temática sobre as «concessões», porquanto é um ponto tratado autonomamente neste estudo, consideramos, contudo, ser de interesse a indicação de algumas das suas características mais marcantes.

São elas: a) a intervenção do parceiro público fica condicionada à garantia da boa concretização do projecto. Intervenção, essa, que seguirá uma espécie de “guião” inicial, previamente estipulado, no qual são definidos os exactos termos da atribuição da «concessão», da cobrança de taxas, assim como, da regulação/fiscalização que exercerá sobre a actuação do parceiro privado; b) por seu turno, o parceiro privado (concessionário) deverá alcançar determinadas metas contratualmente subscritas, fixadas pelo parceiro privado; c) revestem-se, à partida, de isenção de custos para o parceiro público, podendo eventualmente, haver lugar a subsídios estaduais. Assim é, visto que a lógica concernente à remuneração do concessionário opera-se por meio do pagamento directo de taxas cobradas junto do utente-beneficiário; d) o risco é assumido pelo concessionário, em termos parciais ou em regime de exclusividade.

No caso das auto-estradas, é através da cobrança de portagens que o concessionário obtém a contrapartida do seu investimento e o pagamento pela sua actividade, mais precisamente pelo custo arcado com a construção e o desenvolvimento da infraestrutura, a qual torna-se propriedade (“é revertida”) do Estado, após o termo do período estipulado para a «concessão»<sup>458</sup>.

Em traços breves, podemos dizer que ao parceiro público compete estabelecer o enquadramento jurídico à luz do qual a «concessão» vai ser implementada, desenvolvida e concretizada, desempenhando, por outra banda, também funções de regulação sobre a boa execução do contrato e sobre a correcta, oportuna e adequada actividade do concessionário.

No que à segunda alternativa apontada à modalidade «PFI» concerne, ou seja, a «*Strategic Infra-Structure Partnership*» («SIP»), podemos afirmar que se trata de um contrato celebrado, em regra, em regime de exclusividade que vincula imperativamente o parceiro privado a um constante e contínuo aperfeiçoamento do projecto por si realizado, por força do «*know-how*» adquirido durante a vida do contrato. Um exemplo paradigmático, britânico, é a construção dos «*Building Schools for the Future*», decorrente da reforma política no âmbito da educação, fruto da iniciativa do poder local ou autárquico<sup>459</sup>.

---

<sup>458</sup> Neste sentido, vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 63.

<sup>459</sup> Neste sentido, vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 61. Vide, igualmente, o estudo desenvolvido relativamente à experiência britânica, embrionária e



Deste modo e, dito de um modo mais rigoroso, a «SIP» consiste no contrato celebrado entre o parceiro público contratante e o parceiro privado, com vista à concepção e realização de um leque mais ou menos vasto de projectos que se encontram relacionados com a implementação de infraestruturas ao longo de um período de tempo.

Pese embora o que foi supra mencionado acerca da «exclusividade» deste contrato celebrado entre o sector público e o sector privado, na realidade, nada obsta a que a «SIP» seja realizada numa «base concorrencial», à qual se atribui a denominação de «*Parceria Concorrencial*»<sup>460</sup>.

Neste contexto, relativamente à sua natureza, entende-se de que se trata de uma modalidade de parceria «aberta» e de cariz «concorrencial», porque o processo de selecção conducente à escolha dos vários parceiros privados do Estado, será realizado de entre uma multiplicidade de concorrentes que melhor aptidão e condições técnicas, económicas, financeiras e ao nível da sua experiência profissional revelem. Com efeito, será um leque de parceiros da esfera privada que irão participar, conjuntamente com o Estado, na «SIP», assegurando a satisfação das necessidades colectivas previstas no «programa de larga escala» em que assenta o contrato.

Esta tipologia de parceria é normalmente considerada como o modelo contratual ajustado e conveniente, quando exista uma miríade de etapas ou vários fornecedores locais na implementação de tipos de trabalho similares ou, ainda quando existam fortes benefícios com um planeamento de infraestruturas e de trabalho concretizado pelo parceiro privado.

Factores de considerável relevância, designadamente económica e financeira são tidos em consideração no momento em que o Estado escolhe a «*parceria concorrencial*». É o caso de se concluir que o dispêndio em *custos* e *tempo* é muito superior ao expectável e desejável, se o desenvolvimento de cada parcela do programa ocorrer em separado e de modo estanque.

Para além deste aspecto, quando a finalidade central e motriz da contratualização por parte do Estado é a *melhoria contínua* da qualidade e eficiência do serviço a prestar, então a «SIP» surge como o modelo a seguir. Por outro lado, na perspectiva do parceiro público, a consciência clara das infraestruturas de que necessita e pretende, mas simultaneamente, a incerteza quanto às fases da obra e aos respectivos períodos de tempo, faz com que, mais uma vez, surjam enaltecidas as valências deste tipo de parceria.

---

paradigmática, do recurso à parceria público-privada, de MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 137 a 154.

<sup>460</sup> Neste sentido, vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 62, caixa 6.

Observando a realidade britânica, a opção pela «PFI» é manifesta e o balanço dos projectos concebidos e desenvolvidos nela assentes são sobejamente positivos, em grande parte, devido à existência de uma efectiva e real partilha de riscos entre o Estado e o seu parceiro privado. Partilha de risco, esta, que se procede do seguinte modo: de um lado, o sector público avoca o risco de procura relativamente a activos que adquire, o risco de inflação e outros riscos financeiros, a maioria dos quais, de origem política. De outro lado, o sector privado assume o risco respeitante à construção, aos activos, à entrega/prestação dos serviços, bem como, o risco de procura quando utilize, ele próprio, o activo produzido.

Entre outros factores que contribuem para o êxito da «PFI», podemos indicar o cumprimento escrupuloso da estratégia de investimento público constante do «Livro Verde sobre as PPP's», que passa pelo crivo de uma séria avaliação do «*Value for Money*», após ser tido em consideração o «*Financial Statement and Budget Report*» e as «contas sectoriais».

Destes dois documentos, constam os custos unitários da «PFI» que são abrangidos pelos valores totais de despesa correntes, os quais se fazem acompanhar de uma absoluta transparência ao nível da contabilidade e de um rígido controlo financeiro.

## 2.2. A Experiência de França e o «*Contrat de Partenariat Public-Privé*».

Em França, a modalidade de parceria público-privada que recebeu maior acolhimento foi, incontornavelmente, a que se dá a denominação de «*Contrat de Partenariat Public-Privé*»<sup>461</sup>, a qual é, de resto, dotada de uma especificidade muito própria quando comparada com outras realidades jurídicas no espaço comunitário<sup>462</sup>.

A finalidade primacial que se encontra na base do recurso a esta figura centrou-se na necessidade que França sentia, enquanto, país europeu de ganhar competitividade, ultrapassando uma certa passividade tecnológica e infraestrutural, mediante a adopção de práticas utilizadas por outros países e desenvolvidas no seio internacional como forma de catapultar a colaboração entre o sector público e o sector privado.

Até ao ano de 2004, a realidade jurídica francesa caracterizava-se pela ausência legislativa sobre a parceria público-privada, inexistindo uma definição legal. Todavia, a partir

---

<sup>461</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 155 a 160, assim como, FRANÇOIS LLORENS, *Contrat d'Entreprise et Marche de Travaux Publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, *Bibliothèque de Droit Public*, Tome CXXXIX, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1981.

<sup>462</sup> Neste sentido, MARIA EDUARDA AZEVEDO expressa a seguinte ideia, acerca do «*Contrat de Partenariat Public-Privé*»: «(...) que representa, aliás, a marca singular da política nacional francesa em matéria de parcerias com o sector privado e confere ao país um lugar de destaque no panorama parceria público-privada (...). Refere, esta autora, ainda sobre o carácter verdadeiramente inovador da «parceria francesa» que «(...) em 2004, a criação do “*Contrat de Partenariat Public-Privé*” introduziu uma categoria particular de contrato administrativo, *sem paralelo em termos de direito comparado* (...)». (itálico nosso) vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 155.

daquele momento, foi criada a categoria especial de contrato administrativo que não se destinava a proceder a uma «reforma substitutiva ou revogatória» da tipologia de contratos administrativos e de institutos jurídicos clássicos.

Pelo contrário, tinha por traço distintivo e inovador, a enriquecedora combinação ou, dito doutro modo, a cumulação entre as virtualidades da «*contratação pública tradicional*» («*marchés publics*») e as exigências inerentes à «*délégation de service public*» («concessão privada»), com vista a alcançar uma «forma específica de associação das empresas privadas ao investimento e à exploração de infraestruturas e serviços públicos»<sup>463</sup>. Deste modo, eis que do engenho jurídico criativo francês nasceu o «*Contrat de Partenariat Public-Privé*», constituído por um conjunto de elementos essenciais, como o carácter duradouro e global da relação contratual e a respectiva forma de remuneração.

O Estado Francês recorre com frequência a esta modalidade de parceria público-privada, em virtude de esta permitir incrementar o nível de investimento e melhorar substancialmente a qualidade e eficiência dos serviços públicos que são prestados à população, ao mesmo tempo que apela à intervenção das pequenas médias empresas, as quais são o motor da economia, tornando esta mais competitiva.

Estas empresas também têm, por isso, muito a ganhar com «*Contrat de Partenariat Public-Privé*», porquanto são incentivadas a desenvolver as suas competências específicas num dado sector de mercado e, ainda, vêm-se forçadas a adaptar e inovar os seus modelos de gestão à nova realidade competitiva no seio da União Europeia.

Esta modalidade de parceria público-privada encontra-se dependente da verificação cumulativa de dois pressupostos. São eles, os seguintes.

Em primeiro lugar, a «*complexidade*» ou «*urgência*» dos projectos pretendidos pelo Estado e, de outro passo, o reconhecimento da incapacidade do sector público em definir, com rigor e precisão, as especificações técnicas ou em concretizar a complexa montagem jurídica e

---

<sup>463</sup> Historicamente, como refere NAZARÉ COSTA CABRAL, na segunda metade do século XIX, a França utilizou a «concessão» para financiar as suas infraestruturas como a ferrovia, electricidade e distribuição de água, levadas a cabo por investidores privados e pela Banca. Mas, a grande crise da década de trinta, iniciada com o «*Crash*» bolsista dos EUA (1929), a qual se alastrou por toda a Europa, marcou uma viragem no “modo de ser económico” do Estado. Com efeito, deixou de ser liberal, para passar a adoptar uma conduta centralizadora, dirigista e Keynesiana perante a economia, caracterizado por inúmeras nacionalizações e pela criação de empresas públicas dele, dependentes.

Deste modo, podemos desenhar uma linha de evolução histórica que separa em compartimentos quase estanques, entre de um lado, o “sistema dirigista de gestão directa” (*marchés publics*) e, de um outro lado, o “sistema de PPP baseado na concessão privada” (*délégation de service public*).

Seja como for, como salienta esta autora, as concessões não desapareceram, ao invés foram-se adaptando aos novos circunstancialismos, reconformando-se ao assumir formas jurídicas diferenciadas, principalmente a um nível local ou municipal, em finais da década de oitenta. Posteriormente, nos anos noventa, as concessões aparecem revigoradas, mas sob a forma de Parcerias Público-Privadas, sobretudo em grandes projectos destinados à construção de infra-estruturas dotadas de enorme peso económico e social, como rodovias, ferrovias, transportes, tratamento de resíduos, distribuição de água, electricidade, e, até mesmo, serviços relativos a funerais, mas também a escolas, a cantinas e a outras instalações de lazer. Vide, sobre o que foi ora exposto, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 11 e 12, nota de rodapé nº1. E ainda, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 155.

financeira. Em segundo lugar, em termos globais, os custos e os riscos envolvidos terão de ser inferiores ou, pelo menos, justificáveis à luz dos benefícios decorrentes desta PPP, quando comparados com outras alternativas contratuais, designadamente, quando confrontados com as virtualidades, valências e experiências obtidas com as formas de contratação pública tradicional.

Por «*complexidade*» entende-se que seja a incapacidade sentida por parte da entidade pública que pretende contratar, em definir em termos objectivos, as especificações técnicas do projecto que será a base da parceria, assim como, os respectivos esquemas jurídicos e financeiros inerentes àquele<sup>464</sup>. No que se refere à «*urgência*», esta, prende-se com a necessidade de proceder, em período de tempo razoável, à construção das infraestruturas e prestação de serviços públicos que, pela sua relevância e premência para o bem-estar da colectividade, não se compadecem com as demoras e procedimentos pesados e burocráticos que normalmente andam associados às formas clássicas de contratação pública, justificando-se, assim, o recurso ao «*Contrat de Partenariat Public-Privé*».

Se se considerar que existe «*urgência*», o projecto será levado por diante mediante o desenvolvimento de um procedimento caracterizado pela sua celeridade e simplificação («*fast-track*»). Se, por outro lado, apurar-se que existe «*complexidade*», então, nesse caso, será iniciado o procedimento de diálogo concorrencial, a par de inúmeras audições e discussões que terão por finalidade permitir a autoridade estadual determinar já com algum grau de exactidão, o conteúdo pretendido para o «*Contrat de Partenariat Public-Privé*»<sup>465</sup>.

Importa salientar que para além dos critérios concernentes à «*complexidade*» e à «*urgência*» subjacentes à celebração e à implementação de uma parceria público-privada, a reforma da *Ordennance* de 2004, adicionou, como alternativa àqueles, os critérios<sup>466</sup> da «*garantia da satisfação do interesse colectivo*» e a necessidade de «*demonstração por parte do sector público da cabal eficácia da PPP*», com vista a desburocratizar, simplificar e incentivar o recurso ao «*Contrat de Partenariat Public-Privé*»<sup>467</sup>.

Observando a realidade francesa, no que particularmente respeita a esta nova figura contratual, apraz-nos mencionar alguns aspectos, acerca dos seus benefícios e das suas desvantagens.

---

<sup>464</sup> Vide, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 156, nota de roda-pé nº442.

<sup>465</sup> Neste sentido, Vide, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 157, nota de roda-pé nº446.

<sup>466</sup> Sobre os critérios essenciais de distinção entre o «*contrat d'entreprise*» e o «*marché de travaux publics*», vide FRANÇOIS LLORENS, *Contrat d'Entreprise et Marche de Travaux Publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, *Bibliothèque de Droit Public*, Tome CXXXIX, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1981, pp. 15 e seguintes.

<sup>467</sup> Neste sentido, Vide, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 156, nota de roda-pé nº444.

O Tratado de Maastricht, perante o agudizar em espiral do endividamento exterior dos Estados, devido a elevadíssimos défices nas contas públicas e associado a técnicas de desorçamentação, veio a estabelecer determinadas imposições relativas ao tecto máximo de 3% endividamento que um Estado deveria assumir nos seus compromissos. E, nesta medida, o recurso por parte dos Estados às parcerias público-privadas, cujo investimento e assunção do risco recairia, em grande parte, sobre o parceiro privado, tornou-se uma espécie de fenómeno no domínio da contratação pública.

Assim, o Estado francês passou a utilizar sobejamente o «*Contrat de Partenariat*» com vista a obedecer àquele ditame comunitário, em quase todas as áreas, quer económicas, quer sociais, com excepção do domínio da «soberania».

Os objectivos do recurso a este «novo contrato» é a adopção de uma gestão mais estribada acerca do desenvolvimento dos projectos públicos, adquirindo «*inputs*» (activos) para a colectividade, de variada ordem, desde a construção de novas infraestruturas e bens, passando pela manutenção e renovação daqueles, com a menor oneração possível sobre o erário público.

Mas, independentemente da forte tendência que se prende com o recurso ao «*Contrat de Partenariat Public-Privé*» por parte do Estado, no momento em que “decide contratar”, a verdade é que este não inviabiliza nem contribui de modo notório ou relevante para a redução do recurso a outras formas de contratação pública tradicional, no que toca à colaboração do sector público com o sector privado. É, aliás, caso paradigmático deste facto, a «concessão», a qual continua a ser muito apelativa para a contratualização entre o Estado e privados, designadamente, na construção de auto-estradas.

Em França, após a incorporação da Directiva nº 2004/18/CE, de 31 de Março, no ordenamento jurídico interno, tem-se revelado como uma tendência, o recurso ao diálogo concorrencial para a selecção do projecto mais adequado à «modernização acelerada» dos hospitais, sob a designação de Plano «Hôpital 2007».

Esta missão estadual vocacionada à satisfação plena do interesse público «saúde», traduzida em ganhos de eficiência e de qualidade, de que o Plano «Hôpital 2007» é exemplo-charneira, tem sido concretizado mediante a modalidade de PPP, assumida sob a forma de «*Contrat de Partenariat Public-Privé*». Este tem por finalidade a construção, reconstrução e extensão de unidades de unidades hospitalares, de reconstrução de serviços clínicos ou médico-técnicos e de criação de bases logísticas para oferecer este tipo de serviço em vários estabelecimentos de um mesmo centro de saúde<sup>468</sup>.

---

<sup>468</sup> Neste sentido, Vide, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 160, nota de roda-pé nº 456.

### 2.3. A Experiência de Itália e a figura do «Promotore».

Atentando no ordenamento jurídico-administrativo italiano, assistimos a uma crescente relevância do instrumento contratual no desenvolvimento normal da Administração, na prossecução do interesse público que, anteriormente era levado a cabo por típicos «actos unilaterais de autoridade».

Eis, que hoje em dia, o recurso intensivo ao «contrato», de natureza mais dinâmica e apelativa à sociedade civil, que pretende participar na concretização do interesse público que directamente lhe respeita, contribuiu de modo significativo para um «*modello di amministrazione “per contratti”*»<sup>469</sup>. Este novo modelo administrativo assenta numa Administração desprovida da sua veste de autoridade, sendo um modelo marcadamente mais «consensual» do que «autoritário» («*moduli autoritativi e coercitivi*»)<sup>470</sup>.

Na verdade, o particular é chamado a intervir activamente, não sendo mais um mero espectador numa realidade em que ele próprio é o protagonista. O particular agora tem “uma palavra a dizer”, ou seja, a Administração para prosseguir as suas funções de distribuidora e de prestadora do «*servizio pubblico*», de modo mais eficiente, leve, desburocratizado e até mais especializado («*economicità e speditezza*»), carece do consentimento do particular, sem o qual não consegue alcançar aquele desiderato tão caro ao «*Stato Sociale*». Assiste-se, pois, no âmbito da actividade da Administração Pública a uma «*sostituzione d’ il comando per l’ accordo*».

Deste modo, é curial afirmar que em Itália, à semelhança de Portugal, também não é estranho o fenómeno de contratualização da actividade administrativa<sup>471</sup>, em virtude da denominada *fuga para o privado* por parte da Administração Pública: «Il contrato, quale

---

<sup>469</sup> Neste sentido, vide ALESSANDRO CROSETTI, *L’ Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione. Aspetti evolutivi*, Università degli Studi di Torino, Istituto di Diritto Pubblico, G. Giappichelli Editore, Torino, pp.121 e seguintes.

<sup>470</sup> «Il ricorso all’ attività di diritto privato, e con essa allo strumento Contrattuale, pur se visto ancora in un atteggiamento di devianza rispetto alla tipicità dell’ agire jure imperii e nella veste di autorità, ha, comunque, contribuito non poco ad alimentare l’ affermarsi di quei due principi, oggi ampiamente riconosciuti nell’ esercizio della funzione amministrativa, di alternatività e di scienza dell’ amministrazione». Este Autor considera que no contexto actual, a Administração actua mais como um particular do que como um ente de autoridade, dotado do seu ius imperium, que a todos tradicionalmente se impunha. Com efeito, hoje, «l’ Introduzione dello strumento Contrattuale nell’ agire pubblico, ha chiaramente e, per la prima volta in sede di diritto positivo, confermato quell’ ampia capacità negoziale degli enti pubblici, cui in precedenza si è dedicata attenzione e che ha trovato puntuale riferimento anche in giurisprudenza». Assiste-se portanto à reconformação do princípio juspublicístico originário ou primitivo «il dovere di raggiungere il massimo utile pubblico con il minimo sacrificio privato» pelo binómio «autorità-libertà» e, acrescentaríamos nós, quicá «igualità», na medida em que a igualdade ou, pelo menos, a ideia de paridade é indissociável da noção de contrato, acordo ou consenso. Neste sentido, vide ALESSANDRO CROSETTI, *L’ Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione. Aspetti evolutivi*, Università degli Studi di Torino, Istituto di Diritto Pubblico, G. Giappichelli Editore, Torino, pp.113, 117 e seguintes.

<sup>471</sup> Acerca da “nova” realidade da actividade administrativa em Itália, caracterizada pela “progressiva afirmação de uma Administração pelo Contrato”, vide ALESSANDRO CROSETTI, *L’ Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione. Aspetti evolutivi*, Università degli Studi di Torino, Istituto di Diritto Pubblico, G. Giappichelli Editore, Torino, pp.45 e seguintes; pp.140 e seguintes, assim como, GIUSEPPE FAZIO, *L’ Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione*, Vol.I – Amministrazione Diretta, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp.3 e seguintes.

momento di incontro di libere volontà, è lo strumento attraverso il quale la pubblica amministrazione realizza la sua attività di diritto privato»<sup>472</sup>.

A concretizar esta nova tendência, ELENA BRANDOLINI refere que «(...) non tutte le funzioni sono espressione di potere poiché la pubblica amministrazione può, in determinati settori, soprattutto in ambito contrattuale, agire attraverso attività giuridica di diritto comune all' uopo utilizzando i negozi di diritto privato in cui essa non agisce iure imperii bensì iure gestionis (attività amministrativa di diritto privato) mentre l' attività resta qualificata come amministrativa, poiché attiene sempre alla cura di un interesse pubblico, ma si svolge mediante istituti e norme di diritto privato»<sup>473</sup>.

Mas, se o contrato é um instrumento a que a Administração recorre frequentemente e cada vez mais na prossecução do interesse público, também é verdade que as «tradicionais preocupações» com a garantia relativa à efectiva concretização do mesmo, também em Itália se suscitam: «Il ricorso, da parte dell' amministrazione, allo strumento contrattuale ha da sempre posto il problema della conciliabilità tra l' autonomia contrattuale propria dei soggetti privati e il múnus, ossia la cura dell' interesse alieno, *pubblico per eccellenza*.

L' amministrazione infatti deve dare sempre conto delle ragioni di interesse pubblico che la inducono ad utilizzare lo strumento negoziale (...) mediante il ricorso alla autonomia privata. (...) attraverso una serie di controlli atti a garantire *l'effettiva realizzazione dell' interesse pubblico perseguito*»<sup>474</sup>.

Ainda a respeito do desenvolvimento da actividade administrativa por meio de «contrato», importa trazer à colação o ensinamento de GIOVANI LEONE no sentido de considerar que «quando il soggetto isercita funzioni o svolge servizi pubblici, i quali in via ordinaria e generale sono espletati dagli organi dello Stato, assume un ruolo di stretta collaborazione o quasi di identificazione – per via del raggiungimento dello scopo – com gli agenti pubblici: onde non

---

<sup>472</sup> A figura do contrato tem uma posição tão predominante na vida da Administração Pública italiana, que existe todo um feixe de tipologias contratuais em função das relações jurídico-contratuais que a entidade pública desenvolve no decurso da sua actividade, seja ela tipicamente administrativa, seja mista ou até de cariz privatístico. Senão vejamos.

Temos, pois, o contrato: a) ordinário ou de direito público - «(...) che qualunque soggetto può concludere usando della propria autonomia privata e delle norme di diritto privato. (...) che una delle parti sai un' amministrazione pubblica tanto è che le parti bem possono porre in essere formule convenzionali, miste o atipiche, purché nel rispetto del limite della meritevolezza della causa; b) especial - «che sono retti da norme di diritto privato special ovvero da norme civilistiche di specie rispetto a quelle generali del Codice»; c) de objecto público ou de direito público - «I contratti ad oggetto pubblico, o di diritto pubblico, che si caratterizzano per l'incontro e la commistione tra provvedimento amministrativo e contratto (es.: le concessioni che si accompagnano alla concessione di un bene pubblico). Neste sentido, vide ELENA BRANDOLINI, "Premessa e Introduzione generale: Il sistema dell' evidenza pubblica", in *L'Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione*, Vol.I, CEDAM, Padova, 2005, pp.4 e 5; A.V.V., *Contratos, Adjudicaciones y Concesiones de la Administración Pública. Contratti, Aggiudicazioni e Concessioni dell' Amministrazione Pubblica*, IV Coloquio Italo-Español, Tribunal Supremo, Madrid, 2002, pp.17 e seguintes.

<sup>473</sup> Neste sentido, a respeito da actividade contratual desenvolvida pela Administração Pública, vide, ELENA BRANDOLINI, "Premessa e Introduzione generale: Il sistema dell' evidenza pubblica", *L'Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione*, Vol.I, CEDAM, Padova, 2005, pp.3, e acerca da autonomia privada da Administração Pública e do nascimento de um novo modelo de gestão administrativa (negócio como instrumento), vide ERNESTO NAPOLILLO, "L'Autonomia Privata della P.A., La gestione di Strumenti Negoziali ed I nuovi modelli di amministrazione funzionale", in *L'Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione*, Vol.I, CEDAM, Padova, 2005, pp.60 e seguintes.

<sup>474</sup> (italico nosso) Neste sentido, vide ELENA BRANDOLINI, "Premessa e Introduzione generale: Il sistema dell' evidenza pubblica", in *L'Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione*, Vol.I, CEDAM, Padova, 2005, pp.3.



appare insensato conferire ad essi la qualifica, sia pure in senso atécnico, di organi impropri o indiretti della pubblica amministrazione»<sup>475</sup>.

Este autor possui uma visão, assente na doutrina de ZANOBINI, autor por si citado, acerca da actividade administrativa que recorre à figura da «concessão» e a qual consideramos pertinente fazer menção: «egli há affermato che l' esercizio privato di funzioni e di servizi pubblici è «qualunque forma di attività privata, attraverso la quale vengono ad attuarsi fini propri dello Stato, o in generale di un ente pubblico»<sup>476 - 477</sup>.

Na verdade, é nesta senda da contratualização tendo como pano de fundo a «fuga para o privado» por parte da Administração, que também Itália vai adoptar as parcerias público-privadas como a sua “modalidade contratual preferida”. Realmente, hoje, podemos afirmar que tal como em Portugal, em Itália estão reunidas as condições económicas, políticas e sociais, que vão servir de terreno fértil para a disseminação das PPP's na construção, edificação e manutenção de infraestruturas pesadas do país.

O contexto actual marcado pela forte crise económica e simultaneamente por um Estado Social débil e enfraquecido pelos sucessivos despesismos públicos ao longo de gerações e de orçamentos e crescentes reivindicações sociais de um povo, cada vez mais envelhecido, fomenta a necessidade de a Administração procurar apoio, designadamente, económico e financeiro junto dos privados, tornando-se por vezes, dependente destes no desempenho da sua função de prestadora de serviços públicos, o que conduziu paulatinamente à “delegação de funções sociais” nos privados, também financiadores desses serviços. Ora, deste ponto até à implementação e proliferação das parcerias público-privadas foi um «passo de bebé».

Um Estado Social dotado de uma pirâmide demográfica invertida, cuja população activa que «sustenta» o Estado Social é cada vez menor, ao mesmo tempo, que a população passiva, envelhecida, recebe pensões sociais e contribui para o acréscimo de gastos avultados com a doença e necessidades sociais de relevo que oneram significativamente o erário público, foi

<sup>475</sup> Neste sentido, vide GIOVANI LEONE, *Opere Pubbliche tra appalto e concessione*, CEDAM, Padova, 1983, pp. 41.

<sup>476</sup> Neste sentido, vide GIOVANI LEONE, *Opere Pubbliche tra appalto e concessione*, CEDAM, Padova, 1983, pp. 40.

<sup>477</sup> FRANCESCO DI RENZO pronuncia-se a respeito do à figura do «contrato» por parte da Administração, na prossecução do interesse público, da seguinte forma: «La sempre più vasta ingerenza dello Statomoderno in ogni branca della vita económico-sociale della collettività ha esteso enormemente questa attività, rendendo necessaria l' adozione di idonei strumenti giuridici, per redolarne l' applicazione ed assicurarne la legalità, nei quali mentre si affievolisce o scompare del tutto l' elemento autoritativo, acquista decisiva rilevanza l' applicazione di norme del diritto comune (...) caratterizzano questa parte dell' attività della pubblica Amministrazione. Ma tale attività, anche se regolata dal diritto privato, è sempre rivolta directamente o indirettamente al perseguimento di fini di interesse pubblico». Este Autor continua referindo a seguinte ideia, «la pubblica amministrazione attraverso l' attività di diritto privato non persegue in via indiretta un interesse pubblico, ma attraverso i negozi giuridici che realizza con questa attività, si provvede dei mezzi necessari per l' attuazione dei servizi pubblici». Ainda a respeito da actividade da Administração mediante a celebração de contratos, FRANCESCO DI RENZO salienta que «l'attività di diritto privato della pubblica Amministrazione, pur potendosi attuare in ogni genere di negozi, (...) trova principale rilievo amministrazioni ed i vari servizi dello Stato». Neste sentido, vide FRANCESCO DI RENZO, *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, Teoria e Pratica del Diritto, Giuffrè Editore, Milano, 1969, pp. 4 e seguintes. Acerca das diferentes categorizações de contratos celebrados pela Administração, pp. 7 e seguintes.

como que impelido de modo quase inexorável para as «mãos dos privados», munidos de fortes recursos financeiros e de elevado grau de experiência e *performance*.

Tendo em consideração a realidade italiana, as parcerias público-privadas, sobretudo as de tipologia contratual, possuem especial expressão e protagonismo no procedimento do «*promotore*»<sup>478</sup>, desde finais da década de noventa por força de imposições resultantes do Tratado de Maastricht. E, à semelhança dos demais Estados-membros, também Itália carecia de um mecanismo ou instrumento jurídico-financeiro que permitisse superar as lacunas ao nível das infraestruturas, aumentando o investimento público nos diversos âmbitos da economia e sociedade.

Neste país, tal como nos demais Estados europeus, a implementação da PPP não ocorreu de forma imediata, tendo sido fruto de um processo político de debate que visava dar resposta essencialmente a três ordens de questões, mencionadas por MARIA EDUARDA AZEVEDO<sup>479</sup>: a) «rigidez estrutural do sector das obras públicas»; b) «relutância do meio político em acolher esquemas financeiros arrojados»; c) «falta de um enquadramento jurídico ajustado ao funcionamento dos inovadores tipos de negócio».

A lei-quadro das obras públicas («Lei Merloni»)<sup>480-481</sup> veio preencher aquela omissão legislativa, que recuperou a «concessão de obra pública» enquanto modalidade contratual, com vista a contemplar a intervenção do privado em projectos de parcerias público-privadas.

A esta «concessão» reconheceu-se um amplo espectro de actuação, que abarcava inúmeras fases, tais como a concepção, construção, execução e gestão, as quais são tarefas típicas do «*Private Finance Initiative*».

---

<sup>478</sup> Em termos históricos, é interessante verificar que Itália possuía uma longa tradição no recurso às «concessões», como forma de combinar as vantagens da colaboração entre os sectores, público e privado, no que respeitava ao desenvolvimento de projectos públicos. Esta tendência sofreu uma modificação substancial, por força da necessária adesão de Itália, enquanto Estado-membro, à UEM (União Económica e Monetária), a qual, para alguns estudiosos das matérias europeístas, constituiu um «quase federalismo monetário». Ora, para além deste facto, Itália revelava, na década de noventa, o enorme défice das contas públicas, associadas à existência de lacunas ao nível do investimento público em infra-estruturas essenciais para o desenvolvimento do país e para o bem-estar da população, carecendo de incrementar a satisfação do interesse público, nas mais variadas áreas (v.g. saúde, educação, etc.). Por outro lado, era urgente captar o investimento estrangeiro, aumentando, deste modo, a competitividade do mercado. Em função desta miríade de necessidades e de factores, o recurso ao financiamento privado tornou a parceria público-privada como a solução mais atractiva.

<sup>479</sup> Neste sentido, *Vide*, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 161.

<sup>480</sup> Em 2002, a «Lei Merloni» sofreu alterações legislativas destinadas ao incentivo da participação de privados no âmbito da construção e gestão de infra-estruturas sob a forma de PPP. Ao parceiro público caberia o direito de combinar o preço e as taxas a ser pagas pelos utentes-beneficiários, com vista à remuneração do concessionário. Com este fito, o Estado poderia ainda oferecer em pagamento a cessão de direitos reais sobre imóveis do projecto, bem como, o aumento do tempo de duração da concessão, nos casos em que a duração fosse superior a trinta anos. *Vide*, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 165, nota de rodapé nº 481.

<sup>481</sup> «La disciplina della legge Merloni non chiarisce la linea di confine tra le competenze del responsabile del procedimento e della commissione giudicatrice nominata per procedere alla valutazione delle proposte pervenute». Por seu turno, «Le proposte devono contenere uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione nonché la l' indicazione degli elementi di cui (...) (il prezzo, il valore tecnico ed estetico delle opere progettate, il tempo di esecuzione dei lavori, il costo di utilizzazione e di manutenzione, ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare) (...)». A respeito do *project finance*, na perspectiva da doutrina italiana, *vide* AAVV, *L'Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione* (coord. GIUSEPPE CASSANO), Vol.II, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio, Milani, 2005, pp.682 e seguintes; 707 e seguintes (711; 726).

E, deste modo, o Direito Italiano acolheu no seu seio, esta técnica de financiamento vocacionada às grandes obras públicas, prevendo a possibilidade de se adoptar a DBFO própria das parcerias público-privadas puramente contratuais.

Inversamente ao que sucede com a «concessão», no procedimento do «promotore», é o parceiro privado que elabora uma proposta para a realização de obra pública, tendo como ponto de partida, a programação oficial dos investimentos públicos para cada triénio. Este procedimento terminará de um de dois modos, ou com a aprovação, ou com a rejeição por parte da autoridade pública.

Em caso de aprovação por parte do Estado, haverá prosseguimento na abertura do concurso público, competindo ao «promotore» a tarefa de proceder à realização do caderno de encargos. Ora, como já foi referido, a respeito da «concessão», competia ao Estado a elaboração do caderno de encargos, ao passo que com o procedimento do «promotore», tal tarefa é da competência da entidade privada, a qual poderá pertencer à Banca ou ao «Comércio».

A este propósito, tal como realça MARIA EDUARDA AZEVEDO, à luz dos pressupostos objecto de aprovação por parte de Decreto do Presidente da República, de 21 de Dezembro de 1999 e pelo disposto na «*Lei Merloni-quater*», de 2002, podem constituir-se como «promotore», as «*Fundazioni Bancarie*» e as «*Camere di Commercio*»<sup>482</sup>.

No âmbito do procedimento do «*Promotore*», o Estado ou outra entidade pública aproveita a proposta apresentada pelo privado e, mais que isso, não precisa de dispendir qualquer custo ou investimento para conseguir definir o tipo de projecto mais adequado aos seus objectivos.

É interessante constatar que o «*promotore*» em caso de rejeição do projecto por parte do Estado, tem o direito de ser indemnizado em função dos gastos ocorridos com a preparação da proposta, sendo igualmente, de resto, raros os casos em que não há lugar à adjudicação. Portanto, perante este circunstancialismo jurídico, a posição do «promotore» sai reforçada em termos de segurança. Senão vejamos.

Em regra, existe adjudicação e o «promotore» obtém lucros com a parceria público-privada; se, ao invés, for rejeitado, recebe uma indemnização por parte do Estado, ainda que em conformidade, adequação e proporcionalidade aos investimentos realizados na expectativa (legítima) da celebração da parceria público-privada. Ora, este é um aspecto específico do procedimento de «*promotore*» que tem contribuído para desconfianças em relação à

---

<sup>482</sup> Neste sentido, Vide, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 162 e 163, nota de roda-pé nº 468.

transparência e ao eventual desrespeito pelos princípios da igualdade e da boa-fé, ao ponto de ter sido levantado um processo por incumprimento da Comissão Europeia contra o Estado italiano.

Seja como for e, apesar do que foi mencionado a respeito da preferência de Itália, no que concerne à modalidade de parceria público-privada adoptada para a realização de infraestruturas de elevada monta, na verdade, não é a única fórmula de colaboração entre o sector público e o sector privado utilizada.

Na verdade, foi revitalizada, no âmbito do ordenamento jurídico italiano, a figura do «*contraente generale*» similar, no que se refere às suas tarefas, a uma parceria público-privada, porquanto, tal como esta, destina-se à concepção, aquisição de terrenos, incluindo as expropriações e a resolução de assuntos ambientais ou de cariz arqueológico de algum melindre, assim como, ao financiamento, execução e fiscalização de obra. Tarefas, estas, exclusivamente em sede de projectos infraestruturais dotados de especial onerosidade e complexidade, em que o sector público recorre, normalmente a «subcontratações».

A figura do «*contraente generale*» apareceu, pois, como uma alternativa viável, à «concessão» e ao «contrato de empreitada de obra pública», em que o parceiro público vê a sua actuação restringida às funções de fiscalização ou de supervisão da boa execução do contrato, dos seus exactos termos, assim como, a aprovação da calendarização de etapas das respectivas obras, procedendo a intensas negociações com as Regiões e localidades, tendo em consideração valores prementes para a sustentabilidade destas, tais como, o reequilíbrio sócio-económico, a paridade ao nível da coesão regional, defesa ambiental, racionalização dos recursos naturais, ordenamento territorial e a racionalização dos custos do aprovisionamento energético.

A cooperação entre os sectores, público e privado, em Itália conheceu um forte impulso igualmente graças ao contributo da Legge 443, de 21 de Outubro de 2001 conhecida por «*Legge Obiettivo*», bem como, do Decreto Legislativo 190/2002, de 20 de Agosto.

Aquela lei teve o mérito de proceder à transferência do risco para o sector privado, no decurso da construção de infraestruturas “pesadas” e, ainda, tendo como base de referência o «*project finance*» introduziu um regime jurídico especial para a edificação “expedita” de infraestruturas fulcrais e de interesse imprescindível para a economia e para o desenvolvimento do país.

Acresce que, em termos legislativos, o Governo constituiu a denominada «*Unità Tecnica per la Finanza di Progetto*» (1999), hierarquicamente na dependência do Tesouro, cujo funcionamento era articulado com os Ministros da tutela e sectorial, colaborando ainda com todo o leque de entidades envolvidas na implementação das PPP's.

O interesse do Estado neste tipo de contratação pública fez-se sentir de tal modo, que procedeu à elaboração de um «*Vade-mecum* PPP» para fomentar a realização de «parcerias sucedidas» até mesmo no âmbito geográfico regional.

Atentando na realidade italiana, sobre o fenómeno das parcerias público-privadas, podemos assinalar que, nos dias de hoje, a maioria dos projectos adjudicados são-no no decurso do procedimento do «*promotore*»<sup>483</sup>, sobretudo no sector dos transportes, saúde (hospitais), educação (escolas), distribuição de água e ao nível de saneamento básico, sem esquecer, mais recentemente, nos estabelecimentos prisionais<sup>484</sup>.

Seja como for, como observa MARIA EDUARDA AZEVEDO, «(...)», a Itália, após o impulso inicial, apresenta hoje uma evolução do tipo “*stop-and-go*», porquanto apesar de ter sido apresentada em Março de 2005, uma proposta legislativa para a criação de um contrato PPP, foi, contudo, excluída por considerar-se que pretendia alargar o «*project finance*» às concessões de serviços e às concessões mistas<sup>485</sup>, tendo sido assim introduzido, de certo modo, um «travão» ao avanço das PPP's.

### 3. Objecto e Características Principais das PPP's à luz do Direito Europeu.

É profunda a influência do Direito Europeu no Direito Administrativo, mormente no âmbito da contratação pública, falando-se a este respeito, de um fenómeno de «europeização do Direito Administrativo»<sup>486</sup>.

Retomando o conceito de Parceria Público-Privada patente no Livro Verde, segundo o qual esta modalidade contratual consiste em «contratos de colaboração entre o sector público e o sector privado, no âmbito dos quais a Administração Pública encarrega uma entidade de

<sup>483</sup> Neste sentido, Vide, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 164, nota de roda-pé nº 472; vide ainda, a respeito das características essenciais das PPP's, PEDRO SILVA, *Fundamentos e Modelos nas Parcerias Público-Privadas na Saúde. O Estudo dos Serviços Clínicos*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 31 e seguintes. A doutrina espanhola também tece considerações pertinentes acerca do fenómeno de europeização na área da contratação pública: JOSÉ M<sup>a</sup>. GIMENO FELIÚ, *La Nueva Contratación Pública Europea y su Incidencia en la Legislación Española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Thomson Civitas, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 127 e seguintes. Sobre a matéria relativa aos critérios de adjudicação do contrato, *maxime* sobre os critérios do preço mais baixo e da proposta economicamente mais vantajosa, pp. 202 e seguintes; vide A.A.V.V., *Contratos de las Administraciones Públicas (Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo)*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Publicaciones ABELLA, Madrid, 1995, pp.26 e seguintes.

<sup>484</sup> Neste sentido, Vide, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 166, nota de roda-pé nº 484.

<sup>485</sup> Neste sentido, Vide, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 166, nota de roda-pé nº 485.

<sup>486</sup> Com enorme pertinência sobre a europeização da contratação pública, desenvolve com especial acuidade a influência do Direito Derivado – directivas comunitárias – na actividade contratual da Administração, Vide JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, “Aproximación a las principales novedades de la ley de contratos del sector público” e JOSÉ MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la ley de contratos del sector público”, in *El Derecho de los Contratos del Sector Público*, Zaragoza, 2008, pp. 13 e seguintes; pp.49 e seguintes. Vide ainda JOSÉ MARÍA F. ASTUDILLO, *Contratación Pública*, Bosch, Tomo I, Barcelona, 2008, pp. 79 e seguintes, mencionando a influência dos princípios comunitários para a contratação pública; Também sobre a influência da legislação comunitária na contratação pública, vide XAVIER PADRÓS e JOSEP M. FORTUNY, *Llegislació Bàsica sobre Contractes: La Llei de Contractes de les Administracions Públiques*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1995, pp. 23 e seguintes.

direito privado, por um período de tempo determinado em função da duração da amortização dos investimentos ou das formas de financiamento que se prevêem, para a realização de uma actuação global e integrada que (...) de interesse geral, compreenda alguma das seguintes prestações: 1. A construção, instalação ou transformação de obras, equipamentos, sistemas e produtos, bens ou serviços complexos, assim como, a sua manutenção, conservação ou renovação, sua exploração ou sua gestão; 2. A gestão total da manutenção de instalações complexas; 3. A prestação e distribuição de bens e a prestação de serviços que incorporem tecnologia especificamente desenvolvida destinada a assegurar soluções mais avançadas e economicamente mais vantajosas existentes no mercado; 4. Outras prestações de serviços ligadas ao desenvolvimento por parte da Administração Pública, do serviço público ou actuação de interesse geral que tenha sido solicitado»<sup>487</sup>. Mas, não é discricionária ou plenamente livre a opção pela parceria público-privada, na medida em que a lei condiciona a celebração de contratos de colaboração entre o sector público e o sector privado a uma *avaliação prévia* que reconheça mais benefícios e vantagens à parceria público-privada enquanto forma contratual a seguir pela Administração, naquele caso concreto, em detrimento das formas de contratar classicamente utilizadas, a ponto de se concluir que estas não conseguem satisfazer as necessidades colectivas e o interesse público.

À luz do Direito Europeu, pela informação colhida do Livro Verde, as principais características que são reconduzíveis às parcerias são, designadamente as seguintes: a) são contratos sujeitos a regulação, apesar de serem dotados de certa independência; b) apenas podem ser celebrados pela Administração Pública que contrata com uma entidade privada e não com outros entes do sector público; c) consistem em contratos administrativos que têm por objecto a realização de uma actuação global e integrada por um período determinado, em função da duração necessária à amortização do capital investido pelo parceiro privado ou das formas de financiamento acordadas; d) o parceiro privado pode assumir, nos termos previstos no contrato, a direcção das obras que sejam necessárias, assim como, realizar total ou parcialmente, os projectos para a sua execução e contratar os serviços públicos; e) a contraprestação a receber por parte do parceiro público consistirá num preço que poderá estar dependente da obtenção de determinados resultados e metas atingidas durante a execução contratual ou, em alternativa, estar previa e objectivamente determinado com grau de exactidão<sup>488</sup>.

---

<sup>487</sup> Vide a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp 539.

<sup>488</sup> Vide a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp 539 e 540.

Podemos referir sinteticamente como características<sup>489</sup> essenciais comuns a toda a tipologia de Parcerias Público-Privadas, as seguintes. Desde logo, a existência de colaboração entre o parceiro público e o parceiro privado, ao nível das responsabilidades e dos riscos, sendo que independentemente da sua natureza, os *players* almejam atingir as maiores virtualidades possíveis da parceria público-privada, como recursos técnicos e económico-financeiros e ainda recursos que se relacionam com o «*know-how*» e conhecimentos especializados do pessoal, de modo a conseguir potenciar ao máximo o denominado «*Value for Money*».

Outra característica estruturante da parceria público-privada será a confiança. Com feito, encara-se a parceria como necessariamente uma relação de confiança e não apenas um somatório de recursos de cariz económico, técnico e pessoal com vista a uma determinada construção. Mais que isso, a parceria público-privada tem de ser assente em relações de fundada reciprocidade, assim como, em laços pautados pela boa-fé, lisura, correcção, boa e adequada informação e probidade. Somente quando estejam reunidas estas condições de fundo, estamos em condições de lançar com êxito uma parceria público-privada seja de que tipologia for e independentemente do seu objectivo.

Para além da relação estrutural de confiança, a parceria público-privada consiste numa relação contratual duradoura, estável e contínua entre dois contraentes, mediando normalmente o período temporal entre cinco e trinta e cinco anos, podendo até mesmo durar mais de cinquenta anos.

Pese embora, a parceria público-privada se consubstancie numa relação contratual de longa duração, nada impede que, excepcionalmente possa existir uma PPP de três a cinco anos

---

<sup>489</sup> Da multiplicidade de definições que são enunciadas a respeito das PPP's, resulta um núcleo comum de características a toda a gama tipológica de parceria público-privada, dentre as quais sublinhamos as seguintes: a) é um acordo contratual de grande pormenor entre o sector público (geralmente, o Governo ou poder central) e o sector privado, através do qual se opera uma transferência de risco da primeira para a segunda entidade; b) o parceiro público procura a experiência, desenvoltura e capital privado; c) o sector público mantém a sua responsabilidade perante os cidadãos, no que concerne à provisão e distribuição dos bens e serviços públicos; d) assunção de, pelo menos, parte do risco subjacente à construção das infra-estruturas e da respectiva gestão, por parte do privado; e) centralização numa única entidade privada de todo o processo contratual (desde a contratualização em si mesma à realização e prestação de um pacote de bens e serviços, durante toda a vida contratual); f) pré-definição e especificação dos níveis dos padrões exigidos nos bens e serviços públicos a fornecer aos cidadãos; g) pagamentos realizados ao sector privado mediante taxas realizadas pelos utentes, tendo como elemento decisivo, a produção realizada após a avaliação dos pressupostos e padrões estabelecidos *a priori* aquando da celebração do contrato; h) o principal comprador dos bens e serviços é o Estado.

As PPP's assentam num relacionamento contratual, cuja estrutura pode envolver uma globalidade de intervenientes de diversas naturezas e áreas de actividade económica na veste de «entidade contratante», tais como, investidores, Bancos, Seguradoras, fornecedores de matéria-prima, empresa construtora, operador e, quando for caso disso, comprador da produção.

Cfr. FÁBIO MENDONÇA E CASTRO, *As Parcerias Público-Privadas: o binómio – necessidade de investimentos em infra-estrutura e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público*, Dissertação de Mestrado em Direito (orient. J.C. VIEIRA DE ANDRADE), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, pp. 120 e seguintes. Vide ainda, a respeito do leque de características elementares de qualquer parceria público-privada, SÓNIA SALVADOR MARQUES, *O Recurso às Parcerias Público-Privadas pelos Municípios*, Dissertação de Mestrado em Direito (orientação de JOÃO CALVÃO DA SILVA), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, pp. 36 e seguintes. Importa ainda a análise profunda do estudo desenvolvido sobre a parceria público-privada, mas neste caso na vertente específica das parcerias público-privadas na «saúde», realizada por PEDRO SILVA, in *Fundamentos e Modelos nas Parcerias Público-Privadas na Saúde. O Estudo dos Serviços Clínicos*, Almedina, Coimbra, 2009. Mais precisamente, neste aspecto concreto do nosso trabalho, assume particular interesse, no que respeita às características das parcerias público-privadas, ver as pp.31 e seguintes.



de duração<sup>490</sup>. Todavia, consideramos que se estivermos perante um contrato de provisão de um determinado bem ou serviço de curta duração, então, não estaremos rigorosamente perante uma parceria público-privada.

No que concerne à delimitação do «objecto» de uma parceria, podemos graças ao preceito na alínea f), nº4, do artigo 2º, caracterizar esta figura contratual com recurso ao elemento «construção e/ou gestão de uma infraestrutura». Acresce que encontramos diversas formas contratuais sob que uma parceria público-privada pode surgir, importando sublinhar os aspectos distintivos entre a parceria público-privada e os «contratos de colaboração»<sup>491</sup>.

Somente na circunstância de estarmos perante a utilização de estabelecimentos ou infraestruturas já existentes ou, então, pertencentes a outras entidades que não o parceiro público. Pretender-se-ia com o recurso a estes critérios afastar-se do conceito de parceria público-privada, todo e qualquer contrato de colaboração ou forma de cooperação que visem uma «mera» prestação de um serviço. Contudo, no leque de contratos que enformam uma parceria público-privada, figuram justamente, os contratos de «mera prestação de serviços», nos termos da alínea d), do nº4, do citado artigo 2º.

Deste modo, é curial concluir que o legislador português adoptou um conceito amplo e elástico de parceria público-privada, ao ponto de poder ser concretizado mediante uma multiplicidade de vínculos ou figuras contratuais, com desideratos e objectos de diversa ordem, tais como, a construção, financiamento, gestão, exploração de equipamentos, infraestruturas ou activos pré-existentes ou, unicamente, a prestação de serviços.

No que especificamente concerne aos «contratos de colaboração», aprez-nos mencionar que estes, distinguem-se, tanto do contrato de concessão de obras, como do contrato de fornecimento contínuo de bens.

A doutrina mais relevante preconiza a posição, segundo a qual os contratos de concessão, o contrato de empreitada de obras públicas, assim como, o contrato de fornecimento contínuo de bens, reconduzem-se, na realidade, a modalidades de «contratos de colaboração», por oposição aos «contratos de atribuição».

No âmbito dos «contratos de colaboração», existe uma parte que assume a obrigação de proporcionar à outra uma cooperação a título transitório no respeitante ao desempenho de atribuições administrativas, em função de adequada remuneração. Inversamente, nos

---

<sup>490</sup> Neste sentido, vide NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas in* Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 15.

<sup>491</sup> Vide NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas in* Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 155.

denominados «contratos de atribuição» tem-se por finalidade primacial conferir determinada vantagem ou benefício ao parceiro do Estado.

Nesta tipologia de contratos revela-se, pois, determinante a prestação do Estado, sendo a prestação realizada pelo respectivo parceiro (administrado) uma simples contrapartida, reflexo económico ou condição da vantagem recebida das mãos do parceiro público. Para além deste aspecto, nos «contratos de atribuição», o interesse público aparece concretizado mediante os direitos reconhecidos ao parceiro privado, ao invés das obrigações a que este se encontra adstrito.

Este tipo de contratos pode ser celebrado pelo Estado com ou sem fins de intervenção económica, sendo que os da primeira espécie qualificam-se como contratos económicos (v.g. contratos-programa), ao passo que a segunda tipologia de contratos são, essencialmente, contratos de uso privativo de bens de domínio público, de concessão de exploração de bens de domínio público, entre outros<sup>492</sup>. Outro aspecto a ser tido em consideração, na determinabilidade do «objecto» da parceria público-privada é a «remuneração» que é realizada pelo Estado ao respectivo parceiro privado, face à qual o legislador decidiu acolher o «contrato de concessão», de obras e serviços públicos, como figura contratual matricial das parcerias público-privadas, evidenciado pelo teor dos nºs 4 e 5, constantes do artigo 2º, do citado diploma legal.

Na verdade, o legislador parece pretender associar a remuneração do parceiro privado, no âmbito de uma parceria público-privada, a uma lógica de obtenção de resultados ou em conformidade com as metas atingidas através da exploração. Por conseguinte, as parcerias público-privadas demonstram possuir verosimilhança, em termos remuneratórios, com o modelo de variabilidade remuneratória característica da «*délégation de service public*», afastando-se do sistema de remuneração certa dos «*marchés publics*».

Partindo da leitura atenta do Decreto-Lei nº 86/2003, acresce o facto de não existir qualquer referência taxativa que obste a que, no contrato de parceria público-privada, seja estipulada uma qualquer forma de remuneração por parte do parceiro público, Estado, ao parceiro privado, independentemente do resultado auferido com a respectiva exploração.

No que ao «objecto» da parceria público-privada concerne, o legislador português não primou pela clareza e objectividade. Quer dizer, a concretização legal acerca do conceito de «PPP» resultou fluído e, enquanto tal, pouco preciso, podendo abarcar uma multiplicidade de realidades contratuais.

---

<sup>492</sup> Vide NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas in* Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 154, 155 e 156.

Assim é, na medida em que factores como a «duração mínima da vida contratual», o seu «objecto» ou, ainda, os moldes remuneratórios a ser prestados ao parceiro privado, variáveis em função do «risco» ou do «resultado», não logram, com êxito, proceder à distinção precisa e cristalina entre as «PPP's» e as demais formas de contratação pública clássicas, de onde se enaltece a relevância da «concessão». Aliás, o elemento decisivo que permite aplicar o regime específico plasmado no Decreto-Lei nº 86/2003 respeitante às PPP's, contrariamente ao regime jurídico geral de outros acordos ou contratos celebrados entre o Estado, parceiro público, e o sector privado é, sem dúvida, o «valor do contrato».

De acordo com este critério, objectivo, apenas merecerão a qualificação jurídica de «Parceria Público-Privada» os vínculos contratuais em que o encargo acumulado seja, pelo menos, idêntico a dez milhões de euros e no âmbito do qual, o investimento económico-financeiro atinja a cifra de vinte e cinco milhões de euros ou de montante superior.

Por outra banda, para além do ora exposto acerca do *objecto* e do *conceito* de «parceria público-privada», será sempre da competência soberana pertencente ao legislador nacional de cada Estado membro, concretizar o que entende por «relação contratual de longo prazo».

Em jeito de conclusão, podemos referir que as Parcerias Público-Privadas revestem-se, por vezes, de diferentes arquitecturas jurídico-institucionais, em função dos objectivos e interesses públicos a que se propõem atingir e satisfazer, assim como, atendendo ao circunstancialismo concreto da vida do país em que são implementadas surgem, enquanto tal, pautadas por variados modelos de concretização e arranjos contratuais e institucionais.

Esta ideia pretende significar que a parceria público-privada *não é unívoca*, nem em termos de definição, nem em termos de mecanismos ou formas de implementação jurídicas e de execução prática, para além de distintos modos de remuneração ou de pagamento ao parceiro privado, de titularidade e os termos de reversibilidade dos activos em que assentam as parcerias público-privadas.

### **3.1. A Relação Contratual Duradoura entre o Parceiro Público e o Parceiro Privado.**

A característica que se prende com a longa durabilidade da parceria público-privada é compreensível, em virtude da natureza e dimensão que normalmente aparece associado ao tipo de projecto que serve de base ao “arranjo contratual” celebrado entre o *player* público e o *player* privado<sup>493</sup>. Com efeito, a parceria tem por finalidade primacial a realização e exploração

---

<sup>493</sup> Sobre o aspecto concreto da escolha do parceiro privado por parte do Estado ou outra entidade pública adjudicante, no âmbito das parcerias público-privadas, vide DIOGO DUARTE DE CAMPOS, *A Escolha do parceiro privado nas parcerias público-*

de um empreendimento ou de um conjunto relacionado de projectos, de considerável magnitude económica e técnica.

Todavia, convém salientar que o período temporal de vida da parceria é diverso consoante os projectos em causa, variando em função da «combinação investimento-prestação do serviço, tendo em consideração a vida útil dos bens infraestruturais envolvidos no projecto, do conteúdo do serviço a prestar, da respectiva variabilidade no tempo e das exigências de equilíbrio económico e financeiro da montagem»<sup>494</sup>.

Para além de factores objectivos de ordem puramente económica, como por exemplo, a necessidade de impedir derrapagens financeiras e do orçamento inicialmente estipulado aquando do momento da celebração da parceria público-privada, exigências legais que se prendem com a defesa da concorrência leal e transparente, impõem um limite temporal.

Esta imposição legal tem por desiderato proteger o bom e eficiente funcionamento do mercado livre, permitindo o surgimento e crescimento da acção de novas empresas e, desse modo, contribuir para a escolha dos consumidores numa lógica de “bom preço” e qualidade.

Ter-se-á, contudo, sempre de atender às exigências resultantes da amortização dos investimentos e à remuneração do capital investido.

Aspecto considerado determinante no período temporal que é acordado na parceria público-privada é assegurar o “equilíbrio económico e financeiro” do projecto num contexto de optimização da transferência e partilha de riscos, para cuja análise importa a ponderação de factores como a cobertura dos encargos de exploração, o ressarcimento do serviço da dívida, a depreciação dos activos, a remuneração dos capitais privados investidos, o mecanismo de recuperação de custos e cobrança de receita, a suportabilidade social dos preços praticados, a satisfação de eventuais obrigações de serviço público, bem como a incidência orçamental resultante do envolvimento financeiro do sector público.

Nas parcerias público-privadas que se encontram inseridas em sectores regulados que envolvam a prestação do serviço com cobrança aos utentes, o parceiro privado pode ficar submetido a um mecanismo de regulação permanente dos preços praticados, tornando-se necessário estender o período de duração da parceria público-privada. Contudo, no caso em que as parcerias público-privadas praticam preços regulados mediante o mercado e as regras

---

*privadas. A adjudicação in-house em particular*, Coleção PLMJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. Vide, ainda, sobre uma perspectiva de responsabilização contratual, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.17 e seguintes.

<sup>494</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 369 e 370. Cfr. também CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 284 e seguintes. Convém, acerca desta temática relativa às PPP's, analisar a obra de NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas in* Cadernos IDEFF, nº99, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 155 e seguintes (157).

da concorrência, já consideramos conveniente uma diminuição do respectivo curso de vida da relação jurídico-contratual<sup>495</sup>.

Seja como for e, independentemente do que foi dito, no momento da celebração da parceria público-privada, ao ser concretizada a prestação em causa, tem-se em linha de conta com eventuais alterações sociais e económicas, considerando sempre com um determinado grau de incerteza a que as condições inicialmente estipuladas possam ser permeáveis.

Acresce que, por outro lado, afigura-se sensato reconhecer uma certa margem de tempo, necessária ao ajustamento e adaptação da parceria público-privada à sociedade e à própria economia do país e deste à nova realidade que a parceria público-privada acarreta consigo, não olvidando o facto insofismável de os recursos económico-financeiros, tecnológicos ou humanos não serem “cristalizados” ou objecto de constante evolução.

Muito inversamente, a realidade actual tem evidenciado uma fragilidade e vulnerabilidade da vasta maioria dos Estados europeus aos mercados económicos, bolsistas de natureza especulativa e outros, encontrando-se a maioria das vezes, reféns de vontades soberanas que não as suas próprias, cerceando as suas decisões e coarctando as suas actuações nos mais diversos aspectos, económico, fiscal, social e, claro, no aspecto político.

Ora, são deste facto exemplo paradigmático, as parcerias público-privadas que já se encontram em planeamento e em execução, as quais vincularam em grande medida os Estados, de uma perspectiva jurídica e política, deixando-os economicamente nas mãos dos seus parceiros privados. Basta pensar nas indemnizações avultadas que o Estado terá de desembolsar aos seus contraentes privados, em caso de suspensão e de interrupção da construção e/ou execução das infraestruturas contratadas em sede de parceria público-privada, sem que exista contrapartida correspectiva em termos de adequação e proporcionalidade imposta ao privado.

### **3.2. O Financiamento Privado.**

As PPP's têm como característica estruturante a captação das capacidades de financiamento e gestão do sector privado no que concerne aos investimentos e exploração dos activos de interesse público, inseridos na esfera de incumbências do Estado e/ou de outras entidades públicas. Pertence, pois, ao parceiro privado a responsabilidade pela angariação de recursos financeiros necessários aos investimentos e à exploração dos serviços públicos e os quais serão durante a longa vigência do contrato, pagos pelo parceiro público mediante a

---

<sup>495</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 368 e 369, em notas de rodapé nº1137 e nº1138.

imposição de taxas aos seus utentes. Em regra, o investimento privado consiste num financiamento prévio, podendo ser parcial e associar também investimentos públicos de diversa natureza.

O processo concernente ao financiamento de uma parceria público-privada revela ser, sem dúvida, um processo formado por diversas «camadas de capitais e de agentes», co-envolvendo intervenientes privados e públicos, com esquemas jurídico-financeiros de elevada complexidade. Complexidade, resultante da existência de combinações de capitais próprios (dos privados subscritos pelos promotores) e de capitais alheios conseguidos mediante a captação de empréstimos junto da Banca geralmente na modalidade de «*project finance*» ou, por outro lado, de empréstimos obrigacionistas obtidos junto dos mercados de capitais.

Da perspectiva de financiamento público, uma parceria pode integrar contribuições originárias do sector público, sob uma multiplicidade de formas, sendo que o parceiro privado será seleccionado em conformidade com a solução mais vantajosa de um ponto de vista global (preferência pelo critério da «proposta economicamente mais vantajosa» ao critério do «preço mais baixo») e que implica um menor envolvimento financeiro por parte do parceiro público.

O pagamento ao parceiro privado geralmente é realizado por meio de uma de duas formas, ora através de dotações orçamentais públicas ou mediante a cobrança directa de taxas junto dos utentes<sup>496</sup>.

### 3.3. A Participação do *Player* Privado nas várias fases do Projecto.

O envolvimento activo do *partner* privado em todas as fases do projecto subjacente à parceria público-privada numa lógica de «*whole-life-cycle*» é outra faceta desta modalidade contratual. Ao passo que o *player* público assume as incumbências relacionadas com a definição e controlo dos objectivos de interesse público, assim como, do estabelecimento de directrizes e «*standards*» de qualidade ao nível dos serviços prestados e dos preços praticados, por seu turno, o *player* privado vai participando em toda a linha de actuação da parceria público-privada, designadamente, realizando a prestação de serviços operacionais e infraestruturais necessários para que o seu parceiro público cumpra a sua missão junto do cidadão-utente, no que respeita à concretização dos interesses públicos constitucionalmente impostos.

Em regra, a parceria público-privada tem por finalidade primacial a prestação realizada pelo parceiro privado, sob orientação e controlo público, de um serviço final ao utente ou de

---

<sup>496</sup> Sobre aspectos financeiros e governamentais, de modo desenvolvido, vide *Financial Accountability and Management in Governments, Public Services and Charities*, vol.27, nº4, Wiley Blackwell, November, 2011.

um serviço intermédio solicitado pelo parceiro público. Resulta deste facto que o prestador privado, no âmbito de uma parceria público-privada, assegura um serviço de natureza pública encontrando-se em relação directa e imediata com os utentes do parceiro público, substituindo o Estado, na actuação relativamente aos mais variados aspectos e planos da vida dos cidadãos.

Aliás, esta é a nova tendência propiciada pela vaga de parceria público-privadas em Portugal, a qual contribui de modo inegável para uma reconformação dos poderes públicos do ente Estado, mais demissionário, mais delegante, aparecendo reduzido a um estatuto de “esfinge observadora”, com um papel de supervisão, sendo a sua actividade reduzida quase a um *mínimo social*.

Porém, a intervenção do parceiro privado na PPP não se circunscreve à prestação de um serviço de cariz público que outrora era prosseguido pelo Estado ou outro ente público, nem à construção e à exploração da infra-estrutura. Mais que isso. O parceiro privado assume a responsabilidade e o risco inerentes à sua qualidade de prestador, pelo que faz todo o sentido que, tal como MARIA EDUARDA AZEVEDO refere «as soluções técnicas sejam orientadas pela lógica de o prestador de serviços e parceiro privado integrar as várias fases do projecto, contemplando a concepção do serviço e soluções técnicas, a construção dos activos infraestruturais e a instalação de sistemas não infraestruturais e, ainda, serviços acessórios, bem como a participação no financiamento prévio da parceria»<sup>497</sup>.

### 3.4. A Transferência do Risco para o *Player* Privado.

Segundo FÁBIO MENDONÇA E CASTRO, entende-se por «risco», qualquer factor, evento ou influência que ameace a conclusão de forma bem sucedida do projecto, em termos de prazo, custo ou qualidade, podendo assumir diversas modalidades<sup>498</sup>. Mais adiante desenvolveremos este ponto relativo às tipologias de «risco».

Em regra, é considerada essencial a característica da parceria público-privada que se prende com a assunção do risco<sup>499</sup> por parte do parceiro privado nos mais variados aspectos

<sup>497</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 372; ANTÓNIO POMBEIRO, *As PPP/PFI – Parcerias Público-Privadas e sua Auditoria*, Áreas, 2003, pp. 136 e seguintes; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Project Finance*, in IDET, nº3, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 115 a 160; PAULO HENRIQUE M. OLIVEIRA, *Parceria Público-Privada: novo mecanismo de financiamento e auto-sustentabilidade dos transportes metroferroviários*, in 2º Concurso de monografia CBTU, 2006 – A cidade dos trilhos, 2006, pp. 27 e seguintes; LUIS BORGES/CÉSAR DAS NEVES, *Parceria Público-Privada: riscos e mitigação de riscos em operações estruturadas de infra-estrutura*, in Revista BNDES, Rio de Janeiro, vol.12, nº23, Junho, 2005, pp.73 a 118.

<sup>498</sup> Vide FÁBIO MENDONÇA E CASTRO, *As Parcerias Público-Privadas: o binómio – necessidade de investimentos em infra-estrutura e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público*, op.cit..., pp.12, assim como, o Manual do EUROSTAT, PARTE IV.

<sup>499</sup> Sobre a relação entre «risco» e o princípio de (re)equilíbrio financeiro do contrato, bem como, sobre as questões que se prendem com uma eventual inconstitucionalidade da modificação unilateral do contrato por parte do parceiro público, vide



do projecto, mais precisamente nos respeitantes à manutenção e operação de bens infraestruturais, estendendo-se a sua responsabilidade igualmente à exploração e à prestação de serviços finais.

Todavia, esta é uma característica que assim expressa acaba por ser imprecisa, na medida em que, o risco não se transmite necessariamente, total ou em grande medida, apenas para a esfera jurídica e económica do parceiro privado<sup>500</sup>. Transfere-se sim, ***para o parceiro melhor posicionado, em termos económicos e de outra ordem, para lidar com ele (o risco)***, que é normalmente o parceiro público.

Nos termos do artigo 7º, alíneas b) e d), do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril<sup>501</sup>, estipula que o «estabelecimento da parceria deverá implicar uma significativa e efectiva transferência de risco para o sector privado» e, de igual modo, impõe que o «estabelecimento da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou a modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado»<sup>502</sup>.

Pese embora, a consagração legal e a lógica inerente ao modelo jurídico-contratual «PPP» levem a crer que existe uma real e efectiva transferência do risco para o parceiro privado, desonerando e colocando o parceiro público numa posição confortável de segurança e de estabilidade, ao longo da duradoura vida contratual, tal não corresponde à realidade.

Neste sentido, vai PEDRO PITA BARROS, o qual sublinha a ideia de que «a transferência do risco é um instrumento, não um objectivo em si mesma», visto que o parceiro público Estado, encontra-se invariavelmente em melhores condições que o parceiro privado para absorver o risco.

Assim, apraz-nos corrigir a “voz colectiva política” que encara a PPP como uma solução mágica para todos os males do Estado, por existir a mencionada transferência de risco para o sector privado, pese embora a PPP possua inúmeras virtudes dos quais o sector público tem colhido frutos.

---

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-Privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo (coord. López-Muniz e Fausto de Quadros), 2005, pp. 187 a 189.

<sup>500</sup> Acerca do «principio de riesgo y ventura», vide, de modo desenvolvido, RAFAEL JURISTO SANCHEZ, *La Ejecución de Obra Pública*, Hauser y Menet, 1983, pp.148 e seguintes.

<sup>501</sup> Este diploma legal foi entretanto alterado pelo Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de Maio.

<sup>502</sup> Este preceito deverá ser articulado com o teor do artigo 6º, nº1, alínea e), em função do qual o Estado deverá ter adoptar modelos de parcerias que «não impliquem ou evitem, sempre que possível e salvo fundamentação adequada, a assunção, perante os parceiros privados, de quaisquer cláusulas ou regimes indemnizatórios de longo prazo, a quaisquer formas, legalmente permitidas de modificação unilateral dos contratos determinadas pelo Estado, que comprometam materialmente o normal exercício do dever de apreciação do interesse público e correspondente prossecução, em virtude da excessiva ou injustificada onerosidade, ou da respectiva inadequação por força da previsibilidade da matéria ou da duração do compromisso».

Mais correcto e sensato será falar em «princípio de *partilha de risco*», o qual deverá ser harmonizado com o princípio da optimização da transferência de risco, tendo como elemento fundamental de análise, o denominado «*Value for Money*»<sup>503</sup>.

Este critério de cariz económico tem influência na determinação da concreta repartição dos riscos entre o contraente público e o contraente privado, porquanto a «alocação eficiente dos riscos de um projecto provoca impacto directo no aspecto financeiro do projecto, em vista da diminuição do seu custo global (...)». E, por outro lado, revela-se determinante a identificação dos riscos, a sua quantificação e a alocação das responsabilidades sobre os riscos existentes no momento da celebração da parceria público-privada com a transferência da “álea de risco” para o parceiro em melhores condições para solucionar eventuais problemas daí resultantes<sup>504</sup>.

A assunção de risco pelo *partner* privado equivale à atribuição do risco ao contraente que se encontra económica e financeiramente melhor posicionado para fazer face a conjunturas económicas difíceis presentes ou futuras, presumíveis ou prováveis, certas ou incertas. Significa este facto, que o risco transita para a esfera jurídica do parceiro mais economicamente apetrechado, mais apto para lidar com a «incertitude», mais capaz de gerir e, até mesmo, de obliterar ou minimizar o risco naturalmente subjacente a este tipo de projecto. E, como grande parte da «incertitude» resulta de factores ou de eventos políticos, é o parceiro público «Estado» que aparece melhor posicionado para “lidar com o risco”.

Deste modo, esta característica não equivale à transmissão total ou maioritária dos riscos do projecto para o parceiro privado. E, neste sentido, vão ALBERTO DORREGO DE CARLOS e FRANCISCO M. VÁZQUEZ, os quais consideram que «el principio esencial sobre el cual pivota el propio concepto de CCP es la óptima asignación de riesgos a aquella parte del «partenariato» con mejor capacidad para gestionarlos. Una inadecuada transferencia de

---

<sup>503</sup> O «*Value for Money*» é um conceito economicista que aplicado à matéria das PPP aparece conotado com a melhor utilização possível dos recursos públicos existentes ou disponíveis com vista a alcançar a potenciação máxima da qualidade dos serviços e do lucro, ao mesmo tempo que se reduz ao máximo os custos. É pois, um conceito que permite a coexistência entre a maximização da qualidade e a redução de custos. E, nestes termos, podemos afirmar que deverá ser inviabilizada uma PPP, cuja existência não implique um «*VfM*».

O «*VfM*» assenta na transferência do risco para o parceiro privado, mas é colocada a tónica igualmente noutros critérios no momento da escolha do parceiro privado, designadamente a competição nos processos de selecção do parceiro tendo em consideração procedimentos de contratação e selecção rigorosos que contribuam para uma negociação competitiva.

A escolha de um parceiro privado, deverá ter em conta soluções técnicas e financeiras abrangentes, que incluem o valor concepção-construção-exploração e a gestão do serviço, permitindo ao sector público beneficiar de efeitos de sinergia, maior eficiência operacional de serviços ao nível da infra-estrutura, de concepção de soluções técnicas inovadoras, de soluções construtivas e da reengenharia de processos organizacionais. Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 392, nota de rodapé nº1210. Vide, igualmente, neste sentido, FÁBIO MENDONÇA E CASTRO, *As Parcerias Público-Privadas: o binómio – necessidade de investimentos em infra-estrutura e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, pp.124 e seguintes.

<sup>504</sup> Neste sentido, vide FÁBIO MENDONÇA E CASTRO, *As Parcerias Público-Privadas: o binómio – necessidade de investimentos em infra-estrutura e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, pp.124. Vide ainda, com especial atenção, ANTÓNIO POMBEIRO, *As PPP/PFI – Parcerias Público-Privadas e sua Auditoria*, Áreas, 2003, pp. 136 e seguintes.

riesgos redundará siempre en un mayor coste que, (...) podría trasladarse al usuario bien directamente, bien indirectamente»<sup>505</sup>.

Fazendo, a este propósito, alusão à posição preconizada por MARIA EDUARDA AZEVEDO, apraz-nos citar as suas palavras: «no que concerne à transferência, não sendo indiferente ao parceiro público o quadro global de afectação dos riscos, está em jogo a distribuição, integral ou parcial, pelas diversas partes envolvidas na estrutura contratual preconizada para assumirem e assegurarem as responsabilidades da parceria».

Adianta a mesma Autora que «assim, a partilha não significa nem a transferência pura e simples da totalidade dos riscos do projecto para o parceiro privado, nem, necessariamente, da parte mais significativa (...)»<sup>506</sup>.

Na verdade, o que se revela imperioso realizar, em sede contratual é uma adequada e ponderada «*risk management*», ou seja, uma gestão do risco que envolve a elaboração de um catálogo exaustivo dos riscos possíveis, mediante a sua identificação, análise, quantificação, repartição e fixação de fórmulas de redução ou atenuação dos riscos associados a um concreto projecto<sup>507</sup>.

Nesta senda, consideramos pertinente elencar, ainda que a título meramente exemplificativo, várias tipologias de riscos<sup>508-509</sup>, os quais são de natureza variada,

---

<sup>505</sup> Neste sentido, vide ALBERTO DORREGO DE CARLOS e FRANCISCO M. VÁZQUEZ, *Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos Administrativos y Financieros*, La Ley, 2009, pp.59.

<sup>506</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 37.

<sup>507</sup> Estes Autores procedem a uma dupla classificação de riscos. Por um lado, os riscos genéricos (v.g. de desenho, concepção, construção, operativos, exploração, económico e financeiro, de gestão, jurídico, político, relacionados com o meio ambiente, riscos de força maior, tecnológicos, de inviabilidade do projecto, etc.) e, por outro lado, os riscos específicos, os quais dependem necessariamente do tipo particular de serviço que se pretende prestar ou com a concreta infraestrutura que se vai construir e explorar. Assim, ao passo que a primeira tipologia de riscos constam de qualquer contrato “indiferenciado” de parceria público-privada, já os riscos que constam da segunda tipologia, serão adaptados em função das particularidades e especificidades técnicas, científicas, financeiras ou de natureza do concreto bem, serviço, obra.

Vide ALBERTO DORREGO DE CARLOS e FRANCISCO M. VÁZQUEZ, *Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos Administrativos y Financieros*, La Ley, 2009, pp.59 e seguintes.

<sup>508</sup> Neste sentido, vide FÁBIO MENDONÇA E CASTRO, *As Parcerias Público-Privadas: o binómio – necessidade de investimentos em infra-estrutura e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, pp.124 e seguintes; ANTÓNIO POMBEIRO, *As PPP/PFI – Parcerias Público-Privadas e sua Auditoria*, Áreas, 2003, pp. 136 e seguintes; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Project Finance*, in IDET, nº3, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 115 a 160; PAULO HENRIQUE M. OLIVEIRA, *Parceria Público-Privada: novo mecanismo de financiamento e auto-sustentabilidade dos transportes metroferroviários*, in 2º Concurso de monografia CBTU, 2006 – A cidade dos trilhos, 2006, pp. 27 e seguintes; LUIS BORGES/CÉSAR DAS NEVES, *Parceria Público-Privada: riscos e mitigação de riscos em operações estruturadas de infra-estrutura*, in Revista BNDES, Rio de Janeiro, vol.12, nº23, Junho, 2005, pp.73 a 118.

<sup>509</sup> Existe como já vimos, uma miríade de riscos, de natureza diversa, que envolvem a celebração de contratos públicos. A este propósito, uma perspectiva muito interessante sobre a temática que envolve o «gasto público», entendido como «desperdício» dos dinheiros públicos como resultado de má conduta, dolosa ou negligente, por parte do parceiro privado da Administração e, ainda, sobre a responsabilidade imputada a funcionários públicos, é-nos fornecida por JESÚS LEGUINA, *Gasto Público e incumplimiento de contratos de obras educativas*, F.D.C., Madrid, 1978, sobretudo pp. 34 e seguintes; pp. 147 e seguintes; pp. 153 e seguintes. Este autor reflecte do seguinte modo acerca da adjudicação a uma mesma empresa privada que já havia em momentos anteriores incumplido contratos celebrados com a Administração: «La empresa incumplió el contrato, lo que no fue, sin embargo, obstáculo para que se le adjudicara un proyecto adicional y dos nuevos contratos (...). Todo ello sin éxito alguno. Las obras tuvieron, al cabo, que finalizarse por un nuevo contratista. No habría sido más provechoso para el interés público haber procedido, desde el primer incumplimiento, a resolver el contrato y adjudicar las obras a una nueva empresa más solvente?». Consideramos que, existindo um gasto dos dinheiros públicos, como resultado da má escolha da Administração em seleccionar o seu parceiro ou co-contratante, o qual manifestamente já havia revelado a sua inépcia e incompetência, em contratos públicos celebrados anteriormente, deverá ser imputada responsabilidade civil à própria Administração por *culpa in eligendo* e simultaneamente por *culpa in vigilando* (sem descuidar uma eventual *culpa in instruendo*), na medida em que deveria

designadamente os seguintes: a) riscos de natureza política, b) riscos de ordem ambiental, c) riscos de cariz regulatório, d) riscos de âmbito contratual, e) riscos de inadimplemento, f) riscos relacionados com a receita, g) riscos financeiros, h) riscos de construção, i) riscos tecnológicos, j) riscos de defeitos latentes, k) riscos de aceitação pública.

Os «*riscos políticos*» trazem consigo uma determinada incertitude à já existente «álea de risco» que a parceria público-privada, enquanto contrato de longa duração implica para os investidores. Basta pensar na necessária alternância política num país de regime político democrático susceptível de conduzir a alterações na orientação política no que respeita à parceria público-privada, aos seus termos de execução<sup>510</sup>.

Importa trazer, a este respeito, à colação conceitos como o «Facto do Príncipe», de origem francesa («*Fait du Prince*»)<sup>511</sup> e como o «Facto da Administração», em que o desequilíbrio contratual resulta da prática de um acto ou facto por parte do Estado, esteja ou não relacionado directamente com a Parceria Público-Privada.

---

assegurar-se da boa execução contratual por parte do seu parceiro (v.g. na construção de obras, exploração ou gestão de um determinado serviço público).

Acerca da temática relativa à responsabilidade da Administração e de entidades públicas, no âmbito da contratação pública, vide LUIS CAYUELA SEBASTIÁN, *Los Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y normas de desarrollo*, Centro de Estudios Financieros, 1996, pp.129 e seguintes.

A respeito da resolução dos contratos públicos em virtude de inexecução contratual por parte do parceiro privado da Administração, vide CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ, *La Resolución de los Contratos Administrativos por Incumplimiento del Contratista*, Colección Derecho Público, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp.23 e seguintes. Revestida de enorme pertinência para a matéria que versa sobre a responsabilidade da Administração, enquanto parceiro público, vide ALFONSO ARROYO DÍEZ, DAVID CALVET CANUT, VICTORIA CORDÓN PROCTER, *Las Reclamaciones de cantidad en el ámbito de la Contratación pública. Estudio del artículo 99 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000*, de 16 de junio, Atelier, Barcelona, 2006, pp.125 e seguintes (128 e 129). Estes autores tratam da questão do «silêncio» da «Administração-devedora» traduzido em não dar resposta a eventuais reclamações por parte do parceiro privado-credor, em matéria de contratação pública. Com efeito, os Autores ora citados consideram que: «Presentada la reclamación de pago ante la Administración deudora, ésta se encuentra obligada a resolverla de forma expresa en los plazos legalmente establecidos, estimando o desestimando las correspondientes pretensiones del recurrente. Asimismo, la Administración se encuentra obligada a notificar al interesado la correspondiente resolución, indicando los recursos que se pueden interponer contra la misma». A este respeito, nesta obra, é suscitada a pertinente questão: «El problema se nos plantea cuando la Administración a la que hemos dirigido la reclamación no resuelve de forma expresa la misma. Aquí nos vemos obligados a plantearnos de nuevo la misma pregunta: Se puede entender estimada por silencio administrativo la citada reclamación expresa, o por el contrario en este tipo de reclamaciones no opera la figura del silencio administrativo?». Na verdade, não pretendemos aprofundar esta questão no nosso estudo, mas considerámo-lo interessante fazer o apontamento de mais uma questão, dentro de um catálogo infindável de questões, que se colocam a respeito dos contratos públicos.

<sup>510</sup> Neste sentido, vide FÁBIO MENDONÇA E CASTRO, *As Parcerias Público-Privadas: o binómio – necessidade de investimentos em infra-estrutura e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, pp.125. Vide ainda, relativamente ao «Facto do Príncipe», MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 155 a 157.

<sup>511</sup> Tratando-se de contratos de execução continuada, nada obsta a que, em momento ulterior ao da sua celebração, venham a entrar em vigor disposições normativas, seja de origem constitucional, legal ou de cariz meramente regulamentar, com susceptibilidade de exercer influência (“causar impacto”) sobre a execução do contrato.

Revela-se pertinente, operar uma precisão terminológica. Senão vejamos. O «facto do príncipe» distingue-se do exercício de poderes de modificação e resolução unilateral quanto aos seguintes pontos: a) o «facto do príncipe» resulta de actos normativos e não necessariamente de actos da função administrativa, ao passo que os poderes de modificação unilateral são sempre exercidos mediante a prática de actos administrativos; b) o «facto do príncipe» tem impacto sobre o contrato mas não o tem por objecto, enquanto os poderes de modificação e rescisão unilateral têm sempre por objecto o contrato; c) o «facto do príncipe» pode igualmente decorrer do comportamento de um órgão de uma pessoa colectiva pública alheia ao núcleo contratual, enquanto os poderes de modificação e rescisão unilateral são sempre exercidos por órgãos da pessoa colectiva administrativa que é parte no contrato; d) o «facto do príncipe» pode limitar-se a alterar as circunstâncias que o contrato pressupõe, enquanto os poderes de modificação e resolução unilateral influenciam sempre de modo directo e imediato o conteúdo ou a própria subsistência do contrato.

Em termos sintéticos, podemos dizer que o «*Facto do Príncipe*» consiste no acto jurídico de carácter geral, exógeno à relação contratual, mas com capacidade de, por si só, alterar os termos em que a execução do contrato administrativo será realizada.

Casos paradigmáticos de «*Facto do Príncipe*» são, nomeadamente, o aumento da carga fiscal, alterações legislativas e decisões judiciais transitadas em julgado.

Outro exemplo fornecido pela obra de MARCELO REBELO DE SOUSA e de ANDRÉ SALGADO DE MATOS será a imposição legal no sentido de adopção de novas medidas de segurança na construção que devam ser implementadas pelos empreiteiros e concessionários de obras públicas que se encontrem em execução; sendo que se forem modificadas as condições a que obedece a gestão de serviços públicos concedidos ou, se pelo contrário, for proibida a concessão de determinados serviços públicos, o parceiro público terá de introduzir e aplicar os adequados mecanismos correctivos e de compensação ao privado<sup>512</sup>.

Mas, na verdade, também pode suceder que o facto praticado pelo poder público se encontre imediata e directamente em conexão com a PPP e, neste caso, damos como exemplo o inadimplemento por parte do parceiro público.

Por esta ordem de razões, o «*Facto do Príncipe*» revela-se susceptível de originar uma modificação das circunstâncias que, nos termos gerais, pode desencadear a modificação ou até a resolução do contrato<sup>513</sup>.

No caso de a alteração das circunstâncias ser imputável ao «*Facto do Príncipe*» do próprio parceiro público, a lei equipara-a à modificação e à resolução do contrato por intermédio de acto administrativo de autoridade. Existindo modificação contratual, o parceiro público tem direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, como se tivesse ocorrido modificação unilateral, prevista nos artigos 314º, nº1, alínea a) e 282º, ambos do CCP.

Em caso de resolução do contrato, o parceiro público tem direito a «justa indemnização», em tudo idêntica à que teria direito se tivesse ocorrido resolução unilateral, nos termos previstos do artigo 334º, por remissão do artigo 335º, nº2, constantes do CCP.

---

<sup>512</sup> Vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 155.

<sup>513</sup> O «*Facto do Príncipe*» pode também implicar directamente a modificação ou extinção de um contrato administrativo, sem ter de se recorrer ao mecanismo da «alteração das circunstâncias», no caso em que uma lei torne injuntiva uma norma legal anteriormente supletiva que ambas as partes tenham consensualmente optado por afastar através de uma cláusula contratual, desencadeia a caducidade desta, assim como, uma lei que venha proibir a concessão de determinado serviço público implica a caducidade dos contratos de concessão de tal serviço. Esta situação consubstancia-se num «espaço em branco», ou seja, numa verdadeira lacuna, a qual deverá ser integrada nos termos gerais.

Deste modo, estando perante o «*Facto do Príncipe*» do parceiro público, aplicam-se os regimes de modificação e da resolução unilaterais dos contratos administrativos, porquanto as situações nestes, previstas e reguladas são, em tudo, idênticas àquela nos aspectos concernentes à estrutura e material. Em caso de «facto do príncipe» imputável a uma pessoa colectiva alheia ao contrato, então recorremos ao regime das pretensões indemnizatórias em virtude de sacrifício de direitos patrimoniais particulares. Vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp.157.

Pelo contrário, quando a alteração das circunstâncias não seja imputável a «Facto do Príncipe», ou seja, a acto de autoridade público praticado voluntariamente por parte do parceiro público, o que sucederá na hipótese de uma lei ter influência sobre um contrato administrativo em que o Estado não aparece como contraente, aplica-se o regime geral da «alteração das circunstâncias».

Relativamente aos «*riscos de ordem ambiental*», é curial afirmar que são de relevância determinante em projectos que tenham por objecto o sector de infraestrutura económica, na medida em que se revela essencial a obtenção das *licenças ambientais* necessárias a cada uma das fases daqueles projectos. Este tipo de risco é, em regra, assumido pelo parceiro privado, pelo que os investidores procedem a morosas e dispendiosas avaliações ambientais em momento prévio à celebração de um contrato de concessão.

No que concerne ao «*risco regulatório*» surge normalmente associado à intervenção do regulador, cuja intervenção revela-se imprescindível como garante da adequação, correcção, boa administração, da adequada prossecução do interesse público, aquando da celebração da parceria público-privada.

A indefinição ou imprecisão nos contornos da competência de intervenção de cada entidade co-envolvida na celebração do contrato, pode implicar um acréscimo dos riscos, alcançando o equilíbrio financeiro do contrato de parceria público-privada, reputando-se como factor decisivo a definição objectiva e clara de um conjunto de competências e de limites de actuação dos órgãos reguladores.

Citando FÁBIO MENDONÇA E CASTRO «não adianta apenas a existência de um marco regulatório que seja claro e estável, é fundamental que o regulador sectorial aplique o marco e busque as soluções na forma nele prevista, fugindo de decisões subjectivas, o que poderia gerar insegurança, levando as discussões para o campo das suposições e incertezas»<sup>514</sup>.

Quanto ao «*risco contratual*», nos projectos com o elevado investimento, com a longa duração e com a magnitude dos recursos de diversa natureza que aparecem envolvidos na implementação de uma parceria público-privada, é natural que surjam riscos de considerável complexidade inerentes à celebração e à execução da mesma, sobretudo no que respeita concretamente à manutenção do equilíbrio contratual e à gestão de situações compagináveis com uma eventual «alteração de circunstâncias».

---

<sup>514</sup> Vide FÁBIO MENDONÇA E CASTRO, *As Parcerias Público-Privadas: o binómio – necessidade de investimentos em infra-estrutura e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público*, (dissertação de mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, pp.126, assim como, RAFAEL JURISTO SANCHEZ, *La Ejecución de Obra Pública*, Hauser y Menet, 1983, pp.148 e seguintes.

Existe igualmente um «*risco de inadimplemento*», pois, na medida em que a parceria público-privada, como contrato ou «feixe de relações contratuais» que é, tem na sua “sombra” sempre a eventual situação de incumprimento por parte de um ou de outro parceiro.

Outro aspecto a considerar é a ocorrência de erros de projecto ou de execução, particularmente no que diz respeito à avaliação prévia da viabilidade económica e financeira da parceria ou da eventual imposição por parte do parceiro público de modificações contratuais de modo unilateral. Por outro lado, também existe o denominado «*risco de receita*», porquanto no momento da celebração da parceria público-privada são estipuladas metas de receita a ser auferida pelo investidor e pelo parceiro privado, as quais têm de necessariamente ser atingidas, sob pena de o contraente público ter de o reembolsar.

Ora, os fluxos de receita são normalmente determinados por dois elementos, os níveis de utilização e as tarifas, podendo existir um decréscimo da procura pelo serviço em causa, assim como, o usuário ou utente pode não cumprir a sua obrigação que se traduz no pagamento das tarifas.

No que se refere aos «*riscos financeiros*», são riscos prementes neste tipo de contrato, porquanto o endividamento é uma característica da maioria das concessões e quando os recursos são captados no exterior, em parte devido ao facto de as flutuações cambiais serem susceptíveis de ameaçar a viabilidade do projecto. Este risco pode aumentar no caso de o Governo exigir que as concessionárias obtenham em fontes estrangeiras uma determinada parte dos seus financiamentos.

O «*risco cambial*» é mais elevado em situações delicadas, designadamente, quando estão em causa moedas de fraca cotação, o que deixa economias emergentes e os respectivos mercados em especial posição de vulnerabilidade. Acrescem, por outro lado, os riscos resultantes da variação das taxas de juros e da inflação.

Os «*riscos de construção*» são os que relacionados com a eventualidade de abandono ou não conclusão definitiva de obra, associados a atrasos naturais, com os consequentes custos superiores ao inicialmente orçamentados. As garantias contratuais destinadas à atenuação destes riscos passarão pela celebração de contratos que sejam vocacionados à regulamentação da obrigação de “comprometimento de capital” próprio do construtor, a contratação da empreitada por preço fixo, a fiscalização da obra por peritos engenheiros independentes, o estabelecimento de prazos fixos e de cláusulas penais elevadas.

Para além desta «álea de riscos» inerentes à parceria público-privada, existe uma multiplicidade de outros riscos decorrentes de falhas possíveis da execução do projecto, a que se juntam condições geológicas inesperadas ou especificações de segurança imprecisas que se



não forem objecto da devida consideração antes da celebração do contrato de concessão, poderão ser causa de inviabilização da boa implementação da parceria público-privada.

Quanto aos «*riscos tecnológicos*», tal como FÁBIO MENDONÇA E CASTRO refere, se a «tecnologia utilizada é nova, pode reservar surpresas; se é antiga, pode vir em curto a revelar-se obsoleta»<sup>515</sup>. Por outro lado, acrescem os «*riscos de defeitos latentes*», designadamente quando os governos concedem aos empreiteiros e concessionários, o direito aos sistemas de infraestrutura preexistentes como modo de auxiliar o financiamento da construção da nova infraestrutura. Os novos projectos podem, em determinadas circunstâncias, implicar a modernização e a expansão dos sistemas existentes.

As concessionárias normalmente assumem a responsabilidade pela manutenção dessas instalações durante a manutenção dos seus contratos. Mecanismo, este, que pode ser dispendioso para as empresas concessionárias, em caso de as instalações que herdarem terem falhas estruturais desconhecidas.

Também existem «*riscos de aceitação pública*», na medida em que os projectos de infraestrutura podem provocar protestos por parte do cidadão local, o que pode ser fatal para as concessões privadas.

FÁBIO MENDONÇA E CASTRO refere ainda que a alocação de riscos, no âmbito de qualquer parceria público-privada, revelar-se-á eficiente quando produzir os seguintes resultados: a) diminuição do custo global do projecto com vista à transferência dos riscos para a esfera da parte com maior capacidade, *maxime* capacidade económica e financeira, para administrá-lo e lidar com esses riscos da melhor forma possível; b) incentivo ao parceiro privado no sentido da entrega do serviço contratado no prazo estipulado consensualmente pelas partes, conquanto que sejam alcançados os grandes objectivos de qualidade previamente traçados, mediante o respeito pelos custos estimados; c) aumento da qualidade de serviço; d) incremento de criação de receitas; e) conceder maior previsibilidade às receitas e despesas.

Explicitando melhor as ideias ora mencionadas, podemos considerar que a repartição de riscos entre os parceiros, público e privado, no tocante à provisão de um dado bem ou serviço público, a ser *razoavelmente* estipulada em termos contratuais, é uma importante virtualidade da modalidade contratual de parceria público-privada (que não encontramos nas tradicionais modalidades de provisão pública).

---

<sup>515</sup> Cfr. FÁBIO MENDONÇA E CASTRO, *As Parcerias Público-Privadas: o binómio – necessidade de investimentos em infraestrutura e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público*, (dissertação de mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, pp.127, assim como, Vide ALBERTO DORREGO DE CARLOS e FRANCISCO M. VÁZQUEZ, *Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos Administrativos y Financieros*, La Ley, 2009, pp.59 e seguintes e ainda o Manual do EUROSTAT.

Segundo o entendimento preconizado por MARIA EDUARDA AZEVEDO<sup>516</sup>, o aspecto relativo à «afecção dos riscos» é encarado como uma verdadeira fonte de eficiência produtiva, estipulando *incentivos*<sup>517</sup> de diversa natureza ao parceiro privado que assumirá o risco, por se encontrar em melhores condições de gerir os riscos tecnológico e económico, de modo a que este proceda a uma gestão otimizada, com uma considerável redução de custos.

Por um lado, a transferência de riscos para o parceiro privado, encerra em si mesma, um elemento distintivo dos demais modos clássicos de provisão, na medida em que nestes o Estado (parceiro público) aparece onerado com os riscos inerentes ao contrato. Por outro lado, implica uma mais-valia em termos de ganhos económicos, visto que ao ser transferido o risco

---

<sup>516</sup> Normalmente, numa montagem PFI/PPP, o parceiro público adquire serviços e não apenas bens infraestruturais solicitados pela provisão por uma concreta necessidade colectiva. Nesse sentido, os riscos inerentes à construção dos activos e exploração do serviço, abrangendo os riscos de concepção, construção, progresso tecnológico, exploração e manutenção devam recair sob a égide do parceiro privado. Por seu turno, atendendo a que um esquema típico de parceria assenta no financiamento privado, então competirá ao parceiro privado garantir o financiamento de construção e exploração, assim como, suportar os riscos financeiros subjacentes ao projecto, em harmonia com os financiadores e investidores envolvidos naquele.

A transferência de risco no tocante à «procura» tem a susceptibilidade de exercer influência sobre a afectação e eficiência produtiva. Este risco de procura, «gerível», ao contrário do que se possa pensar, não recai exclusivamente sobre o parceiro privado, mas sobre ambos os parceiros, contudo, com graus diversos. O parceiro público assume apenas uma parcela deste risco, sendo relegado para os «ombros» do sector privado a vasta maioria desse risco, devido à actividade empresarial e experiência mercantil desse privado.

De uma outra perspectiva, considerando o facto de na «procura» influírem inúmeros factores em que o Estado (parceiro público) possui um poder e capacidade decisivos “sobre” e “no” mercado, admite-se que o risco de procura seja imputado à esfera jurídica e patrimonial do Estado, cabendo-lhe, no limite, a responsabilidade quase exclusiva na viabilidade do projecto da PPP. Pese embora se aceitem os factos ora expostos, apraz-nos, de igual modo, referir que no caso de o risco da procura vir a ser transferido para a área de responsabilidade do parceiro privado, importará, então, determinar a se este parceiro foram oferecidos os incentivos adequados que o levem a actuar no «interesse geral» ou no «bem comum», com a cabal satisfação do «interesse público» (necessidades colectivas) e não somente no seu interesse próprio: o «lucro».

Nesta ponderação, o Estado deverá ter em consideração dois aspectos essenciais: (a) inexistindo garantias suficientes de viabilidade do projecto, não encontraremos um privado que pretenda ser «parceiro». Ocorre uma forte restrição na participação dos *melhores* e dos *mais aptos* a concretizar a PPP; (b) os incentivos deverão ser apelativos ao sector privado, ao ponto de o fazer aceder às necessidades do sector público e ao ponto de os fazer assumir riscos que, à partida, competiriam à esfera pública. Assim sendo, deverá ser contratualmente estipulado que o Estado (parceiro público) assegure um nível fixo e estável ao longo da vida da parceria, de *receita* (pode ser, em alternativa, estipulada no contrato, a possibilidade de tributação das receitas que superem um patamar pré-definido de receitas).

Quer dizer, o interesse económico do privado fica, desde logo, *ab initio*, à celebração da parceria público-privada, garantido, como forma de ele assumir uma parcela muito significativa de riscos. Nestas circunstâncias, o parceiro privado assume o risco de procura dentro dos limites pré-estabelecidos no contrato de PPP. O risco de procura que se encontra fora desse patamar pré-definido, será incluído na esfera jurídica do parceiro público, verificando-se uma suavização do risco de perda de receita a ser auferido pelo parceiro privado.

No tocante à «eficiência de afectação do risco» importa proceder à distinção entre o «*risco de procura*» e o «*risco de receita*». Senão vejamos.

No caso em que o parceiro privado assume em exclusividade o risco de procura, será o próprio mercado a determinar o nível de receita e a rentabilidade da PPP e, assim, não caberá ao parceiro público intervir seja de que forma for, de modo a influenciar ou interferir com esses incentivos oferecidos pelo mercado.

Quando a PPP constitui um modo de aquisição de serviços sob a égide do estado (parceiro público), a ser realizado pelo respectivo parceiro privado, a este será reconhecido um instrumento determinante para salvaguardar a «eficiência de afectação». Assim sendo, na ausência de risco de procura ou quando este seja muito diminuto, justificado pelo facto de o parceiro privado ser remunerado com base na disponibilidade total ou parcial, revela-se ser possível converter esta situação, introduzindo um «*risco de receita*». Nestes termos, «os pagamentos efectuados pelo Estado ao parceiro privado serão estruturados em função dos serviços que são efectivamente prestados», em função de «quantidade», «qualidade» e «prazo».

Neste sentido, vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 477 a 481. Vide, também a respeito da matéria respeitante à afectação e gestão dos riscos, e igualmente sobre as limitações institucionais do risco financeiro, NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 198 a 215.

<sup>517</sup> O acto de transferência do risco para o sector privado pressupõe que esse risco «*seja identificado e valorizado, atendendo à sua dimensão, momento e probabilidade de ocorrência*», porquanto é essencial que o «preço» da transferência seja devidamente definido pelo parceiro privado e demais financiadores do projecto de PPP. Neste sentido, vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 477.

para o parceiro em melhores condições económicas, reduz-se consequentemente o impacto negativo do projecto.

Numa perspectiva puramente económica, quando as aptidões de avaliação e de gestão dos riscos são adequadas à magnitude e às exigências do concreto projecto de parceria público-privada, verificamos que o custo global deste é reduzido, alcançando-se, ao mesmo tempo, o imprescindível «VfM».

Na provisão de infraestruturas e serviços públicos podemos identificar uma diversidade imensa de riscos inerentes à própria montagem de parceria público-privada, nomeadamente os riscos que não sendo controláveis por qualquer dos parceiros, acabam por recair sobre a esfera jurídico-patrimonial do Estado (parceiro público) por considerar-se que é ele que está em melhores condições de o gerir e suportar economicamente (v.g. força maior, riscos políticos, crise financeira, entre outros).

Mas, existe uma multiplicidade de riscos que são «manipuláveis» ou «geríveis» e, neste caso, terá de casuisticamente, averiguar-se qual dos dois parceiros está na posição de os suportar, sempre com vista a atingir o «VfM». Exemplos deste tipo de riscos são os puramente económicos ou os relacionados com a concepção, construção, manutenção, execução ou intrinsecamente ligados à lógica de mercado.

Em jeito de síntese, assinalamos que existe um leque incontável de riscos que poderão vir a recair sobre a alçada dos parceiros privados e, outros tantos de específica natureza, que poderão ser assumidos pelo parceiro público. Ora, esta ponderação fulcral para o «VfM» de um concreto projecto de parceria público-privada será realizada com base na matriz de «partilha de riscos», que a modalidade contratual PPP fornece e permite.

A eficiência e viabilidade económica («VfM») de uma parceria público-privada depende, logo à partida, de uma adequada «partilha de riscos» por parte de ambos os parceiros, público e privado, sendo que qualquer lacuna, insuficiência ou inadequação na transferência de risco constitui um foco de origem de ineficiência e de acréscimo de custos, mormente no caso em que forem atribuídos riscos à parte que não se encontrar em melhores condições de os gerir e suportar.

### **3.4.1. Especial atenção ao «Custo»: Custo de Transacção e Custo de Financiamento Privado.**

Pronunciando-nos acerca do custo de transacção, aprez-nos referir que este custo encontra-se directamente relacionado com a complexa montagem financeira inerente a uma parceria público-privada.

Como já foi mencionado supra, uma «transacção PPP» representa um esquema económico-financeiro e jurídico de elevada monta, implicando um razoável período de preparação e outro tanto necessário à contratação.

O factor «tempo» representa neste tipo de projecto ambicioso e duradouro, como o-é a parceria público-privada, um aumento significativo de custos, quer para o parceiro público, como para o parceiro privado, sendo, enquanto tal, mais dispendioso que as clássicas formas de contratação pública.

Com efeito, visto que é longo o período de vigência contratual das parcerias público-privadas, estas encontram-se associadas a uma complexa e morosa operação de natureza simultaneamente financeira e jurídica, a que acresce inevitavelmente a necessidade de proceder a «renegociações contratuais», de modo a reajustar e adequar as cláusulas do contrato às novas e crescentes exigências da colectividade.

Parece-nos ser indiscutível o facto de os pesados custos de transacção serem, de certo modo, dissuasores ou condicionantes da decisão de contratar por parte da Administração, parceiro público, obrigando-a a repensar sobre a opção parceria público-privada, naquele momento e atendendo ao concreto circunstancialismo fáctico e económico.

Quer dizer, perante os elevados custos com a transacção parceria público-privada, a Administração deve questionar-se se, tendo por desiderato primacial, a melhor solução para a prossecução do «interesse público», deverá relegar para o sector privado a prestação dos serviços públicos ou a actividade solicitada pela colectividade ou, se, pelo contrário, deverá ela própria, na sua veste de garante do imperativo constitucional de «Bem-Estar», assumir o desígnio do «interesse público», realizando por si própria e com os seus meios disponíveis e ao seu alcance, determinado serviço público.

Os custos de transacção podem radicar em diversos aspectos, como nomeadamente, na natureza do objecto da contratação, no longo período de vida da parceria, na estrutura de propriedade e no financiamento, bem como, na modalidade de partilha de riscos.

Como sabemos, as parcerias público-privadas encontram-se geneticamente vocacionadas à contratação e à prestação de serviços, numa perspectiva de longo prazo, exigindo, neste contexto, a alocação de mais recursos que as clássicas formas de contratação pública. Assim é, durante toda a vida da parceria público-privada, desde o momento da sua

preparação, contratação, negociação, bem como, no próprio momento da execução do contrato de parceria público-privada, incluindo a fase de acompanhamento atinente à boa execução do contrato, sem esquecer as eventuais renegociações.

Um aspecto muito criticado e apontado pelos mais cépticos relativamente aos benefícios da opção parceria público-privada consiste no recurso frequente pela Administração aos serviços de consultoria externa, de natureza multidisciplinar, formada por equipas de especialistas ao nível da engenharia, arquitectura, gestão e igualmente por serviços de apoio jurídico junto de sociedades de advogados, de origem nacional e internacional.

Assim sucede, em virtude do elevado grau de sofisticação e de complexidade, assim como, da dimensão de enormes proporções das PPP's e das respectivas transacções, que gera no parceiro público um natural sentimento de insegurança relativamente às valências profissionais reveladas pelos seus parceiros privados.

A Administração pretende posicionar-se em termos de paridade ou, pelo menos, não quer ficar em situação de desvantagem relativamente ao seu parceiro privado, possuidor de conhecimento técnico, saber especializado nas mais variadas matérias relativas ao mercado, assim como, dotado de uma *performance* adquirida no decurso duradouro da sua actividade profissional desenvolvida, muitas vezes, num preciso nicho de mercado, face ao qual o parceiro público é totalmente alheio.

Igualmente da perspectiva do parceiro privado, verificamos a ocorrência de custos resultantes da preparação da proposta e respectiva negociação, geralmente tão avultados, que acabam por ter reflexos negativos na concorrência, restringindo a participação de privados a uma minoria com maior capacidade financeira e forte estrutura económica, e não necessariamente com maior *performance* ou melhor «*know-how*». Por conseguinte, ao ocorrer um cerceamento na livre concorrência nos processos de competição pelo mercado, o próprio «*Value for Money*» sai afectado.

Quer dizer assim, que os elevados custos de transacção inerentes às PPP's têm a aptidão para condicionar a concorrência e, com isso, diminuir os incentivos aos privados no sentido de prosseguir a eficiência produtiva tão imprescindível ao «*Value for Money*», *conditio sine qua non* de qualquer parceria. Contudo, no âmbito de uma parceria, «o facto de se atribuir a propriedade do activo e do respectivo uso ao parceiro privado contribui para um ganho na eficiência produtiva em detrimento da eficiência de afectação»<sup>518</sup>.

---

<sup>518</sup> Neste sentido, Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 483 e, ainda, Vide ALBERTO DORREGO DE CARLOS e FRANCISCO M. VÁZQUEZ, *Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos Administrativos y Financieros*, La Ley, 2009, pp.59 e seguintes.

Nestes termos, o sector público há-de assegurar um elevado controlo da qualidade dos serviços prestados, suportando custos de acompanhamento acrescidos, quando realizada a análise comparativa dos clássicos modos de contratação pública.

Atendendo a este contexto, afigura-se-nos curial afirmar que, revelando-se os custos envolvidos numa transacção de parceria público-privada, quase exorbitantes, consequentemente, os respectivos ganhos de eficiência serão diminutos, em termos proporcionais. Assim, deste modo, importa levantar a questão sobre a real vantagem económica da parceria face às demais formas tradicionais de contratação.

No processo de análise sobre a opção pela parceria, há, pois, que dar resposta cabal aos aspectos relacionados com os elevados custos implicados na transacção da parceria público-privada e com o facto de aqueles custos poderem vir a sofrer um decréscimo com o decurso da vida contratual, em virtude das denominadas «economias de escala» a par da valência trazida pela experiência de ambos os parceiros, público e privado.

No que concerne em especial ao «*custo de financiamento privado*», apraz-nos referir que as parcerias público-privadas baseiam-se essencialmente na transferência de risco para o privado, assim como, o recurso ao investimento do sector privado. Esta situação contém um risco pernicioso que se prende com a ideia de o custo de capital do sector privado revelar-se superior àquele que é suportado pelo sector público.

Todavia, da perspectiva de eficiência económica, aquele facto perde parte da sua relevância, na medida em que da óptica de utilidade ou do risco relativamente ao utente, é indiferente quem produz e quem presta o serviço ou ainda, quem financia o investimento.

Por outro lado, acresce que, em regra, o custo do capital depende exclusivamente ou, em grande parte, do risco do projecto e não das fontes de financiamento, quer estejamos perante projectos levados a cabo pelo parceiro público ou pelo parceiro privado. Todavia, a origem do investimento possui a susceptibilidade de influenciar o risco do projecto, tendendo o risco do projecto a depender da forma como é repartido pelo projecto e em como dá resposta às exigências com a execução deste relacionadas.

No que diz respeito à matéria de gestão de risco, a Administração possui a capacidade de transferir o risco para os seus contribuintes, para além dos próprios utentes-utilizadores de um determinado serviço prestado em sede de parceria público-privada. A hegemonia tributária consubstancia-se, a este nível, numa formidável vantagem a favor do parceiro público.

Outra possibilidade é o recurso ao financiamento junto dos mercados financeiros e de capitais internacionais. Ainda assim, a realidade mostra que é o parceiro privado que possui

maior eficácia no tocante à gestão de risco, reduzindo significativamente o grau de risco inerente à parceria público-privada, para a esfera do sector privado.

Na verdade, o financiamento público e o investimento privado distinguem-se no tratamento que é conferido ao «risco» nos dois sectores. Senão vejamos.

É ponto assente que ambos os sectores encontram-se sujeitos ao risco, mas, ao passo que no sector privado, o risco é incorporado no custo de capital, o mesmo não sucede no sector público. Este não incorpora explicitamente o risco, porquanto usufrui de uma posição que lhe permite mobilizar os recursos financeiros necessários através do recurso ao endividamento público em condições mais vantajosas.

Ao suportar os riscos, o sector público, possui maior capacidade de gerir o risco, relegando-o para terceiros (contribuintes) do que o sector privado, podendo assim, captar o financiamento em condições mais favoráveis, uma vez que se trata de um Estado soberano a solicitar investimento, e, enquanto tal, possuidor de mais garantias que o sector privado.

O facto de os investidores privados serem objecto de compensação por intermédio do «risco de crédito» assumidos no momento da celebração da parceria público-privada, contribui para um aperfeiçoamento relativamente à selecção económica do projecto e da eficiência de afectação. Para além deste aspecto a ser tido em consideração, o reconhecimento explícito do risco e o estabelecimento do respectivo preço funcionam como um incentivo à implementação de mais eficientes sistemas de gestão de risco com benefícios ao nível da eficiência produtiva.

As PPP's, ao procederem à substituição do endividamento público por um endividamento privado, mais dispendioso, implicam um aumento do custo de financiamento, ainda que o risco do projecto seja considerado menor no sector privado. Deste modo, para que uma parceria contribua para o «*Value for Money*», em virtude da obtenção de ganhos ao nível de eficiência económica, terá de lograr ultrapassar os custos de transacção, assim como, o acréscimo do custo resultante do financiamento privado.

Porque a opção pela parceria público-privada não é gratuita, o Estado terá de atender à provisão tradicional para a comparação entre o custo dos serviços englobados na parceria e o custo do investimento e da prestação dos serviços em causa.

Do exposto, podemos concluir que, perante o risco de incumprimento, o financiamento privado tende a ser mais elevado do que o endividamento público. Porém, o parceiro público tem ao seu dispor o «*ius imperium*» tributário, o que gera credibilidade junto dos credores investidores no projecto de parceria público-privada, em razão da sua inesgotável solvabilidade ou solvência expresso na ideia de que enquanto existirem cidadãos e contribuintes, ao Estado não faltarão meios económicos para pagar as suas dívidas, o que a



nosso ver, não corresponde à verdade, porquanto é uma verdade universal na economia, de que para existe um limite e um «ponto de não retorno» às exigências fiscais junto do contribuinte, o «quando» é a questão. Por outro lado, com os resgates do Fundo Monetário Internacional a países da zona Euro, como Portugal e Grécia, assim como, a fraca dotação financeira atribuída por instituições financeiras internacionais, mostram claramente que também os países têm solvabilidade limitada.

Deste modo, em termos teóricos, a posição de vantagem do sector público deve-se ao facto de o reembolso da dívida contraída para financiar um determinado investimento inicial não se relacionar com os riscos ou resultados obtidos com o projecto, podendo ser assegurados mediante receitas fiscais sendo os riscos transmitidos de modo indirecto entre os utentes e os contribuintes em geral.

Os riscos afectam todos os contribuintes, sobre os quais recai a «pesada factura» relativa à remuneração da parceria público-privada, aos privados, o que a nosso ver, traduz-se no sério e grave risco de «captura» do Estado (e dos portugueses) pelos interesses privados, que esmagam a solvabilidade económico-financeira do país por «efeito de dispersão» do risco<sup>519</sup>.

Fazendo alusão ao pensamento de Thomas Mann, importa que o Estado recorra ao sábio «*common sense*», nas suas decisões políticas, económicas e financeiras, o mesmo é dizer, ponderar profundamente sobre as implicações intergeracionais e de sustentabilidade no momento de decidir contratar, sob pena de, no limite, os conselhos Tocquevillianos a respeito da sobrevivência e moderação da democracia serem seriamente colocados em risco.

Um Estado perde soberania e poder de autoridade quando deve dinheiro, quando se encontra nas «mãos» dos privados, seja a Banca, sejam os Mercados Financeiros e de Capitais, sejam ainda os próprios co-contratantes. Um Estado apenas é soberano, dotado de autonomia e, acima de tudo, democrático quando se encontra livre das «amarras» do sector privado.

### **3.4.2. O Critério da Sustentabilidade Financeira.**

O critério da sustentabilidade financeira da parceria é o critério por excelência, no momento de a entidade pública decidir-se por esta nova forma de contratação, ao invés de enveredar pelas tradicionais ou clássicas formas de contratação pública.

---

<sup>519</sup> Neste sentido, Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 485 e 486.

Importa salientar que o compromisso financeiro do parceiro público neste tipo de projecto (PPP) assume uma paleta variável de graduações, em função do tipo de arranjos financeiros que as partes, pública e privada, escolhem para a manutenção da parceria.

Por outro lado, existem vários factores a considerar neste critério, desde a incidência orçamental, passando pelas consequências em termos de suportabilidade financeira. Estes factores globalmente considerados vão fundamentar e legitimar a opção do parceiro público.

Nos casos em que a parceria é financiada mediante o pagamento de receitas cobradas aos utentes, o envolvimento do Estado encontra-se, em termos proporcionais, reduzido. São sobretudo situações em que o financiamento é misto ou combinado, podendo o Estado estipular logo à partida o grau e os termos do seu compromisso financeiro no projecto, como nomeadamente, estabelecer que o seu investimento é feito de modo repercutido, faseado, ao longo do tempo, num determinado número de anos.

Também existem projectos em que o parceiro público e o parceiro privado repartem a sua quota-parte de responsabilidade no tocante ao financiamento necessário à sustentabilidade da parceria.

São duas condições determinantes na ponderação da sustentabilidade de uma parceria público-privada de um lado, a designação expressa da entidade pública à qual competirá zelar pelo bom cumprimento da execução contratual, sobretudo, no que se prende com o pagamento adequado dos encargos futuros e, de outro lado, a identificação da origem desses montantes<sup>520</sup>.

A questão relativa à sustentabilidade financeira de uma parceria público-privada encontra-se indissociada da matéria relativa à restrição orçamental, exigindo, nessa medida, a ponderação de dois aspectos decisivos, por um lado, os níveis de despesa e de receita públicas que têm de ser devidamente acautelados e, por outro lado, os mesmos deverão ter comportabilidade perspectivada em termos futuros.

É imperativo o respeito pelos compromissos plurianuais resultantes da parceria, incluindo nos momentos em que os Governos sofrem crises económicas e fortes constrangimentos ou limitações orçamentais, devido à redução da receita pública.

Neste ponto concreto, a parceria poderá revelar-se financeiramente “perigosa”, porquanto é geradora de fluxos de despesa pública de longa duração, enquanto perdurar a vida contratual do projecto. Mas não somente por este motivo.

---

<sup>520</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 491. Aconselha-se, igualmente, a análise da obra de NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 147.

Com efeito, as regras contabilísticas são susceptíveis de “mascarar” a realidade dos custos com a parceria. A parceria público-privada tem repercussões futuras sobre o orçamento, logo não é objecto de apreciação em termos imediatos e, acresce que, por força da «transferência do risco» para o parceiro privado, a PPP é havida como investimento privado. E, enquanto tal, aparece em termos contabilísticos, não nas contas públicas, mas sim na contabilidade do parceiro privado, pelo que deste modo, a parceria contribui, no curto prazo, para um resultado positivo do défice do Estado.

Ora, na medida em que o Estado vai pagar o investimento prévio realizado pelo parceiro privado e porque vai ter de arcar com os custos inerentes à utilização do utente beneficiário, em prestações “suavizadas” pelo longo decurso do tempo que pauta a vida da parceria, aquele decréscimo no défice orçamental público revela-se ilusório.

Trata-se apenas de relegar para o futuro o pagamento devido no momento presente e, a experiência mostra, que o “mau pagador”, entendido por aquele que não paga no imediato o que consome, paga mais e durante mais tempo. Aliás, o recurso os arranjos financeiros parcerísticos que têm subjacentes estas manobras contabilísticas revela-se mais oneroso para o erário público quando encarados de uma perspectiva intergeracional, colocando em causa o princípio da confiança depositada pelo cidadão no momento eleitoral em que é celebrado o «pacto social» com o Governo.

É missão *sagradamente* vinculativa de qualquer Governo, durante a sua vida governativa, acautelar e zelar pelo bem-estar das gerações futuras, contribuindo para um futuro da população mais feliz (a “felicidade” do povo português é uma das grandes finalidades assumidas pelo ideário da Constituição Portuguesa) e próspero que o das gerações presentes.

Quando pensamos nos juros associados a uma modalidade de pagamento tão espaçada no tempo e no facto de existirem parcerias cujo prazo de vida está balizado em trinta e mesmo cinquenta anos, verificamos, que os Governos têm sucessivamente descurado o princípio de confiança e de responsabilidade intergeracional, no momento da contratualização com os privados, nesta nova forma de contratação pública (PPP).

Em Portugal, segundo relatórios transmitidos pelo Tribunal de Contas, no decurso de auditorias realizadas, as parcerias vão onerar o Estado e os utentes-contribuintes até 2080, encontrando-se estes vinculados a estribadas cláusulas contratuais relativas a montantes indemnizatórios devidos ao parceiro privado, em caso de “desistência” ou “rescisão” do contrato absolutamente excessivas, ao ponto de “compensar” mais levar por diante o contrato e as respectivas “infraestruturas faraónicas”, do que pagar aquelas indemnizações e ficar sem obra.

A parceria aparece também por esta ordem de razões, tão apelativa aos Governos que estão desejosos de “mostrar obra”, ao mesmo tempo que querem transmitir que com a sua racional gestão e boa governação, conseguiram reduzir ou, pelo menos, manter o défice das contas públicas, quando, na realidade, apenas procederam a “maquilhagens” orçamentais.

Outro aspecto relevante a ter em consideração quando falamos em «sustentabilidade da PPP» é o investimento *não previsto*, no âmbito da execução da parceria.

De facto, revela-se frequentemente necessário o recurso a avultados investimentos, os quais são imprescindíveis à boa execução da parceria público-privada, mas que se encontram *a priori*, no momento da celebração, excluídos do objecto contratual, que irão ser assumidos pelo parceiro público contribuindo inevitavelmente à assunção de mais responsabilidades (leia-se: endividamento) para além daquelas que estavam previstas.

E, na verdade, esta «imprevisibilidade» ao nível dos custos orçamentados inicialmente, poderão levar a que os Governos alterem as “regras do jogo” perante o cidadão eleitor, na medida em que promessas eleitorais relativas a não aumentos da carga fiscal, poderão ficar inviabilizadas, na medida em que é com a tributação junto do utente que a parceria será “sustentada”, ou seja, remunerada ao parceiro privado que vê ser sempre assegurada sua margem de lucro<sup>521</sup>.

Como refere MARIA EDUARDA AZEVEDO, a «*restrição orçamental intertemporal*»<sup>522</sup> constitui, no limite, a linha de fronteira para determinar a sustentabilidade financeira de uma PPP, a par de metas de enquadramento orçamental e de tectos máximos de despesa anual afectos a cada sector, os quais influenciam necessariamente a *decisão pública*, do Governo, mas não só. Também as autarquias locais, as demais entidades operantes a um nível regional e toda uma miríade de entidades públicas territoriais recorrem, cada vez mais, às parcerias como modalidade preferencial de contratação e de realização de obra pública.

Em suma, perante o exposto, podemos assinalar o facto de o critério de «sustentabilidade financeira» de um projecto PPP, ser o primeiro critério, no âmbito da sequência de etapas de análise relativa à exequibilidade daquele, que deve ser tido em consideração, no lançamento de uma parceria, na medida em que permite comparar as vantagens resultantes da clássica forma de contratação pública e da “nova” modalidade de contratar, sob a forma de parceria público-privada.

---

<sup>521</sup> Neste sentido, a apoiar esta ideia, retiramos um trecho da obra de MARIA EDUARDA AZEVEDO, «(...) uma entidade pública que, no presente, não dispõe de verbas orçamentais suficientes para realizar um projecto em contratação tradicional, na hipótese de equacionar o recurso à via PPP não há-de deixar de avaliar se detém as condições de mobilizar os fundos públicos necessários para satisfazer o plano de compromissos financeiros assumidos perante o parceiro privado». Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 491, bem como, Vide ALBERTO DORREGO DE CARLOS e FRANCISCO M. VÁZQUEZ, *Colaboración Pública-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos Administrativos y Financieros*, La Ley, 2009, pp.59 e seguintes.

<sup>522</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 491.

Seja como for, apesar da sua incontornável relevância, este critério não poderá ser considerado, nem como o único indicador, nem como o mais preponderante no processo de análise pública, sublinhe-se, não acerca da necessidade ou não do investimento, mas sim sobre a opção pela PPP em detrimento de uma das formas clássicas de contratação. Com efeito, no ponto seguinte deste estudo, vamo-nos debruçar sobre um critério («*Value for Money*») que confere uma maior certitude à decisão do Estado, no que concerne à adequação e conveniência, do ponto de vista económico-financeiro e temporal, da parceria como forma escolhida para contratação pública, no caso concreto.

### 3.4.3. O Critério de «*Value for Money*».

O «*Value for Money*» reveste-se, sem dúvida, de relevância central na parceria público-privada, consistindo numa condição «*sine qua non*» que deverá presidir à ponderação, em momento prévio, acerca da opção por parte do Estado e à concomitante celebração de um contrato sob a forma de parceria público-privada: «(...) o conceito de «*VfM*», enquanto objectivo prosseguido transversalmente pela moderna Administração pública, não há-de deixar de marcar presença no processo específico de preparação e contratação de uma parceria, requerendo-se a demonstração prévia de «*VfM*» da despesa pública envolvida como condição essencial para sustentar a decisão de encetar uma parceria com um operador privado»<sup>523</sup>.

É curial afirmar que a análise acerca do «*VfM*» constitui, em si mesma, um verdadeiro momento fulcral no que respeita especificamente à fundamentação da decisão do Estado conducente à preparação e à celebração da parceria público-privada. Consiste, deste modo, num momento-chave prévio a ter lugar no decurso do processo de estudo e de análise que servirá de base à decisão pública sobre o futuro da parceria.

Nesta senda, é interessante verificar que mesmo na circunstância de, ponderada a questão atinente à «sustentabilidade financeira» da parceria, o impacto financeiro desta enquadrar-se no orçamento de Estado, nos moldes próprios da denominada «*restrição orçamental intertemporal*», no caso de a PPP não demonstrar potencial de «*Value for Money*», então não poderá haver lugar a «decisão pública» no sentido de aprovar a celebração e a implementação dessa parceria<sup>524</sup>, por entender-se que haverá prejuízo ou desproporcional encargo para o erário público.

---

<sup>523</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 496.

<sup>524</sup> A propósito do carácter decisivo do «*Value for Money*», Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 491.

O «*Value for Money*» afirma-se deste modo como um indiciador económico que deverá nortear qualquer processo conducente à celebração e implementação de uma parceria público-privada, consubstanciando-se na transferência de risco para o parceiro privado. Mas não apenas neste aspecto.

Com efeito, existe uma multiplicidade de factores a serem tidos em linha de conta na ponderação do «*VfM*», designadamente, a pertinência social e económica de uma dada parceria num determinado sector (prestação a ser realizada) e num dado momento, a escolha do modo de realização da mesma e da sua remuneração, os parceiros privados a ser seleccionados (v.g. qualidade e *expertise*) e os respectivos reflexos ao nível das contas públicas, mormente no que concerne à despesa pública.

Acresce ainda, que para além destes elementos de avaliação, têm especial acuidade a determinação do grau de envolvimento do parceiro público, tanto de uma perspectiva material (de actividade concretamente a ser realizada) como de uma óptica financeira, no respeitante à montagem de uma parceria (a intervenção pública a este nível é multifacetada), bem como, os esquemas de incidência orçamental em causa.

No âmbito de determinabilidade de «*VfM*» de uma parceria têm de ser equacionados os custos de oportunidade tendo por base as vantagens obtidas com a afectação dos recursos públicos no projecto, pensados não apenas na perspectiva do presente momento da contratação, mas sobretudo durante a longa vida da parceria. Fundamental, é que com esta análise se procure alcançar uma optimização entre a aplicação dos recursos financeiros do sector público e a eficiência na alocação desses recursos traduzida na melhor combinação possível de recursos económicos, financeiros, tecnológicos e até humanos empregues no âmbito de uma parceria numa perspectiva de «*whole-of-life cycle*».

Tendo como ponto de partida, a «incidência orçamental da opção PPP»<sup>525</sup>, podemos indicar três situações diversas em função das metodologias de avaliação do «*VfM*», num sentido ascendente. São elas, as seguintes: a) parcerias financeiramente auto-sustentáveis; b) parcerias geradoras de receita; c) parcerias que são exclusivamente da responsabilidade do parceiro público.

Na primeira situação, no que diz respeito aos projectos financeiramente auto-sustentáveis, a concreta relação é estabelecida entre o prestador do serviço e o utente, sendo o parceiro privado remunerado pelos custos envolvidos e pelo seu investimento através da cobrança de tarifas aos utilizadores e beneficiários daquele serviço. E, neste sentido, visto que

---

<sup>525</sup> A respeito desta categorização de situações respeitantes ao «*Value for Money*» com foco de origem na questão da «incidência orçamental das PPP's», Vide o estudo desenvolvido de MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 497 e seguintes.

é o parceiro privado que irá auferir os rendimentos resultantes do projecto, competir-lhe-á averiguar se os termos colocados pelo parceiro público são passíveis de gerar «retorno económico» possuindo desse modo viabilidade financeira.

Ao parceiro público, em contrapartida, incumbe a função de assegurar a validade da escolha pela parceria público-privada em detrimento de uma outra via contratual, assim como, garantir que exista um nicho mercado para o serviço que se pretende prestar.

Por outro lado, o parceiro público assume a responsabilidade perante o parceiro privado no sentido de garantir que o sistema de cobranças de tarifas e de pagamentos por parte do utente seja realizado em conformidade com a lógica do princípio do utilizador-pagador cumprindo as metas contratualmente estabelecidas, respeitando as políticas públicas de relevo sectorial e sem nunca deixar de ter como linha de horizonte, o «interesse público».

Nesta primeira categoria de projectos PPP's cujo capital envolvido pertence em grande parte ou exclusivamente ao sector privado, com uma desoneração em termos (quase) absolutos do sector público, a questão do «VfM» não se afigura tão relevante.

Nos casos em que as receitas dos projectos PPP's são angariadas mediante a cobrança junto do utente, sendo as remunerações ao parceiro privado efectuadas por parte do utilizador e não pelo parceiro público, não faz sentido, em rigor, falar em «incidência orçamental» das parcerias, porque não existe o problema da comportabilidade ou de sustentabilidade financeira para o parceiro público.

Por conseguinte, revela-se desnecessário proceder ao teste «VfM» relativamente a pagamentos do sector privado, tanto dos financiadores, como dos utentes ou utilizadores.

Numa segunda situação, nos projectos PPP's geradores de receita em que a respectiva montagem financeira implica necessariamente, como condição de viabilidade, uma combinação entre o financiamento inicial privado e uma participação financeira pública, acrescido de uma componente de remuneração por parte do utente, via pagamento de taxas.

Com esta arquitectura financeira, o Estado ou outro ente público terá já de desembolsar capital, com saída de recursos económicos das contas públicas, resultando numa oneração para o erário público, variável em função dos custos de oportunidade, assente num estudo comparativo sobre os usos alternativos aos quais se irá “dedicar” os montantes.

Em consonância com este sistema misto de financiamento de parcerias público-privadas, o parceiro público sofre custos razoavelmente avultados inerentes ao investimento envolvido e aos custos do próprio funcionamento do serviço, afigurando-se como condição prioritária necessária à sua aprovação, o teste «VfM».

No decurso da análise do «VfM», importa ter em consideração as vantagens estimadas com a alocação de capitais públicos à escolha pela nova modalidade de contratação (PPP), por



um lado e, os benefícios calculados e estimados, por outro lado. Benefícios, estes, resultantes da aplicação daqueles montantes a um projecto público alternativo que ficaria seriamente colocado em causa, senão mesmo inviabilizado se não obtivesse o capital público.

Relativamente à última situação elencada, respeita às parcerias totalmente a cargo do sector público, a qual se assume como único adquirente do serviço a prestar pelo parceiro privado. E, é neste preciso aspecto, que radica a principal área de confronto entre o modelo de contratação tradicional e o projecto PFI/DBFO, consubstanciando-se este numa aquisição de serviços de que a Administração é o utilizador, e no âmbito do qual o parceiro privado é remunerado na sua totalidade através de pagamentos faseados provindos do sector público.

No caso em que o projecto PPP surge a cargo da Administração, a decisão pública de contratar exige necessariamente uma avaliação «*Value for Money*», integrando a proposta correspondente, a melhor solução do sector privado («*proposta economicamente mais vantajosa*» e não necessariamente a menos cara).

Trata-se de uma avaliação «*ex ante*» que implica uma comparação de natureza monetária entre o custo da melhor proposta final do concorrente seleccionado, atendendo ao custo efectivo do projecto e à modalidade de financiamento e contratação convencionais.

Consiste, no fundo, num teste que revela a estimativa dos custos que o parceiro público teria de suportar, no âmbito de uma parceria público-privada e no âmbito de uma modalidade contratual tradicional. Este teste seria realizado mediante o exercício comparativo entre os valores actuais de ambos os fluxos de gastos públicos, destinada a averiguar as virtualidades e as desvantagens dos dois tipos de contratação pública em análise<sup>526</sup>.

### 3.5. O Carácter Público das PPP's.

O aspecto mais marcante da natureza pública da parceria resulta das finalidades de uma política específica de parceria público-privada, «tendo uma parceria entre os sectores público e privado por objecto a prestação de um serviço público ou de uma gama de serviços de natureza intermédia pelo parceiro privado, seja “sob encomenda” do ente público, seja como prestação de um serviço final à população “em nome” do parceiro público»<sup>527</sup>.

Por outro lado, o carácter público da parceria público-privada é revelado pelo facto de o impulso inicial e a decisão final para prosseguir o interesse público com recurso a esta figura contratual em regra pertencer ao ente público, sendo que também é admissível partir do

---

<sup>526</sup> Neste sentido, vide de MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 499 e ainda NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 88.

<sup>527</sup> Assim, vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp.490 e seguintes.

sector privado este tipo de iniciativa, conquanto que se estribem dentro das prioridades *a priori* estabelecidas pelo Estado, atendendo a factores como o *interesse público* e a *oportunidade*.

O parceiro público terá de ter em linha de conta igualmente o interesse do próprio sector privado em participar no investimento, assim como, o modo em como os operadores económicos podem dar cabal resposta às exigências inerentes ao financiamento, soluções técnicas eficazes e a competência no domínio da gestão, sem olvidar a capacidade revelada pelo privado em assumir o risco. E, com efeito, os riscos nas PPP's são um elemento constante na respectiva vida das mesmas, devendo a sua ocorrência ser pormenorizadamente acautelada nos contratos.

Aliás, a este propósito, a legislação aplicável à contratação pública em geral e às PPP's em particular, demonstram com especial acuidade, a adopção de cuidados por parte do legislador no tratamento dessas matérias, sendo de realçar as seguintes: a) regras em matéria de execução dos contratos, prevendo situações de atraso na execução e de trabalhos a mais; b) regime especial da alteração das circunstâncias; c) regras sobre a partilha de benefícios em caso de ganhos não previstos e não reconduzíveis ao contributo do parceiro privado<sup>528</sup>.

Mas, factores como a capacidade em atrair investidores e o financiamento bancário, normalmente sob a forma de «*project finance initiative*»<sup>529</sup> são também determinantes na opção do parceiro público em contratar uma PPP com um dado parceiro privado.

Sobre este último aspecto importa fazer menção ao facto de constituir um argumento aduzido contra as PPP, o facto de o custo unitário do financiamento bancário e privado (a ser ressarcido pelo contribuinte) ser mais avultado e quiçá desproporcionadamente mais elevado do que comparado com o custo subjacente aos investimentos puramente públicos.

Neste sentido, relativamente às críticas lançadas às parcerias público-privadas, NAZARÉ COSTA CABRAL refere que «a razão principal está no encargo associado ao endividamento, mais barato quando é público e mais caro quando privado. Assim é, na medida em que o *risco soberano* se paga nos mercados a uma taxa de juro mais baixa do que o *risco privado*»<sup>530</sup>.

---

<sup>528</sup> Neste sentido, vide NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 88.

<sup>529</sup> Vide GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Project Finance – Primeiras Notas*, in *Miscelâneas*, nº3, Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho (IDET), Almedina, Coimbra, 2004.

<sup>530</sup> Neste sentido, vide NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp.89, bem como, Vide ALBERTO DORREGO DE CARLOS e FRANCISCO M. VÁZQUEZ, *Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos Administrativos y Financieros*, La Ley, 2009, pp.59 e seguintes.

### 3.6. A Incidência Financeira das PPP's.

Acerca da matéria referente à «incidência financeira das PPP's» importa salientar o aspecto tocante à transferência do risco do Estado para o sector privado, o qual não deveria ter a aptidão para afectar o custo do financiamento do projecto relativo à parceria público-privada<sup>531</sup>.

Um facto que se torna particularmente evidenciado na parceria público-privada, que a distingue das outras formas tradicionais de contratação pública, é sobretudo o de o risco ser patente no próprio custo do financiamento, ao invés do que sucede na parceria, em que o risco aparece como que «disfarçado», na medida em que o Estado pode obter financiamento a uma taxa de juro «livre de risco».

De uma outra perspectiva, o modo como uma parceria público-privada é financiada pode influenciar o risco do projecto assumido, porque por mera observação da realidade, verificamos que nos mercados com escassa protecção contra o risco, os riscos do projecto aparecem dependentes do modo como esse risco foi “encarado” e configurado pelo Estado.

Acerca deste aspecto em especial, sublinha NAZARÉ COSTA CABRAL de modo exemplar, citando KAY, «o custo da dívida, pública e privada, é mais influenciado pelo eventual risco de incumprimento do que pelas qualidades intrínsecas que o projecto pode apresentar»<sup>532</sup>.

Deste modo, para certos autores, é de difícil compreensão a opção pela parceria público-privada em detrimento de outros modos de contratação pública. Esta perplexidade aumenta sobretudo quando verificamos que na dívida privada (contraída junto de entidades bancárias e de instituições financeiras que cobram elevadíssimos juros), o risco de incumprimento existe.

Pelo contrário, na dívida pública, esse risco praticamente inexistente, uma vez que o Estado sempre poderá recorrer ao aumento de impostos, repercutindo o risco de financiamento no cidadão-contribuinte, merecendo este a designação de «credor-sombra» do Estado<sup>533</sup>.

<sup>531</sup> Vide, RAFAEL JURISTO SANCHEZ, *La Ejecución de Obra Pública*, Hauser & Menet, 1983, pp.148 e seguintes.

<sup>532</sup> Neste sentido, vide NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp.89 e 90. Esta Autora salienta, na senda de ARROW e LIND que o custo do capital de projectos equivalentes é idêntico tanto no sector público, como no sector privado, com a condição de se reflectir e transferir as responsabilidades impostas aos contribuintes, para os mercados de capitais. Posteriormente, a esta corrente de pensamento economicista próprio de 1970, autores como BREALY e MYERS passam a considerar que o custo de capital de um projecto deverá ser definido com base no custo do risco de mercado, fixado adicionando à taxa “livre de risco”, um prémio de risco em função da medida em que os rendimentos dos activos sejam uma co-variante dos rendimentos de mercado.

<sup>533</sup> Esta expressão, a nosso ver, muito apropriada e feliz é utilizada por NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp.90. Uma outra expressão interessante, a respeito da vertente financeira da PPP, é manifestada por MARIA EDUARDA AZEVEDO, que aqui citamos: «Em boa verdade, nas PPP's tem pleno cabimento o princípio de que “não há almoços grátis”, sendo então a “refeição” paga integralmente pelo utilizador ou utente do

As PPP's consubstanciam-se em projectos públicos que assentam no financiamento privado, mediante remuneração ao longo da vida da parceria, sendo caracterizadas pela sua incidência directa ou indirecta, designadamente para entidades públicas.

Em termos financeiros, dito de modo sintético, uma parceria público-privada procura acima de tudo e sempre que possível conciliar várias cambiantes. Por um lado, o «*know-how*» ou competência de gestão do sector privado e a capacidade pública em atrair recursos privados para o financiamento dos investimentos requeridos, por outro lado.

Com a celebração da parceria, o parceiro privado tem em vista a remuneração pelos capitais investidos no acordo, em função do grau de risco por si assumido, bem como, o ressarcimento das despesas de funcionamento e dos investimentos realizados por si.

Assim sendo, atendendo a estas «reivindicações contratuais» por parte do parceiro privado, é fácil de ver que este «*não paga verdadeiramente nada dentro do quadro do custo global da operação PPP*»<sup>534</sup>.

Na verdade, sobre o parceiro privado recai a obrigação de assegurar a viabilização da parceria público-privada assegurada por vários aspectos. Desde logo, pela assunção do risco do projecto, assim como, através da concessão do financiamento necessário, sem esquecer as condições de exploração e a recuperação de custos, associado ao cumprimento das obrigações resultantes do financiamento alheio e ainda o retorno concernente à remuneração dos capitais investidos.

Tal como já foi mencionado, a implementação da parceria público-privada aparece relacionada com a técnica financeira do «*project finance*», pese embora se tratem de institutos jurídico-contratuais distintos. Senão vejamos.

O «*project finance*» conheceu um forte impulso no Reino Unido, especialmente na década de noventa e consiste numa técnica de financiamento<sup>535</sup> particularmente destinado à

---

serviço, ou pelo contribuinte, ou ainda, por uma combinação de recursos provenientes de ambas as fontes». Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 378.

<sup>534</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 378.

<sup>535</sup> O surgimento do «*project finance*» foi potenciado pelo desenvolvimento de inovadoras técnicas de financiamento de infraestruturas levadas a cabo pelo sector público na sua missão de prossecução do interesse público, como as seguintes: a) empréstimos a longo prazo a sociedades clientes; b) recurso a créditos de exportação para auxílio de exportação para financiar projectos avultados; c) recurso ao denominado «*shipping finance*», através do qual os Bancos concedem financiamento à construção de navios de elevada monta, ressarcindo-se mediante fretes a realizar no longo prazo; d) desenvolvimento das finanças do imobiliário, cujos empréstimos são ressarcidos através dos rendimentos projectados a longo prazo; e) locação financeira «*tax based*». Acresce que o recurso ao «*project finance*» foi exponenciado pelo advento do «*spreadsheet software*».

Num «*project finance*» intervêm o Estado ou outros entes públicos, os patrocinadores do sector privado e os financiadores, confluindo uma multiplicidade de diversos objectivos. Do lado do sector público, encontra-se a garantia da satisfação do interesse nacional, bem como, a rapidez e eficiência do projecto; atingir o maior «*Value for Money*» possível (o que é mais provável do que se fosse levado a cabo pelo Estado). Outra finalidade é que o activo possa retornar às mãos do Estado, a partir do momento em que o parceiro privado obtenha o retorno do seu investimento no projecto (este aspecto tem particular relevância nos esquemas BOT), a par da adopção de salvaguardas que assegurem a prossecução do interesse público.

Um aspecto decisivo a ter em consideração pelo Estado passa pela redução ao mínimo possível do recurso aos fundos ou empréstimos por parte do Estado e outro objectivo essencial a atingir no âmbito do «*project finance*» é a transferência do risco

implementação de infraestruturas, tendo sido igualmente desenhado para a exploração de monopólios naturais, como nomeadamente, recursos naturais e energia.

Este método de financiamento considerado por muitos autores como configurando uma autêntica «engenharia financeira», destina-se a garantir que o projecto seja financeiramente auto-suficiente e reporta-se fundamentalmente a infraestruturas ou projectos industriais de longa duração, assentes numa estrutura financeira complexa baseada em dívida, a qual é saldada em «*cash-flow*» graças à operacionalização do projecto.

Verificamos que apesar de as PPP's implicarem o recurso ao financiamento proveniente do sector privado, a verdade é que grande parte da incidência financeira tem origem no orçamento de Estado, mediante uma lógica de gestão plurianual dos compromissos assumidos perante o cidadão.

#### **4. Principais Finalidades das PPP's.**

##### **4.1. Finalidades de âmbito genérico.**

A implementação de uma parceria público-privada tem como primaciais desideratos o desenvolvimento de infraestruturas de relevo, a modernização e a redefinição da lógica provisão, financiamento e prestação de serviços públicos.

A necessidade de adquirir ganhos de eficiência na qualidade de prestação de serviços públicos, ultrapassando insuficiências ao nível da gestão pública e colmatando lacunas ao nível do investimento público em infraestruturas de base, numa sociedade formada por cidadãos cada vez mais socialmente reivindicativos, num contexto de crise económica grave em que se revela urgente a adopção de medidas de contenção orçamental, torna apelativo o recurso a fundos económicos de privados. Privados que, ao entrarem com a quase exclusividade do capital, ao assumir o risco elevado inerente a projectos de tão grandiosa dimensão, acautelam a satisfação dos seus interesses, exigindo, desde logo, uma posição de «parceiro» em absoluta posição de paridade com o parceiro público, a par do retorno pleno do seu investimento, o qual é contratualmente assegurado mediante o estabelecimento de pesadas contrapartidas para o Estado.

---

para o sector privado. Da perspectiva do parceiro privado, são grandes finalidades a ser alcançadas, desde logo, a obtenção do lucro, mediante o retorno dos investimentos realizados ou através da alienação de bens (matérias-primas ou existências de vária ordem) à empresa de projecto e a partilha de riscos assumidos com o parceiro público.

No tocante aos financiadores, os principais desideratos no seio do «*project finance*» são, indubitavelmente, a obtenção de lucro, a assunção de riscos e o controlo sobre as decisões estruturantes relacionadas com o projecto. *Vide* NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp.91 a 93.

Da perspectiva do parceiro «Estado», o recurso à modalidade contratual sob a forma de parceria público-privada revela-se apelativa em virtude do financiamento de avultados montantes por parte do parceiro privado, o qual permite uma antecipação do investimento às infraestruturas de iniciativa privada.

Estas são caracterizadas por consistirem em conteúdos de investimento e de componentes operacionais de exploração e gestão diferenciados, bem como, por uma melhoria de *performance*, qualidade e gestão geral e comercial, independentemente dos projectos serem geradores de receita, podendo eventualmente serem autofinanciáveis.

A angariação de mais-valias para o sector público encerra, em si mesma, um objectivo estruturante da opção pela parceria público-privada e, simultaneamente, uma maior eficácia na prestação de serviços públicos resultante do «*know-how*» e da experiência dos privados.

O parceiro «Estado» ou outra entidade pública, possuidores de débil condição económica, devido à inexistência de recursos económicos e financeiros, procuram encontrar na solução «PPP» a viabilização e a concretização de projectos havidos como prioritários de enorme dimensão, nos mais diversos quadrantes do serviço público.

Para tanto, recorrem ao investimento privado, para atenuar a pressão imediata sobre as finanças públicas e o qual terá de ser, em momento ulterior da vida da parceria público-privada, ressarcido e compensado com contrapartidas financeiras obtidas através, a maioria das vezes, da cobrança fiscal junto do utente ou, em alternativa, através de tarifas ou taxas directamente cobradas pelo parceiro privado ao utente (é o caso das “SCUT”, mediante o pagamento de portagens).

Efectivamente, com o recurso ao mecanismo contratual das PPP’s, ao Estado é permitida a manutenção das suas políticas de investimento público, porque vão sendo continuamente viabilizados pelos recursos económicos dos privados, os quais vão eles próprios gerindo e cujas remunerações regressam para a sua esfera patrimonial.

Na medida em que os parceiros privados procuram a obtenção do lucro, mediante investimentos elevados e de risco considerável, eles tendem a analisar detalhadamente, a viabilidade e exequibilidade prática de cada projecto que o parceiro público lhes apresenta.

Neste âmbito, um aspecto estrutural a ser tido em consideração na decisão tomada pelos parceiros privados reporta-se à natureza imprescindível do utente do serviço social ou económico, do qual aquele dependa necessariamente, porquanto somente nestes termos, o ganho e o retorno do investimento realizado é integralmente assegurado.

O papel desempenhado pelas parcerias público-privadas na economia de um país afigura-se como central, assumindo-se como um verdadeiro instrumento de realização de políticas públicas, porquanto asseguram a implementação de reformas, de apoio à

programação estratégica de longa duração dos serviços públicos num contexto de crise económica generalizada. Acresce, que se revela evidente nos dias de hoje, que o atraso tecnológico de um país e deficiências nas infraestruturas nos domínios estruturantes da sociedade revelam-se, *a posteriori*, como sendo um autêntico *handicap* que inviabilizará o crescimento económico e a capacidade desse país competir no mercado europeu<sup>536</sup>.

Deste modo, como salienta MARIA EDUARDA AZEVEDO «(...) as PPP's constituem essencialmente uma opção que permite antecipar e reorientar o financiamento de investimentos de iniciativa pública, através de arranjos contratuais e institucionais de financiamento prévio e de prestação de serviços com o sector privado, associando objectivos de eficiência e qualidade em termos de exploração operacional e prestação final, traduzíveis, globalmente, e *in limine*, em ganhos de valor mensuráveis e dinâmicos para o erário público»<sup>537</sup>.

#### 4.2. Finalidades de âmbito específico.

As parcerias público-privadas destinam-se essencialmente a um duplo objectivo de natureza específica. Por um lado, visam dotar o sector público de uma capacidade acrescida de realizar projectos e por outro lado, conseguir, desse modo, gerar ganhos de «*Value for Money*» para o erário público.

Com efeito, as PPP's desempenham um papel imprescindível na construção e gestão de infra-estruturas de tão elevada monta, não podendo ser plenamente financiado pelos

---

<sup>536</sup> Neste sentido, parece ser incontornável o papel das PPP's enquanto «veículo de crescimento económico» de um país que se quer competitivo numa sociedade capitalista de mercado. Por outro lado, revela-se inegável o carácter essencial dos investimentos do Estado na economia, ao nível das infra-estruturas sociais e da prestação de serviços públicos constitucionalmente impostos (v.g. saúde). Nesta missão pública social, o Estado actualmente carente de meios económicos vê-se impellido a recorrer ao investimento dos privados, comumente, na modalidade contratual de parceria público-privada, a qual permite verdadeiras «engenharias financeiras». Para além disso, o conjunto de imposições comunitárias contempladas no PEC, as medidas e políticas de estabilização orçamento, a obrigatoriedade de ajustamento estrutural, as quais assentam em recomendações do FMI e BMI, impelem os Estados membros a procurar alternativas de investimento junto de entidades privadas de modo a conseguir uma suavização dos seus défices públicos e a uma redução assinalável ao nível da pressão sobre as finanças públicas. Com efeito, as necessidades económicas relacionadas com a forte restrição orçamental imposta pela União Europeia, por força da necessidade de cumprimento do Pacto de Estabilidade assinado em Maastricht, o qual proíbe derrapagens orçamentais e a superação do défice num patamar de 3%, contribui de modo determinante para a procura de acolhimento do Estado junto de parceiros privados munidos do necessário capital, recursos tecnológicos e humanos, imensa experiência e saber especializado (*know-how*), habituados à gestão empresarialista e à maximização do lucro.

A este propósito MARIA EDUARDA AZEVEDO enuncia a seguinte ideia «Medidas que apelam a uma capacidade de gestão e a um volume de recursos financeiros de que as autoridades públicas não dispõem, por norma, em termos suficientes, residindo nesta limitação a comprovação da crise do investimento público e, por arrastamento, a principal causa das situações de subinvestimento». Refere ainda, esta Autora, «Configura-se um cenário agravado ainda por fortes condicionantes orçamentais, em que coexistem défices estruturais e elevados níveis tanto de endividamento público, como de carga fiscal, passando a terapia do reequilíbrio das finanças públicas, em regra, pelo emagrecimento do investimento público, que se insere entre as medidas de mais fácil execução e efeitos praticamente imediatos». Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 382, 383 e 385.

Obra de relevo incontornável na temática específica sobre o «*Value For Money*» e a utilidade económica de uma parceria público-privada num país, é a seguinte: «*Are Public Private Partnerships Value for Money? Evaluating Alternative Approaches and Comparing Academic and Practitioner Views*, Accounting Forum, vol.29, nº4, 2005, da autoria de DARRIN GRIMSEY e LEWIS K. MERVYN.

<sup>537</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 381.



próprios utentes beneficiários dessas obras, por vários motivos, dos quais destacamos a questão de «suportabilidade social».

Seria absolutamente inoportuno para as «contas públicas» assumir tal pesado e oneroso projecto de edificação, construção, instalação e de gestão, na medida em que tal teria de reverter para o aumento da carga fiscal, que esmagaria o utente-contribuinte.

A finalidade traduzida em auferir ganhos de «*Value for Money*», seria alcançada através de uma abordagem de partilha na assunção do risco entre os parceiros baseada numa repartição variável em função das necessidades de optimização dos riscos envolvidos no que respeita a cada projecto, assegurando sempre uma transferência significativa de risco para o sector privado.

O financiamento inicial da parceria público-privada é assegurado pelo parceiro privado, em exclusividade ou em termos substancialmente superiores ao capital investido pelo parceiro público. De facto, pelo menos em termos teóricos, a contribuição financeira do parceiro público no momento inicial de investimento é diminuta ou quase reduzida a zero.

Assim, na medida em que o peso do investimento inicial recai essencialmente sobre o parceiro privado, este verá o ressarcimento das quantias dispendidas a partir de receitas geradas por contribuições pecuniárias dos utentes ou resultantes de desembolsos públicos plurianuais no âmbito de uma aquisição a longo prazo de serviços ao sector privado mediante pagamentos diferidos no tempo, numa lógica de médio e longo prazo<sup>538</sup>.

Como salienta MARIA EDUARDA AZEVEDO, tratando-se de projectos em que a gestão e a exploração são susceptíveis de ser levadas a cabo em conformidade com o princípio do utilizador-pagador, os projectos podem ser realizados em termos financeiramente sustentados, ou seja, sem incidências orçamentais directas significativas<sup>539</sup>.

Deste modo, o parceiro público recorre ao financiamento prévio que recai sobre o parceiro privado, o qual deverá ser ressarcido mediante a exploração e a gestão comercial do empreendimento ou serviço.

---

<sup>538</sup> A lógica contratual sob a forma de «PPP» aplica-se a projectos geradores de receita com cobrança do serviço ao utilizador, como igualmente a projectos não geradores de receita. E, neste caso, o serviço ou o conjunto de serviços que recaem sobre a entidade pública contratante, o que implica que não será feita a cobrança pelos serviços prestados junto do utente.

*Essencial, nesta matéria, é proceder à determinação «ex ante» dos ganhos de valor que cada PPP representa para o interesse público, tendo em linha de conta com o critério de «suportabilidade financeira» que, no fundo, é o critério que melhor legitima e fundamenta a opção pela abordagem de parceria, justificando a selecção do modelo PPP mais adequado ao projecto, considerando o grau desejável de envolvimento privado. Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 390 e 393. Aconselha-se igualmente, a este respeito, o estudo aprofundado de DARRIN GRIMSEY e LEWIS K. MERVYN, “The Governance of Contractual Relationships in Public-Private Partnerships”, *Journal of Corporate Citizenship Issue* 15, Autumn, 2004.*

<sup>539</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 390.

A operação financeira inicial processa-se nestes termos, porquanto a vasta maioria das vezes, é o parceiro privado que se encontra em melhores condições para captar o investimento requerido junto da Banca, em termos de capital e de tempo.

Em momento ulterior, o parceiro privado vai ser ressarcido pelo seu investimento inicial, mediante a exploração e a gestão do empreendimento ou serviço prestado, visto que apenas se começa a realizar receita após a execução da obra. Por outro lado, na fase de exploração, o fluxo de receitas é susceptível de depender da manutenção e da qualidade do serviço prestado.

No âmbito de uma parceria público-privada, o parceiro privado assume a responsabilidade de conceber, construir e financiar o investimento inicial relacionado com os bens infra-estruturais necessários, bem como, o compromisso de prestar os respectivos serviços infraestruturais estipulados à entidade pública contratante, durante um período de tempo que se revele necessário à amortização dos investimentos realizados.

Por outra banda, enquanto contrapartida, ao parceiro público compete estabelecer uma “fórmula de pagamento” adequada aos serviços previstos, constituindo-se em comprador desses serviços e o parceiro privado no respectivo prestador<sup>540</sup>.

Destarte, os serviços prestados serão remunerados pelo parceiro público, sendo *a posteriori* transferida a responsabilidade para o parceiro privado, concernente ao financiamento do investimento inicial.

O parceiro privado vê o seu investimento prévio ser ressarcido através da conversão de despesas de capital iniciais em pagamentos diferidos no tempo, constantes de orçamentos de Estado futuros.

Deste modo, o parceiro público assume necessariamente compromissos financeiros plurianuais, a ter vigência ao longo de toda a vida contratual, ou seja, durante toda a fase operacional ou de exploração abrangida pelo contrato.

Contudo, importa referir que, mesmo em contextos de crise económica, esta faculdade viabiliza a realização antecipada de projectos não geradores de receita, o que torna este tipo de parceria público-privada apelativa junto de entidades públicas.

A respeito de finalidades específicas das parcerias público-privadas enalteçemos o aspecto que se prende com a «eficaz alocação de recursos públicos» e, citando MARIA EDUARDA AZEVEDO, «(...) a prossecução de «VfM», enquanto sinónimo de boa utilização dos

---

<sup>540</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 391.

recursos públicos, constitui um objectivo indissociável da opção parceria público-privada, sempre que a parceria envolva precisamente fundos públicos»<sup>541</sup>.

Com efeito, o «*Value for Money*» constitui um traço estruturante de uma parceria público-privada, encontrando-se dependente da transferência e da afectação dos riscos do projecto aos contratantes envolvidos, sendo que ao parceiro privado assiste a o direito de requerer que lhe seja pago o investimento realizado.

Imprescindível será a «*bona fides*» no momento da opção pelo modelo «parceria público-privada», a qual não deverá servir para «escamotear» investimentos elevados do Estado, remetendo-os para orçamentos futuros e onerando de forma intolerável, as gerações futuras, com más opções financeiras e ao nível de infra-estruturas desnecessárias ou cuja grande finalidade seja enriquecer os parceiros privados.

A melhor solução da perspectiva do interesse público deverá ser o critério a presidir sempre a qualquer opção do Estado, incluindo a escolha contratual que envolve a parceria público-privada, cuja remuneração aos privados é, em regra, de longa duração, revestindo-se de elevada onerosidade para o erário público presente e futuro.

No contexto europeu, organismos comunitários advertem que o recurso às PPP's não deve ter como desiderato qualquer tipo de «engenharia financeira» de duvidosa sustentabilidade. Pelo contrário, os Estados membros deverão procurar soluções financeiras com viabilidade, demonstrando a vantagem e real benefício para o sector público da opção tomada, após a devida ponderação de escolha de entre um leque de alternativas, quando as características dos projectos e as condições de liquidez e financiamento do mercado o exijam.

## **5. Conclusão: Opção pelas Parcerias Público-Privadas ou “regresso” às formas clássicas ou tradicionais de a AP contratar?**

As parcerias público-privadas surgem como uma “nova” alternativa<sup>542</sup> às clássicas formas de contratação por parte do Estado, como a concessão ou o contrato de gestão de serviços, (o denominado «*procurement*») ou, pelo contrário, limitam-se a ser uma nova “capa” do “antiquíssimo” contrato de concessão?

Revisitando o conceito de PPP constante do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, PPP consiste no «contrato ou a união de contratos por via das quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro

---

<sup>541</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 391.

<sup>542</sup> Neste sentido, vide LUIS M. MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in *Revista de Administración Pública*, nº 175, enero-abril, 2008, pp.157 a 215.

público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado».

Ora, partindo do teor constante no artigo 2º, nº4, do supra mencionado diploma legal, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA considera que «as parcerias não configuram, pois, um novo tipo contratual, mas constroem-se com base em contratos correspondentes a tipos já anteriormente existentes, de entre os quais sobressai a figura das concessões»<sup>543</sup>.

Nesta senda, o Autor ora citado, fundamenta a sua posição na ideia expressa pela generalidade da doutrina, para a qual a centenária concessão assiste a uma espécie de *revivalismo* ou «segundo período de expansão» por virtude da vaga de parcerias público-privadas.

Na verdade, para Autores como EDUARDO PAZ FERREIRA e MARTA REBELO, «trate-se de um contrato ou de uma união de contratos, a definição e o esquema legal das PPP traduz, essencialmente, uma recuperação da figura centenária da concessão, ajustando o seu elemento essencial – a contribuição dos recursos privados para a criação de infra-estruturas públicas – às necessidades e ao modelo de Estado e de Administração dos nossos dias»<sup>544</sup>.

Pelo contrário, para outra franja de doutrina de peso, encabeçada por PEDRO SIZA VIEIRA, «o modelo das parcerias não se esgota necessariamente na relação jurídica de concessão»<sup>545</sup>, superando amplamente o objecto desta, destacando-se também da figura da concessão, por força da enorme abrangência de objectivos, pelo seu escopo, metodologia e engenharia jurídica e económico-financeira, revestidas de maior complexidade.

No processo de aquisição de bens e serviços tradicionais, as especificações contratuais versam sobre *o que se quer* produzir, construir, fornecer e sobre *o como* deverá ser produzido, construído ou fornecido, encontrando-se presente no caderno de encargos, no projecto de trabalho e nas especificações técnicas, etc.<sup>546</sup>.

E neste tipo de contratos clássico, o Estado responde directa e exclusivamente pelos ganhos económicos, ou seja, pela economia, eficiência e impacto financeiro de todo o

---

<sup>543</sup> Neste sentido, vide MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo (coord. López-Muniz e Fausto de Quadros), pp. 175 a 190.

<sup>544</sup> Neste sentido, vide EDUARDO PAZ FERREIRA/MARTA REBELO, “O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal”, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF Publicações, Lisboa, 2004, pp.17 a 20, bem como, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo (coord. López-Muniz e Fausto de Quadros), pp.176, nota de rodapé nº1.

<sup>545</sup> Assim, PEDRO SIZA VIEIRA, “Os tipos contratuais subjacentes às parcerias público-privadas em Portugal”, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, Lisboa, 2004, pp.137 e 138, assim como, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo (coord. López-Muniz e Fausto de Quadros), pp.176, nota de rodapé nº1.

<sup>546</sup> Vide NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Caderno IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 23 e seguintes.

empreendimento, sem que seja assacada qualquer tipo de responsabilidade ao fornecedor e/ou prestador pela eficácia na satisfação do interesse público.

Ora, a forma contratual de parceria público-privada tem por finalidade<sup>547</sup> a superação de algumas lacunas e desadequação à nova realidade e às novas exigências sociais, evidenciadas pela tradicional forma de contratação pública, tais como: (a) adopção de critérios menos eficientes, por exemplo, mediante a escolha do candidato que oferece o preço mais baixo, quando deveriam dar preferência à eficiência, ou seja, a soluções técnicas e económicas mais eficazes; (b) desorçamentação encapotada, na medida em que se disfarça a parte passiva do contrato, como os custos e os compromissos financeiros; (c) os riscos financeiros e de outra natureza, não são avaliados nem contabilizados (v.g. acréscimo de custos e derrapagens ao nível de prazos programados inicialmente para a fase de concepção e construção); (d) todas as questões ora enunciadas conduzem globalmente a uma perda de êxito e de eficácia na concretização dos objectivos traçados para o projecto.

Por seu turno, no processo de contratação das PPP's, o Estado apenas pode delimitar, caracterizar, quantificar as necessidades públicas essenciais, contratando esse provimento em parceria com o sector privado, de forma a maximizar o «VfM» e a reduzir o risco do seu envolvimento sem deixar de exercer controlo efectivo sobre o provimento em causa.

No âmbito das parcerias, existe partilha de riscos e de responsabilidades entre o Estado, parceiro público e o seu parceiro privado, fornecedor e/ou prestador numa lógica de «*whole life in cycle*», assumindo os resultados positivos ou negativos pela gestão do projecto.

Assim sendo, o parceiro privado assume a responsabilidade pela economia, eficiência e impacto financeiro de todo o projecto na satisfação das necessidades públicas.

São indicadas como sendo principais vantagens e benefícios pela opção parceria público-privada, quando comparadas com as demais formas de contratação pública, os seguintes: (a) diminuição do nível de investimento público; (b) partilha de responsabilidades; (c) transferência de risco; (d) aumento da eficiência e da qualidade do serviço prestado; (e) maior rigor e transparência; (f) melhor gestão e aproveitamento das valências do sector privado, da experiência e do «*know-how*» tecnológico; (g) economias de escala, dotadas de

---

<sup>547</sup> Como refere LUIS M. MACHO, existem três grandes motivos que conduziram o sector público a procurar estabelecer laços de cooperação com o sector privado: a) «financiación privada para eludir las restricciones presupuestarias derivadas del principio de equilibrio presupuestario»; b) o desejo de aproveitar a experiência, valências relacionadas com o «*know-how*» dos privados, assim como, dos respectivos métodos de actuação, mais eficientes; c) por último, um factor decisivo para o surgimento de formas de colaboração público-privada prende-se, sem dúvida, com a própria evolução do papel e de conformação do Estado ao longo das últimas décadas. Hoje, é um Estado orientador, organizador, controlador e de regulação, não já de prestação.

Por outro lado, tal como se descortina do próprio Livro Verde, a origem da busca por parte dos Estados de formas mais ou menos criativas ou engenhosas que permitam realizar grandes infraestruturas ou prestar serviços públicos economicamente muito exigentes foi a fixação de um limite máximo a partir do qual os Estados não poderiam endividar-se, tendo por finalidade a contenção orçamental rigorosa mediante limites fixos ao défice excessivo estadual. Assim, vide LUIS M. MACHO, «Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español», in Revista de Administración Pública, nº 175, enero-abril, 2008, pp.164 e 165.

flexibilidade de organização; (h) exercício de política económica e financeira, a um nível estrutural e conjuntural, mais prospectiva.

Em termos teóricos, as PPP's assumem-se, hoje, como uma verdadeira alternativa à provisão de bens e serviços públicos, em virtude de se considerar que a forma de financiamento das parcerias ajudam a colmatar a escassa capacidade de investimento público, criando folgas orçamentais, o que conduziria a uma maior sustentabilidade das finanças públicas.

Entende-se ainda que as parcerias contribuem para reequilibrar a distribuição de encargos e benefícios entre gerações, impedindo o incremento de passivos camuflados, visto que os pagamentos do Estado são relegados para o futuro, ou seja, vão sendo diferidos ao longo da relação contratual, à medida que se vai usufruindo do activo.

Outra virtualidade (da qual discordamos, porquanto consideramos ser um óbice das PPP's) que a generalidade da doutrina aponta às parcerias é a responsabilidade revelada com as gerações vindouras, traduzida na máxima de que «paga quem beneficia do serviço» em nome do princípio do utilizador-pagador, e não quem tomou a decisão da sua prestação e construção.

As PPP's garantem uma repartição equilibrada entre os sectores público e privado das funções de provimento de bens e serviços públicos, ao mesmo tempo que contribuem para transferir para o sector privado uma considerável parcela dos riscos e dos custos de aquisição, operação, manutenção de diversos activos.

Acresce que servem para dinamizar fortemente a economia, permitindo ao sector privado aceder a mercados concorrenciais, conduzindo a mais-valias económicas para o país.

Esta nova modalidade contratual possui, de igual modo, a valência de contribuir para a redução do número de funcionários públicos sem, que no entanto, se agudize o desemprego (também aqui, estamos em dissonância com a doutrina maioritária que reconhece esta vantagem às PPP's).

Pese embora, o elenco de aspectos positivos apontados às parcerias, existem fragilidades e insuficiências que podem ser imputadas às mesmas, nomeadamente as seguintes: (a) elevados custos de transacção na fase pré-contratual, como forma de assegurar às partes envolvidas, mecanismos recíprocos de salvaguarda perante as vicissitudes que podem ocorrer nesta relação contratual de longo prazo; (b) menor flexibilidade que conduz a questões jurídico-financeiras complexas no tocante à modificação na execução do contrato; (c) existência de factores que determinam o valor residual dos activos no termo da relação contratual, colocando obstáculos à criação de incentivos para a redução dos custos; (d) o

parceiro privado acarreta custos acrescidos para fazer face ao risco; (e) os custos das parcerias são mais elevados que no «*procurement*».

Mas, a grande questão que, a nosso ver, nas PPP's se colocam prende-se com a dupla dicotomia problemática entre *universalidade* no acesso aos bens e serviços públicos e *financiamento*; e, por outro lado, entre *interesse público*/satisfação das necessidades colectivas e o *lucro* do parceiro privado, cujos valores estão logo à partida definidos na base contratual.

Outro aspecto indissociável do fenómeno parcerístico, consubstancia-se na mutação do estatuto do Estado, porquanto o Estado deixa de ser o prestador-fornecedor-produtor-financiador para passar a ser o regulador e fiscalizador da actuação desempenhada pelo parceiro privado. Com efeito, assistimos à «*metamorfose no modelo de contratação do Estado que percorreu, desde as privatizações, aumento da concorrência, do papel de agente económico até à passagem, para o Estado Regulador*»<sup>548</sup>.

As PPP's reflectem uma viragem na reconformação e na concepção do Estado, marcando a transição do Estado Prestador para o Estado Regulador.

Explicitando doutro modo, o Estado já não é tanto produtor, empresário e prestador de serviços públicos, tendo passado para a esfera jurídica e funcional de empresas privadas ou organizações não lucrativas, por “delegação” do Estado ou em regime de parceria público-privada. Verifica-se, com efeito, um fenómeno privatizante ou empresarializador das funções e serviços classicamente pertencentes ao Estado, na sua missão de garante de «Bem-Estar» da comunidade e em conformidade com o artigo 9º, da Constituição.

O Estado assume uma nova veste associada a uma reconformação do seu estatuto e dos seus poderes, agora mais de fiscalizador e de organizador dos serviços que ele próprio “adquire” aos privados.

Mas, este Estado não pode ser uma mera «esfinge» passiva, meramente observadora da actuação dos privados com quem contrata, tendo de desenvolver uma atitude dinâmica de supervisão activa, constante e persistente junto do seu parceiro privado, mostrando-se presente e atento a cada pormenor de execução contratual.

Nesta senda, o Estado tem a capacidade de, verificando o reiterado e /ou grave incumprimento e inépcia do parceiro privado em levar por diante os desígnios contratuais, chamar a si, a função entretanto transferida para o privado no momento da celebração do contrato de parceria público-privada. O que significa que, no limite, o Estado pode resolver e

---

<sup>548</sup> (itálico nosso) Vide NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Caderno IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 23 e seguintes.



pôr termo ao contrato, voltando a prestar esse determinado serviço público ou, em alternativa, pode *capturar* a obra/ infraestrutura ou a exploração/gestão, apropriando-se desta. Deste modo, ser regulador não equivale a adoptar uma conduta de pura passividade.

As PPP's são aptas para viabilizar maiores investimentos em infraestruturas de base para o desenvolvimento de um país, do que os outros modelos de contratação pública e, ainda que não tenham a virtualidade de substituir em absoluto os investimentos públicos, elas logram complementar e auxiliar as contas nacionais (pelo menos, em termos teóricos).

Assim, pese embora as PPP's sejam um elemento essencial ao modelo do Estado Regulador, constituindo uma alternativa ao modelo do Estado Produtor, elas, na verdade, não o substituem nem o obliteram por completo.

Outra ordem de razões prende-se com o facto de, segundo a organização administrativa portuguesa, existir simultaneamente, uma miríade de entidades públicas que se encontram vocacionadas à provisão de serviços públicos.

Com efeito, em Portugal, coexistem múltiplas formas de organização e de prestação de serviços públicos, nomeadamente, a Administração Directa, a Administração Indirecta, a Administração Autónoma, realçando ainda a Administração Empresarial constituída por entidades públicas empresariais, sociedades de capitais públicos e também sociedades de economia mista controladas pelo Estado.

Ora, as PPP's inserem-se na última etapa no âmbito do fenómeno iniciado no mundo anglo-saxónico, de onde sublinhamos o Reino Unido, comumente conhecido por «*New Public Management*»<sup>549-550</sup> (*nova gestão pública*).

---

<sup>549</sup> Historicamente, esta alteração ao nível da gestão pública deve-se ao Thatcherismo (liberalismo conservador de Thatcher), no seio do qual foram adoptadas medidas e tomadas decisões públicas relevantes e conducentes ao processo de mudança caracterizado pela tríade: privatização, liberalização e desregulamentação da economia. Em momento ulterior, assiste-se a uma viragem para um novo modelo de organização administrativa denominado de «*New Public Management*». Este sistema inovador é marcado pela importação por parte do Estado, das técnicas, perspectivas de gestão, objectivos, princípios e valores, assim como, da lógica empresarialista específicos das empresas privadas.

Esta recente tendência empresarializadora foi rapidamente adoptada pelos outros países europeus como a Alemanha, Suíça, França (neste, com maior parcimónia), países nórdicos escandinavos como a Suécia, mas também os EUA, a Austrália e a Nova Zelândia. Por outro lado, verificou-se uma generalização da «*New Public Management*» a outras vertentes administrativas, como à gestão de qualidade (melhoria de organização, aumento da satisfação dos beneficiários e utentes, nova abordagem na gestão dos recursos humanos), marcada pela redução de custos, transmutação da governação estadual, mensurabilidade objectiva para determinação da qualidade na prestação de serviços.

<sup>550</sup> A «*New Public Management*» pode ser caracterizada através dos seguintes traços: (a) ideia de gestão profissional, no sentido da profissionalização da gestão pública; (b) introdução de uma gestão por objectivos, ou seja, de *performance*, através da mensurabilidade de resultados economicamente mais vantajosos e em termos de ganhos de eficiência; (c) existência de pequenas, mas eficientes e fortes unidades administrativas, mais fáceis de gerir; (d) incorporação de formas de gestão empresarial; (e) o grande objectivo é o «*VfM*», o que significa proceder a mais investimentos, com o menor capital investido possível.

Em jeito de síntese, existem três vectores decisivos em que assenta o «*New Public Management*». São eles, os seguintes: o primeiro vector, seria a introdução de uma lógica de gestão empresarial virada para o mercado, mediante a privatização dos serviços públicos ou através do recurso aos mecanismos específicos de mercado livre e competitivo, permitindo agilizar a organização administrativa. Concretizações desses mecanismos são, entre outros, o desenvolvimento do «princípio do utilizador-pagador» com o acréscimo de taxas e de tarifas relacionados com a utilização dos serviços e bens, assim como, o *contracting out*, o *outsourcing* e outras formas variantes de concessão de serviços públicos ou de personalização dos serviços.

O segundo vector reporta-se à criação de novas estruturas organizatória e concomitante substituição dos serviços típicos do Estado pesado e burocrático, integrados numa cadeia hierárquica, por outros novos organismos autónomos, leves e

Esta revolução no seio da gestão pública fez-se paulatinamente ao longo de três fases sucessivas, distintas entre si, reconduzíveis à privatização, o «*contracting out*» ou «*outsourcing*» e, por último, as parcerias público-privadas.

As PPP's enquadram-se no conceito amplo de privatização, mas não se confundem com esta, porquanto a privatização implica a transferência de um bem, infraestrutura ou empresa para as mãos do sector privado. E, por conseguinte, uma empresa que seja privatizada assume, sozinha, totalmente a responsabilidade pelo serviço de cuja provisão se ocupe, o que não sucede com as PPP's.

Para além deste facto, no âmbito das PPP's, o Estado, parceiro público não se demite da sua responsabilidade pela provisão de um dado serviço. Quer dizer, as PPP's e as figuras de «*contracting out*» e «*outsourcing*», apesar de possuírem vários elementos em comum, tais como a contratualização externa, a orientação por regras de mercado, assim como, a abertura ao mercado, são figuras distintas entre si.

Na verdade, ao passo que as PPP's revestem-se de elevada complexidade em virtude de verdadeiras engenharias financeiras nas montagens económico- financeiras e jurídicas (contratuais) na respectiva implementação, já o «*contracting out*» e o «*outsourcing*», são dotados de relativa simplicidade organizacional e contratual.

Nestas duas figuras, o próprio financiamento e o aspecto jurídico-contratual são mais claros e transparentes e, deste modo, ao possuírem menos complexidade que as PPP's, acabam também por ter uma durabilidade inferior a estas. Acresce que as parcerias público-privadas têm por quase exclusiva finalidade a criação de infraestruturas (v.g. pontes, aeroportos, auto-estradas, hospitais, escolas), o mesmo não sucedendo com o «*contracting out*» e o «*outsourcing*»<sup>551</sup>.

Como salienta LUIS M. MACHO, «(...) los otros motivos del recurso a las formas de colaboración público-privada, es decir, el deseo de aprovechar los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado y la redefinición del papel del Estado, ni son propiamente una novedad en la historia del Estado contemporáneo, **ni exigen «nuevas» formas de**

---

dotados de autonomia. Por último, o terceiro vector consiste na ideia de um Estado centrado nos resultados, em que as decisões devem ser orientadas por uma tripla máxima objectivos-meios-resultados, nas finanças e nos gastos públicos. Com efeito, a definição programática das tarefas estaduais deve ser realizada numa lógica empresarialista («planeamento estratégico») associada às exigências de *performance* e rendibilidade. Deste modo, aplica-se a pauta de valores de mercado ao próprio Estado, traduzido pela defesa da aplicação das técnicas e métodos de gestão das empresas privadas no seio da organização administrativa. A implementação do «*New Public Management*» conduziu à superação da «velha» Administração, anacrónica e ultrapassada pela própria realidade que pretendia organizar, satisfazer e dar resposta, por uma nova e mais dinâmica Administração, apetrechada de uma *nova gestão*. Apesar das valências e aspectos positivos apontados a este novo modelo, este não se encontra plenamente isento de críticas: (a) a missão quase exclusiva de busca pela rendibilidade, em detrimento da típica vocação de interesse público e de satisfação de necessidades colectivas, conduziu a uma subalternização do Estado face ao *endeusamento do lucro*; (b) as adequadas relações entre Estado-cidadão/utente foi abandonada e substituída pela relação Estado-cliente; (c) enfraquecimento do controlo administrativo e financeiro, a par de uma «fuga» à responsabilidade por parte do Estado pela actuação pública.

<sup>551</sup> Neste sentido, vide, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 45 e 46.

**colaboración público-privada.** Los prototipos de lo que la Comisión comprende en esa expresión son dos instituciones de larga tradición en nuestro Ordenamiento jurídico y en los demás com regímenes de Derecho Administrativo de inspiración francesa, **las concesiones de obras públicas y de servicios públicos. (...) ambas responden plenamente a la definición de operaciones de colaboración público-privada contenida en el Libro Verde (...)**»<sup>552</sup>.

Na verdade, tanto as concessões de obras públicas ou de serviços públicos, as quais consistem em formas pelas quais o sector público e o sector privado colaboram entre si com vista à prossecução do interesse público, remontam à época do Estado Liberal e à própria origem do Direito Administrativo. Deste modo, segundo LUIS M. MACHO, a “revolução” na colaboração público-privada que o Livro Verde pretende inculcar não passa de uma «pseudo-revolução», cujas consequências têm de ser relativizadas<sup>553</sup>.

Este facto é reforçado por força de uma crescente tendência de impor aos Estados limites ao défice público assumido com as novas formas de contratação pública (v.g. PPP's), e que tem levado as Administrações Públicas dos vários países a «recuperar» formas tradicionais de contratar, como seja a concessão de obras públicas<sup>554</sup>.

De acordo com o entendimento de LUIS M. MACHO, este contrato (concessão de obras públicas) é especialmente objecto de disciplina do Direito da União Europeia mediante a submissão, ainda que parcial, às regras de contratação pública, não se verificando o mesmo com as «novas formas de colaboração público-privada», as quais, coincidem em boa medida com as «antigas» concessões de serviços públicos ou com outra modalidade contratual clássica, a sociedade de economia mista<sup>555</sup>.

Mas, uma questão persiste: que reside em saber qual seja a diferença existente entre os novos contratos de colaboração entre o sector público e o sector privado e os contratos de concessão de obras públicas, quando o seu objecto coincide.

Esses novos contratos apresentam todo o interesse da perspectiva do parceiro público quando se assumem como uma verdadeira alternativa, existindo a certeza de que não são uma «solução milagrosa» à crise que o Estado suporta actualmente. Afiguram-se como uma verdadeira opção aos modelos tradicionais de contratação, quando a concessão de obras públicas não seja viável por não ser possível a exploração económica da infraestrutura e

---

<sup>552</sup> (itálico e negrito nossos) Neste sentido, vide LUIS M. MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in Revista de Administración Pública, nº 175, enero-abril, 2008, pp.165 e 166.

<sup>553</sup> Neste sentido, vide LUIS M. MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in Revista de Administración Pública, nº 175, enero-abril, 2008, pp.167.

<sup>554</sup> Particularmente sobre este contrato, vide LUIS M. MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in Revista de Administración Pública, nº 175, enero-abril, 2008, pp.182 e seguintes.

<sup>555</sup> Assim, LUIS M. MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in Revista de Administración Pública, nº 175, enero-abril, 2008, pp.168.

quando não se pretende recorrer ao clássico contrato administrativo de obras<sup>556</sup>, assim como, quando se deseja beneficiar do enorme leque de virtualidades que a PPP consegue oferecer e que os típicos contratos não possuem (v.g. longa duração da vida contratual, transferência do risco, «*know-how*» e experiência dos privados, financiamento maioritariamente privado, pagamento diferido e suavizado no tempo, etc.).

---

<sup>556</sup> Neste sentido, LUIS M. MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in *Revista de Administración Pública*, nº 175, enero-abril, 2008, pp.190 e 191.

## SECÇÃO II – TIPOLOGIAS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.

Sumário: 0. Nota prévia; 1. Tipologias de Parcerias Público-Privadas: Contratuais e de tipo Institucional («*Risk-Sharing PPP*» e «*Facilitory PPP*»); 2. Enquadramento Jurídico e Institucional; 2.1. Regime Jurídico Português: o Código dos Contratos Públicos; 2.2. O Procedimento e as Formas de Implementação das PPP's; 2.2. O Procedimento “Diálogo Concorrencial” e as Formas de Implementação das PPP's; 2.3. A Execução e Cumprimento do Contrato de PPP; 2.3.1. As Prerrogativas do Parceiro Público: os Poderes de Interpretação, Direcção, Inspeção e Controlo, Sanção; 2.3.2. O «*Ius Variandi*» e o Mecanismo de Reposição do “Equilíbrio Financeiro”; 2.3.3. O Poder de Suspensão; 2.3.4. O Poder de Resolução Unilateral; 2.3.5. A «*Ultima Ratio*»: a «Captura» da Obra; 3. Papel determinante do Tribunal de Contas na viabilidade das Parcerias Público-Privadas; 3.1. Por uma Contenção Orçamental; 3.2. Por uma Responsabilidade Financeira; 4. Conclusão: As Parcerias Público-Privadas, constituirão um risco potencial para a *sustentabilidade económico-financeira* do Estado Social?

### 0. Nota prévia.

As parcerias público-privadas surgem, na constelação da contratação pública dotadas de uma miríade de estruturas e de modelos de provisão de infraestruturas e de prestação de serviços. Por isso, assume-se naturalmente como uma figura jurídica dotada de imensa variedade de formas de cooperação entre os parceiros do sector público e do sector privado, no âmbito de uma partilha de riscos.

Como salienta NAZARÉ COSTA CABRAL, «(...) *as PPP traduzem um compromisso contratual de longo prazo entre os sectores público e privado, com o propósito de assegurar o desenho, construção, financiamento e funcionamento de uma infraestrutura pública e, concomitantemente, a provisão de um bem ou serviço até aí provido pelo sector público. Com as PPP, pretende-se que cada sector faça aquilo para que está melhor vocacionado e apetrechado, no sentido de assegurar que serviços e infra-estruturas sejam assegurados da forma mais eficiente possível*»<sup>557</sup>.

A opção por uma modalidade de parcerias público-privadas traz consigo uma pesada responsabilidade que recai sobre o parceiro público que se prende com o processo de escolha e de integração das tarefas públicas que serão transmitidas para a esfera do parceiro privado.

Importa salientar que no contexto actual da contratação pública e de crise económica, caracterizada por fortes restrições orçamentais, existe toda uma gama tipológica de parcerias em função da multiplicidade de projectos e serviços públicos, existentes ou por criar, não se cingindo a opção do Estado a uma só forma de cooperação com o sector privado.

Deste modo, brota como que um feixe de parcerias, cada uma com o seu objectivo, cada uma vocacionada à prossecução de um dado interesse público, tendo subjacente um conjunto

<sup>557</sup> (itálico nosso) Neste sentido, vide, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 57.

de critérios de diversa ordem. Podemos, por isso, falar em tipologias, categorias ou classificações de parcerias público-privadas, sobre as quais vamos dedicar o próximo ponto deste estudo.

### 1. Tipologias de Parcerias Público-Privadas: Contratuais e de tipo Institucional («*Risk-Sharing PPP*» e «*Facilitory PPP*»).

A Comissão Europeia, por influência das práticas utilizadas ao nível de contratação pública por parte dos Estados-membros, sistematizou as duas grandes tipologias de parcerias público-privadas,<sup>558-559</sup> considerando que as parcerias com o sector privado para a realização de projectos de interesse colectivo assumem, ora esquemas *contratuais*, ora arranjos *institucionais*. E, independentemente da tipologia, sob a qual a parceria surge, existe um traço que é transversal e comum a ambas as modalidades e que consiste na multiplicidade rica de alianças de cooperação entre as entidades públicas e o *mundo empresarial*, tendo como grandes objectivos a «garantia de financiamento, construção, renovação, gestão ou conservação de uma determinada infraestrutura ou prestação de um serviço»<sup>560</sup>.

As PPP's de tipo *institucional*<sup>561</sup> são as que recebem maior acolhimento junto da Administração Pública, tanto com vista ao desenvolvimento de projectos infraestruturais e/ou serviços públicos urbanos, ora destinados à renovação e reabilitação urbana.

Esta modalidade de parcerias implica a colaboração entre ambos os sectores, público e privado, numa entidade distinta<sup>562</sup>.

---

<sup>558</sup> Como refere NAZARÉ COSTA CABRAL, as PPP's implicam a celebração de um contrato que combina uma variedade de modalidades contratuais e legais, encerrando em si mesmas, verdadeiros «arranjos jurídicos» e não somente «arranjos financeiros», cujo desiderato essencial (dessa combinação de modalidades) reporta-se ao «*Value for Money*». Vide, a respeito das tipologias de PPP's, o «Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas», o «Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões» e, ainda NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 196 e ss, bem como, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009. Sobre tipologias de PPP's vide, de igual modo, LUIS M. MACHO, "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", in *Revista de Administración Pública*, nº 175, enero-abril, 2008, pp.168 e seguintes; em especial sobre as economias de sociedade mista, pp. 198 e seguintes.

<sup>559</sup> Esta dupla tipologia também existe nos Estados Unidos, em que este instrumento contratual privatizador destina-se à reforma da Administração Pública no sentido de converter o papel prestador do sector público. É, sobretudo neste país, que a PPP desempenha um papel de incontornável predominância no que se refere à privatização. Privatização, entendida quer num sentido estrito, quer num sentido lato. Na primeira acepção, "privatização" aparece conotada com um movimento de desinvestimento por parte do Estado ou desnacionalização, consistindo na venda de activos e serviços antes pertencentes ao sector público, para as mãos de privados; numa segunda acepção, "privatização" entendida como a introdução de competição e de sã concorrência no conjunto de actividades de prestação de serviços públicos mediante a participação crescente de privados, concorrentes entre si, mediante o recurso a uma gama diversificada de arranjos institucionais e contratuais, sobretudo através da celebração de PPP. Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 397, nota de roda-pé nº1226.

<sup>560</sup> Neste sentido, vide LUIS M. MACHO, "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", in *Revista de Administración Pública*, nº 175, enero-abril, 2008, pp.162 e 163.

<sup>561</sup> Sobre as PPP's de tipo institucional em especial, vide DIOGO DUARTE DE CAMPOS, *A Escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas. A adjudicação in-house em particular*, Colecção PLMJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.97 e seguintes.

<sup>562</sup> Vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 58.

Tal como salienta LUIS M. MACHO, particularmente sobre esta modalidade de PPP's: «pasando a la colaboración público-privada institucionalizada, el Libro Verde de 30 de abril de 2004 alude a dos tipos de supuestos: la creación de entidades en las que participa el sector público y el sector privado, y las privatizaciones mediante las cuales empresas privadas toman el control de entes instrumentales de la Administración, cuando no van acompañadas de una correlativa devolución al mercado de las tareas que aquéllos tenían encomendadas»<sup>563</sup>.

As PPP's de tipo puramente *contratual* são baseadas em relações exclusivamente contratuais e caracterizam-se pela partilha de risco entre o parceiro público e o parceiro privado, o qual assume a maior parte. Factor distintivo desta espécie de parceria reside no facto de a cooperação entre os parceiros envolvidos, ter por base relações únicas e exclusivamente convencionais.

As parcerias de tipo *contratual* sofreram uma forte influência das «*project finance initiative* (PFI)» oriundas do Reino Unido, pelas quais o parceiro privado encarrega-se da realização e da gestão de infraestruturas para o Estado, como escolas, prisões, hospitais, etc., sendo pago mediante uma remuneração periódica regular por parte do parceiro público, ao invés, de ver retorno do seu investimento por intermédio do pagamento de taxas cobradas directamente aos utentes da obra ou do serviço.

Nesta modalidade de PPP's, estas apresentam-se sob diversas formas, falando-se a este propósito em «geometria variável»<sup>564</sup>, especialmente no que concerne à atribuição ao parceiro privado de uma ou várias tarefas, de maior ou menor dimensão, designadamente as operações de concepção, financiamento, construção, manutenção e renovação, para além de se proceder à exploração de uma obra ou serviço de natureza intermédia ou a gestão e prestação final de um serviço público.

Por seu turno, as parcerias de tipo *institucional* consubstanciam-se, essencialmente, na criação de uma entidade única detida conjuntamente por ambos os parceiros, a qual possui uma finalidade específica, envolvendo a participação accionista dos dois parceiros, sendo ainda caracterizada pela assunção e partilha dos riscos do projecto. Fala-se, a este propósito, em PPP's «*associativas*» ou nas «*Joint-Ventures*».

A constituição de uma parceria institucionalizada pode fazer-se por meio da criação de uma entidade em que intervêm conjuntamente os parceiros, público e privado, ou, então, através do controlo por parte do sector privado de uma empresa pública pré-existente<sup>565</sup>.

<sup>563</sup> Assim, LUIS M. MACHO, "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", in Revista de Administración Pública, nº 175, enero-abril, 2008, pp.161.

<sup>564</sup> Expressão utilizada por MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009.

<sup>565</sup> Vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 63.



No âmbito desta parceria público-privada, ao parceiro privado é conferida a tarefa de permitir a utilização de uma determinada infraestrutura em benefício da população ou, ao invés, a prestação de um serviço público destinado à satisfação de um interesse geral da colectividade. Aliás, a este respeito, é interessante observar, que os países europeus tendem a recorrer a este tipo de parcerias como forma de promover a gestão de serviços públicos sobretudo a um nível autárquico ou local<sup>566</sup>.

Nestes termos, a cooperação directa de ambos os parceiros naquela entidade única dotada de personalidade jurídica própria, habilita o parceiro público a captar as valências e as virtualidades do parceiro privado, como a experiência profissional, o «*know-how*» e toda uma gama de competências que, na sua globalidade, estão vocacionadas à obtenção do lucro, sem deixar, ao mesmo tempo de exercer um nível elevado de controlo sobre os investimentos e o funcionamento operacional do serviço.

Da perspectiva do parceiro público, enquanto accionista e participante dos órgãos societários de decisão, o Estado goza da possibilidade de adaptar a sua participação na parceria público-privada durante o longo curso da vida do contrato, em conformidade com a evolução do contexto e das circunstâncias<sup>567</sup>.

Acresce que, ainda no que concerne em particular à classificação ou categorização das parcerias, existem outras tipologias para além das ora mencionadas.

Com efeito, existem igualmente as denominadas «*risk-sharing PPP's*» e as «*facilitory PPP's*», cujo elemento de distinção entre si é a existência ou não de um interesse financeiro do lado público<sup>568</sup>.

As primeiras ora enunciadas têm por finalidade primacial a distribuição e partilha de riscos entre o sector público e o sector privado, encontrando-se destinadas ao desenvolvimento de projectos aptos à exploração comercial. Neste âmbito, ao parceiro público interessa participar e estabelecer *guidelines* ou traves mestras no “modo” e “como” a exploração de um determinado projecto deverá ser levada a cabo.

Este modelo de parceria público-privada apresenta a virtualidade de abranger uma miríade de esquemas contratuais, próprias ora de parcerias de tipo contratual, ora características de parcerias institucionais.

---

<sup>566</sup> Vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 63.

<sup>567</sup> Vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 395.

<sup>568</sup> O Centro de Conhecimento PPP do Ministério das Finanças dos Países Baixos procede à qualificação das PPP's em duas grandes categorias: «*risk-sharing PPP's*» e as «*facilitory PPP's*». Vide, a este respeito, J.G.J. JANSEN, Stibbe Amsterdam, Kennis-Centrum PPS, Ministry of Finance, PPP and Public Procurement Guide, August, 2001 (site: [www.minfin.nl/pps](http://www.minfin.nl/pps)).

No tocante em particular às parcerias institucionais incluídas na tipologia das «*risk-sharing PPP's*», podemos dizer que é concretizada segundo os contornos próprios da «*joint venture*», em que existe uma entidade empresarial comum na qual o sector público assume o risco conjuntamente com o seu parceiro privado, “para o bem e para o mal”, ou seja, beneficiando das vantagens daí resultantes, mas também arcando com as respectivas perdas.

Por sua vez, as parcerias de tipo contratual igualmente incluídas nas «*risk-sharing PPP's*», fundam-se no modelo da «concessão», sendo conferidos simultaneamente e, em termos de paridade, ao sector público e ao sector privado o direito de exploração ou de operação de um projecto assente numa dada infraestrutura, com um carácter de longo prazo, com a contrapartida estabelecida em termos de uma remuneração fixa ou variável em função da «*performance*» comercial revelada pelo *partner* privado<sup>569</sup>.

No respeitante às «*facilitory PPP's*», é interessante verificar que também elas oferecem um vasto campo de colaboração entre o sector público e o sector privado, no que em especial se refere ao desenvolvimento de projectos e serviços de finalidade de interesse colectivo. Nestes termos, compete ao ente público a função de “mero facilitador”, não se reputando como necessária a assunção do risco ou de interesse financeiro da sua parte.

Assim, deste modo, é curial tecer a consideração de que, nesta PPP, sobre o parceiro privado recaem o peso do financiamento (avultado) assim como os respectivos riscos inerentes ao desenvolvimento do projecto, sendo regulada em moldes contratuais a colaboração entre ambos os parceiros.

Particularmente sobre o «risco», sublinhe-se que «para que exista parceria público-privada no sentido conferido pelo Livro Verde, tem de se verificar a transferência do risco para o parceiro privado, pelo menos, numa pequena parcela»<sup>570</sup>.

Das linhas expostas entretanto sobre as diversas modalidades de PPP's, afigura-se-nos adequada a respectiva configuração, no seio da contratação pública, de uma globalidade (e não um modelo unívoco) de tipologias de parcerias, atendendo à diversidade de situações para que são pensadas.

Parcerias, estas, que representam uma aquisição de serviços por parte do sector privado ao sector público em termos de longa duração. Ou, dito doutro modo, parcerias que consubstanciam uma alienação de serviços prestados pelo sector privado ao sector público. E,

<sup>569</sup> Neste sentido, vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 398, nota de rodapé nº1230.

<sup>570</sup> Assim, LUIS M. MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in *Revista de Administración Pública*, nº 175, enero-abril, 2008, pp.164.

neste caso, o parceiro privado presta um determinado serviço enquanto contrapartida no pagamento respectivo por parte do parceiro público (cliente).

Esta remuneração será realizada pelo Estado através das contribuições fiscais do contribuinte, por meio de pagamentos periódicos e prestados em regime de regularidade, ao longo da vida do contrato, ou seja, paulatinamente enquanto durar a prestação do serviço e em conformidade com o serviço prestado.

Resulta, pois, uma evidência a respeito desta tipologia de parcerias, que se prende com a sua remuneração ser custeada por meio do orçamento de Estado, o mesmo é dizer, pelo erário público através de carga fiscal imposta ao utente-contribuinte. Assim é, sobretudo no caso em que os serviços são prestados aos utentes de modo pleno ou quase gratuito, de que é exemplo paradigmático, o serviço de saúde prestado em “hospitais PPP”.

Outros modelos existem, tais como, aquele outro modelo a que correspondem parcerias financeiramente dotadas de autonomia ou ditas “auto-sustentáveis”, assim consideradas, porquanto o parceiro privado presta um serviço final através da cobrança directa e imediata aos seus beneficiários de taxas, tarifas ou preços; e, neste caso, dá-se como exemplo as emblemáticas “SCUT”, em que os automobilistas ao passar pelas mesmas têm a obrigatoriedade de pagar portagens<sup>571</sup>.

Revela-se, deste modo, em termos financeiros e puramente economicistas, uma panóplia de parcerias cujo centro de diversidade reporta-se à “origem dos recursos financeiros” que servem de suporte àquelas<sup>572</sup>. Com efeito, este critério, que tem o mérito de ser claro, objectivo e taxativo, está habilitado a permitir-nos identificar o parceiro que, no fundo, “sustenta” a parceria, viabilizando-a e tornando-a possível. Senão vejamos.

De um lado, temos as parcerias que se apresentam como sendo *auto-sustentáveis* em termos financeiros, à custa de receita obtida directamente junto do utente-beneficiário, as quais são próprias de uma “exploração comercial”. De outro lado, existem as parcerias menos claras em termos de financiamento, fazendo-se pagar mediante combinações mistas e arranjos financeiros, dignos da denominação “engenharia financeira”, através do pagamento imediato dos beneficiários desse concreto serviço e mediante a cobrança (mediata) de impostos que

---

<sup>571</sup> Sobre as SCUT, vide MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo (coord. López-Muniz e Fausto de Quadros), pp.176 e seguintes, sobretudo as pp.179 e 180.

<sup>572</sup> Neste sentido, sublinha-se a importância da excursão explicativa em termos desenvolvidos, na obra de MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 397, 398 e 399. Cfr. ainda, a este respeito, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 64 e seguintes.

recaem sobre os demais contribuintes, que não são necessariamente beneficiários daquele serviço prestado pelo parceiro privado.

E, é com particular acuidade, que esta última hipótese ora vertida, se faz sentir junto da população em geral, na medida em que não se sentindo globalmente beneficiada com uma dada parceria, ou seja, não sentindo um valor acrescido no seu bem-estar quotidiano ou um acréscimo assinalável na sua qualidade de vida, se vê inelutavelmente onerado com uma carga fiscal substancial, por um período longo de tempo, tão longo que atravessa gerações presentes e futuras.

Na realidade portuguesa, os cidadãos vão encontrar-se vinculados ao pagamento das PPP's até 2080, existindo quem considere que, com a celebração destes contratos, foi colocada em causa o princípio estruturante de responsabilidade do Estado para com as gerações futuras, assim como, foi abalado de modo grave e sério o princípio da confiança e das expectativas repousadas pelo cidadão no seu Estado, representado pelo seu órgão supremo, o Governo.

A «*vox populi*» considera, portanto, que as decisões do Estado, ao celebrar as parcerias, com os privados, por tanto tempo e a tanto custo, não acautelando devidamente a assunção de riscos que deveria recair sobre a esfera privada e não sobre o parceiro público, colocou em causa o «pacto social» sagrado entre povo e Estado.

A fundamentar esta posição cada vez mais dominante em Portugal, encontra-se o facto de se verificar que o interesse do parceiro privado – o lucro –, ser pedra estanke inamovível nos contratos que enformam as parcerias, associado ao facto de o interesse público, dê-se como exemplo a «saúde» não ser eficazmente assegurada como à partida se faria crer.

Quer dizer, o dito «*know-how*», a experiência e organização desburocratizada, desformalizada e simplificada “proclamada” pelos privados no momento prévio e aquando das negociações das PPP's, não se revelam tão positivos e benéficos para o sistema de saúde português. Pelo contrário, muitas lacunas existem. Basta pensar no caso das maternidades, em que as “tecnologias de ponta” aptas para fazer face a um parto revestido de maior complexidade ou em que mãe e/ou filho tenham complicações pós-parto existem em hospitais (“puramente”) públicos.

Acresce que o utente sente-se “atraído” nas suas expectativas legítimas com as PPP's na saúde, na medida em que dois dos princípios estruturantes elementares provindos da Constituição de 1976 e do “seu” SNS, como a *tendencial* gratuitidade e a universalidade, se encontram seriamente numa posição claudicante e de imensa fragilidade por força dos necessários aumentos das taxas moderadoras.

Actualmente, com o adensar da crise económica e com a chegada das “facturas” resultantes das PPP’s, o orçamento de Estado vê-se confrontado com a dura realidade de já não conseguir assegurar a sustentabilidade das PPP’s por si celebradas em tempos de maior prosperidade e de facilidade no acesso aos empréstimos exteriores e junto da Banca.

Deste modo, as pesadas facturas terão de ser inevitavelmente pagas pelo utente-utilizador e mediante dois modos, em termos de simultaneidade, pela criação e pelo incremento das designadas “taxas moderadoras” no momento do acesso à saúde, em estabelecimentos de saúde em regime absolutamente público e em regime de parceria público-privada e, ainda, pelo pagamento de impostos crescentes.

Eis assim, que um sistema de saúde, verdadeira conquista social na pós-revolução de 1974, que se assumia perante o utente como universal e quase gratuito, assegurado pelo Estado “auto-intitulado de «Estado Social», sofre um forte revés nas suas bases constitucionais e teleológicas.

Com este novo modelo de saúde implementado pelas PPP’s, verificamos que o desiderato central já não é tanto a boa prossecução do interesse público «saúde», mas sim o assegurar do “lucro” ao parceiro privado. De um sistema de saúde centrado no seu utente-paciente-beneficiário, gravita-se em 180 graus, para um sistema focalizado nos interesses do seu financiador inicial (parceiro privado).

Já não interessa tanto o «Bem-Estar» da saúde do cidadão, para que foi inicialmente concebido, desenhado, projectado e edificado o «hospital PPP» celebrado por um Estado havido como Estado Social ou de «Bem-Estar». Agora, determinante é o “bem-estar” económico e financeiro do parceiro privado, que nunca ficará, em termos contratuais, lesado ou sequer “beliscado” na angariação da sua margem de receitas ou, no retorno do seu investimento inicial.

Assistimos, destarte, a uma viragem ou, melhor dito, a um desvirtuamento, no mínimo peculiar nas fundações de um sistema de saúde inicialmente pensado para o acesso de todos, de qualquer condição económica, enquanto conquista ao nível dos direitos sociais, no âmbito de um Estado assumido como «Estado Social», para um sistema de saúde pensado para (parceiros) privados e a que uma felizarda *minoría* com recursos económicos acima da média terá acesso.

Mas, vejamos, com particular atenção em que termos poderá o elemento “risco” aparecer desenhado numa parceria entre o sector público e o sector privado<sup>573</sup>, cuja lógica poderá ser estendida às parcerias implementadas no sector da saúde.

---

<sup>573</sup> Esta linha metodológica encontra-se de modo desenvolvido na obra de DARRIN GRIMSEY e LEWIS K. MERVYN, *Public Private Partnerships: The World Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Cheltenham, UK, Northampton, MA,

Numa primeira hipótese, ter-se-á presente que no que concerne em particular aos serviços “de fundo”, nucleares ou de central preponderância para a colectividade, o parceiro público mantém sob sua alçada a responsabilidade sobre a prestação dos mesmos. Assim é, fazendo pleno sentido, uma vez que estes serviços encontram-se intrinsecamente ligados à «missão de serviço público» que recai ancestralmente sobre o Estado.

Nesta vertente relativa à «assunção de risco» que poderá ser adoptada numa parceria, o Estado incumbe o seu parceiro privado das tarefas e actividades conexas com a disponibilização das infraestruturas aptas para a prestação do serviço, assim como, caberá ao parceiro privado a função de assegurar o acesso a serviços infra-estruturais de suporte<sup>574</sup>.

Numa segunda hipótese, verificamos que no seio de uma parceria concernente à prestação de serviços nucleares, o Estado assume a incumbência da prestação dos mesmos, ao mesmo tempo que procede à transferência para o seu parceiro privado da responsabilidade em disponibilizar os activos e os serviços infraestruturais exigidos pela comunidade.

Ainda dentro do leque de serviços de suporte e de acessórios que se revelem imprescindíveis à prestação do núcleo duro de um «*serviço público ao público*»<sup>575</sup>, o parceiro público opera igualmente a respectiva transferência para o seu parceiro privado.

Também podemos assistir a uma terceira modalidade de transferência de responsabilidade ou de risco entre ambos os parceiros, público e privado e que se prende com uma lógica em que o sector público chama a si a responsabilidade relativa à prestação dos serviços nucleares, contratando o parceiro privado com vista à prestação prioritária de bens e serviços infraestruturais, para além dos serviços não infraestruturais de suporte ou essenciais à prestação do cerne dos serviços públicos.

Acresce, por outro lado, que sobre o parceiro privado recai a responsabilidade de ter de responder, ainda que de modo circunscrito ou reduzido, pela prestação de determinados serviços não-nucleares perante o utente, de modo directo.

Noutro modelo de transferência de responsabilidade, no que respeita à prestação de um determinado serviço público, verificamos que ocorre uma transmissão plena daquela para o parceiro privado. Neste feixe de responsabilidades, encontram-se abrangidos os activos e serviços infraestruturais e não infraestruturais, bem como, os serviços nucleares, que passam a ser prestados pelos parceiros privados directamente ao utente.

---

USA, Edward Elgar, 2004 e, igualmente, mencionada de forma exemplar por MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 412 e seguintes.

<sup>574</sup> Neste sentido, cfr. DARRIN GRIMSEY e LEWIS K. MERVYN, *Public Private Partnerships: The World Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2004 e, igualmente, mencionada de forma exemplar por MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 412 e seguintes.

<sup>575</sup> Expressão, a nosso ver, feliz utilizada por MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 412.

Ainda, noutra modalidade de transmissão de responsabilidade, a prestação do serviço público e os serviços acessórios de natureza infraestrutural, transita para a esfera do parceiro privado. Do lado do parceiro público, permanece a responsabilidade no tocante à disponibilização e modernização das infraestruturas que se reputeem como imprescindíveis à prestação do concreto serviço público.

No que ao nosso estudo em concreto concerne, especificamente sobre o sector da saúde, podemos referir que as principais traves-mestras na matéria de transferência de risco ou de responsabilidade entre o sector público e o sector privado reportam-se essencialmente a três grandes estruturas<sup>576</sup>.

A primeira consiste num modelo de âmbito reduzido e focalizado na prestação de serviços infraestruturais por parte do parceiro privado. Ao mesmo tempo, ao sector público é acometida a incumbência de assegurar a concretização do núcleo duro dos serviços clínicos, à qual acresce a realização dos demais serviços acessórios e logísticos de apoio directo e indirecto à prestação de cuidados de saúde.

Outra estrutura que se reveste de pertinência nesta matéria, entendida como “intermédia”, assenta na prestação de serviços infraestruturais desenvolvida pelo parceiro privado. Mas, neste modelo, o sector privado ocupa-se também da garantia de serviços não nucleares de carácter instrumental, a par da manutenção da gestão clínica, pertencendo ao sector público a prestação dos cuidados de saúde.

Por último, podemos indicar um modelo abrangente e integral, caracterizado pela transferência do risco e da responsabilidade relativa à prestação de serviços clínicos para o parceiro privado. Para este parceiro, transita também a assunção da responsabilidade referente aos serviços instrumentais ligados à renovação e à construção das instalações hospitalares.

Estas três modalidades de parcerias, quando implementadas no âmbito da saúde, têm especial aplicabilidade na *gestão clínica*, mas apresentam traços distintivos díspares entre si no tocante ao objecto, estrutura contratual, duração dos contratos, mecanismos de pagamento e regime de reversibilidade dos activos.

Na realidade portuguesa, verificamos que, no sector da saúde, mais precisamente no que respeita às parcerias no sector hospitalar, ocorre um movimento evolutivo acolhendo-se num

---

<sup>576</sup> Podemos colher mais informações desenvolvidas acerca destas estruturas básicas de transferência de responsabilidade e de risco entre os parceiros público e privado, no seio de parcerias na saúde, na obra de JORGE ABREU SIMÕES, *As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde*, in *Manual Prático das Parcerias Público-Privadas*, Sintra, NPF – Pesquisa e Formação, 2004, pp. 37 e seguintes; do mesmo autor, “*As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde em Portugal*”, in *Revista Portuguesa da Saúde Pública*, nº4, 2004, pp. 84 e seguintes. Sobre esta matéria em particular, vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 413, nota de rodapé nº 1269.



momento inicial, com os hospitais de primeira vaga, o modelo de parceria com a gestão clínica e, em momento ulterior, nos hospitais de segunda vaga, dá-se prevalência a um modelo sem serviços nucleares. Noutros países, como Espanha, existe uma simultaneidade de modelos de parcerias, ou seja, que abrangem e que excluem a gestão clínica.

Contudo, a experiência com as parcerias na saúde, revela que relativamente aos serviços nucleares, não existe um modelo único de parceria. Pelo contrário, prepondera uma multiplicidade riquíssima de «soluções parceria público-privada», sendo esta uma tendência crescente.

Com efeito, a realidade concreta no que ao domínio das PPP's implementadas nos vários países respeita, apesar das suas próprias especificidades jurídicas e económicas, permite-nos concluir que existe uma tendência acentuada para a coexistência de vários modelos de parceria, independentemente do sector social ou económico em que aquela se aplica<sup>577</sup>.

## 2. Enquadramento Jurídico e Institucional.

No que concerne à disciplina legal que se destina à regulamentação das parcerias público-privadas<sup>578</sup>, importa enaltecer desde logo, o contributo imprescindível do direito europeu em matéria de contratação pública, do qual ressalta o «*Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas* e o *Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões*»<sup>579</sup>, onde a Comissão enuncia a identificação e procede à distinção entre os diversos sistemas vigentes nos Estados-membros, no que se refere às PPP's<sup>580\_581\_582</sup>.

---

<sup>577</sup> Vide, neste sentido, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp.415.

<sup>578</sup> A legislação especial, de aplicação anterior ao actual Código dos Contratos Públicos (CCP), encontrava-se consagrada no Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, e continha regras especiais relativas aos procedimentos de contratação, assim como outras. Com efeito, do preceito insito do artigo 10º, nº5, constava que «o lançamento da parceria é feito segundo o procedimento adjudicatório aplicável, nos termos da legislação relativa à contratação pública», procedendo a uma remissão expressa para as leis da contratação pública aplicáveis a cada uma das formas possíveis que a parceria público-privada pode revestir, sendo a lei actual vigente a constante do CCP. E, este Código, não só opera a ressalva o disposto em lei especial quanto ao regime de contratos administrativos (artigos 1º, nº6 e 280º), como igualmente, ressalva a legislação especificamente aplicável às parcerias público-privadas. Neste sentido, vide GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos. Âmbito da sua aplicação*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.28 a 34 e pp. 97 e 98.

<sup>579</sup> Da leitura do Livro Verde, MIGUEL A. B. BLAY conclui que, «En cuanto a las características de las operaciones de colaboración público-privada, por el momento no existe ninguna definición válida a escala europea que abarque todas las formas de colaboración público-privada. No obstante, existe acuerdo en que la colaboración público-privada se refiere a diferentes formas de cooperación entre las Autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio». Neste sentido, vide, MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY, *El Contrato de Concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, Civitas, 2010, pp. 103 e seguintes.

<sup>580</sup> Vide, neste sentido, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 147.

<sup>581</sup> Vide as considerações, sobre o Direito Comunitário, mormente sobre o Livro Verde das PPP's, de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa", in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo (coord. López-Muniz e Fausto de Quadros), pp.182 e 183.

<sup>582</sup> Veja-se sobre a directiva-recursos e a tutela urgente de terceiros, assim como, sobre a cláusula *stand-still* e respectivo regime jurídico e suas implicações, a obra determinante de COLAÇO ANTUNES, *A Ciência jurídica administrativa. Noções fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp.589 e seguintes.

O Livro Verde, datado de 2004, fruto do labor da Comissão Europeia, tem por missão definir as PPP's, encarando-as como a forma de cooperação entre as entidades ou autoridades pertencentes ao sector público e as empresas, com vista a conseguir o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma determinada infraestrutura (em regra, de avultado risco, de enorme dimensão física e dotada de uma decisiva componente económica e financeira) ou relativo à prestação de um dado serviço público, que normal e tradicionalmente pertence às incumbências estaduais.

Este Livro Verde apresenta determinadas características às quais, uma qualquer parceria público-privada terá de, necessariamente se subsumir, como a durabilidade em termos médio-longos da colaboração entre o parceiro público e o parceiro privado; o financiamento assegurado pelo privado, nem que seja em moldes parciais, e com recurso a «engenharias financeiras» dotadas de elevada complexidade; a intervenção combinada de ambos os parceiros.

De um lado, o parceiro público que procede à definição de metas e objectivos a ser atingidos pelo seu parceiro privado, estabelecendo igualmente, balizas de actuação e directrizes e orientações genéricas a que este deverá atender no momento do desenvolvimento da sua actividade. De um outro lado, ao parceiro privado incumbirá a intervenção eficaz nas fases de concepção, construção e financiamento, bem como, na gestão, funcionamento e no desenvolvimento da infraestrutura ou na prestação do serviço.

E, por último, uma característica absolutamente determinante no vector de implementação de uma parceria público-privada consiste na repartição de riscos, traduzida em dois aspectos convergentes: a) transferência de risco do sector público para o sector privado; b) assunção do risco, parciais e, mesmo por vezes, em termos quase exclusivos, por parte do parceiro privado, simultaneamente, investidor.

Em Portugal, até ao momento da aprovação do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, o qual vem disciplinar a figura das parcerias público-privadas, a celebração destas não seguia um regime jurídico unificado. Inexistia, citando o Tribunal de Contas, no ordenamento jurídico português, um «quadro jurídico específico que regulasse as PPP's» (até mesmo no plano comunitário)<sup>583</sup>, referindo ainda, na mesma senda, que o modelo de contratação pública concretizado pelo modelo parceria público-privada foi introduzido em Portugal, sem que tivesse sido previamente acautelado e estabelecido o seu regime jurídico e orçamental.

Deste modo, torna-se claro, que no âmbito da contratação pública, era aplicável um verdadeiro “manto de retalhos jurídico”, porquanto para cada contrato celebrado ou situação

---

<sup>583</sup> Parecer do Tribunal de Contas de 2008, mencionado na obra de NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 137 e 138.

legal subjacente às PPP's, havia lugar à aplicação de um regime específico aprovado, sobretudo no que respeitava aos respectivos procedimentos de contratação.

No que a estes procedimentos dizia respeito, era tanto aplicável as regras previstas no Código de Procedimento Administrativo (CPA), como, de igual modo, havia lugar à aplicação do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho.

Assim sendo, é curial afirmar que até 2003, existia uma ausência legal interna e comunitária sobre a contratação pública, na medida em que inexistia qualquer acto normativo comunitário específico sobre parceria público-privada.

O regime a nortear este particular âmbito de contratação pública, era o constante dos princípios fundamentais que brotavam do Tratado da Comunidade Europeia (TCE)<sup>584</sup>, designadamente, o princípio da não discriminação em razão da origem ou da nacionalidade, o qual aparece intrinsecamente relacionado com o princípio da igualdade<sup>585</sup> e do reconhecimento mútuo, bem como, o princípio da boa-fé, os princípios da transparência, publicidade e imparcialidade conexos com o princípio da leal concorrência<sup>586</sup>.

Essenciais, pelo seu teor e relevância para a manutenção de um mercado europeu são e competitivo, e, por isso, com forte aplicação no domínio da contratação pública, eram também os princípios da proporcionalidade, da garantia pelas quatro liberdades (Tratado de Maastricht), como a liberdade de circulação de pessoas, de mercadorias, de serviços e capitais e a liberdade de estabelecimento. A esta panóplia rica e diversificada de princípios, acresce um outro princípio: o da tutela jurisdicional efectiva, o qual vem a ser consagrado expressamente na Constituição Portuguesa, nos seus artigos 20º e 268º, nº5.

Foi, sobretudo, a partir de 2004, que ao nível comunitário foi dado um passo determinante no que respeita à contratação pública, graças a duas Directivas Comunitárias, que vieram a ser objecto de transposição para o ordenamento jurídico interno com a aprovação do Código dos Contratos Públicos, a saber: Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004 e a Directiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004<sup>587</sup>. No seu conjunto, ambas as directivas

<sup>584</sup> Neste sentido, vide o inestimável contributo sobre a matéria dos princípios comunitários presente no aprofundado estudo de CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

<sup>585</sup> Como corolários necessários do princípio de igualdade resultavam, como feixe jurídico, a obrigatoriedade do concurso público como procedimento-regra, associada à necessidade de estabelecimento prévio e *a priori* das denominadas «regras do jogo», pelas quais se iriam tecer daí adiante todas as conformações jurídicas da contratação em causa e com que todos os intervenientes, em pé de igualdade, poderiam contar, sabendo desde logo, que as suas propostas haveriam de ser tidas em conta após uma avaliação comparativa objectiva por parte do *player/contratante* público (Estado ou outra entidade pública). Vide, neste sentido, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 137 e 138.

<sup>586</sup> Acerca da matéria atinente aos princípios orientadores da contratação pública, vide ANA FERNANDA NEVES, "Os princípios da contratação pública", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor SÉRVULO CORREIA*, vol. III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.29 a 58, assim como, CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

<sup>587</sup> Vide, neste sentido, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 142 e 143.

comunitárias encerravam em si mesmas, a nova disciplina legal em matéria de contratação pública, tutelando diferentes aspectos.

Com efeito, a primeira Directiva respeitava à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, sobretudo nos «sectores clássicos».

No que concerne à segunda Directiva supra mencionada, esta reportava-se à coordenação dos processos de adjudicação dos mesmos contratos nos «sectores especiais» (água, energia, transportes e serviços postais).

Ao contrário do que se possa à partida considerar, o Decreto-Lei nº 86/2003 que vem regulamentar as PPP's, não dispensam a aplicação de legislação geral em matéria de contratação pública, como o Decreto-Lei nº 197/99 e o próprio Código de Procedimento Administrativo. De facto, o regime presente no Decreto-Lei nº 86/2003, veio a ser alterado pelo Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de Julho e, em situações relativas a contratação pública, mantém a sua aplicação a par do Código dos Contratos Públicos (CCP), o qual foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro. Contudo, existem diferenças a ser assinaladas entre ambos os diplomas legais, desde logo, no que se prende com as suas finalidades e no que se refere aos seus destinatários. Senão vejamos.

Como NAZARÉ COSTA CABRAL realça, o Decreto-Lei nº 86/2003 consiste num enquadramento jurídico das PPP's, servindo como instrumento de defesa política da nova realidade trazida por esta figura contratual.

De facto, quando falamos em parceria público-privada indissociavelmente, pensamos numa “macro” realidade económica e financeira, bem como, numa opção estrutural adoptada pelo Estado e pelos demais entes públicos que pertencem à gigantesca esfera orgânica e funcional pública<sup>588</sup>. E, sucede que esta opção estadual está imbuída de variantes economicistas e políticas, relacionadas com a própria mecânica da actividade administrativa, com a provisão pública, com a sustentabilidade e com a necessária manutenção das contas públicas.

Matérias como a (des)orçamentação do Estado e potencial aumento da carga fiscal, análise financeira do custo/benefício, assim como, a questão de responsabilidade

---

<sup>588</sup> No tocante a uma perspectiva sobre a contratação pública meramente local reveste-se de enorme pertinência as considerações de MARÍA JOSÉ ALONSO MÁZ, “El contrato de colaboración entre el sector público e el sector privado”, in *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Pública*, La Ley, Madrid, 2009, pp.437 e seguintes. Recomenda-se, de igual modo, a análise realizada sobre a evolução histórica da iniciativa e intervenção do sector privado na distribuição de bens e serviços à colectividade, assim como, a análise do regime jurídico das parcerias público-privadas, por parte de ALBERTO DORREGO DE CARLOS e FRANCISCO MARTÍNEZ VÁZQUEZ, “La Colaboración público-privada”, in *La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, 2009, pp.36 e seguintes.

intergeracional, têm de ser tidas em consideração e objecto de uma aturada e responsável ponderação.

E, é por esta ordem de razões, que existem determinados autores que consideram este diploma legal acima de tudo como legislação económica («(...) *um diploma, sobretudo de Direito Económico*»)<sup>589</sup> e não tanto jurídica, destinado essencialmente a entidades pertencentes à *longa manus* do Estado.

Por seu turno, no que diz respeito ao CCP, este contém uma regulamentação dirigida, tanto ao próprio Estado, versando sobre a respectiva intervenção na sociedade e economia, como igualmente aos demais agentes económicos, como os parceiros e concorrentes privados que actuam livremente no mercado e que com o sector público contratam.

E, nestes termos, há quem considere, como NAZARÉ COSTA CABRAL, que se trata de um «diploma regulador de condutas», destinado principalmente a privados e nesta medida, possuidor de uma dimensão “micro”. Em termos de qualificação, segundo o entendimento desta autora, o CCP consiste num *diploma de Direito Administrativo*<sup>590</sup>.

Como se depreende do que foi acima exposto, o Decreto-Lei nº 86/2003 reporta-se a um destinatário de natureza pública, que tanto poderá ser o accionista («*stakeholder*») público<sup>591</sup>, como qualquer outro ente membro do Governo, departamento, serviço ou empresa, conquanto que seja do sector público. Assim, este diploma versa principalmente sobre a definição das funções e das diferentes tarefas ao nível da intervenção estadual nas várias componentes que enformam uma parceria público-privada, desde tarefas meramente consultivas (pareceres, relatórios, peritagens, avaliações, auditorias, etc.), como tarefas materiais ou ao nível de fiscalização e vigilância sobre a actuação do parceiro privado.

Da perspectiva do CCP, a sua regulamentação e teor são pensados para a relação contratual que será estabelecida entre ambos os contraentes, ou seja, o parceiro público e o parceiro privado, tanto no procedimento inicial ou pré-contratual, como no decurso da (longa) vida do contrato, mais precisamente, no momento da contratação e durante a execução do mesmo.

---

<sup>589</sup> Vide, esta citação na obra de NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 149.

<sup>590</sup> Vide, neste sentido, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 149.

<sup>591</sup> Nos termos do entendimento preconizado pelo Tribunal de Contas, encontram-se incluídos no leque de accionistas públicos, designadamente as seguintes entidades: a) entidades públicas directamente responsáveis pela gestão e execução dos contratos PPP's (v.g. Estradas de Portugal, Instituto Nacional do Transporte Ferroviário); b) empresas públicas sob a forma societária, cujas parcerias encontram-se submetidas aos mecanismos de controlo da função accionista do Estado; c) empresas municipais e intermunicipais; d) Ministério das Finanças que tem por missão o acompanhamento global das PPP's; e) Inspeção-Geral de Finanças com poderes de fiscalização e de controlo económico-financeiro; f) Ministério da tutela sectorial; g) unidades ou estruturas especializadas nomeadas pelo Ministro da tutela sectorial no domínio do estudo, preparação e avaliação das PPP's (como a unidade de Missão de Saúde para as PPP's); h) Tribunal de Contas com a função de exercer controlo externo das PPP's, etc. Vide, neste sentido, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 150, caixa nº 12.

Este Código contém inúmeras disposições que, por um lado, são aplicáveis à contratação pública em geral e, por outro lado, é formado por disposições que regulamentam com especial acuidade e, em certos casos, com exclusividade as parcerias público-privadas<sup>592</sup>.

As parcerias encontram-se, deste modo, simultaneamente regulamentadas tanto pelo CCP, como pelo Decreto-Lei nº 86/2003, no domínio da elaboração e da celebração do respectivo «contrato de parceria público-privada», o mesmo é dizer na fase pré-contratual e no momento da própria conclusão contratual. Mas, é interessante verificar que durante a vida do contrato, na sua vigência e manutenção, no que particularmente se prende com os aspectos da execução contratual e modificação/revisão das cláusulas do contrato, a lógica da “dupla” regulamentação persiste.

## 2.1. Regime Jurídico Português: o Código dos Contratos Públicos (CCP).

O Código dos Contratos Públicos (CCP) teve como principais desideratos, conferir à contratação pública certeza e segurança jurídicas e promover a transposição de directivas comunitárias<sup>593</sup> para a ordem jurídica interna, em obediência ao princípio de primazia e de uniformidade no espaço europeu<sup>594-595</sup>.

Outra missão que este Código se propôs cumprir foi a de contribuir para que o Direito Administrativo português se adaptasse à nova realidade jurídica atinente à contratação pública, incluindo às regras concernentes às PPP's. Todavia, pese embora o legislador do CCP ter concebido um conceito de parceria público-privada em alguns traços do anteprojecto, sob

<sup>592</sup> Vide, neste sentido, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 148.

<sup>593</sup> Sobre a matéria relativa à introdução de directivas comunitárias sobre a contratação pública em Espanha, aconselha-se o estudo que trata do «direito comunitário como *meeting point* dos diferentes ordenamentos jurídicos», de JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, *La Estructura de los Contratos Públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp.93 e seguintes.

<sup>594</sup> Acerca do fenómeno de europeização do Direito Administrativo, mormente, sobre a contratação pública, relevando todas as etapas de evolução e de introdução das várias gerações de directivas comunitárias, vide a obra de incontornável relevância de, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006. Vide, igualmente, a propósito da relação entre os contratos públicos e o direito comunitário, bem como, da evolução legislativa (matéria que não pretendemos desenvolver neste estudo), MARTÍN M<sup>a</sup>. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 39 e seguintes, assim como, J.A. MORENO MOLINA, “La decisiva influencia del Derecho Comunitario en la Ley 30/2007, de contratos del sector público, in *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pp.11 a 36; JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la Regulación de la Adjudicación de los Contratos Públicos*, Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 15 e seguintes.

<sup>595</sup> No que concerne à denominada comunitarização ou europeização ao nível da contratação pública, aconselhamos o estudo das obras que aprofundam esta matéria: DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS, *La Contratación Pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2002, sobretudo as pp. 197 e seguintes, no que se refere aos mecanismos de controlo exercido por instituições como a Comissão Europeia sobre os contratos públicos, inclusive, sobre a atempada e correcta transposição das directivas comunitárias por parte dos Estados-membros; A.A.V.V., *El Derecho de los Contratos Públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Universidad de Alcalá, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp.34 e seguintes, sobretudo no que diz respeito ao designado «direito europeu dos contratos públicos», pronunciando-se quanto ao objectivo das directivas, às necessidades de interesse geral a que se destinam, quanto aos âmbitos objectivo e subjectivo dos contratos públicos, pronunciando-se ainda sobre a execução contratual, mormente no que se refere ao cumprimento e extinção do contrato; JOSÉ MARIA GIMENO FELIÚ, *Contratos Públicos: Ámbito de Aplicación y Procedimiento de Adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el Ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2002, sobretudo pp. 92 e seguintes; pp. 135 e seguintes (procedimentos de adjudicação e critérios de selecção, à luz comunitária).

discussão pública, que se assemelhava ao modelo de «*project finance initiative*» (PFI/DBFO) britânico ou ao «*contrat de partenariat public-privé*» francês, ele, na verdade, abdicou dessa «*intenção*»<sup>596</sup>.

O legislador do CCP, ao invés, encarou as PPP's enquanto um modelo de contratação susceptível de se reconduzir a diversos tipos contratuais e não como um específico modelo contratual dotado de um diploma legal específico, concebido e pensado a partir de uma única definição.

Aliás, nesse sentido, tendo em consideração o conjunto normativo sobre o caderno de encargos dos procedimentos de formação dos contratos que configuram PPP's, parece poder retirar-se a ilação de que, da perspectiva do Código, apenas merecem a qualificação de parceria público-privada, os contratos que impliquem envolvimento financeiro, total ou parcial, do Estado.

O leque de matérias que são disciplinadas pelo Código são, essencialmente, de cariz procedimental, tais como, as regras acerca da decisão de contratar e sobre a competência para nomeação do júri nos procedimentos respeitantes à formação de contratos que configurem uma parceria.

Mas, outro corpo legal de enorme relevância tratado em detalhe pelo Código, é o que contempla as regras relativas à execução e à modificação dos contratos de parceria público-privada, para além das regras concernentes à fiscalização, ao acompanhamento da execução das PPP's e à partilha de benefícios.

Pese embora, Portugal ter acolhido de modo inovador as PPP's, na verdade, o esforço persistente do legislador não teve a virtualidade de oferecer a esta modalidade contratual (e «*novo instrumento de acção pública*»), um adequado enquadramento legal, sob uma multiplicidade de aspectos<sup>597</sup>, mediante o estabelecimento claro e objectivo ao nível do conceito de parceria público-privada e no que respeita aos princípios e processos de actuação aptos para fundamentar a adopção de medidas políticas conducentes à celebração de novas PPP's.

De acordo com a interpretação da letra e espírito do Código, resulta que a tomada de «*opção parceria público-privada*» assenta na procura de soluções de financiamento de projectos e programas de investimento envolvendo elevados montantes de capital, existindo

---

<sup>596</sup> Vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 192 e seguintes. Vide, ainda, a obra de MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006 e da mesma Autora MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 57 e seguintes; pp. 243 e seguintes.

<sup>597</sup> Neste sentido, vide MARIA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp.315 e seguintes. Segundo, esta Autora, o Código ao deixar «as parcerias financeiramente auto-sustentáveis inexplicavelmente de fora da disciplina do Código, este normativo reforça a nossa convicção de que o caderno de encargos não há-de condicionar os modelos admissíveis em termos conceptuais» (pp.315).



uma efectiva repartição de riscos entre os parceiros ou, de uma outra perspectiva, uma transferência de risco do Estado (parceiro público) para o seu parceiro privado.

Em termos conceptuais, nos termos do Decreto-Lei nº 86/2003, mais precisamente, no nº1, do seu artigo 2º, a parceria público-privada define-se como o «contrato ou união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados se obrigam de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado».

Da perspectiva do parceiro privado, poderá surgir uma entidade pública, em conformidade com o nº3, do artigo 2º, que preceitua que «o presente diploma é igualmente aplicável a todas as parcerias em que o equivalente ao parceiro não público seja uma empresa pública, uma cooperativa ou uma instituição privada sem fins lucrativos».

No caso de o parceiro público ser uma empresa pública, então poderemos dizer que estamos perante uma «parceria público-privada». Igualmente do lado do parceiro público, Estado, podem surgir diversas entidades e organismos de natureza pública pertencentes à sua «*longa manus*».

Nesta senda, o disposto no nº2, do artigo 2º, esclarece que tais entidades poderão ser o Estado, entidades públicas estaduais, fundos e serviços autónomos, bem como, as entidades públicas empresariais, ou seja, empresas públicas sob a forma não societária (a partir de 2006).

Na situação em que as parcerias forem promovidas por empresas públicas com natureza societária plasmadas no Decreto-Lei nº 558/99, nesse caso já não se tratam de verdadeiras PPP's, em plenitude, apenas sendo aplicáveis determinados aspectos do regime parceria público-privada, nos termos do artigo 2º, nº6.

Por seu turno, o preceituado no artigo 4º, do citado diploma legal, refere que são finalidades essenciais das parcerias, entre outras, o «acréscimo da eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço, induzida por formas de controlo eficazes que permitem a sua avaliação permanente por parte dos potenciais utentes e do parceiro público»<sup>598</sup>.

Como já mencionado anteriormente, o nosso legislador optou por adoptar um conceito de parceria público-privada que engloba realidades diversificadas, com contornos pouco rigorosos ou precisos. Seja como for, da definição supra exposta de parceria público-

---

<sup>598</sup> Vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 151 e seguintes.

privada, podemos retirar duas asserções principais<sup>599</sup>: (a) a primeira, prende-se com o seu «carácter duradouro», consubstanciado na exigência de duração mínima do respectivo contrato, o qual não poderá ter vigência inferior a três, a cinco ou mesmo quinze anos; (b) a segunda relaciona-se com a satisfação de uma necessidade colectiva, sobre a qual versará a infraestrutura a ser edificada, renovada, financiada e/ou gerida mediante a celebração da parceria público-privada. Todavia, importa sublinhar que o poder legislativo concretizou e delimitou, tendo como base os indicadores de «duração do contrato» e de «objecto», o conceito de parceria, para efeitos de aplicação do Decreto-Lei nº 86/2003.

Existe parte de doutrina que defende que qualquer dos contratos em que se concretize uma parceria público-privada terá de ter a duração mínima superior a três anos, «desde que o encargo acumulado seja superior a dez milhões de euros e que o investimento implicado seja superior a vinte cinco milhões de euros»<sup>600</sup>.

Existem várias tipologias de parcerias público-privadas (aspecto que será mais desenvolvido em ponto infra). Por um lado, temos as parcerias contratuais, que assentam na simples celebração de contratos e, por outro lado, as parcerias institucionais, quando «mais que uma relação de complementaridade entre contratos, existe a constituição de sociedades de economia mista»<sup>601-602</sup>.

Para além desta primeira abordagem classificatória, existe outra diferenciação a realizar, consoante o modelo financeiro e de repartição de riscos. Nesta senda, as parcerias podem reportar-se a vários modelos: a) modelo prestativo – realizado através da celebração de contratos de prestação de serviços ou de fornecimento contínuo (v.g. tarefas de cobrança de portagens, prestação de bens de interesse geral, fornecimento e manutenção de veículos ou outro equipamento); b) modelo de alienação de gestão – mediante a conclusão de contratos de concessão de serviço público ou de contratos de gestão, em que se procede à transferência para a égide dos operadores privados a responsabilidade pela gestão e administração de activos públicos ou bens de propriedade pública; c) modelo BOO (Built-Own-Operate), nos termos deste modelo apesar de o bem construído pertencer a propriedade privada, é objecto de utilização para prestar uma actividade de interesse público; d) modelo

<sup>599</sup> Acerca das características das parcerias público-privadas podemos elencar sinteticamente as seguintes: a) duração relativamente longa; b) modo de financiamento do projecto, garantido em grande parte pelo sector privado, parceiro da Administração; c) o importante destaque para a figura do operador económico, que participa numa multiplicidade de etapas do projecto (concepção, realização, execução, exploração, gestão e sua manutenção ou conservação); d) repartição dos riscos entre ambos os parceiros, do sector público e do sector privado, em que o primeiro transfere considerável parcela de riscos, os quais tradicionalmente eram assumidos em exclusividade por si. Neste sentido, vide MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY, *El Contrato de Concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, Civitas, 2010, pp. 108 e seguintes.

<sup>600</sup> Neste sentido, vide NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 153.

<sup>601</sup> Vide, a este respeito, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 338 e seguintes.

<sup>602</sup> A este propósito vide LUIS M. MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in *Revista de Administración Pública*, nº 175, enero-abril, 2008, pp.198 e seguintes.

BOT (Built-Operate-Transfer), em que uma única relação contratual abarca uma miríade de etapas do projecto, concepção, construção e exploração, tendo como virtualidade o pagamento faseado e repercutido ao longo da vida contratual; d) DBFO (Design-Build-Finance-Operate), sendo caso paradigmático a concessão de obra pública. Este é o principal instrumento de parcerias público-privadas que envolvam investimentos de elevada monta por parte do sector privado, na medida em que neles o parceiro privado projecta, constrói, financia e explora durante a longa vida da infraestrutura, auferindo as receitas da exploração e devolvendo os activos no final da concessão<sup>603</sup>.

## 2.2. O Procedimento “Diálogo Concorrencial” e as Formas de Implementação das PPP’s.

Em termos sintéticos, no âmbito das parcerias público-privadas, podemos indicar como o ponto de partida para a sua contratualização e implementação, a *decisão do Governo em contratar*. E, assim, nestes termos, o procedimento pré-contratual ou também designado “pré-adjudicatório”<sup>604-605</sup> é aquele que decorre entre aquela decisão de lançar a parceria e o momento em que é realizada a adjudicação, antecedendo-a, portanto. Através do acto de adjudicação, o Estado escolhe o seu parceiro privado em virtude da “melhor proposta”, sendo posteriormente, celebrado o contrato de parceria.

Por força de inúmeros factores, começando pelos avultados montantes de capital investido na parceria, que co-envolvem uma multiplicidade de investidores e *players* privados e que se caracteriza por um complexíssimo arranjo financeiro, para além do forte impacto na sociedade e economia de um país e sem olvidar aspectos de natureza diversa, como o ambiente e o ordenamento do território, a *decisão do Governo em contratar por via de parceria* não é uma decisão livre ou discricionária considerada num sentido amplo, nem muito

---

<sup>603</sup> Vide, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 339.

<sup>604</sup> Sobre procedimentos pré-adjudicatórios no âmbito da contratação pública, vide FRANCISCO BLANCO LÓPEZ, “Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en la LCSP”, in *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pp. 177 e seguintes, assim como, JOSÉ MARÍA F. ASTUDILLO, *Contratación Pública*, Bosch, Tomo I, Barcelona, 2008, pp.474 e seguintes. No tocante ao momento de adjudicação propriamente dito do contrato, vide MARÍA JOSÉ ALONSO MÁS, “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, in *Aspectos prácticos y novedades de la Contratación pública. En especial en la Administración Local*, La Ley, 2009, pp.449 e seguintes.

Sobre o procedimento de adjudicação dos «marchés administratifs» (contratos administrativos), vide FRANÇOIS LLORENS, *Contrat d’Entreprise et Marche de Travaux Publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, Bibliothèque de Droit Public, Tome CXXXIX, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1981, pp. 70 e seguintes.

<sup>605</sup> Sobre as várias tipologias de procedimentos pré-adjudicatórios, com enfoque no contrato público de obras, vide A.A.V.V., *Contratos de las Administraciones Públicas (Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo)*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1995, pp.37 e seguintes.

Acerca da matéria atinente às características, procedimentos pré-adjudicatórios e à própria execução do contrato de PPP, no ordenamento jurídico espanhol, vide ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ, “Técnicas Contractuales de Colaboración Público-privada: el contrato de colaboración público-privada en la nueva Ley de contratos del sector público”, in *Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos Administrativos y Financieros*, La Ley, 2009, pp.265 e seguintes.

menos arbitrária. Revela-se, assim, obrigatória uma etapa prévia a qual se consubstancia na «avaliação prévia do projecto»<sup>606</sup>.

De uma perspectiva política e se se quiser, “teleológica”, aquela decisão deverá, antes de mais, ter por missão ou desiderato a boa prossecução de um determinado interesse público, dotado de relevância económica e social que seja susceptível de justificar os enormes encargos que advirão para o erário público, inerente à parceria.

Acresce, de um outro ponto de vista, que a própria decisão de lançar uma parceria deverá contar obrigatoriamente com a intervenção de entidades nacionais e estrangeiras, designadamente entidades comunitárias, cujos pareceres e posições terão de ser auscultados como forma de «validação prévia» daquela decisão.

Com efeito, como se tratam de contratos especialmente complexos, afigura-se necessário que o Estado ou outro ente ou organismo público, antes de iniciar a tramitação concernente ao contrato de colaboração entre o sector público e o sector privado<sup>607</sup>, elabore um “documento de avaliação”, sem o qual a entidade pública não está em condições de definir com carácter prévio a licitação, os meios técnicos necessários para alcançar os objectivos projectados e pretendidos, nem de estabelecer os mecanismos jurídicos e financeiros para levar por diante o contrato.

Deste modo, dever-se-á proceder a uma análise comparativa com outras formas de contratação que justifiquem em razão da obtenção de maior valor por preço, de custo global, de eficácia ou de imputação de riscos, os motivos de carácter jurídico, económico, administrativo e financeiro que recomendem a adopção da nova modalidade contratual «PPP ou P3»<sup>608</sup>.

---

<sup>606</sup> Neste sentido, vide a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 193 e seguintes e, com particular relevância em matéria relativa à tramitação dos procedimentos pré-contratuais, igualmente, MARCELO REBELO DE SOUSA ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 92 a 112.

<sup>607</sup> Sobre os aspectos e cláusulas que deverão constar do contrato de PPP, vide JOSÉ MARÍA F. ASTUDILLO, *Contratación Pública*, Bosch, Tomo I, Barcelona, 2008, pp.472 e 473.

<sup>608</sup> Nesta senda, vai MARÍA J. MAS, a respeito do documento de avaliação prévia à celebração do contrato de parceria público-privada, cuja finalidade primordial é proceder à «(...) análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación». A lei exige que a Administração Pública realize, de forma ponderada e fundamentada sob todas as perspectivas, uma análise comparativa entre as virtualidades e benefícios económico-financeiros da PPP e das outras tradicionais formas contratuais pelas quais a Administração desenvolve a sua actuação na missão de prosseguir o interesse público. Mas, admite-se, excepcionalmente, que em circunstâncias de «considerável urgência» não imputáveis à Administração, esta avaliação seja realizada de modo mais expedito, simplificado e sucinto. Após ser realizada aquela análise, o órgão que representa a Administração, ou seja, a entidade pública adjudicante irá aprovar um «Programa Funcional» que conterá os elementos básicos que enformarão todo o diálogo concorrencial e que constará do «documento descritivo» do contrato.

A lei estabelece que o procedimento de diálogo concorrencial se inicia com a publicação de um anúncio de “licitação” no qual se dá a conhecer as necessidades e requisitos que têm por fim definir o “corpo do contrato” (conteúdo ou clausulado), dando-se a denominação de «documento descritivo», não se recorrendo já às clássicas cláusulas administrativas particulares e técnicas. Ora, o «documento descritivo» vai servir de mote a todo o procedimento, chamando todos os interessados que se encontrem vocacionados pelo seu saber e experiência profissional, a “entrar no jogo”, daí que se revele de pertinência incontornável esta «peça» do contrato. No «Programa Funcional» deverão ser clara e objectivamente delineadas a natureza e dimensão das necessidades colectivas a satisfazer, precisando rigorosamente os critérios de adjudicação do contrato, ou seja, os

O órgão de contratação procederá à elaboração de um «programa funcional» que incluirá todos os elementos essenciais que irão servir de «pano de fundo» ao diálogo concorrencial, desde logo, nas discussões com os candidatos e os quais constarão do «documento descritivo do contrato».

Entre as cláusulas contratuais que deverão constituir o contrato de parceria público-privada, sublinhamos em particular, a relevância das cláusulas atinentes à «repartição do risco» entre a Administração e o seu parceiro privado<sup>609</sup>, pormenorizando e precisando com rigor, a imputação dos custos das prestações, assim como, a imputação dos riscos de disponibilidade e de procura das referidas prestações<sup>610</sup>.

A opção pela parceria público-privada em detrimento de outras modalidades clássicas de contratação pública (v.g. concessão ou gestão de serviços públicos) implica a utilização do

---

elementos jurídicos, técnicos ou económicos essenciais que as propostas terão necessariamente de contemplar para que sejam aceites no âmbito do diálogo concorrencial.

Outro aspecto a ser tido em consideração no «documento descritivo» é o factor “tempo” ou, dito doutro modo, é a programação temporal das diversas fases do diálogo concorrencial, assim como, deverão estar plasmadas compensações a conceder aos candidatos participantes no procedimento, por despesas adicionais que venham a sofrer com eventuais demoras na conclusão do mesmo. Requer-se, por outro lado, a elaboração de estudos e de criação de soluções técnicas para concretizar do melhor modo o interesse público, pela sua própria natureza e vicissitudes, revestido de considerável complexidade, que implicam um custo para os proponentes superior aos custos da participação num procedimento de negociação ou num concurso público, em que os meios técnicos necessários para alcançar as metas fixadas estão pré-definidas pela Administração no «Documento Descritivo», após o qual segue-se a aprovação do «Programa Funcional». Com este terminam os actos preparatórios, procedendo-se à abertura do diálogo concorrencial, com a publicação do «anúncio» pelo qual se dará a conhecer a vontade de contratar por parte da Administração aos privados. Neste sentido, vide a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 195 e ss. e igualmente MARÍA J. MAS, “*El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*”, in *Aspectos Prácticos y Novedades de la contratación pública*”, na obra sob coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, Editorial La Ley, 2009, pp. 648 e seguintes (652).

<sup>609</sup> Acerca da selecção dos candidatos, critérios e métodos utilizados pela Administração adjudicante, vide JOSÉ M<sup>a</sup> BOQUERA OLIVER, *La Selección de Contratistas*, Estudios de Administración, XXXII, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 11 e seguintes. Ainda a respeito das entidades que contratam com a Administração, importa mencionar o estudo aprofundado de JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, *La Contratación Administrativa. Como y Con quien contrata la Administración en sus esferas central, local e institucional*, Municipalia, Madrid, 1966, pp. 200 e seguintes.

Os candidatos deverão apresentar garantias, desde logo, de solvabilidade económica, sendo motivo de exclusão a ausência de prestação daquelas, assim como, a situação de fraca ou nula solvabilidade, visto que as infraestruturas e os serviços envolvidos na celebração do contrato exigem uma forte componente de investimento e de financiamento do parceiro privado e porque ao longo da vida contratual, ambos os parceiros são confrontados com desafios financeiros a que têm de ser aptos para solucionar. Com efeito, a exigência de prestação de garantias ao parceiro privado da Administração assenta numa profunda «preocupação» inerente à cabal prossecução do interesse público através do pontual cumprimento do contrato. Nas palavras de ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA «constituye una constante la preocupación por asegurar que quien contrata con la Administración va a cumplir las obligaciones que legal o contractualmente haya asumido, como lo demuestra la simple lectura de la Legislación de contratos administrativos de los siglos XIX y XX»; «(...) estamos ante contratos administrativos, que como tales se encuentran indisolublemente unidos al interés público que se persigue con su cumplimiento (...); «Estas dos realidades (restricciones a la libre elección del contratista y prosecución del interés público a través del cumplimiento del contrato administrativo) constituyen las razones fundamentales de la aducida preocupación que puede observarse por asegurar que efectivamente va a cumplirse el contrato en los términos pactados y (...) el contratista van a hacer frente a las obligaciones que *ex lege* o *ex contractu* tengan asumidas».

Sobre o momento da escolha do co-contratante privado da Administração, bem como, acerca dos critérios que norteiam essa opção nos «marchés publics» (contratos administrativos), vide FRANÇOIS LLORENS, *Contrat d'Entreprise et Marché de Travaux Publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, Bibliothèque de Droit Public, Tome CXXXIX, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1981, pp. 67 e seguintes.

A respeito do regime de garantias no âmbito da contratação pública, vide ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *El Régimen de las Garantías en la Contratación Administrativa*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 15 e seguintes; vide ainda, sobre a obrigatoriedade de prestação de garantias pelo “candidato” e posteriormente pelo “contraente”, a obra de RAFAEL JURISTO SANCHEZ, *La Ejecución de Obra Pública*, Hauser y Menet, 1983, pp.245 e seguintes.

<sup>610</sup> Neste sentido, vide MARÍA JOSÉ ALONSO MAS, “*El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado*”, na obra sob coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, Editorial La Ley, 2009, pp.652. Igualmente, vide, ainda, MARCELO REBELO DE SOUSA ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 92 a 112.

procedimento “diálogo concorrencial ou competitivo” como sistema conducente à adjudicação e desvela, assim, a necessidade de adoptar uma miríade de comportamentos, praticar certos actos e elementos preparatórios, os quais globalmente enformam um leque mais ou menos vasto de momentos prévios. Estes reportam-se a duas fases determinantes: a) uma *fase preliminar*; b) uma *fase pré-adjudicatória*, à qual se atribui igualmente a denominação de «procedimento pré-contratual», cujas regras constam do já citado Decreto-Lei nº 86/2003 e do Código dos Contratos Públicos.

Dentro da *fase preliminar* são praticados os actos que decorrem desde o momento da identificação do interesse público que carece de ser concretizado até ao momento em que o Governo (ou outro ente público) adopta a sua decisão de contratar com privados, mediante a parceria público-privada.

No que respeita à *fase pré-adjudicatória*, esta é composta pelos actos prévios que são praticados desde o momento da tomada de decisão de implementar uma parceria e da respectiva publicitação até ao momento da adjudicação e ulterior contratualização <sup>611-612</sup>.

---

<sup>611</sup> Relativamente às fases que compõem o procedimento que antecede a própria contratualização da parceria, temos a fase preliminar e a fase pré-adjudicatória. A primeira fase mencionada é formada por sete momentos. A saber.

O primeiro momento é a «*identificação do interesse público que carece de concretização*», sendo que esta tarefa compete aos ministros das tutelas sectoriais, sobre os quais recai, de igual modo, a averiguação e determinação de que dentro dos “recursos naturais” existentes do Estado, não existem os necessários à prossecução dessa determinada necessidade ou interesse público. Em todo o caso, nos termos do artigo 7º-A do Decreto-Lei nº 86/2003, poderá proceder-se à realização prévia de “programas sectoriais de parcerias”, constituído por um conjunto de projectos com recurso à gestão e ao financiamento privados e cuja coordenação é feita sob a égide de unidades ou estruturas técnicas especializadas, como a Unidade de Missão de Saúde para as Parcerias Público-Privadas.

O segundo momento designa-se de «*estudo estratégico*», em sede do qual os ministros das tutelas sectoriais notificam o Ministro das Finanças, informando-a de que existe uma determinada necessidade pública a que é necessário dar resposta. Na sequência deste facto, apresentam àquele Ministro um estudo dotado de uma visão conjunta de actuação estratégica no domínio sobre o qual se deverá proceder à contratação, sendo aquele estudo acompanhado das devidas minutas dos instrumentos jurídicos para a realização do procedimento antecedente à contratação, assim como, de um estudo económico-financeiro, do qual conste o custo público comparável, do programa de procedimento e do caderno de encargos.

Num outro momento, o terceiro, temos a «*intervenção da PARPÚBLICA*» (esta é uma holding do Estado que é, entre outras coisas, especialista em PPP e cuja missão essencial é prestar assessoria jurídica junto do Ministro das Finanças, coadjuvando-o tecnicamente no acompanhamento global das PPP), que terá responsabilidade na elaboração de estudos e pareceres que deverão ser imprescindivelmente tidos em consideração antes da implementação da PPP, apresentando ainda os membros que farão parte da Comissão de Acompanhamento.

No quarto momento integrante da fase preliminar, procede-se à «*constituição da Comissão de Acompanhamento e Análise dos Requisitos da PPP*», mediante despacho do Ministro das Finanças e do Ministro sectorial de Tutela, com a função de apreciar os pressupostos que se encontram subjacentes ao estudo estratégico, tendo ainda por fim, desenvolver a análise estratégica e financeira. Os pressupostos relevantes, para este efeito, encontram-se plasmados no artigo 6º, e enaltecemos a relevância de alguns: «a) cumprimento das normas relativas à programação financeira plurianual previstas na lei de enquadramento orçamental; b) enunciação objectiva e taxativa das metas a ser alcançadas pela PPP; c) demonstração do modelo de parceria que revele vantagens quando comparada com a forma tradicional de contratação; d) conformidade obrigatória com as normas legais e outros instrumentos normativos, assim como, a obtenção de autorizações e pareceres como os de natureza ambiental e urbanística (quando sejam exigíveis declarações de impacto ambiental, têm de ser obtidas em momento anterior ao da implementação da PPP, sendo que se forem obtidos posteriormente a esta, poderão gerar custos acrescidos para o Estado); e) concepção de modelos que evitem ou contribuam para a atenuação da probabilidade de alterações unilaterais ou de outros factores geradores da necessidade de reposição de equilíbrio financeiro; f) diligências destinadas à obtenção de um resultado negocial economicamente competitivo».

Num quinto momento, contemplado no artigo 10º, nº1, do Decreto-Lei nº 86/2003, temos o «*Relatório da Comissão de Acompanhamento*», do qual deverá constar uma recomendação no sentido da decisão a ser tomada pelo parceiro público e o qual tem por fim proceder à análise da conformidade do projecto PPP com os pressupostos e princípios de implementação, contratação propriamente dita (celebração da PPP) e partilha de riscos, sem esquecer o nível de riscos para o parceiro público e o impacto financeiro dos encargos suportados pelo erário público.

Relativamente ao sexto momento incluído na fase preliminar, existe o «*Despacho dos Ministros das Finanças e da Tutela Sectorial contendo a Decisão de Lançamento da PPP*», emitido dentro de 30 dias a partir do momento em que é apresentado o relatório.



Mas, merece-nos particular atenção o procedimento preferencial pelo qual uma parceria público-privada é lançada e esse procedimento é o “diálogo concorrencial ou competitivo” previsto no artigo 30º, articulado com o artigo 49º, nº2, alíneas c) e d), ambos do CCP.

O “diálogo concorrencial” consiste no procedimento desenhado para a adjudicação de um contrato de colaboração entre o sector público e o sector privado que, somente, em casos excepcionais, por circunstâncias posteriores sobrevindas ao seu início poderá ser substituído

Aquele despacho deverá conter determinadas informações, em respeito pelo nº4, do artigo 10º, do citado diploma legal, como designadamente, as seguintes: a) programa do procedimento pré-adjudicatório aplicável; b) caderno de encargos; c) análise das opções que foram decisivas para a configuração do projecto; d) descrição do projecto e seu modo de financiamento; e) demonstração do interesse público; f) justificação pelo modelo de parceria escolhido; g) demonstração da suportabilidade dos encargos financeiros e económicos, bem como, dos riscos resultantes da parceria em função da programação financeira plurianual do sector público administrativo; h) quando for caso disso, a declaração de impacto ambiental.

No que diz respeito a um sétimo momento inserido na fase preliminar, podemos referir a «nomeação da comissão de avaliação das propostas/júri», a qual terá de ter lugar imperativamente, nos termos do artigo 9º, nº1, do diploma supra citado, «até ao início do procedimento prévio à contratação (...) por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial (...)». Esta «Comissão de Avaliação de Propostas», nos termos do nº2, do artigo 9º, destina-se fundamentalmente a proceder à avaliação quantitativa dos encargos para o parceiro público e a efectuar uma estimativa do impacto potencial dos riscos afectos ao parceiro público.

É interessante observar que, após a aprovação do CCP, a figura do «Júri» passa a ser central em todo o tipo de procedimento, em detrimento da figura das «comissões», excepto quando estamos perante o «ajuste directo». Seja como for, também no que especialmente concerne às PPP's, o «Júri» possui um papel preponderante na fase da qualificação, análise e selecção dos candidatos, segundo o disposto no artigo 67º, nº3, do CCP.

Por seu turno, a fase pré-adjudicatória é formada por quatro sub-fases ou momentos: 1) lançamento da parceria em conformidade com o procedimento pré-adjudicatório que seja aplicável (diálogo concorrencial); 2) Intervenção da Comissão de Avaliação das Propostas/Júri; 3) Adjudicação; 4) Contratualização propriamente dita (Celebração do contrato).

No que à primeira sub-fase diz respeito, importa mencionar que até à aprovação do CCP, ou seja, na vigência do Decreto-Lei nº 86/2003, diploma aplicável em matéria de contratação pública, o procedimento-regra era o «concurso público» o que fazia sentido para as PPP, em virtude dos montantes avultados envolvidos. Com o CCP, o procedimento (mais) adequado aplicável às PPP é o «diálogo concorrencial», porquanto é o procedimento dinâmico por excelência, adaptável à natureza e “forma de ser” da PPP, na medida em que assegura eficazmente o verdadeiro diálogo e não mera “negociação ao nível de valores e custos”, com vista a alcançar as soluções *globalmente* melhores para a PPP (não interessa apenas os preços, mas acima de tudo, outras valências técnicas, profissionais, como o *know-how*, a experiência e a qualidade do serviço prestado, etc.). Relevam, do ponto de vista, do «diálogo concorrencial» direccionado à celebração da PPP, as grandes metas finais (não meramente intermédias – os «outputs») para a satisfação do interesse público da colectividade que se encontra subjacente e na base do lançamento da PPP em causa. Por outro lado, a grande vantagem que se aponta a este procedimento é a sua flexibilidade, marcadamente tendente à evolução das propostas inicialmente apresentadas, uma vez que permite que os seus candidatos vão aperfeiçoando e repensando as alternativas que se revelem melhores para a cabal satisfação do interesse público, durante toda a fase do diálogo.

Em termos jurídicos, a este procedimento aplicam-se, *mutatis mutandis*, as disposições que norteiam o procedimento de «concurso limitado por prévia qualificação». E, assim sendo, o «diálogo concorrencial» à semelhança do que sucede com «concurso limitado por prévia qualificação» é constituído por três etapas: 1) apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos; 2) apresentação das soluções e diálogo com os candidatos qualificados; 3) apresentação e análise das propostas e adjudicação.

Relativamente à «intervenção da Comissão de Avaliação das Propostas/Júri», esta tem por tarefa a elaboração de um relatório do qual consta a qualificação dos concorrentes. Encontrando-se realizado este relatório de qualificação, proceder-se-á ao diálogo concorrencial propriamente dito ou negociação, consoante o caso, após o qual aquela Comissão ou Júri realizará um relatório final em que consta a sua proposta de adjudicação com o candidato seleccionado. Segue-se, consequentemente, à terceira sub-fase, a «adjudicação», com a qual é oficializada a escolha do parceiro privado que irá contratar com a entidade pública. A regular a adjudicação convém ter em atenção aos artigos 73º e seguintes, mais precisamente, ao artigo 79º do CCP, assim como, o artigo 11º, do Decreto-Lei nº 86/2003.

Por último, temos a «contratualização» da PPP, momento em que culmina o procedimento desencadeado após a «decisão em contratar» por parte da Administração Pública. Com a celebração da PPP, os parceiros, público e privado, ficam finalmente vinculados ao clausulado consensualmente estabelecido, nos termos dos artigos 94º e seguintes, do CCP.

Vide, a respeito do que foi exposto acerca das fases preliminar e pré-adjudicatória supra mencionadas, o estudo aprofundado realizado por NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, 2009, pp. 178 e seguintes; 185 e seguintes e ainda, “na obra sob coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, La Ley, 2009, pp. 437 e seguintes.

<sup>612</sup> Sobre toda a miríade de componentes e elementos conducentes à adjudicação e à concomitante celebração do contrato entre a Administração e o seu co-contratante privado, vide MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, “La preparación del contrato en nueva Ley de contratos del sector público”, in *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pp.167 a 176, assim como, vide JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO, “Los criterios de adjudicación de los contratos”, in *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública*, La Ley, 2009.



pelo procedimento negociado com publicidade, designadamente, pelo concorrente deixar de se preencher um dos pressupostos cumulativos para a sua aptidão em participar nesse procedimento<sup>613, 614</sup>.

No âmbito do “diálogo concorrencial”, a entidade pública contratante enceta uma série de “diálogos”, reuniões e discussões com os candidatos seleccionados, a fim de optar pela melhor das várias soluções e propostas apresentadas, susceptíveis de satisfazer com êxito as necessidades colectivas a que se pretende dar resposta com o contrato (artigo 30º, nº4, do CCP articulado com a alínea a), do nº2, do citado artigo)<sup>615</sup>.

Na verdade, quando o diálogo concorrencial se realiza por meio de fases sucessivas, podemos assistir a uma redução de soluções, mas não necessariamente de candidatos admitidos à fase final<sup>616</sup>.

Este procedimento constitui uma verdadeira inovação que, de certo modo, pode considerar-se uma negociação entre o Estado e os privados, na medida em que admite previamente candidatos com os quais lida pessoalmente, debatendo cada ponto de cada proposta apresentada, conferindo sugestões e angariando informações resultantes da experiência dos candidatos, permitindo um exame mais rigoroso e adequado das melhores soluções que o mercado tem para oferecer, num dado momento, para satisfazer as necessidades colectivas em causa e que o Estado não está em posição de definir e de, por si só, assegurar.

Contudo, existem autores que colocam em causa a «transparência» deste procedimento quando comparado com o procedimento de negociação. Com efeito, MARÍA J. MAS e COLLADO MARTÍNEZ consideram que «(...) No obstante, lo cierto es que la publicidad y transparencia de este procedimiento dejan mucho que desear»<sup>617</sup>.

---

<sup>613</sup> Sobre o procedimento “diálogo concorrencial” vide a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 194. Aconselha-se, ainda, o estudo da obra de MARCELO REBELO DE SOUSA e de ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp.81 e 87, bem como, a obra de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 731 a 733.

<sup>614</sup> «(...) hay una diferencia entre el artículo 166 relativo al diálogo competitivo y el artículo 162, referente a la negociación de los términos del contrato en el procedimiento negociado; la diferencia se estriba en que en este caso, cuando el procedimiento se articula en fases sucesivas se hace para limitar progresivamente el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo. Pensemos que el artículo 166, 4 señala que una vez cerrado el diálogo se informará de ello a todos los participantes y les invitará a presentar su oferta final». Neste sentido, vide MARÍA JOSÉ ALONSO MAS, “*El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado*”, na obra sob coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, La Ley (2009, pp.452.

<sup>615</sup> Artigo 30º, nº4: «A adopção do procedimento de diálogo concorrencial destina-se a permitir à entidade adjudicante debater, com os potenciais interessados na execução do contrato a celebrar, os aspectos referidos nas alíneas do nº2, com vista à sua definição». Veja-se a alínea a), do nº2, daquele preceito: «Definir a solução técnica mais adequada à satisfação das necessidades da entidade adjudicante».

<sup>616</sup> Neste sentido, vide MARÍA JOSÉ ALONSO MAS, “*El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado*”, na obra sob coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, La Ley, 2009, pp.451. e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pp. 731 a 733.

<sup>617</sup> MARÍA J. MAS cita, no seu artigo COLLADO MARTÍNEZ, o qual tece a seguinte consideração a respeito do procedimento de diálogo concorrencial: «(...) considero que la solución contraria (posibilidad de eliminar licitadores ya en misma

Como a Comissão Europeia sublinhou, na sua “Comunicação de 11 de Março de 1998” a respeito da matéria relativa à “contratação pública na União Europeia”: «nos contratos especialmente complexos e em constante evolução, como por exemplo, no âmbito da alta tecnologia, os compradores sabem quais são as suas necessidades, mas, contudo, não sabem qual a melhor tecnologia para satisfazê-las. Por conseguinte, nestes casos resulta a necessidade de se proceder a uma discussão sobre o contrato e um diálogo entre compradores e produtores/vendedores/distribuidores que providenciam esse serviço (...).

Os procedimentos de direito comum, previstos nas directivas clássicas apenas deixam uma margem muito reduzida para a discussão ao longo do procedimento de adjudicação, pelo que são considerados demasiado rígidos para este tipo de situações ou actuações (...). O diálogo concorrencial pode resumir-se, de forma simplificada, como um procedimento particular com aspectos comuns tanto com o procedimento restritivo, como com o procedimento negociado com publicidade.

O diálogo concorrencial distingue-se fundamentalmente do procedimento de tipo «restritivo ou fechado», como é o caso do “ajuste directo”<sup>618-619</sup>, na medida em que permite a existência de intensas negociações sobre os diferentes aspectos do contrato com os interessados, sendo persistentes e duradouras, ao longo de todo o procedimento. Distingue-se, igualmente, do procedimento negociado, porque neste as negociações concentram-se unicamente numa fase concreta do procedimento»<sup>620</sup>.

Por seu turno, a Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, pronunciou-se também sobre a coordenação dos procedimentos de adjudicação<sup>621</sup> dos contratos públicos de obras, entre outros (ponto 31), explicitando os pressupostos e as razões que justificam a regulação e utilização do diálogo concorrencial, referindo a seguinte ideia: «às entidades adjudicantes que executam projectos particularmente complexos pode ser objectivamente impossível, sem que, por isso, possa

---

fase de diálogo) puede crear distorsiones en la competencia y un efecto discriminatório». Adianta ainda a mesma autora que «(...) la transparencia es incluso menor que en el procedimiento negociado. Por lo menos en este último se sabe desde el principio lo que la Administración quiere; el objeto del contrato está definido previamente y su concreto contenido en gran medida también. En este procedimiento en realidad el objeto del contrato se define en la fase de diálogo y su concreto contenido en la fase de adjudicación (...). Neste sentido, vide MARÍA JOSÉ ALONSO MAS, “El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado”, na obra sob coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, La Ley, 2009, pp.452, nota de rodapé nº 27.

<sup>618</sup> Acerca das tipologias de procedimento pré-contratuais, «nos procedimentos fechados só podem apresentar propostas os interessados para tal sejam convidados pela administração: é o caso do ajuste directo», vide MARCELO REBELO DE SOUSA e de ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp.81 e 82.

<sup>619</sup> Vide, a respeito do «ajuste directo», MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 733 e seguintes.

<sup>620</sup> Veja-se, com particular atenção, a Comunicação da Comissão Europeia de 11 de Março de 1998: <http://www.contratacao publica.com.pt/documentacao/publica/?offset=30;> [http://www.ics.pt/index.php?op=cont&cid=79&sid=365.](http://www.ics.pt/index.php?op=cont&cid=79&sid=365)

<sup>621</sup> Particularmente no que respeita ao momento ou fase de adjudicação e de problemáticas envolventes susceptíveis de conduzir a exigibilidade judicial na celebração do contrato, vide MARCO CALDEIRA, “Adjudicação e exigibilidade judicial da celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, in *O Direito*, III, Ano 140º, Almedina, Coimbra, 2008, pp.697 a 728.

criticar, definir os meios adequados para satisfazer as suas necessidades ou avaliar as soluções técnicas, financeiras e jurídicas que o mercado possa oferecer. Esta situação pode verificar-se, em especial, a propósito da execução das grandes infraestruturas de transporte, de redes informáticas de grande dimensão ou de grandes projectos que envolvam montagens financeiras dotadas de grande complexidade, cujo montante financeiro e jurídico não é possível definir com precisão.

Na medida em que a utilização de procedimentos abertos ou restritivos (fechados) não permita a adjudicação dos ditos contratos, é conveniente prever um procedimento flexível que salvguarde tanto a competência entre os agentes económicos, como a necessidade de as entidades adjudicantes debater com cada candidato todos os aspectos do contrato».

Por outra banda, a mesma Directiva adverte na última parte do citado ponto 31, que este procedimento deve ser empregue com rigor, de modo a que não se aplique com “carácter geral” sem a necessária observância dos respectivos pressupostos, impedindo que se falseie a competência através da fuga aos princípios da contratação respeitantes à publicidade, transparência e livre concorrência.

A Sentença FABRICOM considera, acerca do recurso ao diálogo concorrencial, que a excepção tornou-se afinal a regra, a partir do momento em que os Estados membros decidiram aplicar tendencialmente este procedimento<sup>622</sup>.

Importa, neste sentido, mencionar o ponto 31, o qual refere a seguinte ressalva ao recurso ao diálogo concorrencial: «não obstante, não se deverá recorrer a este procedimento de forma que seja passível de restringir ou falsear a competência, especialmente mediante modificações de elementos fundamentais das propostas ou impondo novos elementos substanciais ao candidato seleccionado ou implicando um proponente distinto que tenha apresentado a proposta economicamente mais vantajosa».

Convém, neste contexto, enunciar um ditame estruturante no âmbito deste procedimento, que se reporta ao tratamento igual que o Estado, ou demais entidades públicas adjudicantes, terão de conceder a todos os candidatos. Em particular, não poderá ser facultada informação, de modo discriminatório, de forma a conceder vantagens desleais a determinados candidatos em detrimento dos outros, sobretudo revelando a um ou mais candidatos as informações confidenciais, como as soluções apresentadas por outro concorrente, sem que este tenha dado previamente o seu acordo.

---

<sup>622</sup> «(...) lo que la sentencia FABRICOM consideró una excepción se convierte ahora en la regla cuando los Estados miembros decidan aplicar este procedimiento». Neste sentido, vide MARÍA JOSÉ ALONSO MAS, “*El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado*”, na obra sob coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Local*, Editorial La Ley, 2009, pp.452.

No decurso das discussões entre as entidades adjudicantes com os respectivos candidatos, existe a intervenção de um órgão colegial de peritos, dotados da qualificação e experiência especial que versa sobre a matéria, sector de actividade ou serviço que enforma o objecto do contrato. A este órgão dá-se a denominação de «mesa do diálogo concorrencial».

Nesta primeira fase, os objectivos do procedimento são, acima de tudo, avaliar a conveniência, competência, capacidade, idoneidade e aptidão técnica do candidato que deverá ser seleccionado para ser parceiro privado no âmbito da parceria público-privada.

Deverão constar do projecto de parceria público-privada, algumas das seguintes indicações: a) identificação das prestações principais que constituem o seu objecto; b) condições de repartição do risco entre a Administração e o parceiro privado, precisando com rigor, qual o grau e circunstâncias de imputação dos riscos resultantes da modificação ou variação dos custos das prestações, assim como, a imputação dos riscos da disponibilidade ou da procura de tais prestações; c) objectivos de rendimento assumidos pelo parceiro privado, particularmente no que concerne à qualidade das prestações dos serviços, a qualidade das obras e sinistros e as condições em que são colocados à disposição da Administração; d) remuneração do parceiro privado, em termos de montantes, de modalidades de pagamento e prazos; e) causas e procedimentos para determinar as variações de remuneração ao longo do período de execução do contrato; f) modos de pagamento e condições nas quais, em cada vencimento ou prazo, os valores por liquidar, por satisfazer à Administração, bem como os montantes a que o parceiro privado tem direito em consequência de penalidades e sanções que poderão ser objecto de compensação; g) mecanismos de controlo pela Administração sobre a execução do contrato, sobretudo a respeito dos objectivos de rendimento, assim como, as condições em que se pode realizar a subcontratação; h) sanções e penalidades aplicáveis em caso de incumprimento das obrigações do parceiro privado, etc.<sup>623</sup>.

No que concerne às formas de implementação das parcerias público-privadas e respectivos modelos de provisão de bens e serviços públicos, apraz-nos realizar a seguinte resenha.

Tendo em consideração o critério de envolvimento do sector público na prestação do bem ou serviço público existem várias formas de provisão, o mesmo é dizer que podemos identificar uma multiplicidade de experiências de parceria público-privada, variando o grau de envolvimento do Estado.

Existem PPP's no âmbito das quais, o grau de envolvimento do sector público é muito preponderante, a par de outras tantas PPP's onde é o sector privado a possuir uma posição

---

<sup>623</sup> Neste sentido, *vide* a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 197.

predominante, ao longo de toda a vida da parceria. Tanto é assim que nos Estados Unidos da América, de forte pendor liberal, os modelos de implementação contratual de parceria público-privada, essencialmente a partir da década de oitenta, foram os designados «*Power Purchase Agreement*» («PPA») e a forma «*Build-Own-Operate*» («BOO»), em que a infraestrutura permanecia propriedade dos parceiros privados.

A «*Power Purchase Agreement*» («PPA») aparece relacionada com a necessidade de segregação de serviços, com vista à abertura de determinados sectores de actividade à concorrência no mercado, tendo tido origem nos EUA e foi posteriormente acolhido no ordenamento jurídico britânico na década de noventa, em momento posterior ao da privatização da electricidade.

Esta situação, privatização do sector de energia eléctrica, motivou a separação entre a «produção» de energia e a «distribuição», tendo-se desenvolvido na sequência, projectos independentes, estimulando a concorrência. Por outro lado, a remuneração feita aos investimentos é repartida entre a (a) taxa de capacidade ou de disponibilidade («*availability charge*») e a (b) taxa de utilização («*usage charge*»).

Uma característica marcante do modelo PPA é a introdução de uma nova técnica de financiamento conhecida por «*project finance*» que possui a virtualidade de permitir um elevado rácio de financiamento da dívida de longo prazo exigida para a implementação desses projectos.

O modelo «*Build-Own-Operate*» («BOO») é aquele segundo o qual o sector privado desenha e constrói determinada infraestrutura que será afectada ao interesse público, com a qual desenvolve actividade (opera) e procede à respectiva transferência para o Estado assim que se encontre concluído o prazo de duração do contrato ou em data acordada pelas partes.

Esta forma de implementação da PPP encontra determinada similitude na fórmula designada «*Buy-Build-Operate*» («BBO») que pressupõe a aquisição pelo sector privado de uma infraestrutura previamente existente, assegurando em momento ulterior a sua exploração, sem que se faça acompanhar da obrigação de devolução posterior ao Estado, parceiro público.

O sector privado adquire previamente ao parceiro público, Estado, uma infraestrutura, encarregando-se da sua manutenção, renovação, modernização, expansão, garantindo a sua exploração, sem que se encontre vinculado à obrigação de devolver a mesma ao Estado.

Perante as virtualidades destes esquemas de contratação pensados para o desenvolvimento de projectos de iniciativa pública estadual, procedeu-se ao desenvolvimento do conceito de «*Build-Operate-Transfer*» («BOT»), conhecido também por «*Build-Transfer-Lease*» ou por «*Build-Lease-Transfer*».

É interessante verificar que a Turquia foi pioneira na adopção deste modelo de implementação da parceria, tendo utilizado inicialmente no sector energético <sup>624</sup>.

Neste modelo, o sector privado desenha e constrói determinada infraestrutura, opera com esta e depois procede à transferência para o Estado, assim que se encontre concluído o prazo de duração do contrato ou em data fixada para o efeito. Mas, em momento posterior, o parceiro privado poderá arrendar o activo ao Estado.

No âmbito do «BOT», no final do período de duração de contrato, a propriedade é transferida do sector privado para a esfera pública. Posteriormente, do modelo «BOT», assistimos à transição para o modelo do «*Build-Transfer-Operate*» («BTO») no seio do qual, a propriedade é transferida para o Estado logo após a construção da infraestrutura.

Segundo este modelo, o sector privado desenha, concebe, constrói a infraestrutura e posteriormente procede à sua transferência para o Estado. Em momento ulterior, o parceiro privado poderá arrendar o activo ao Estado, com vista à respectiva exploração.

Mas, também existe o modelo «*Design-Build-Finance-Operate*» («DBFO»), também denominada «*Design-Construct-Manage-Finance*» («DCMF»), especialmente pensado para a construção das grandes estradas e auto-estradas, com a particularidade de a propriedade manter-se «tendencialmente» nas mãos do Estado, a par de um imenso envolvimento do parceiro privado na concepção, financiamento e exploração da infraestrutura, auferindo, por isso, devida remuneração. Em conformidade com este sistema, o sector privado concebe, constrói, desenvolve, opera e gere a infraestrutura, mantendo-se a propriedade desta na esfera jurídica do Estado. Contudo, pode suceder, igualmente, que a propriedade destas infraestruturas se mantenham na propriedade dos parceiros privados e, assim, esta fórmula («DBFO») ganhará contornos muito semelhantes aos da fórmula «BOO».

No modelo «DBFO», o concessionário privado assume um risco elevado, sendo que o «objectivo do Estado é o da aquisição não de uma estrada, mas de um serviço de exploração de estradas de longo prazo. É por este motivo que são estabelecidas especiais exigências ao parceiro privado, o qual deverá possuir os caracteres de robustez financeira e boa performance.

No Reino Unido e em países da Europa Continental, como a Finlândia, Portugal e Espanha, um dos mecanismos de remuneração do parceiro privado é o «*shadow tolls*» (portagens virtuais), as quais envolvem o pagamento por veículo em função dos quilómetros de

---

<sup>624</sup> Vide Nazaré Costa Cabral, *As Parcerias Público-Privadas*, in *Cadernos IDEFF*, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 64 e seguintes. Vide, igualmente, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 328 e 329.

estrada utilizados, consoante a estrutura de preços definida. Tratam-se, de portagens virtuais, na medida em que quem as suporta é o Estado e não o utilizador.

Em regra, os pagamentos são realizados em função do tráfego rodoviário mediante a fixação de bandas de tráfego, dependendo de factores como o tamanho e a categoria do veículo.

Segundo este modelo, os concorrentes são convidados a fazer uma oferta de parâmetros de níveis de tráfego, estabelecendo um máximo de quatro e um mínimo de duas bandas, com a condição de que à banda superior (um excesso de «x» veículos por ano) corresponda uma portagem de valor zero, assegurando que as responsabilidades, assumidas pelo Estado no contrato «DBFO» são efectivamente cumpridas.

Assim, poder-se-á considerar que as portagens virtuais são pagamentos fixados com base no volume de tráfego, o que permite ao sector privado transferir para o operador privado o risco de utilização, sem que tal acarrete encargos adicionais para o utilizador e os efeitos associados de desvio de tráfego.

Ora, as parcerias público-privadas encontram-se numa posição intermédia ou central de um leque de modelos alternativos de provisão pública e privada, que parte de um critério puramente economicista e não jurídico, em movimento decrescente relativo ao envolvimento total e exclusivo do sector público às situações de provisão exclusivamente privada: (a) provisão pública de bens e serviços colectivos; (b) prestação de serviços; (c) «*outsourcing*» ou «*contracting out*»; (d) «DBFO», com propriedade pública; (e) «BTO»; (f) «BOT», na posição central «PPP»; (g) «BBO»; (h) «DBFO», com propriedade privada; (i) «BOO»; (j) concessão de serviços públicos («*franchise*»); (k) concessão de obras públicas; (l) «*joint-ventures*»; (m) privatização.

As concessões surgem, no âmbito deste quadro, dotadas de autonomia face às diversas formas de implementação e de funcionamento das PPP's, tais como, a «DBFO», «BTO», «BOT», «BBO», «BOO», entre outras. Estas fórmulas possuem a virtualidade de descrever a vida de uma parceria e o modo como o contraente privado se relaciona, do respectivo início ao termo («*whole-life-in-cycle*»), perante o parceiro público.

As concessões não têm de ser necessariamente celebradas nos moldes de uma parceria, pelo que recaem sob a alçada do regime comum traçado pelo Direito Administrativo.

É interessante verificar que, no ordenamento jurídico brasileiro opera-se a distinção conceitual entre as «concessões PPP's» e as «concessões comuns». São, aliás, estas últimas que aparecem autonomizadas quase no final daquele leque supra enunciado, na medida em que numa parceria é assumida ideia de partilha de responsabilidades entre ambos os sectores, público e privado.



### 2.3. A Execução e Cumprimento do Contrato de PPP.

A adjudicação<sup>625-626</sup> encerra a fase preparatória do contrato, dando-se início à fase de execução<sup>627</sup> do mesmo. O facto de existirem regras que orientam a execução dos contratos administrativos denotam uma singularidade própria dos contratos que são celebrados pela Administração.

As disposições gerais em matéria de «execução» dos contratos administrativos encontram a sua regulamentação jurídica nos artigos 286º a 315º dos Capítulos III e IV, e a matéria relativa ao «incumprimento» encontra-se nos artigos 325º a 329º do Capítulo VII do CCP, que constitui a base legal em matéria de contratação pública.

Existe uma preocupação patente no legislador no sentido de garantir o cumprimento não defeituoso do contrato ao nível da prestação do bem ou do serviço, assim como, o cumprimento adequado das condições especiais de execução do contrato, para além de ter particular atenção no que diz respeito, ao cumprimento escrupuloso do «programa temporal» previsto para a execução daquele<sup>628</sup>.

O cumprimento das prestações acordadas não consiste apenas na sua realização material, mas igualmente na efectiva concretização em termos qualitativos e temporais. Em caso de não verificação dos aspectos contratuais assumidos pelo contraente privado, caberá à Administração proceder à aplicação das respectivas e adequadas reacções jurídicas<sup>629</sup>.

---

<sup>625</sup> Particularmente sobre o momento de adjudicação do contrato celebrado entre a Administração e o parceiro privado, vide JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, "La adjudicación de contratos en la LCSP y los mecanismos de control (el recurso especial)", in *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pp.197 a 246; vide, de igual modo, JESÚS EMILIO TEORREJÓN PUCHOL, "Régimen jurídico de invalidez de los contratos en la Ley de Contratos del Sector Público", in *Aspectos prácticos y novedades de la contratación pública. En especial en la Administración Local*, La Ley, 2009; A.V.V., *Contratos, Adjudicaciones y Concesiones de la Administración Pública. Contratti, Aggiudicazioni e Concessioni dell' Amministrazione Pubblica*, IV Coloquio Italo-Español, Tribunal Supremo, Madrid, 2002, pp.27 e seguintes.

<sup>626</sup> Concretamente sobre a adjudicação no CCP, vide MARCO CALDEIRA, "Adjudicação e exigibilidade judicial da celebração do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos", in *O Direito*, Ano 140º, vol.III, Almedina, Coimbra, 2008, pp.697 a 728.

<sup>627</sup> Sobre a execução dos «marchés publics», ou seja, dos contratos administrativos, vide a obra desenvolvida de FRANÇOIS LLORENS, *Contrat d' Entreprise et Marche de Travaux Publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, Bibliothèque de Droit Public, Tome CXXXIX, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1981, pp. 227 e seguintes. Aconselha-se igualmente o estudo do artigo de SALVADOR DA COSTA, "A Responsabilidade civil por defeitos de concepção, conservação e construção de estradas", in *O Direito*, III, Ano 140º, Almedina, Coimbra, 2008, pp.555 a 574.

<sup>628</sup> Sobre a matéria relativa à execução do contrato de obras públicas, *mutatis mutandis*, aplicável às PPP's com idêntico desiderato (construção e edificação de infraestruturas), vide a obra de RAFAEL JURISTO SANCHEZ, *La Ejecución de Obra Pública*, Hauser y Menet, 1983, assim como, ALEJANDRO HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Universidad de Oviedo, Civitas, Madrid, 1998.

<sup>629</sup> A respeito do regime de invalidez e de ineficácia dos contratos administrativos, vide CÉSAR VICENTE LÓPEZ, *La Contratación Administrativa. Condiciones Generales y Eficacia*, Editorial Comares, Granada, 1996, pp.370 e seguintes; JOSÉ MARÍA F. ASTUDILLO, *Contratación Pública*, Bosch, Tomo I, Barcelona, 2008, pp.709 e seguintes, assim como, sobre os aspectos relacionados com a execução do contrato, JOSÉ MARÍA F. ASTUDILLO, *Contratación Pública*, Bosch, Tomo II, Barcelona, 2008, pp. 767 e seguintes; FRANCESC LLISSET BORRELL e ANNABEL LLISSET CANELLES, *Manual de los Contratos Públicos. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RDL 2/2000) y su Reglamento (RD 1098/2001)*, 3ª ed., Bayer Hnos S.A., Barcelona, 2002, pp. 193 e seguintes (regime de invalidez); pp.241 e seguintes (execução e modificação contratual).

Acerca da execução dos contratos administrativos, seu regime jurídico e vicissitudes, vide JESÚS COLMENAR LUIS e PEDRO COLMENARES SOTO, *Contratos de las Administraciones Públicas. Ley 13/1995, de 18 de mayo*, Estudios Trivium Administrativo, Madrid, 1995, pp.114 e seguintes.

Deste modo, o incumprimento integral, o cumprimento defeituoso ou o atraso no cumprimento das prestações em sede de execução da PPP, habilitará a Administração a exercer um leque de poderes unilaterais ou prerrogativas que justificam o «interesse público», que motivou ou conduziu à «decisão de contratar» por parte do ente público<sup>630</sup>.

Como referido supra, o regime jurídico acerca da «execução contratual» encontra-se previsto nos artigos 286º e seguintes, do CCP, contemplando diversas situações passíveis de se enquadrar no denominado «incumprimento contratual» a ser imputado ao parceiro privado.

São elas, entre outras, as seguintes: (a) cumprimento defeituoso da prestação objecto do contrato, ou incumprimento dos compromissos das condições especiais de execução dos contratos.

Nestes casos, confere-se à Administração o poder de impor penalidades ao parceiro privado. Contudo, nas cláusulas contratuais e, no âmbito da liberdade contratual, as partes pública e privada têm o poder de conformação do respectivo conteúdo podendo condicionar de certo modo, a amplitude do âmbito daquele poder. Podem estabelecer limites ou balizas quantitativas aos valores das penalidades<sup>631</sup>.

Outra situação passível de se reconduzir a incumprimento é o que se reporta ao desrespeito pelo prazo estipulado para a realização das prestações ou atraso («mora»).

É interessante verificar que em Espanha, o Supremo Tribunal e o Conselho de Estado têm assumido reiteradamente a posição, segundo a qual o contrato administrativo é um «contrato fixo» ou «contrato com prazo fixo», como forma de enaltecer o carácter essencial do «prazo» quando falamos de cumprimento na execução contratual<sup>632</sup>. Assim é, porquanto os motivos em que assenta a celebração do contrato reconduzem-se à prossecução do «interesse público» e, com isso, à melhoria do «bem-estar» da colectividade.

Contudo, consideramos que os contratos administrativos somente deverão ser considerados como «contratos fixos», quando tal qualificação jurídica seja compatível com o cumprimento “relativo” ou com a mora do contrato<sup>633</sup>.

Quando existe «essencialidade do prazo», o seu desrespeito faz nascer na esfera jurídica da Administração Pública uma miríade de prerrogativas, designadamente, a de

---

<sup>630</sup> A respeito da matéria concernente ao cumprimento do contrato, veja-se, de modo desenvolvido a obra sob orientação de JOSÉ VICENTE CATALÁ MARTÍ, *La Contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Civitas, 2008, pp. 469 e seguintes e, igualmente MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 134 e seguintes.

<sup>631</sup> «(...) Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato (...)»<sup>631</sup> Neste sentido, vide a obra sob a coordenação de JOSÉ VICENTE CATALÁ MARTÍ, *La Contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Civitas, 2008, pp. 471.

<sup>632</sup> Vide a obra sob a coordenação de JOSÉ VICENTE CATALÁ MARTÍ, *La Contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Civitas, 2008, pp. 471.

<sup>633</sup> «En conclusión, los contratos administrativos sólo son negocios fijos en la medida en que esta calificación jurídica sera compatible con el cumplimiento relativo o en mora del contrato», in *La Contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Civitas, 2008, pp. 472.

resolver o contrato ou, em alternativa, mantendo em vigor o contrato, a de aplicar penalidades ao parceiro privado de modo a incentivar o seu cumprimento, cessando a mora.

Mas, na verdade, e na medida em que nos encontramos no âmbito de liberdade contratual, nada impede que a Administração adopte uma conduta de tolerância face aos atrasos na prestação por parte do seu parceiro privado, conquanto que se comprove que o «interesse público» não sai lesado com tal situação.

Mas nada obsta a que o contrato em causa não possua um prazo único de execução, mas, pelo contrário, uma multiplicidade de prazos sequenciais parciais, no âmbito de uma execução de tipo sucessivo, ou seja, que não se esgota numa única prestação. E, então, nesse caso, sendo esses prazos parciais estabelecidos peremptoriamente, com exactidão e objectividade para o seu cumprimento, eles próprios, assumirão um carácter vinculante, de *per si*.

Em virtude da complexidade inerente ao projecto e ao contrato de parceria público-privada e atendendo ao aspecto temporal da vida do contrato (são contratos de longa duração) e ao nível da respectiva execução, impõe-se a adopção de uma conduta prudente quando pensamos nos mecanismos de reacção que se encontram ao dispor do Estado e a ser accionados contra o parceiro privado<sup>634</sup>.

### **2.3.1. As Prerrogativas do Parceiro Público: os Poderes de Interpretação, Direcção, Inspecção e Controlo, Sanção.**

Pese embora, em sede contratual, exista uma restrição no tocante à denominada «autotutela declarativa» e «autotutela executiva» da Administração, existe também um amplo leque de prerrogativas ou poderes reconhecidos pela lei ao parceiro público do contrato, enquanto garante do «Bem-Estar» da população, as quais encontram-se elencadas no artigo 302º e são mencionadas ao longo do CCP.

Com efeito, um dos traços essenciais que distinguem os contratos administrativos<sup>635</sup> dos contratos civis consiste, desde logo, na existência de prerrogativas<sup>637</sup> (poderes ou

---

<sup>634</sup> Vide a obra sob a coordenação de JOSÉ VICENTE CATALÁ MARTÍ, *La Contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Civitas, 2008, pp. 472.

<sup>635</sup> Sobre o conceito de «contrato administrativo» e acerca de traços determinantes do seu regime, vide LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (e as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp. 19 e seguintes.

<sup>636</sup> Acerca do contrato administrativo, seu conceito e seu regime jurídico, assim como, de toda a problemática dogmática envolvente dos contratos administrativos, vide LUIS ARCE MONZÓN, *La Contratación en las Corporaciones Locales*, in Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, pp. 15 e seguintes (sobre os elementos essenciais do contrato administrativo de circunscrição local, pp. 28 e seguintes). Ainda sobre a matéria relativa à distinção entre contratos administrativos e contratos civis, seus principais critérios de destrinça dogmática e jurídica, vide PEDRO GARCÍA ORTEGA, *Los Contratos del Estado*, Ministerio de Obras Publicas y Urbanismo, pp.8 e seguintes e, igualmente, do mesmo autor, *Manual de Contratos del Estado*, 3ª ed., Espasa Universidad, Madrid, 1987; Acerca dos contratos celebrados pelo Estado, seu conceito,

faculdades) reconhecidas somente a uma das partes – o Estado ou Administração Pública -, sendo a prossecução do «interesse público», uma das principais razões apontadas para que assim seja<sup>638</sup>.

Deste modo, a respeito da contratação pública, mais precisamente, nos «contratos administrativos em que a Administração Pública é parte contraente» importa proceder à criação de um «marco jurídico» do qual conste o conjunto de prerrogativas administrativas e o modo como deverá ser desenvolvido o seu exercício. Mais rigorosamente, desse leque jurídico deverá constar uma enumeração e definição dessas prerrogativas, a par de requisitos formais mediante um procedimento adequado ao seu exercício, designadamente regras que prevejam os direitos do parceiro privado.

Os poderes públicos de que a Administração Pública fica investida pelo facto de celebrar um contrato administrativo são poderes que resultam sempre da *lei*, em nome do princípio da legalidade das competências públicas da Administração.

Todavia, também o próprio *contrato* revela aptidão para ser fonte imediata dos poderes públicos de que o parceiro público fica investido. Nestes termos, os poderes públicos de que o parceiro público surge munido no âmbito dos contratos administrativos brotam essencialmente da lei e do contrato.

---

características, tipologias, intervenientes e respectivo regime jurídico, *vide* MIGUEL MONTORO PUERTO, *Contratos Administrativos Atípicos*, Estudios Administrativos, Madrid, 1969, pp. 10 e seguintes (sobretudo, pp.18 em diante); *vide*, de igual modo, JAIME SANCHEZ ISAC, *Estudios Practicos sobre Contratación Local*, Formularios y Manuales Prácticos, Civitas, Madrid, 1982, pp. 149 a 162.

Importa verificar que antes de existir uma concreta Lei que se dedicasse especificamente ao «contrato administrativo», ou seja, na ausência de um Direito Objectivo que disciplinasse a actividade contratual administrativa, o clausulado constituía a «bússola» orientadora do respectivo regime. Na regulamentação do contrato importa ter em consideração duas categorias de normas, a legal e a contratual. Em caso de dúvida ou mesmo de conflito e estando em causa direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos (ou dito doutro modo, matérias de *ius cogens*), deve ser reconhecida prioridade de aplicação às primeiras. Em situações “normais”, dever-se-á recorrer às normas legais apenas quando seja necessário suprir alguma lacuna ou preencher a vontade das partes deficientemente expressa no clausulado contratual. Assim, são as normas contratuais que verdadeiramente contemplam os direitos e os deveres das partes contratantes.

Em Espanha, antes da Ley de Contratos del Estado (LCE), o regime jurídico caracterizava-se pela ausência de um Direito Objectivo, formado por um corpo de normas que versasse e disciplinasse a contratação administrativa e nesse sentido eram as cláusulas de cada contrato que «valiam como lei», na medida em que possuíam o conteúdo contratual, direitos e deveres, condições de formação e de execução do contrato.

<sup>637</sup> No que respeita a prerrogativas ou poderes de autoridade reconhecidos ao parceiro público, *vide* MARIANO MAGIDE HERRERO e GUILLERMO GONZÁLEZ DE OLANO, “Prerrogativas y derechos de la Administración”, in *Instrumentos Españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, 2010, pp.271 e seguintes, assim como, DIEGO CÓRDOBA CASTROVERDE, “Principios Generales y Régimen Jurídico de los contratos que celebran las administraciones públicas en España” e VITO POLI, “Principi Generali e regime giuridico dei stipulati dalle Pubbliche Amministrazioni”, in *Contratos, Adjudicaciones y Concesiones de la Administración Pública. Contratti, Aggiudicazioni e Concessioni dell’ Amministrazione Pubblica*, IV Coloquio Italo-Español, Tribunal Supremo, Madrid, 2002, pp. 27 e seguintes; pp. 93 e seguintes. Obra de incontornável relevância no que concerne aos contratos administrativos e, neste ponto em concreto, sobre os poderes exorbitantes da Administração, *vide* JOSÉ MORENO MOLINA e FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS, *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 635 e seguintes; *vide* a obra de RAFAEL JURISTO SANCHEZ, *La Ejecución de Obra Pública*, Hauser y Menet, 1983, pp. 171 e seguintes, assim como, ALEJANDRO HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Universidad de Oviedo, Civitas, Madrid, 1998, pp. 245 e seguintes.

<sup>638</sup> Neste sentido, *vide* a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 268. *Vide* igualmente, a obra de RAFAEL JURISTO SANCHEZ, *La Ejecución de Obra Pública*, Hauser y Menet, 1983, assim como, ALEJANDRO HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Universidad de Oviedo, Civitas, Madrid, 1998.

Contudo, tal como PEDRO GONÇALVES<sup>639</sup> salienta, importa operar a destrição entre duas situações, são elas: (a) caso em que a *lei é fonte imediata* dos poderes da Administração, sendo irrelevante o facto de o contrato nada dizer a este respeito, quando estamos perante um determinado tipo de contratos: contratos legalmente qualificados como administrativos, contratos de objecto público e contratos disciplinados por um regime substantivo de direito público específico<sup>640</sup>; (b) casos em que a *lei*<sup>641</sup> surge como *fonte mediata ou indirecta* dos poderes do parceiro público, designadamente quando se tratam de outros contratos fora daquele leque.

Com efeito, nestas situações, a lei reconhece à entidade pública tão-só a possibilidade de consagrar contratualmente os poderes, sendo que na falta dessa consagração, aquela entidade não é havida como titular dos poderes públicos. Ora, assim sucede com todos os contratos administrativos, com o poder público de aplicar sanções contratuais<sup>642</sup>, de acordo

<sup>639</sup> Neste sentido, vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.105 e seguintes.

<sup>640</sup> No tocante a este tipo de contratos, aprez-nos referir que a respectiva celebração confere invariavelmente à entidade pública, os poderes constantes das alíneas a) poder de modificação unilateral, b) poder de direcção, c) poder de rescisão unilateral, d) poder de fiscalização, do artigo 180º, do Código de Procedimento Administrativo (CPA).

<sup>641</sup> A dita posição de «soberania» (*«ius imperium»*) ou estatuto de «prevalência» da Administração Pública sobre os seus parceiros privados apenas existe nos casos e nos termos contemplados na lei. Fora estes casos e circunstâncias, a Administração Pública encontra-se numa situação paritária, não aparecendo munida dos seus poderes públicos. Deste modo, tal como refere PEDRO GONÇALVES, «(...) é um grave erro pensar-se que todo o contrato administrativo está invadido pelos poderes públicos (...)». Nestes termos, qualquer incumprimento contratual por parte do parceiro privado não exime a entidade pública de recorrer à competente via judicial, com vista ao ressarcimento dos prejuízos, patrimoniais e não patrimoniais, sofridos pela conduta positiva ou negativa, do seu parceiro privado face ao leque de deveres emergentes do contrato.

Este facto afasta qualquer ideia de *«ius imperium»* da parte pública face à parte privada, contraentes do contrato, sobretudo em dois aspectos: a) validade; b) interpretação do contrato. Com efeito, em conformidade com o artigo 186º, nº1, CPA, sob a epígrafe «actos opinativos» é determinado que «na falta de acordo» do co-contratante, a Administração apenas pode obter os efeitos pretendidos mediante a propositura da adequada acção judicial, em tribunal competente.

Contudo, quanto ao juízo formulado pela entidade pública acerca da interpretação do contrato, a lei não poderá obstar à prática de verdadeiros actos administrativos mormente resultantes do exercício do poder de direcção, assentes numa interpretação errada do contrato. Neste sentido, vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.120, 121 e seguintes. Vide igualmente MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 444 e seguintes.

<sup>642</sup> De acordo com o artigo 180º, e), CPA, a Administração Pública, parceiro público, pode «aplicar sanções previstas para a inexecução do contrato», pelo que o poder de sancionar depende de expressa previsão contratual nesse sentido. Aliás, sempre que exista esta estipulação contratual, - a qual sublinhe-se, encontra-se na vasta maioria dos contratos de colaboração, - o parceiro público fica sem base para reagir, pela via administrativa, ao incumprimento eventual do contrato.

As sanções ficam, pois, dependentes da sua estipulação em sede contratual. Em regra, os contratos prevêem a aplicação de «multas» e, para infracções com particular gravidade, a «rescisão sancionatória». Acresce que os contratos de concessão de serviço público também contemplam a possibilidade de «sequestro». Este consiste no poder que a entidade pública possui no sentido de, em substituição do seu concessionário ou parceiro privado, e à custa dele, retomar a gestão sempre que se verifiquem manifestas, sérias e graves deficiências de organização que afectem a regularidade e a continuidade da prestação do serviço público.

Importa mencionar algumas situações em que o parceiro público não possui os poderes públicos constantes do artigo 180º, do CPA. Por se tratar de um contrato administrativo, a entidade pública fica automaticamente munida dos poderes contemplados no supra mencionado artigo 180º, CPA. Com uma excepção que se prende com o poder de aplicar sanções contratuais, porque são poderes extra-contratuais que existem independentemente de estipulação contratual.

Pese embora, o que foi agora exposto, existem situações em que todos ou alguns desses poderes encontram-se excluídos, por lei ou pela própria natureza do contrato. Veja-se o caso de um contrato típico, perante o qual a lei pode exigir que a modificação seja imposta pelo tribunal, caso em que o parceiro público perde o poder (público) de, unilateralmente, impor a modificação do mesmo. Aliás, a lei pode mesmo ir ao ponto de afastar em bloco todos os poderes de autoridade da entidade pública e, neste caso, estaremos um contrato administrativo paritário.

Sob a perspectiva da natureza do contrato, a ideia de prevalência de uma parte sobre a outra também pode ser pouco conveniente e, seja de um ponto de vista subjectivo, ou sob uma óptica objectiva, caso em que se afastam alguns dos poderes legalmente reconhecidos à entidade pública enquanto tal. Seja como for, o alcance da exclusão dos poderes de autoridade por força da natureza do contrato encontra-se dependente da interpretação do teor e do sentido do contrato. Revela-se pertinente, a este respeito, citar PEDRO GONÇALVES «(...) é para nós claro que os poderes que a lei confere à Administração (desde logo, no

com a alínea e), do artigo 180º, do Código de Procedimento Administrativo (CPA), na circunstância de inexistir um regime jurídico específico para o efeito.

Por outro lado, também na falta de regime legal específico, o *contrato administrativo* constitui fonte imediata de todos os poderes públicos sempre que – tendo um objecto passível de um contrato de direito privado – a sua administratividade resultar do facto de as partes o terem submetido, de livre iniciativa, ao regime substantivo de direito público<sup>643</sup>.

Os poderes públicos de fonte legal imediata são poderes que a Administração Pública se encontra directamente autorizada por lei a exercer no contexto da relação originária de um contrato administrativo e podem ser reconduzíveis a uma dupla categorização.

Em primeiro lugar, temos os poderes das alíneas a) e c), do citado artigo 180º, do CPA, concernentes aos poderes de modificação e rescisão unilateral, os quais consistem em poderes de conteúdo determinado que consubstanciam o princípio de tangibilidade do contrato administrativo. Este facto significa que a entidade pública possui poderes sobre o próprio contrato, sendo susceptível de «desestabilizar» a relação contratual, mediante a alteração unilateral do conteúdo das prestações ou a rescisão do contrato<sup>644</sup>.

Em segundo lugar, PEDRO GONÇALVES insere numa segunda categorização de poderes públicos, os poderes consagrados nas alíneas b) e d), do supra mencionado artigo, ou seja, os poderes de direcção<sup>645-646</sup> e de fiscalização<sup>647</sup> que não versam sobre o contrato, mas sobre o parceiro privado do Estado.

---

artigo 180º) são poderes públicos em cujo âmbito ela está portanto autorizada a praticar actos administrativos». Neste sentido, vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.113 e 117. Vide, igualmente, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 46 a 49.

<sup>643</sup> A este propósito, vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.106. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 444 e seguintes.

<sup>644</sup> Expressão utilizada por PEDRO GONÇALVES, in *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.106.

<sup>645</sup> Relativamente ao poder de direcção, a entidade pública encontra-se habilitada nos termos do artigo 180º, alínea b), do CPA, a praticar actos concretos ao abrigo do seu genérico poder de direcção. Mediante o exercício deste poder, a entidade pública poderá dirigir ordens ou directivas, assim como, instruções vinculativas ao seu parceiro privado acerca do modo de execução dessas prestações. Mas, com uma ressalva: essas ordens, instruções ou comandos não podem resultar em alterações ao próprio objecto contratual, porquanto tal configuraria um poder de modificação do mesmo. Por outro lado, também poderá não limitar-se a repetir as prestações já contratualmente estipuladas, sob pena de admitir-se que a Administração Pública «convertesse» as obrigações contratuais do particular em obrigações impostas ao abrigo do poder de direcção. Neste sentido, vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.109. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 444 e seguintes.

Acerca do poder de direcção ou «pouvoir de direction et de controle» nos «marchés publics» (contratos administrativos) pertencente ao parceiro público, vide FRANÇOIS LLORENS, *Contrat d'Entreprise et Marche de Travaux Publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, *Bibliothèque de Droit Public*, Tome CXXXIX, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1981, pp.348 e seguintes.

<sup>646</sup> Neste sentido, vide FEDERICO A. CASTILLO BLANCO, «Las prerrogativas de la Administración Pública en la Contratación Pública», in *Estudios sobre la Contratación en las Administraciones Publicas*, 60, Temas de Administración Local, 1996, pp. 204 a 209. Acerca das prerrogativas do parceiro público vide igualmente CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO, *Contratación Administrativa. Administración Estatal y Autonómica. Administración Municipal*, Publicaciones Jurídicas, DAPP, Pamplona, 2008, pp. 409 e seguintes.

<sup>647</sup> Sob o signo deste poder, o parceiro público fica habilitado a acompanhar os termos da execução do contrato por parte do parceiro privado, acautelando o interesse público mediante a rigorosa verificação de eventuais deficiências, omissões, lacunas acerca do modo de execução das respectivas prestações. Este é, por isso, um poder que é concretizado por meio de



Estes são, por seu turno, poderes de conteúdo indeterminado a ser preenchidos e concretizados pelo exercício de uma miríade de outros poderes, os quais poderão ou não encontrar-se estipulados no contrato. Seja como for, a conduta do parceiro público terá sempre de aparecer consubstanciada na direcção ou fiscalização do modo de execução das prestações.

Segundo MARIA JOÃO ESTORNINHO, «(...) o poder de direcção traduz-se num *poder de integração dispositiva do contrato*, uma vez que algumas das obrigações a que o co-contratante se obriga podem estar definidas em termos pouco claros e precisos». Adianta, esta Autora, que «em última instância, o fundamento do poder de direcção reside também no papel de *guardião do interesse público* que a Administração assume e, assim, é um poder inerente à Administração quando celebra contratos»<sup>648</sup>.

Pretendemos, neste momento do nosso estudo, debruçarmo-nos particularmente sobre o regime jurídico material ou substantivo que norteia as parcerias público-privadas. Ora, estas assentam ou enquadram-se juridicamente na categoria e possuem a qualificação jurídica de «contrato administrativo de colaboração», na medida em que este contrato «*regula os termos da associação duradoura de um particular ao desempenho das atribuições de uma entidade pública*»<sup>649</sup>. Ou, dito doutro modo, o «contrato administrativo de colaboração» é a base ou a célula-matriz da figura jurídica das «parcerias público-privadas» e, deste modo, *usufruem* do respectivo regime jurídico material que orienta e informa aquela espécie de contrato público<sup>650</sup>.

Por outro lado, como salienta MARIA JOÃO ESTORNINHO, em conformidade com o critério da relação do contrato com outras formas de actuação, os contratos públicos podem surgir em relações de complementaridade, seja com actos administrativos, seja com outros contratos.

---

apreciações paulatinas de actos de construção, edificação, manutenção, exploração e gestão levados a cabo pelo parceiro privado. Para tanto, a entidade pública realiza inspecções, vistorias, perícias e o acompanhamento técnico necessário. Existem vários tipos de fiscalização: a) técnica, pela qual a Administração Pública zela pelo cumprimento de obrigações contratuais em geral; b) financeira, que versa essencialmente sobre as contas e a qual se realiza através de auditorias; c) jurídica, pela qual o parceiro público assegura o cumprimento dos deveres contratuais, assim como, de actos jurídicos por parte do parceiro privado e diante de terceiros. Neste sentido, vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.110.

<sup>648</sup> Vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 453.

<sup>649</sup> (itálico nosso) Neste sentido, vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.101 e 102.

<sup>650</sup> Citando PEDRO GONÇALVES, acerca da matéria concernente ao regime jurídico do «contrato administrativo»: «(...) o regime substantivo específico do contrato administrativo não transforma este numa coisa diferente de um contrato. Apesar dos poderes extracontratuais de que a entidade pública está investida, o contrato administrativo é um contrato, e, de resto a “lógica do contrato” está presente mesmo aí, pois se é certo que a entidade pública pode exercer aqueles poderes para se desvincular das obrigações assumidas ou para alterar os termos do contrato celebrado, a verdade é que, em contrapartida, ela fica obrigada a repor o equilíbrio económico contratual perturbado por aquela sua actuação: ou seja, ao menos na sua dimensão patrimonial, os interesses do particular estão sempre acautelados». Neste sentido, vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.102.



Com efeito, tem-se presente a actual complexidade da realidade jurídico-administrativa, em que existem actos administrativos que condicionam a celebração de contratos e, do mesmo modo, contratos que implicam a prática de actos administrativos.

A mesma Autora indica como caso paradigmático de relações de complementaridade entre contratos públicos, as parcerias público-privadas enquanto «esquemas complexos nos quais aparecem integrados vários contratos»<sup>651</sup>.

De acordo com o actual regime jurídico, a entidade pública contratante possui a prerrogativa de interpretar os contratos administrativos, esclarecer as dúvidas que surjam no momento da aplicação ou do cumprimento do mesmo, assim como, tem o poder de proceder a modificações no clausulado por motivos de «interesse público»; acordar sobre a resolução e determinar os respectivos efeitos desta são outros dos poderes pertencentes ao parceiro público.

Para MARIA JOÃO ESTORNINHO, o artigo 180º, do CPA, limita-se, no fundo, a consagrar aquelas prerrogativas que, desde há muito tempo, eram qualificadas como «prerrogativas de autoridade» ou «poderes exorbitantes»<sup>652-653</sup> da Administração Pública sobre o seu parceiro privado, no âmbito de contratos administrativos.

Tal significa que este preceito jurídico visa somente reconhecer à entidade pública poderes de auto-tutela declarativa referente a determinadas matérias contratuais<sup>654</sup>, o que lhe permite praticar actos administrativos destacáveis, mormente no que respeita à execução e à extinção do contrato, impondo-se ao parceiro privado.

Assim é, com a possibilidade de «declarar unilateralmente a modificação das prestações contratuais ou a imposição de uma sanção ao seu contraente particular»<sup>655</sup>. Acresce ainda, que nos termos do artigo 187º, nº1, CPA, em caso de o parceiro privado não proceder ao cumprimento voluntário da decisão unilateral adoptada pela Administração, esta poderá recorrer à via jurisdicional, com vista a obter a prestação em falta<sup>656</sup>.

---

<sup>651</sup> Vide, a este propósito, de modo mais desenvolvido, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 338.

<sup>652</sup> Sobre a natureza jurídica dos poderes públicos da Administração na Contratação Pública, vide Neste sentido, vide FEDERICO A. CASTILLO BLANCO, “Las prerrogativas de la Administración Pública en la Contratación Pública”, in *Estudios sobre la Contratación en las Administraciones Publicas*, 60, Temas de Administración Local, 1996, pp. 199 a 204.

<sup>653</sup> Sobre o carácter exorbitante das «potestades administrativas», princípios geria de direito envolventes e respectivo conteúdo, vide ALEJANDRO HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Universidad de Oviedo, Civitas, Madrid, 1998, pp.249 e seguintes.

<sup>654</sup> Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 46 e 47.

<sup>655</sup> Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 47 a 49.

<sup>656</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO chama a atenção para o facto de, ao contrário do que à partida se poderia supor acerca do incremento de poderes conferidos à Administração pelo artigo 187º, do CPA, o seu nº2, ter conduzido a uma eliminação desses poderes ou, pelo menos, a uma considerável redução. Senão vejamos. O nº2, do artigo 187º, CPA reconhecia à Administração, em caso de não acatamento voluntário por parte do seu parceiro privado, a possibilidade de transitar à execução coerciva da sentença por via administrativa, dispensando-a do procedimento executivo jurisdicionalizado, tornando mais expedito todo o procedimento em nome do «benefício do interesse público». No entendimento

Uma outra prerrogativa absolutamente determinante no âmbito contratual, a favor do parceiro público é o «*ius interpretandi*»<sup>657-658</sup> (interpretação) dos contratos. Cumpre-nos referir que o «princípio da vinculação do conteúdo contratual» exige que os contratos se cumpram de acordo com o estipulado nas suas cláusulas, *sem prejuízo das prerrogativas da Administração*, em especial, de interpretação dessas cláusulas.

Perante uma eventual discrepância entre as partes contratantes susceptível de gerar uma possível paralisação do contrato, a Administração Pública dispõe da sua faculdade de *interpretação unilateral* do mesmo. Porém, «esta prerrogativa deverá ser exercida, não de modo discricionário, mas mediante o respeito escrupuloso e pontual de um procedimento

---

daquela Autora, esta disposição contida no nº2, do artigo 187º, CPA, vem restringir e coarctar os poderes da entidade pública e não aumentá-los. Na verdade, a Administração deixou de beneficiar do seu privilégio de execução prévia, em matéria contratual, o que restringiu de forma considerável os seus poderes («(...) com este Artigo 187º, nº1, do Código de Procedimento Administrativo, tal privilégio foi retirado em definitivo à Administração Pública, tendo o legislador desferido um rude golpe na figura do *contrato administrativo*, uma vez que a Administração Pública, como qualquer outro contraente, se vê obrigada a recorrer a tribunal para contornar situações de impasse, em que existe desacordo do particular»). Com a eliminação do nº2, do artigo 187º, CPA, a Administração terá de recorrer ao tribunal para fazer face ao incumprimento do seu parceiro privado e para obter a prestação falta.

Ainda sobre o carácter de «exorbitância» dos poderes da Administração em sede contratual, defende a Autora, que «nada têm de exorbitantes», ideia aliás já defendida na sua obra *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 120 e seguintes, mencionando: «(...) após a eliminação desse nº2 do Artigo 187º, tais pruridos cessam completamente de fazer sentido, tendo a Administração deixado de ter poderes exorbitantes na sua actividade contratual. Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 47 a 49.

<sup>657</sup> Consideramos pertinente revelar algumas sentenças mais marcantes da jurisprudência superior espanhola a respeito do «*ius interpretandi*» no âmbito dos contratos administrativos, sublinhando a clareza e a actualidade destas decisões que remontam a meados de 1860.

- a) «Si ocurren dudas sobre la admisión de ciertos efectos contratados con la condición de que no tuviesen defecto alguno, debe resolverse en contra de la Administración si ésta presentó como modelo ejemplares que tenían precisamente los defectos que rechaza»;
  - b) «Si hay oscuridad y duda en las palabras de un contrato para fijar su verdadero sentido, debe acudir a las reglas de interpretación, más o menos estricta, según previenen las leyes; pero no es posible atenerse a dichas reglas cuando en una escritura resultan dos o más condiciones enteramente contrarias, concediendo en una y negando la otra misma cosa»;
  - c) «Aunque el pliego de condiciones es un documento importante en los contratos administrativos, para resolver las dudas que acerca de éstos se susciten no es el único que debe tenerse en cuenta, por lo que hay que relacionarlo con los demás antecedentes y datos del expediente gubernativo en que se prepara, sobre todo con su aprobación, sin la cual no será más que un proyecto»;
  - d) «Para la recta interpretación de los contratos deben examinarse detenidamente sus cláusulas ó condiciones, que revelan el modo y términos con que los contratantes quisieron obligarse, manifestar por ellas su voluntad, debe suponerse que ésta es seria y practicable en todos sus extremos, y por consiguiente armónica y de manera alguna contradictoria»;
  - e) «En la interpretación de los contratos no es lícito prescindir de unas cláusulas y tomar aisladamente otras, exigir al contratista las obligaciones que se impuso cuando la Administración falta á las suyas, ni introducir modificaciones en el contrato sin asentimiento del contratista»;
  - f) «Que si bien la Administración activa tiene facultades discrecionales en virtud de la suprema tutela que ejerce para el mejor gobierno de los intereses que le están encomendados, sempre que contrata debe atenerse á las condiciones estipuladas, mientras tales vínculos no se declaren nulos ó rescindidos, porque no por ser una de las partes contratantes el Estado dejan aquellos pactos de constituir derechos perfectos y obligaciones mutuas, regulados por los principios generales de la Contratación».
- Neste sentido, vide D. ELEUTERIO DELGADO Y MARTIN e D.FEDERICO DE ARRIAGA Y DEL ARCO, *Contratos Administrativos*, Tomo I, 2ª ed., Tipografía de los H.M.G. Hernández, Madrid, 1899, pp. 670 e seguintes.

<sup>658</sup> A propósito do «*ius interpretandi*», existem autores como PEQUIGNOT, os quais preconizam a posição segundo a qual, no âmbito do contrato administrativo, a interpretação «finalista», ou seja, assente do fim de interesse público com base no qual a Administração celebrou um determinado concreto com o parceiro privado, deverá prevalecer sobre a interpretação «voluntarista» tal como ensina o direito civil. A fundamentar esta posição, está a ideia de que a Administração é a titular «verdadeira» do interesse público colectivo, não os privados que se preocupam antes de mais, com o seu próprio lucro, pelo que deverá ela mesma, intervir e solucionar as dúvidas ou colmatar os «espaços em branco» interpretativos, nos contratos em que participa, na busca da melhoria da qualidade do interesse público. Neste sentido, vide G. PEQUIGNOT, *Des Contrats Administratifs*, fasc.510, pp. 7 e seguintes.

legalmente estabelecido (...), de forma objectiva e fundamentada, com base em critérios interpretativos válidos (...)»<sup>659</sup>.

Como manifestações (ou consequências) concretas desta prerrogativa podemos elencar as seguintes: a) o poder de anulação ou de revisão de partes do contrato; b) o «*ius variandi*» ou poder de modificação unilateral do contrato; c) o poder de suspensão; d) o poder de resolução.

A doutrina aceita consensualmente a actividade interpretativa da Administração, no âmbito contratual, sendo menos pacífica a ideia sobre a admissibilidade de a Administração impor, de modo unilateral, a sua interpretação do clausulado do contrato *tout court*, ou seja, em quaisquer circunstâncias. Ou, quando pelo contrário, tal possibilidade deva apenas ser admitida em caso de *dúvida* ou *conflito* sobre a interpretação de uma cláusula ou corpo de cláusulas, a interpretação da Administração deverá prevalecer, na medida em que é “mandatária” do interesse público ou «bem colectivo», ao passo, que o parceiro privado está essencialmente preocupado com o seu próprio interesse.

Para FEDERICO A. CASTILLO BLANCO, esta prerrogativa permite ao parceiro público assegurar uma prestação regular e contínua dos serviços públicos prestados pelo seu parceiro privado, o qual não pode recusar-se a prestá-los ou a executar o contrato, por «acto próprio» de interpretação sobre o sentido e alcance das suas prestações<sup>660</sup>.

Ora, a corrente de doutrina dominante preconizada por autores como FREITAS DO AMARAL E MARIA JOÃO ESTORNINHO afasta a faculdade de interpretação unilateral dos contratos administrativos, a qual seria concretizada por meio de «actos definitivos e executórios», pese embora, se reconheça que a lei o admita, em determinadas ocasiões, como designadamente no caso da concessão de obra e serviços públicos ou, o próprio contrato contemplar expressamente esse direito.

Outra situação habilitante do exercício desse poder é a de se introduzir no contrato, cláusulas, às quais se confere natureza regulamentar e não contratual<sup>661</sup>.

Existe, pois, uma franja da doutrina que recusa peremptoriamente a interpretação unilateral<sup>662</sup> do contrato por parte da Administração. Nesta senda vai MARIA JOÃO

---

<sup>659</sup> Neste sentido, *vide* a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 270.

<sup>660</sup> Neste sentido, *vide* FEDERICO A. CASTILLO BLANCO, “Las prerrogativas de la Administración Pública en la Contratación Pública”, in *Estudios sobre la Contratación en las Administraciones Publicas*, 60, Temas de Administración Local, 1996, pp. 210; *vide*, de igual modo, ALEJANDRO HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Universidad de Oviedo, Civitas, Madrid, 1998, pp. 249 e seguintes.

<sup>661</sup> Neste sentido, *vide*, de modo desenvolvido, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 123. E, ainda, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pp.455.

<sup>662</sup> *Vide* FEDERICO A. CASTILLO BLANCO, “Las prerrogativas de la Administración Pública en la Contratación Pública”, in *Estudios sobre la Contratación en las Administraciones Publicas*, 60, Temas de Administración Local, 1996, pp. 210 e seguintes.

ESTORNINHO, segundo a qual, a propósito do «*ius interpretandi*» no âmbito do contrato celebrado com um parceiro privado: «(...) o poder de interpretação das cláusulas contratuais não é hoje verdadeiramente encarado como uma prerrogativa exorbitante da Administração, ou porque não é pura e simplesmente admitido ou porque, nos casos em que a lei o permite, não é dotado de autonomia e acaba por diluir-se no exercício dos demais poderes da Administração»<sup>663</sup>.

Concretiza ainda esta Autora a sua posição, afirmando a seguinte ideia: «(...) a faculdade de interpretação unilateral das cláusulas contratuais é algo que não pode ser visto de forma independente, porque ela não vale por si mesma, sendo sempre uma mera condição necessária para o exercício das demais faculdades atribuídas à Administração na execução do contrato administrativo»<sup>664</sup>.

Deste modo, relativamente à primeira prerrogativa enunciada, quando o parceiro público se apercebe da existência de vícios nas fases de preparação e de adjudicação poderá declarar os contratos inválidos. No âmbito de actos preparatórios ou de adjudicação provisória ou definitiva podem, com efeito, concorrer algumas causas de invalidade do direito administrativo ou do direito civil.

A primeira prerrogativa (*ius interpretandi*) traduz-se num poder distinto do direito de «resolução» do contrato, a qual tem lugar em momentos mais avançados do contrato, como a adjudicação e a fase de execução do mesmo.

Em todo o caso, a revisão dos actos preparatórios e dos actos de adjudicação provisória ou definitiva dos contratos por parte do parceiro público não é realizado arbitrariamente, como puro acto de vontade unilateral da Administração, mas mediante o estipulado no clausulado e segundo disposições legais expressamente consagradas.

Como demonstração deste facto, destacamos, em particular, a obrigatoriedade de comunicação ao Tribunal de Contas, enquanto órgão externo de auditoria e fiscalização, acerca da nulidade dos contratos.

---

Este autor, citando BETANCOR RODRIGUEZ, e fundamentando a sua posição com base no entendimento jurisprudencial (Tribunal Supremo), acerca do poder de interpretação unilateral da Administração, preconiza o seguinte: «(...) el ejercicio desta prerrogativa permite conocer la auténtica voluntad de lo convenido de difícil intelección en caso contrario debido a las siguientes razones: 1º las cláusulas contractuales están redactadas unilateralmente por la propia Administración, y, por lo tanto, es ella quien mejor está dotada para conocer su verdadero sentido; 2º las mismas contienen diversas expresiones que, por su indeterminación, nadie mejor que ella puede conocer la finalidad con que han sido empleadas; 3º salvo abuso de poder, error o irracionalidad, la Administración puede acometer estas tareas sin propósitos egoístas y partidistas, ya que los agentes que por ella obran en nada se favorecen particularmente».

<sup>663</sup> Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 124. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 444 e seguintes.

<sup>664</sup> Vide, a este respeito, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 123 e 124: «A interpretação no sentido das contratuais acaba sempre por (...) exprimir-se através de outras prerrogativas de Administração, em especial dos seus poderes de direcção ou de modificação unilateral das prestações. Ao determinar o sentido a atribuir a uma determinada cláusula contratual, a Administração está afinal a orientar a forma como o seu contraente deverá realizar as suas prestações ou, inclusivamente está já a modificar unilateralmente o conteúdo inicial dessas cláusulas».

As prerrogativas de *direcção, inspecção ou fiscalização e controlo* são determinantes<sup>665-666-667</sup>. A Administração Pública possui a possibilidade de supervisionar e dirigir o bom cumprimento do contrato, bem como, dar ordens e instruções necessárias a essa finalidade.

Como refere JOSÉ JUIS URRUTIA, «la conclusión de un contrato puede ir acompañada de irregularidades; puede, sin ser irregular formalmente, constituir un desacierto de Administración; puede, por último, lesionar derechos e intereses de terceros. Estos supuestos han de ser previstos en todo buen sistema de contratación administrativa»<sup>668</sup>, fundamentando, deste modo, o exercício dinâmico e eficaz desta prerrogativa e

<sup>665</sup> Segundo o artigo 302º, do CCP, compete ao contraente público, sempre que considere necessário ou conveniente ao bom cumprimento do contrato, assim como, à concretização do «interesse público», exercer as seguintes prerrogativas: a) Dirigir o modo de execução das prestações; b) Fiscalizar o modo de execução do contrato; c) Modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público; d) Aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato; e) Resolver unilateralmente o contrato. Este preceito deverá ser articulado com os artigos específicos de cada poder reconhecido ao parceiro público. Senão vejamos: (a) os poderes de direcção e de fiscalização encontram-se previstos no artigo 303º, 304º, 305º, 306º e 307º, nº2, alínea a), do CCP; (b) o poder de modificação unilateral encontra-se contemplado no artigo 307º, nº2, alínea b), artigos 311º, 312º, 313º, 314º (este versa sobre o restabelecimento do equilíbrio financeiro contratual) e 315º, do CCP; (c) o poder sancionatório encontra-se previsto nos artigos 307º, nº2, alínea c), 325º, nº4 e 329º, nº1, do CCP; (d) o poder de resolução unilateral do contrato consta do artigo 307º, nº2, alínea d), devendo ser articulado com os artigos 405º (resolução pelo dono da obra) e 423º (resolução pelo concedente), do CCP.

<sup>666</sup> Como PEDRO GONÇALVES sintetiza, a respeito do regime substantivo de direito público, «(...) trata-se de um regime jurídico que, na sua essência, se caracteriza por conferir à entidade pública uma posição de supremacia jurídica sobre o seu contratante: aquela entidade fica pois investida de *certos poderes públicos de autoridade* – as por vezes designadas “prerrogativas exorbitantes” – que *desigualizam* as posições em que as partes estão colocadas». Continua este Autor referindo que «no espaço em que a supremacia jurídica da Administração pode afirmar-se, a relação contratual é uma relação de *poder público vs. sujeição* (e não direito vs. dever). Nesse mesmo espaço, a entidade pública é pois titular de poderes públicos que, como em regra, exerce através de actos administrativos que lhe permitem, com *autoridade e executividade*, dirigir e fiscalizar a execução das prestações contratuais, modificar o conteúdo dessas prestações ou até impor a rescisão do contrato quando um interesse público devidamente fundamentado o exija». Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.33 e 34.

Acerca da matéria concernente à execução do contrato, também colhemos, no nosso estudo, dos ensinamentos da doutrina italiana, mormente sobre os poderes de : asistencia, vigilanza e direzione. Vide FRANCESCO DI RENZO, *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, Teoria e Pratica del Diritto, Giuffrè Editore, Milano, 1969, pp. 149 e seguintes, assim como, G. ROEHRSEN DI CAMMERATA, *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, Vol. Primo, Zanichelli Editore, Bologna, 1959pp. 12 e seguintes; GUIDO GRECO, *I Contratti Dell' Amministrazione tra Diritto Pubblico e Privato. I Contratti ad Evidenza Pubblica*, Giuffrè Editore, Milano, 1986, pp. 15 e seguintes (acerca da formação do contrato administrativo). Vide, de igual modo, CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO, *Contratación Administrativa. Administración Estatal y Autonómica. Administración Municipal*, Publicaciones Jurídicas, DAPP, Pamplona, 2008, pp. 409 e seguintes.

<sup>667</sup> Segundo o entendimento de MARIA JOÃO ESTORNINHO, estas prerrogativas são «as mais exorbitantes» de todas as cláusulas que conferem poderes à entidade pública, enquanto contraente dotada de uma especial missão – a de prossecução e zelo do interesse público – denominadas por «prerrogativas de autoridade». Tanto é assim, que refere a Autora o facto de ter sido «(...) verdadeiramente com base nelas e no seu pretenso carácter incompatível com o Direito Contratual comum que a doutrina construiu o regime exorbitante do contrato administrativo e justificou a sua autonomia face aos contratos administrativos». De acordo com MARIA JOÃO ESTORNINHO, tendo presente a diversidade em termos de catalogação ou classificação destes poderes pela doutrina nacional e estrangeira, aquelas prerrogativas de autoridade reconhecidas à Administração em sede contratual devem reportar-se a três grandes grupos de categorias, consoante se prendam com: a) interpretação do contrato; b) fiscalização, direcção ou imposição de sanções; c) modificação ou extinção unilateral do contrato. Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 121.

<sup>668</sup> JOSÉ LUIS GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA refere que as funções administrativas, segundo a doutrina, se repartem entre funções de acção e funções de relação e, dentro da primeira tipologia, a Administração actua directamente sobre a esfera de direitos ou interesses de um administrado em concreto. Nos termos da segunda categorização, a Administração focaliza-se na própria actividade administrativa, podendo incidir sobre a esfera jurídica do administrado, mas de um modo indirecto. Ora, no entendimento deste Autor, em sede contratual, a função de fiscalização ocupa um lugar intermédio entre ambas as tipologias mencionadas: «La materia de contratación administrativa ocupa aquí un lugar intermedio. (...) No es que la contratación constituya actuación de la llamada de acción, ya que por esencia la contratación es una actuación derelación, en la que siempre está presente el administrado; pero sí sucede que en la contratación administrativa es fácil que no se produzcan lesiones de modo directo e inmediato frente a nadie, por lo que, si se quiere instrumentar un control eficaz de este tipo de actos, no hay más remedio que acudir a un sistema totalmente diverso del contencioso (...)». Neste sentido, vide JOSÉ LUIS GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, *La Contratación Administrativa. Como y Con quien contrata la Administración en sus esferas central, local e institucional*, Municipalia, Madrid, 1966, pp.333 e seguintes.

simultaneamente dever de fiscalização do parceiro público, na medida em que a Administração, enquanto guardião do interesse público, encontra-se adstrita à obrigação de zelar pelo pontual e integral cumprimento do contrato celebrado destinado à prossecução daquele.

Assim, omitindo a conduta supervisora, quer por dolo (quando simplesmente, recusa-se a exercer as funções de fiscalização, seja qual o motivo por detrás dessa recusa), quer por negligência (quando por esquecimento, por desleixo, incúria ou “porque confia demasiado” na diligência do seu parceiro), resultando prejuízos para o interesse público que impliquem o gasto de dinheiros públicos, gera, para a própria Administração a obrigação de indemnizar o(s) cidadão(s).

Por outro lado, «(...) a Administração não se limita a acompanhar a realização das prestações, verificando se elas estão conformes às normas que as regulam e ao objecto do contrato. À Administração cabe também o poder de direcção, ou seja, a faculdade de dar ordens e instruções ao seu contraente sobre o próprio modo de cumprir as obrigações assumidas»<sup>669</sup>.

No que concerne à prerrogativa de *direcção*, prevista nos artigos 302º, alínea a), 303º e em conformidade com o prescrito no artigo 304º, nº2, do CPP, podemos referir que consiste na possibilidade de emissão de directivas, ordens, instruções ou outros actos previstos, por parte da Administração acerca do sentido das escolhas necessárias nos planos de execução técnica, financeira ou jurídica das prestações contratuais.

Esta prerrogativa assume como primacial finalidade assegurar o bom cumprimento do contrato por parte do seu parceiro, de modo a prosseguir o «interesse público» que fundamentou a decisão de contratar, segundo o disposto no nº1, do artigo 303º.

Simultaneamente, outro grande objectivo desta prerrogativa é impedir que a execução contratual seja levada a cabo de modo inconveniente ou inoportuno para o «interesse público», de acordo com o artigo 304º, nº1.

Trata-se, por isso, de um poder que se focaliza essencialmente sobre o «*modus faciendi*» do co-contratante no tocante à execução das prestações resultantes do contrato e não sobre a possibilidade de fixação de obrigações novas, ou seja, não contempladas no momento da celebração do contrato.

Na verdade, esta possibilidade de «inovar» em relação ao inicialmente contratado pelas partes, apenas se encontra na prerrogativa do «*ius variandi*»<sup>670</sup> ou poder de modificação

<sup>669</sup> Neste sentido, MARCELLO CAETANO, citado na obra de MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 126 e 127.

<sup>670</sup> JOSÉ LUIS MEILÁN GIL adopta a posição pela qual defende a ideia de que o «*potestas variandi*» ou o «*ius variandi*» é um poder exorbitante, que resulta da própria Constituição e do carácter sagrado do «interesse público», a que a Administração



unilateral do contrato. Relacionada com a ideia de «inovação», encontra-se a ideia de «adaptabilidade», que deverá ser harmonizada com exigências de estabilidade.

De acordo com o entendimento preconizado por MARIA JOÃO ESTORNINHO, «a estabilidade traduz-se em exigências de respeito pelo contrato e de respeito pelo procedimento pré-contratual e suas implicações vão para além da própria celebração do contrato. Corolário da estabilidade é, por exemplo o dever de o co-contratante exercer pessoalmente a actividade contratada, não podendo, sem a necessária autorização da entidade pública, ceder a terceiro a sua posição contratual»<sup>671</sup>.

Por outro lado, esta Autora refere que «corolário da estabilidade é também toda a teia de exigências de que a lei rodeia o exercício, em nome da adaptabilidade do contrato à prossecução do interesse público, do poder de modificação unilateral das prestações»<sup>672</sup>.

Este poder de modificar unilateralmente o contrato é, de acordo com a posição de PEDRO GONÇALVES, o «*poder mais notável* que a Administração Pública detém no âmbito do contrato administrativo»,<sup>673</sup> em cujos termos a entidade pública contratante fica autorizada e, dizemos nós, obrigada a impor uma alteração ao contrato que celebrou designadamente quando, da sua perspectiva, o interesse público o exige<sup>674</sup>.

---

não pode deixar de atender: «La modificación del contrato es una de las prerrogativas de la Administración Pública. (...) tiene lugar «una vez perfeccionado el contrato.» Continúa este Autor, referindo que «se trata, evidentemente (...) de una exorbitancia. Frente a la inmutabilidad del contrato, el contratuctus lex que obliga a las partes, se ha afirmado el principio de la mutabilidad por la Administración de un modo unilateral, como una característica de los contratos administrativos y así se ha reconocido por la jurisprudencia», tendo como ponto de partida e de chegada o «interese público» («(...) de servir o interés general le presta fundamento, que há de coonestarse con el sometimiento a la ley y al Derecho, como también se recoge en la Constitución»). Vide, neste sentido, JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, *La Estructura de los Contratos Públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 241 e seguintes; vide a obra de RAFAEL JURISTO SANCHEZ, *La Ejecución de Obra Pública*, Hauser y Menet, 1983, pp. 171 e seguintes, com particular relevância as pp. 173 e 181 e seguintes; FRANCESC LLISSET BORRELL e ANNABEL LLISSET CANELLES, *Manual de los Contratos Públicos. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RDL 2/2000) y su Reglamento (RD 1098/2001)*, 3ª ed., Bayer Hnos S.A., Barcelona, 2002, pp. 188 e seguintes (pp.248 em diante – sobre a modificação do contrato).

<sup>671</sup> Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pp.455.

<sup>672</sup> Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pp.455.

<sup>673</sup> (itálico nosso) Neste sentido, vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.107.

<sup>674</sup> Este poder afigura-se por vezes, não tanto como uma prerrogativa, mas mais como um verdadeiro dever, a qual a Administração, ainda que quisesse, não pode nunca renunciar, o que significa que ela tem de ser vigilante e adoptar uma conduta permanentemente dinâmica de controlo e supervisão sobre o modo de execução do contrato por parte do seu parceiro privado, sob pena de ela própria estar a omitir o seu dever perante o cidadão, enquanto guardiã e zeladora do interesse público. A Administração está, assim, obrigada pelo «ius variandi» a exercer eficazmente o seu poder de fiscalização, o que seguramente “dá mais trabalho”, do que ficar passivamente a aguardar resultados da execução do contrato pelo seu parceiro.

Em conformidade com a nossa posição, acerca do «ius variandi», vai JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, para quem «La Administración no puede renunciar a la potestad, que se correlaciona necesariamente con «la inmutabilidad del fin o la inmutabilidad del servicio, hasta el punto de que puede hablarse de una obligatoriedad de su ejercicio (...). Desde esa perspectiva se há calificado como una «facultad reglada» (...) potestad discrecional que contiene, (...) elementos reglados». Continúa este Autor: «la finalidad de la modificación es «atender a causas imprevistas». Las «nuevas necesidades se formulaban anteriormente como una disyuntiva a la imprevisión». (...) las modificaciones no pueden afectar a las condiciones esenciales del contrato».

São consideradas como condições essenciais do contrato: objecto, quantia, preço e tempo, pelo que «no es siempre fácil tampoco encajar en la alternativa de necesidad nueva o causa imprevista las deficiencias derivadas de las fases de preparación del contrato (...)». Isto significa que o «ius variandi» tem de ser exercido de modo contido, regulado e estrito, balizado por limites legais, desde logo, a obrigatoriedade de manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, existindo a obrigação de indemnizar o contraente privado pelos prejuízos ocasionados pela modificação introduzida no contrato pela Administração, ou seja, de modo impositivo e unilateral. Neste sentido, JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, *La Estructura de los Contratos Públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 241 e seguintes.



Dada a sua relevância, dedicaremos a este poder de modificação unilateral, uma maior atenção em ponto especialmente lhe dedicado.

Destarte, é curial afirmar que a prerrogativa de direcção possui um «espectro integrativo»<sup>675</sup>, pelo facto de incidir sobre o modo de execução das suas prestações, *maxime* no que se prende com a execução das prestações contratuais, que careçam de regulamentação jurídica ou que se encontrem insuficientemente reguladas na lei ou nas cláusulas do contrato, nos termos do nº1, do artigo 304º.

À semelhança do que sucede com as demais prerrogativas, também o poder de direcção conhece determinados limites ou condicionantes, tais como, os seguintes: (a) deverá cingir-se ao estritamente necessário para a prossecução do «interesse público», de modo a não influenciar negativamente a execução do contrato; (b) terá de salvaguardar a iniciativa e a responsabilidade do co-contratante, sobretudo nos contratos de concepção por parte do parceiro privado, segundo o disposto no artigo 303º, nº3; (c) terá de garantir a autonomia técnica ou de gestão assegurada no contrato ou que resulte de usos sociais, nos termos dos artigos 303º, nº3 e 305º, nº1.

No tocante à prerrogativa de *inspecção* ou *fiscalização*, esta encontra-se contemplada nos artigos 302º, alínea b), 303º e 305º, do CCP, consistindo no poder do parceiro público em acompanhar paulatina e permanentemente a condução do contrato, desenvolvida pelo seu parceiro privado.

Segundo MARIA JOÃO ESTORNINHO, «este poder de fiscalização está minuciosamente regulado pela lei, em relação a certos tipos contratuais. Noutros casos, porém, é o próprio contrato que fixa os termos em que ele poderá ser exercido»<sup>676</sup>.

Compete à Administração, enquanto *guardiã do «interesse público»* («a justificação dos poderes de fiscalização da Administração reside na necessidade de controlar a execução do contrato “para evitar surpresas prejudiciais ao interesse público, de que a Administração só viesse, porventura, a aperceber-se demasiado tarde”<sup>677-678</sup>), velar pelo cumprimento das prestações ou das actividades pelas quais o parceiro privado procede à execução do contrato,

---

<sup>675</sup> Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp.142. Vide, igualmente, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.103 e seguintes.

<sup>676</sup> Vide, a este respeito, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 124 e 125, a qual cita AUGUSTO DE ATHAYDE, acerca do poder de fiscalização, o qual para este Autor seria o poder de que a Administração se serve para «se manter a par da actividade do seu contraente, tomando conhecimento da forma como ele trabalha para executar o contrato, a fim de evitar desvios do seu pontual cumprimento». Vide, do mesmo modo, FEDERICO A. CASTILLO BLANCO, “Las prerrogativas de la Administración Pública en la Contratación Pública”, in *Estudios sobre la Contratación en las Administraciones Publicas*, 60, Temas de Administración Local, 1996, pp. 233 e seguintes.

<sup>677</sup> Neste sentido, FREITAS DO AMARAL citado por MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 125.

<sup>678</sup> A este propósito, vide JESÚS LEGUINA, *Gasto Público e incumplimiento de contratos de obras educativas*, F.D.C., Madrid, 1978, pp. 147 e seguintes.

nos mais variados aspectos, como o técnico, financeiro, administrativo e jurídico, entre outros, nos termos do nº1, do artigo 305º.

Para tanto, existem contratos que vão ao ponto de consagrar a possibilidade de a Administração proceder à fiscalização não somente da execução contratual do seu parceiro privado, mas *inclusive de toda a sua situação financeira e empresarial*, conquanto que esta fiscalização seja realizada nos termos estritamente contemplados no contrato<sup>679</sup>.

Através do exercício desta prerrogativa, que consiste num *poder instrumental* quando comparado com os demais poderes pertencentes à Administração, em sede de execução do contrato, o parceiro público pretende assegurar a atempada e correcta execução dos termos consensualmente estipulados do contrato.

De facto, é em consonância com os resultados obtidos com a tarefa de fiscalização realizada pela Administração, que esta poderá emitir ordens, instruções ou directivas vinculativas para o seu co-contratante, podendo mesmo desencadear, se se reputar como necessário ou conveniente, medidas reactivas sancionatórias, em virtude do incumprimento do contrato ou, em alternativa, introduzir modificações unilaterais no contrato.

A natureza instrumental do poder de fiscalização consta, ainda de que modo implícito, do artigo 305º, nº1: «O contraente público dispõe de poderes de fiscalização técnica, financeira e jurídica do modo de execução do contrato por forma a poder determinar as necessárias correcções e aplicar as devidas sanções».

Do disposto no nº2, do artigo 305º, consta as formas sob as quais a Administração concretiza a sua prerrogativa de fiscalização, designadamente, mediante a inspecção de locais, equipamentos, documentação, registos informáticos, contabilidade e através da formulação de pedidos de informação, devendo o exercício deste poder ficar documentado em autos, relatórios ou livros próprios (nº3, do citado artigo).

O poder de fiscalização não poderá ser exercido de modo absoluto ou discricionário, pelo que encontra limites legalmente previstos para o seu exercício, tais como: (a) deve restringir-se a aspectos relacionados unicamente com a execução do contrato ou com o modo pelo qual as actividades assumidas contratualmente são desenvolvidas pelo parceiro privado. Encontram-se, deste modo, excluídos quaisquer actos de fiscalização realizados acerca de aspectos subjectivos relacionados com o parceiro privado; (b) deve limitar-se ao estritamente necessário para a prossecução do «interesse público», de modo a não perturbar seja de que forma for, o normal desenrolar dos «trabalhos» de execução do contrato; (c) deve ser levada

---

<sup>679</sup> Vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 125.

por diante, com absoluto respeito pela autonomia, iniciativa e responsabilidade do co-contratante, nos termos do nº3, do artigo 303º.

Assim, sobretudo nos contratos que impliquem prestações de concepção por parte do parceiro privado, a prerrogativa de fiscalização em momento ulterior ao da concepção não poderá conduzir a uma atenuação da responsabilidade e do risco assumido pelo parceiro privado relativamente àquela fase, de acordo com a letra do nº3, do artigo 303º.

Para além destes condicionantes, a prerrogativa de fiscalização encontra determinados limites no próprio contrato ou resultantes de imposição legal (artigo 305º, nº2), designadamente a necessidade de sigilo profissional e comercial ou de qualquer outra informação legalmente protegida.

As tarefas de fiscalização podem ser objecto de delegação por parte da Administração em «comissões paritárias de acompanhamento» ou em entidades públicas ou privadas especializadas, nos termos do artigo 305º, nº4 e nº5.

No que respeita aos contratos de PPP, existem regras específicas acerca do modo de exercício do poder de fiscalização previstas no artigo 340º, nº1, alínea a), do CCP, no âmbito dos quais «compete ao ministro ou ao membro do Governo Regional responsável pela área das finanças ou ao ministro ou ao membro do Governo Regional da tutela sectorial, consoante o caso: a) o exercício de poderes de fiscalização; b) o acompanhamento do contrato, tendo por objectivo a avaliação dos seus custos e riscos, bem como a melhoria do processo de constituição de novas parcerias público-privadas».

Face ao exposto, a nosso ver, fará pleno sentido conceder à Administração os mesmos direitos que lhe são reconhecidos quando se trata de um contrato de prazo peremptório, desde que se verifiquem duas situações<sup>680</sup>: (a) quando tal esteja contratualmente assumido nas cláusulas pretendidas por ambas as partes ou, então (b) no caso em que não esteja contratualmente expresso, o atraso no cumprimento de um dos prazos parciais das prestações possa ser presumivelmente considerar-se como definitivamente incumprido (v.g. «quando razoavelmente permitir concluir que estamos perante uma impossibilidade de cumprir o prazo total»).

Aspecto que denota interesse será o relativo ao momento a partir do qual se poderá considerar que o atraso corresponde ao incumprimento efectivo, com as respectivas consequências.

---

<sup>680</sup> Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp.140 e seguintes. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.103 e seguintes.

De acordo com o regime jurídico espanhol, a «constituição em mora do contratante não carece de intimação (ou «interpelação admonitória», na terminologia portuguesa) prévia por parte da Administração Pública»<sup>681</sup>, opção legislativa, esta, que reflecte a posição jurisprudencial assumida pelo Supremo Tribunal e pelo Conselho de Estado que encara os contratos administrativos como «contratos fixos».

Como consequências jurídicas do incumprimento do contrato, realçamos com especial acuidade, a resolução do contrato, bem como, a imposição de penalidades. Em ambos os casos, é exigível que o incumprimento se deva a causas imputáveis ao contraente («por culpa»).

A adopção por parte da Administração de uma decisão num ou noutro sentido é livre e plenamente voluntária, atendendo aos seus próprios interesses que, no fundo, são os interesses da colectividade. Acresce que, mediante o exercício desta faculdade, poderá detectar deficiências que, em caso de não sanção, podem dar lugar ao exercício de outras prerrogativas, como designadamente a imposição de penalidades e a resolução.

O responsável do contrato poderá ser uma pessoa física ou jurídica, vinculada ao ente, organismo ou entidade pública contratante ou alheia a ele. Poderá, de igual modo, ser designado pelo órgão contratante com a finalidade de supervisionar a execução do contrato, assim como, adoptar as decisões e conceder as instruções necessárias com o fim de assegurar a correcta realização da prestação consensualmente estipulada, dentro do âmbito de faculdades que aqueles lhe atribuem.

Perante a simples mora, cumprimento defeituoso ou incumprimento definitivo do contrato pelo contraente, para além de obrigações extracontratuais intimamente relacionadas com o contrato, a Administração pode unilateralmente aplicar sanções, nos termos do artigo 302º, alínea d), do CCP.

A prerrogativa da *imposição de penalidades* faz-nos recordar no fundo, o clássico poder sancionador pertencente à Administração Pública, apesar de não coincidir inteiramente com este. De facto, a possibilidade de impor penalidades ao parceiro privado, comporta uma natureza jurídica típica da «coima», para além do facto de a sua grande finalidade ser a boa execução do contrato e dentro dos limites temporais estabelecidos para a mesma (e não o carácter sancionador ou repressivo)<sup>682</sup>.

Por outra banda, a prerrogativa sancionatória para ser válida, carece do preenchimento de determinados pressupostos cumulativos. Senão vejamos.

---

<sup>681</sup> Vide a obra sob a coordenação de JOSÉ VICENTE CATALÁ MARTÍ, *La Contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Civitas, 2008, pp. 473.

<sup>682</sup> Neste sentido, vide a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 269.

Tem de existir, desde logo, uma habilitação legal ou contratual específica, ou seja, «as sanções têm de estar «previstas», no disposto dos artigos 302º, alínea d), 307º, nº2, alínea c)).

As sanções da Administração mais comuns são a resolução sancionatória, multas contratuais, sanções compulsórias e a «captura do contrato», denominado pela lei por «sequestro»<sup>683</sup>.

A *resolução sancionatória* encontra-se prevista nos artigos 329º, nº1 e 333º, do CCP<sup>684</sup> e distingue-se da resolução unilateral em sentido estrito, porquanto em virtude da sua natureza jurídica «sancionatória» não pode dar origem ao dever de pagamento de qualquer montante indemnizatório ao seu contraente.

Assume, enquanto tal, a veste de acto de cariz sancionatório, sendo que os respectivos pressupostos da resolução sancionatória são objecto de uma tipificação legal condicionada, apenas podendo ser aplicada em caso de verificação de incumprimento definitivo do contrato por facto imputável ao parceiro privado e nas demais circunstâncias previstas nos termos do leque meramente exemplificativo do artigo 333º, nº1, alíneas a) a h), do CCP. Este preceito oferece-nos um catálogo de situações passíveis de desencadear uma reacção sancionatória por parte da Administração, sob o signo do «*numerus abertus*».

A respeito do poder pertencente ao parceiro público consubstanciado na possibilidade de ele sancionar o seu parceiro privado no contrato, apraz-nos citar FREITAS DO AMARAL, para quem «a Administração é dotada da faculdade de aplicar sanções ao seu contraente particular devido a faltas cometidas por este, sejam elas a própria inexecução do contrato, o atraso na execução, o cumprimento defeituoso ou o trespasse sem a necessária autorização da Administração»<sup>685</sup>.

Tendo o *incumprimento* por parte do parceiro privado por caso paradigmático para accionamento do mecanismo ou prerrogativa sancionatória da Administração, cumpre-nos concretizar o mesmo com as situações elencadas no artigo 333º, do CCP, sendo que a «sanção mais grave que a Administração pode aplicar ao seu co-contraente consiste na própria rescisão do contrato»<sup>686</sup>.

---

<sup>683</sup> Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 147 e seguintes. Vide, também, acerca dos poderes do parceiro público, Administração Pública, no âmbito do contrato administrativo, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.103 e seguintes. Ainda, FEDERICO A. CASTILLO BLANCO, «Las prerrogativas de la Administración Pública en la Contratación Pública», in *Estudios sobre la Contratación en las Administraciones Publicas*, 60, Temas de Administración Local, 1996, pp. 235.

<sup>684</sup> O artigo 423º contém os pressupostos e um regime procedimental específicos da resolução sancionatória dos contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos.

<sup>685</sup> Neste sentido, vide FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, Lições Policopiadas, III, Lisboa, 1985, pp. 446.

<sup>686</sup> Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 129. E, da mesma Autora, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 46 a 49.

Nestes termos, pode existir incumprimento em virtude do desrespeito de ordens, directivas, instruções, transmitidos no âmbito do exercício do poder de direcção concernente à execução das prestações contratuais (alínea b), do supra citado artigo), bem como, a oposição reiterada do co-contratante privado à fiscalização do contraente público (alínea c)), a cessão da posição contratual ou subcontratação realizadas com desrespeito pelos termos e limites previstos na lei ou no contrato, desde que a exigência pelo co-contratante da manutenção das obrigações assumidas pelo parceiro público contrarie o princípio de boa-fé (alínea d)), acumulação do valor das sanções contratuais com natureza pecuniária em valor superior a 20% do valor contratual (alínea e)).

Por outro lado, constitui igualmente, incumprimento a ser imputável ao parceiro privado, o não acatamento de decisões judiciais ou arbitrais relativos ao contrato (alínea f)), assim como, a não renovação do valor da caução pelo co-contratante (alínea g)), ou ainda, a apresentação do parceiro privado à insolvência ou a sua declaração judicial (alínea h)), bem como, outras situações de grave violação das obrigações assumidas pelo co-contratante especialmente previstas no contrato (nº1, do artigo 333º, do CCP).

Importa sublinhar o facto de a resolução<sup>687</sup> sancionatória não constituir um obstáculo ao accionar do instituto de responsabilidade civil contratual, nos termos previstos do artigo 333º, nº2 e nº3, do CCP («(...) não prejudica o direito de indemnização nos termos gerais, nomeadamente pelos prejuízos decorrentes da adopção de novo procedimento de formação de contrato»). Acresce a esta faculdade, ainda a de o parceiro público poder executar as garantias prestadas pelo seu parceiro privado, aquando da celebração do contrato.

No que concerne às *multas contratuais*, apesar de o CCP não as referir de modo explícito, o artigo 329º, nº2 e nº3 faz menção implícita a esta prerrogativa da Administração, tendo aplicação nas mesmas situações que a resolução sancionatória.

Também as *multas contratuais*, à semelhança da resolução sancionatória, carece de previsão legal e contratual e exige o preenchimento de determinados pressupostos, nomeadamente, o constante do nº1, do artigo 329º, segundo o qual o valor acumulado das multas contratuais ao longo do período de execução do contrato não pode exceder 20% do

---

<sup>687</sup> A respeito da «resolução» do contrato, vide CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ, *La Resolución de los Contratos Administrativos por Incumplimiento del Contratista*, Colección Derecho Público, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp.23 e seguintes. Igualmente, a respeito da matéria concernente à execução do contrato e, mais propriamente sobre o seu incumprimento, vide ALFONSO ARROYO DÍEZ, DAVID CALVET CANUT, VICTORIA CORDÓN PROCTER, *Las Reclamaciones de cantidad en el ámbito de la Contratación pública. Estudio del artículo 99 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000*, de 16 de junio, Atelier, Barcelona, 2006, pp.116 e seguintes.

O incumprimento contratual por parte do parceiro público é susceptível de gerar na esfera jurídica do parceiro privado, sendo alegado e provado «prejuízo», o direito de accionar o mecanismo da responsabilidade civil, contratual, mas eventualmente, também extracontratual.

A este respeito, vide JORGE MIRANDA, “A responsabilidade civil do Estado, a Constituição e a Lei nº 67/2007 (Portugal)”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº36, 2009, pp.13 a 27 e, ainda, JUAN ALEGRE ÁVILA, “La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, in *Revista española de Derecho Administrativo*, 126, abril-junio, Civitas, 2005, pp. 191 a 216.

preço contratual, limite que ascende a 30% quando o parceiro público decida não proceder à resolução do contrato por entender que desta resulta grave prejuízo para o «interesse público», de acordo com o nº2, do citado artigo.

As *cauções* prestadas pelo parceiro privado podem ser executadas pelo parceiro público, dispensando-se a prévia decisão judicial ou arbitral, para satisfação das sanções pecuniárias aplicadas nos termos contratualmente assumidos, em conformidade com o disposto no artigo 296º, nº1, alínea a), do CCP.

No que se prende com as *sanções compulsórias*, podemos assinalar que esta prerrogativa sancionatória assume uma dupla missão. Por um lado, «castigar» o parceiro privado pelo relapso na execução das prestações, objecto do contrato celebrado e, por outro lado, visam compelir o contraente faltoso a cumprir o mais brevemente possível as prestações em falta. Por isso, existem autores que as consideram como uma categoria de medidas de execução administrativas do contrato<sup>688</sup>.

No que respeita à *sequestro do contrato*, previsto nos artigos 420º, alínea b) e 421º, do CPP, a ser aplicado em caso de se verificar incumprimento grave efectivo ou iminente, pelo contraente privado das obrigações assumidas contratualmente.

Esta prerrogativa consiste no acto pelo qual a Administração assume por si só ou por intermédio de terceiro, a título transitório, podendo durar um máximo de um ano, a execução de prestações em falta, competindo ao seu parceiro privado faltoso, os encargos relativos ao desenvolvimento das actividades, bem como, quaisquer despesas extraordinárias necessárias ao restabelecimento da normalidade, de acordo com os nº6 e nº5, do artigo 421º, do CCP.

Terá lugar a aplicação deste mecanismo no caso em que ocorra ou seja iminente a cessação ou suspensão, total ou parcial, das actividades transferidas para o parceiro privado ou, na circunstância em que se verifiquem perturbações ou deficiências graves na organização e no normal desenrolar das actividades ou, ainda, no estado geral das instalações e equipamentos que seja susceptível de colocar em causa a continuidade ou a regularidade das actividades em causa, assim como, a integridade e segurança de pessoas e bens.

Aliás, verificando-se a ocorrência de uma destas situações, o parceiro público notifica o parceiro privado, para dentro do prazo razoavelmente fixado para o efeito, proceder ao cumprimento escrupuloso e integral das suas prestações e, se necessário for, corrigir ou

---

<sup>688</sup> Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 147 e seguintes. Ainda, acerca da matéria concernente aos poderes públicos na execução contratual, Vide, a obra desenvolvida de PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.103 e seguintes. De enorme pertinência acerca desta matéria, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 119 e seguintes.



reparar as consequências dos seus actos, excepto tratando-se de violação não sanável, nos termos do artigo nº3, do artigo 421º, do CCP.

O *sequestro* dará origem à própria *resolução do contrato* e, com este, à extinção do vínculo contratual, nas circunstâncias previstas no nº7, do citado artigo: «Se o concessionário (parceiro privado) não puder ou se se opuser a retomar o desenvolvimento das actividades concedidas ou se, tendo-o feito, continuarem a verificar-se os factos que deram origem ao sequestro, o concedente (parceiro público) pode resolver o contrato».

Ainda a respeito da resolução do contrato, o qual implica inevitavelmente a extinção do mesmo, importa trazer à colação a consideração de PEDRO GONÇALVES, a qual passamos a citar: «o contrato administrativo está marcado pela “lógica da função”, isto é, pela exigência de que o “interesse público não pode vergar-se diante do interesse particular”: assim, se o interesse público reclama a extinção prematura de uma relação contratual, a Administração Pública não deve estar impedida de “impor” essa extinção; o facto de ela estar “amarrada” a um contrato não pode paralisar o seu dever constante e permanente de servir o interesse público. A cega existência de cumprimento pontual do contrato (*pacta sunt servanda*) traduzir-se-ia, no fim de contas, na inversão de toda a lógica do direito público, dando prevalência ao contrato (e aos interesses do particular contratante na manutenção do vínculo contratual) sobre o interesse público»<sup>689</sup>. Contudo, revela-se imperioso fazer uma ressalva a propósito da denominada «lógica da função» do contrato administrativo.

À partida poderíamos pensar que a Administração Pública, enquanto parceiro público, e portanto dotada de especiais poderes que ao outro parceiro não são reconhecidos, poderia, em nome e em defesa do interesse público<sup>690</sup>, colocar termo ao contrato celebrado.

Mas, na verdade, somente nos contratos de objecto público (*maxime*, de serviço público, como é o caso da saúde) havidos como *contratos administrativos por natureza*, é que a Administração Pública pode libertar-se do vínculo jurídico contratual com fundamento em exigências de interesse público, na medida em que se trata de um *quid* que se encontra sempre na disponibilidade permanente da Administração<sup>691</sup>.

<sup>689</sup> Neste sentido, vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.104.

<sup>690</sup> Acerca dos limites resultantes do escopo da entidade pública (interesse público), no desenvolvimento da sua actividade, seja a que título for, seja tipicamente administrativa, seja no decurso da sua actividade contratual, importa trazer à colação as palavras de G.ROEHRSEN DI CAMMERATA: «(...) l’ aggettivo «pubblico». In tal modo viene in considerazione lo scopo proprio di tutti gli enti pubblici e, più esattamente, non soltanto lo scopo genérico di tutti tali enti (perseguição di un fine collettivo) ma anche lo scopo o gli scope specifici delle singole persone giuridiche pubbliche (perseguição di un dterminato fine collettivo). Neste sentido, vide G.ROEHRSEN DI CAMMERATA, *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, Zanichelli Editore, Bologna, 1959, pp.54 e seguintes.

<sup>691</sup> Deste modo, a «lógica da função» e o respectivo regime jurídico material que deve resulta, apenas persiste em plenitude nos contratos administrativos por natureza, que como vimos possuem um objecto público, sendo que nos demais contratos administrativos, a exigência de disponibilidade permanente não existe, pelo que, «sem grave prejuízo para o interesse público, a vida deles pode ser regulada nos termos gerais do direito dos contratos». Seguimos esta posição preconizada por

As penalidades aplicadas por força de «mora» na execução contratual não podem ser reconduzidas à figura da cláusula penal existente no direito civil.

Uma grande parte da doutrina considera que esta prerrogativa reconhecida à Administração consubstancia-se em autênticas manifestações do poder sancionador. A apoiar esta ideia, a «Junta Consultiva de Contratación del Estado (...)» considera que las «penalizaciones tienen una finalidad compensatoria de los perjuicios sufridos por la Administración por el atraso en el cumplimiento de los contratos, pudiendo considerarse como «indemnización tasada»<sup>692</sup>.

Nesta senda, vai o Acórdão do Supremo Tribunal Espanhol de 6 de Março de 1997, que invoca os fundamentos jurídicos seguintes: «El procedimiento sancionador previsto en la ley de Procedimiento Administrativo (...) no resulta de aplicación (...) en el seno de la contratación administrativa, permite a la Administración Pública ejercer facultades de coerción sobre los contratistas para una correcta ejecución del contrato. La naturaleza jurídica de estas penalidades, que constituyen un medio de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual (...) siendo subsumida en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuyen a la Administración contratante (...). La parte reconoce que el pliego de condiciones del contrato de prestación de servicios en litigio contiene el sistema de multas que se ha aplicado, (...) nos encontramos ante sanciones previamente pactadas entre las partes, a semejanza de la multa convencional del artículo 1152 del Código Civil (CC), aunque la multa convencional no ostente en la contratación administrativa las finalidades que cumple en la esfera civil de pena convencional que substituye a la indemnización de daños y perjuicios (...) ni lo que la doctrina privatista ha denominado “dinero de arrepentimiento (...)»<sup>693</sup>.

Por seu turno, anteriormente, o Acórdão do Supremo Tribunal Espanhol de 30 de Outubro de 1995, havia considerado que: «(...) cuando la conducta sancionadora se produce en el seno del contrato y el efecto que de ella se deriva se encuentra previsto en el Pliego de condiciones, no se está ante una sanción, en sentido estricto, por lo que no es procedente aplicar a su imposición el procedimiento sancionador legalmente establecido al efecto».

Desta decisão podemos recolher determinados caracteres relacionados com o regime jurídico das penalidades que terão aplicação por força da «mora» na execução do contrato: (a) as penalidades não desempenham uma função liquidatória «a priori» dos danos e prejuízos,

---

PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.104.

<sup>692</sup> Vide a obra sob a coordenação de JOSÉ VICENTE CATALÁ MARTÍ, *La Contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Civitas, 2008, pp. 474.

<sup>693</sup> Encontra-se de modo mais desenvolvido na obra sob a coordenação de JOSÉ VICENTE CATALÁ MARTÍ, *La Contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Civitas, 2008, pp. 475.

nem sequer são substitutivas do cumprimento do contrato; (b) não são verdadeiras sanções em sentido estrito, porque incluem-se dentro dos poderes de direcção, inspecção e controlo da Administração contratante e podem ser impostas sem se seguir os trâmites do procedimento sancionador legalmente previsto.

Por conseguinte, se a opção da Administração for a imposição de penalidades diárias, compete proceder à distinção entre o incumprimento imputável («*por culpa*») do contraente do prazo total da situação de incumprimento culpável dos prazos parciais, caso em que se aplicarão as penalidades que foram expressamente previstas no clausulado.

A Junta Consultiva da Comunidade de Madrid, na sua Comunicação de 6/2004, de 4 de Junho considerou que a imposição de penalidades, enquanto medida para conseguir restabelecer o cumprimento para a correcta execução dos contratos, tem de resultar do incumprimento de obrigações contratuais reconhecidas como tais nas cláusulas contratuais, determinando os pressupostos, alcance e procedimento para o seu exercício que, pelas especiais características do contrato, se considerem necessárias para a correcta execução do mesmo e que e ainda que a citada necessidade seja devidamente fundamentada<sup>694</sup>.

No que se prende com o «*ius variandi*», optámos por lhe dedicar, em virtude da sua relevância, um ponto no qual desenvolvemos o seu teor e a sua problemática com maior pormenor.

### 2.3.2. O «*Ius Variandi*» e o Mecanismo de Reposição do “Equilíbrio Financeiro”.

*«O poder de modificação unilateral tem como efeito típico a conformação autoritária de uma relação jurídico-administrativa, que foi tendencialmente conformada a título prévio por um contrato administrativo»*<sup>695-696</sup>.

O «*ius variandi*» ou poder de modificação unilateral do contrato<sup>697</sup> distingue-se de todas as outras figuras jurídicas afins,<sup>698</sup> porquanto possui uma «*eficácia permissiva*,

<sup>694</sup> Neste sentido, vide a obra sob a coordenação de JOSÉ VICENTE CATALÁ MARTÍ, *La Contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Civitas, 2008, pp. 476. Vide, igualmente, a obra de referência sobre o contrato administrativo, onde são abordados e desenvolvidos as prerrogativas de autoridade, em sede contratual, da Administração Pública, da autoria de MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 120 e seguintes. Vide ainda Vide, de igual modo, CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO, *Contratación Administrativa. Administración Estatal y Autonómica. Administración Municipal*, Publicaciones Jurídicas, DAPP, Pamplona, 2008, pp. 406 e seguintes.

<sup>695</sup> Neste sentido, vide, de modo desenvolvido, LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp.207. Recomenda-se o estudo acerca da matéria, que não pretendemos aqui desenvolver, relativa às garantias contenciosas do co-contratante da Administração no decurso do exercício por parte desta do «*ius variandi*», da obra de LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp. 305 e seguintes.

<sup>696</sup> Particularmente sobre a matéria relativa ao reequilíbrio financeiro, vide MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo (coord. López-Muniz e Fausto de Quadros), pp.186 a 188.

<sup>697</sup> É interessante assinalar as possíveis tipologias ou categorizações de modificações no âmbito do contrato administrativo de obras, celebrado entre a Administração e o seu parceiro privado. Sobre este aspecto, a nosso ver, pertinente do regime jurídico do contrato administrativo, vide PABLO CALVO Y RUATA, “El Contrato Público de Obra (con especial referencia al contrato público-administrativo de obra)”, in *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pp.336 e seguintes; JOSÉ MARÍA F. ASTUDILLO, *Contratación Pública*, Bosch, Tomo II, Barcelona, 2008, pp. 797 e seguintes, também se pronunciando sobre a problemática envolvente entre a modificação unilateral do contrato e o equilíbrio do mesmo.

<sup>698</sup> Importa, em traços breves, proceder à destriça entre «*ius variandi*» e figuras afins ou poderes afins.

Desde logo, vamos operar a distinção entre o «*ius variandi*» e o poder de direcção da Administração Pública, por um lado e, entre «*ius variandi*» e poder de fiscalização desta entidade, por outro lado. Com efeito, este último visa assegurar a concretização e primazia do interesse público na boa execução do contrato, não tendo por finalidade a satisfação de quaisquer outros desideratos ou interesses que aqueles visados pelo contrato; pelo contrário, o «*ius variandi*» pode e deve ter em consideração interesses supervenientes. No tocante, à distinção entre o «*ius variandi*» e o poder de fiscalização, aprez-nos referir que o primeiro destaca-se do segundo, na medida em que implica uma «eficácia inovatória» visto que «*postula a criação de efeitos jurídicos novos*». Para além do aspecto que se prende com a «eficácia», também assinalamos diferenças substanciais no que se refere ao «fim», porquanto o poder de fiscalização visa assegurar o interesse público com a boa execução contratual, graças ao cumprimento integral dos interesses unicamente contemplados no contrato, ao invés, o «*ius variandi*» ocupa-se não só desses interesses contratualmente previstos, mas igualmente, de *novos* interesses, fora do objecto contratual.

Mas, torna-se imperiosa a realização de outra distinção, nos aspectos que se prendem com o objecto e com o elemento teleológico, entre o «*ius variandi*» e o poder de rescisão unilateral (de origem francesa). Desde logo, quanto ao objecto, o «*ius variandi*» diverge da «rescisão unilateral», porque este último incide sobre o contrato em bloco, ao passo que o primeiro versa unicamente sobre obrigações determinadas e, nestes termos, citando LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, «(...) uma rescisão unilateral parcial não seria mais do que o exercício de um poder de modificação unilateral encapotado» (pp.112). Mormente no que se refere à eficácia jurídica, o poder de rescisão unilateral produz inevitavelmente uma eficácia extintiva de efeitos jurídicos do contrato, ao passo que o «*ius variandi*» somente conduz a uma eficácia modificativa. No que respeita ao fim, o poder de rescisão unilateral «reconhece que o interesse público concretamente prosseguido pelo contrato administrativo já se alcançou ou já não se pode alcançar (...) sendo que, contrariamente, o poder de modificação unilateral parte do pressuposto que esse interesse público é alcançável por essa via contratual» (pp.112).

Por outras palavras, o «*ius variandi*» persegue incansavelmente o interesse público em que assentou a decisão de contratar e a própria celebração do contrato; pelo contrário, a rescisão unilateral tem por finalidade alcançar outros interesses que não o «interesse público originário» ou primário. Para além das várias facetas distintivas entre estes dois últimos poderes, é essencial fazer uma ressalva. Mormente nos casos em que o poder de rescisão unilateral tem o seu fundamento jurídico no facto de o interesse público carecer de outras formas administrativas de concretização, considera-se que a conformação do interesse público que esteve na base do contrato administrativo, no seu essencial, ainda permanece, o que significa que simultaneamente, existem situações em que o «*ius variandi*» visa a «*realização de outros interesses que não os interesses que originariamente constituíram o motivo principalmente determinante da celebração do contrato*» (itálico nosso, pp.112).

Releva, igualmente, distinguir o «*ius variandi*» do poder de sanção da égide da entidade pública. Na verdade, ao passo que o poder de aplicar sanções - tem como consequência a perda de direitos ou, de outro modo, um sublinhar do lado passivo da relação jurídica mediante o aumento de deveres, de obrigações ou de imposições sobre a esfera jurídica do parceiro privado, traduzido normalmente em deveres de cariz pecuniário - encontra-se «relacionado com a verificação de um *facto merecedor de sanção*» ao passo que, diferentemente, o poder de modificação unilateral está sempre ligado à *superveniência de um interesse público*» (itálico nosso, pp.114). Mas, outro aspecto que distingue estas figuras jurídicas é o fim ou objectivo das mesmas. Senão vejamos. O poder sancionatório tem como objectivo primordial assegurar o cumprimento escrupuloso do contrato, ou seja, o acatamento pelo parceiro privado do seu leque de prestações contratuais, ao invés, o «*ius variandi*» visa alterar o contrato, assim como, as respectivas prestações e obrigações dele resultantes.

O «*ius variandi*» distancia-se, a nosso ver, ainda do «*fait du prince*» («*factum principis*»), desde logo, no que respeita à sua estrutura, em termos diversos, pese embora para Autores como MARCELLO CAETANO, são conceitos correspondendo à prerrogativa administrativa exorbitante “de introduzir unilateralmente certas modificações no regime das prestações a fazer pelos particulares a quem esteja vinculada por contrato administrativo”. A este respeito, MARIA JOÃO ESTORNINHO salienta o facto de «a maioria dos autores tem, assim, reconhecido à Administração este direito – considerado mesmo como a sua prerrogativa exorbitante por excelência – de alterar as prestações devidas pelo contraente particular, de forma a adaptá-las à melhor prossecução do interesse público visado no contrato».

Aquela distinção opera-se, a nosso ver numa vertente funcional, material e teleológica. Ora, em termos funcionais, o primeiro pressupõe a prática de um acto dimanado do próprio exercício administrativo, ainda que se apresente sob a forma e com força de lei. Por seu turno, o segundo, não deriva sempre de um acto emanado de um acto administrativo podendo, contudo, resultar de um acto praticado por outra função estadual. No que diz respeito à vertente material, o «*ius variandi*» supõe sempre um acto individual concreto, tendo por objecto uma dada categoria circunscrita de situações, assim como, um sujeito ou, pelo menos, um conjunto determinável de sujeitos. Ora, o «*fait du prince*» poderá, eventualmente, resultar de um acto genérico.

Em termos teleológicos, o «*ius variandi*» pretende afectar o conteúdo e o cerne do contrato, adaptando-o à transmutação, reconfiguração ou superveniência do interesse público. Já o «*fait du prince*» tem como desiderato a satisfação de outros interesses gerais ou particulares, dando resposta a solicitações e aspirações de outra ordem, somente afectando o objecto contratual de modo indirecto. O «*ius variandi*» implica, «como efeito directo e típico do acto em causa uma alteração contratual, ao passo que o *factum principis* conduz à modificação contratual, mesmo quando no exercício do poder administrativo, apenas, como um efeito indirecto ou reflexo da sua eficácia típica funcional». Continua aquele Autor, na senda da diferenciação entre estes dois institutos jurídicos, «(...) o «*ius variandi*» difere, ainda, do *factum principis*, quanto ao seu regime, dada a maior limitação de utilização que é inerente à primeira figura, uma vez que não é possibilidade constante de todos os contratos da Administração». (pp.116) Neste sentido, vide LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp.105 e seguintes; pp. 112 a 120. Vide, ainda, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 130 e seguintes.

*legitimadora, a de permitir modificar um contrato administrativo que foi firmado por acordo de ambas as partes, o que implica, pois, uma exceção ao princípio pacta sunt servanda»<sup>699</sup>.*

Dito doutro modo, «o poder de modificação unilateral consubstancia um poder, ou seja, uma situação jurídica activa, que é unilateral, ou seja, que se salda num poder potestativo e trata-se de um poder de modificação, ou seja, de um poder que implica uma alteração do objecto de regulação», ou seja, do contrato administrativo<sup>700</sup>.

Importa, de outro passo, mencionar que, o poder de modificação unilateral do contrato, pertencente ao parceiro público da relação jurídico-contratual administrativa aparece, jurídica e doutrinariamente indissociável de um instituto jurídico dele autónomo e que dele se distingue, denominado de «alteração das circunstâncias»,<sup>701</sup> o qual por seu turno, suscita sérias questões concernentes à reposição do «equilíbrio financeiro» do contrato.

Como salienta MARIA JOÃO ESTORNINHO, acerca da necessidade de manter o *status quo* financeiro e a estabilidade contratual, «o reconhecimento de um direito à estabilidade do contrato justifica que a lei obrigue a entidade pública contratante a repor o equilíbrio financeiro do contrato, protegendo não apenas os interesses económicos do contratante particular, mas também o seu interesse à estabilidade do contrato, o que se traduz na imposição de limites e condições ao exercício de tais poderes»<sup>702</sup>.

A distinção entre ambos os institutos merece-nos particular relevância, visto que é passível de existir *alguma confusão*<sup>703</sup> mormente no que respeita ao fundamento do «*ius variandi*», o que se explica pelo facto de um dos principais motivos para o exercício deste poder reconduzir-se a uma alteração (significativa) de circunstâncias em que ambas as partes fundaram a sua decisão de contratar e/ou de contratar naqueles termos concretos.

A distinção entre o «*ius variandi*» e a alteração das circunstâncias faz-se essencialmente em três níveis ou planos: a) fundamentos; b) estrutura; c) efeitos.

---

<sup>699</sup> (itálico nosso) Neste sentido, vide a obra de incontornável pertinência a propósito do poder de modificação unilateral do contrato administrativo, de LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp.100 e seguintes. Vide, ainda, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 130 e seguintes. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 444 e seguintes.

<sup>700</sup> Citamos, a este propósito, LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp.99.

<sup>701</sup> Neste sentido, vide LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp.116 e 117. Veja-se ainda a obra de MARIA JOSÉ ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 130 a 137. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 444 e seguintes.

<sup>702</sup> Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 455 e, com particular relevância sobre este tema, pp. 459.

<sup>703</sup> Expressão utilizada por LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp.116.

O fundamento do «*ius variandi*» é, na vasta maioria das situações, o interesse público e em termos de estrutura, pressupõe sempre a prática de um acto jurídico-público (« (...) permite à entidade pública contratante, enquanto parte do contrato, com fundamento na lei e mediante sujeição a limites e contrapartidas, modificar as prestações contratuais, procurando adaptá-las a novas exigências do interesse público») <sup>704</sup>. Por sua vez, a alteração das circunstâncias funciona de modo directo, sem ser necessária qualquer mediatização para a produção dos seus efeitos jurídicos.

A alteração das circunstâncias constitui, em si mesmo, um instituto autónomo e, nas palavras de LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, «o acto de modificação unilateral (inserido no poder administrativo) visa, apenas, de forma vinculada e não discricionária, plasmar as exigências jurídicas resultantes da aplicação do instituto da alteração das circunstâncias ao contrato administrativo e não prosseguir autonomamente qualquer interesse público ou outros princípios administrativos. (...) a alteração das circunstâncias pode derivar, ainda, da prática de um acto jurídico-público (...)» <sup>705</sup>.

No tocante à matéria dos efeitos jurídicos, ao passo que o «*ius variandi*» pode ter eficácia inovatória acerca do objecto do contrato, ou seja, do seu conteúdo ou clausulado, já a alteração das circunstâncias tem por finalidade contribuir para a conformação da realidade contratual à superveniência de novas circunstâncias, apesar de poder existir alguma margem de livre apreciação por parte do parceiro público.

De todo o exposto, antes de desenvolver o «*ius variandi*» enquanto prerrogativa por excelência ou poder exorbitante, exclusivamente pertencente ao ente público, afigura-se-nos pertinente tecer algumas considerações de teor doutrinal e dogmático acerca do instituto jurídico de «alteração das circunstâncias», o qual possui fértil campo de aplicação particularmente em contratos de considerável duração, no seio dos quais as parcerias público-privadas surgem como paradigma, em virtude da longa durabilidade da vida contratual impressa nas mesmas.

Assim sendo, apraz-nos, começar por referir que a «locução “alteração das circunstâncias” exprime, na linguagem jurídica portuguesa actual, o instituto vocacionado para intervir quando se modifiquem, de modo significativo, os condicionalismos que rodearam a celebração de um determinado contrato» <sup>706</sup>.

---

<sup>704</sup> (itálico nosso) vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pp.457.

<sup>705</sup> Neste sentido, vide LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp.117, assim como, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 130 e seguintes.

<sup>706</sup> Neste sentido, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp.51. Acerca do «equilíbrio financeiro do contrato» vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 455 e seguintes.



Ademais, importa salientar a pertinência deste instituto, do ponto de vista da «vida contratual» e, acima de tudo, das suas vicissitudes. É, neste sentido, o instituto jurídico que norteia a questão concernente à manutenção, cessação ou conformação do contrato em causa e correspectivamente a base do negócio.

A este propósito, aprez-nos citar um Autor<sup>707</sup> aflorado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, segundo o qual a «base do negócio» consiste na «representação de uma parte, patente na conclusão de um negócio e reconhecida pela contraparte eventual, da existência ou do surgimento futuro de certas circunstâncias sobre cuja base se afirma a vontade».

Desta consideração afigura-se-nos curial concluir, na senda de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, que a «base do negócio» para OERTMANN é de cariz subjectivo, porquanto derivada da vontade contratual das partes, não bastando, porém, que seja cognoscível por ambas. Mais que isso, a base do negócio teria de ser passível de apreensão geral ou comum (cognoscibilidade objectiva ou geral).

No fundo, esta posição, objecto de diversas críticas doutrinárias, sintetizava-se do seguinte modo: «tudo quanto, de válido e eficaz, possa ser imputado à vontade das partes, consta do negócio; por isso, a alteração das circunstâncias, a actuar através da vontade das partes, há-de filtrar-se no contrato».

Mas, note-se bem que, pese embora, o que foi mencionado a respeito da vontade das partes, a «verdadeira» e a «mais característica» das alterações de circunstâncias é a que é inusitada, inesperada, que brota da espontaneidade dos eventos e, por vezes, da própria natureza das coisas, apanhando ambas as partes totalmente de surpresa ou, pelo menos, uma delas. E, é precisamente neste contexto, por este motivo, que se revela inadequada a teoria subjectivista da base do negócio.

Também LARENZ enunciou uma construção teórica acerca da «base do negócio», desta feita, de carácter objectivista, na medida em que para este Autor, a «base do negócio» «apenas poderia ser determinada com recurso ao próprio contrato, à sua interpretação e, logo, à vontade das partes, uma vez que a estas compete determinar o tipo de equivalência existente entre a prestação e a contraprestação e, (...) firmar a margem de risco que considerem aceitável, enquanto, que, o escopo contratual é, por definição, função de cada contrato e das vontades nele corporizadas»<sup>708</sup>. Ora, para uma teoria da base do negócio que se assumia como «objectiva», o recurso ao acervo de intenções e pressuposições das partes inviabiliza esse desiderato.

---

<sup>707</sup> PAUL OERTMANN. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp.60.

<sup>708</sup> Neste sentido, LARENZ, Autor citado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp.61 e 62.



Podemos, em jeito de síntese, referir que a teoria de LARENZ tornou-se «impraticável», porque desprovida de critérios objectivos e a «base do negócio tornou-se uma fórmula vazia (...) acabou por perder conteúdo dogmático e normativo»<sup>709</sup>.

Acresce, por outro lado, que a alteração das circunstâncias enquanto instituto jurídico apresenta-se como uma via supletiva ou meramente subsidiária, o que significa que terá campo de aplicação quando a questão concreta não possa ser solucionada à luz de outros institutos jurídicos específicos.

A questão relacionada com a alteração das circunstâncias traz à colação três orientações doutrinárias principais, de origem privatística que, apenas conjuntamente fazem sentido serem tidas em consideração. São elas: a) teoria do risco; b) princípio da protecção da confiança; c) interpretação contratual e cláusulas de *hardship*.

No que concerne à *teoria do risco*, podemos dizer que esta assenta na ideia de que o dano é comportado pela esfera jurídica onde o mesmo se produza, de acordo com o brocardo romano «*casum sentit dominus*». Na vida contratual, o nível de risco existente e a álea que envolve a celebração do contrato, é livre e voluntariamente assumida pelas partes que o procuram, que o subscrevem.

Neste sentido, refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO que esse risco é traduzido no facto de o dano numa esfera ser, geralmente a mais-valia da outra. «Contratar é perigoso e, por isso, atraente: cada parte sabe, de antemão, que o seu grande sucesso acarreta o insucesso da outra parte (...)»<sup>710</sup> e, de acordo com este raciocínio, o princípio do risco conduz a que as superveniências se repercutam, apenas, na esfera que as sofra. Contudo, considera este Autor, «a ideia de risco, em si mesma, não traz regras da sua própria limitação e da sua distribuição»<sup>711</sup>.

De outro passo, WOLFGANG FIKENTSCHER desenvolveu o esforço de encontrar no princípio estruturante e charneira do Direito, princípio da confiança, a solução para a questão suscitada pela «alteração das circunstâncias», consubstanciado na ideia de que o «risco é expressão da autonomia privada»<sup>712</sup>.

Para esta corrente doutrinária, no momento da celebração do contrato, as partes voluntariamente submetem-se ao factor «risco» e apesar de estarem conscientes sobre o

<sup>709</sup> Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp.62.

<sup>710</sup> Neste sentido, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp.63. A este respeito vide igualmente PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.101 e seguintes.

<sup>711</sup> Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp.64. De incontornável relevância a respeito dos poderes públicos do Estado no âmbito contratual, vide a obra de PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.101 e seguintes.

<sup>712</sup> Autor citado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp.63 e 64.

elemento «insegurança» quanto ao resultado pretendido pela conclusão desse contrato, confiam na estabilidade do vínculo contratual e da manutenção de certas circunstâncias que determinaram a decisão de contratar.

Para esta linha de pensamento doutrinal, a denominada «base de confiança» abrange todos os aspectos e elementos que não se inserem no âmbito do risco contratual e surge alicerçada no princípio de boa-fé. Apesar dos méritos incontestados relacionados com esta teoria respeitante à alteração das circunstâncias, ela não logra, por si só, resolver a questão: «A base da confiança, a recortar negativamente na margem de risco admissível, releva, afinal, em função da lei e da vontade das partes, pelo que, só por si, não dá a chave de todas as questões»<sup>713</sup>.

Relativamente à interpretação contratual e às cláusulas de *hardship* enquanto via possível para dar resposta à questão da alteração das circunstâncias no âmbito contratual, cuja criação devemos a SCHIMDT-RIMPLER, assenta na ideia de que o contrato vale de *per si* e pela valoração que acarreta para a ordem jurídica.

Menciona este Autor, a respeito do contrato, a seguinte consideração: «Ele não vincula, por isso, apenas pela necessidade moral de cumprir a palavra dada, mas, também, pela valoração que traduz. Tal valoração emerge de uma série de representações das partes que, no conjunto, formam a “base da valoração do negócio”»<sup>714</sup>.

Nestes termos, em caso de eliminação da referida valoração por virtude de circunstâncias supervenientes, o princípio contratual implicaria, de igual modo, a eliminação do contrato.

Como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a inovação trazida por esta doutrina consiste no facto de *a apresentação da eficácia da alteração das circunstâncias* ser encarada não como uma excepção ao *princípio do pacta sunt servanda*, mas, pelo contrário, como parte integrante dele e sua expressão directa<sup>715</sup>.

As cláusulas de *hardship*, revelam-se ser particularmente relevantes em contratos internacionais e em contratos de longa duração, na medida em que estes pela sua própria natureza, objecto (edificação, manutenção, gestão e exploração de grandes infraestruturas) e vocação (projectados para o futuro, normalmente entre quinze e trinta anos) acarretam consigo riscos de modificações ao nível das condições consideradas pelas partes no momento

---

<sup>713</sup> Neste sentido, Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp.65.

<sup>714</sup> Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp.65 a 67.

<sup>715</sup> Neste sentido, Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp.65.

da celebração do contrato e outras vicissitudes, de índole económica, financeira, política ou de outra espécie.

As cláusulas de *hardship* são, por isso, muito proveitosas a parcerias público-privadas, enquanto contratos de longa durabilidade, e consistem em cláusulas através das quais as partes estipulam entre si, com base na sua liberdade de conformação contratual, um dever de renegociar os termos do contrato celebrado, em caso de surgir uma alteração das circunstâncias.

Supondo que, num dado contrato, foram omitidas estas cláusulas, pode considerar-se que existiu uma omissão das partes, estando perante uma verdadeira lacuna contratual que deverá ser colmatada com recurso às regras de integração da vontade hipotética das partes, nos termos do artigo 239º, do Código Civil.

Ponto assente é que qualquer alteração das circunstâncias pode, com base em consenso das partes, encontrar «ajustamento» no clausulado contratual, desde logo porque «as partes podem prever alterações de circunstâncias e estipular para tal eventualidade»<sup>716</sup> e, neste caso, não existirá qualquer *vexata quaestio* a resolver.

Em caso de não previsão por parte das partes a esse respeito, ou a ter existido, seja dúvida, impor-se-á uma «interpretação» do contrato de modo a suprimir essa concreta lacuna. Mas, torna-se imperioso proceder a uma concretização ou, se se quiser, a uma precisão jurídica concernente a lacunas resultantes da alteração de circunstâncias: «A lacuna contratual (...) traduz uma falta de estipulação onde, pela lógica interna do próprio negócio considerado, deveria haver um clausulado. Na alteração das circunstâncias, o problema é outro: há uma estipulação consentânea com a lógica do convénio em causa e com a agravante de tal estipulação ser legítima, válida e eficaz. Não se trata, pois, de integrar vácuos regulativos, mas de afastar normas válidas funcionais e aplicáveis, em nome de uma lógica que não mais se pode reclamar da vontade das partes»<sup>717</sup>.

Aliás, como sabemos, as partes, ao celebrarem um dado contrato destinado a vigorar na ordem jurídica a longo prazo, conformam-se tácita e voluntariamente às respectivas vicissitudes que são passíveis de surgir no decurso da execução do mesmo.

Reportamo-nos agora, de modo desenvolvido, sobre o «*ius variandi*» propriamente dito.

<sup>716</sup> Neste sentido refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO «ninguém duvida de que qualquer alteração das circunstâncias pode, a ser prevista, encontrar solução cómoda e válida no articulado contratual. A tal propósito,, fala-se nas cláusulas de *hardship*: cláusulas pelas quais as partes estabelecem um dever de renegociar o contrato, caso opere uma alteração das circunstâncias». Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp.65 e 66.

<sup>717</sup>(itálico nosso) Neste sentido, Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp.66. Vide, igualmente, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.101 e seguintes, assim como, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 140 e seguintes.

De todas as prerrogativas do parceiro público no âmbito contratual, a prerrogativa exorbitante por excelência, é a do «*ius variandi*», a qual suscita mais questões ou problemáticas que se prendem com a «estabilidade contratual».

Consiste, pois, num poder que possui a susceptibilidade de contender ou afectar elementos próprios do contrato, tais como, a própria noção do contrato estabelecido entre as partes, o princípio do *pacta sunt servanda* e os direitos e expectativas adquiridos pelos co-contratantes (parceiros privados) da Administração. Com efeito, fazendo apelo aos ensinamentos de MARIA JOÃO ESTORNINHO «(...) nem tudo num contrato pode ser alterado pela Administração, a seu bel-prazer, e que qualquer modificação exige como contrapartida a reposição do equilíbrio financeiro do contrato (...)»<sup>718-719</sup>.

Não estamos perante o «*ius variandi*» em diversas situações, como por exemplo: a) quando o próprio poder de modificação unilateral encontra-se expressamente consagrado a favor da Administração, *ab initio*, no próprio contrato ou em norma que lhe seja aplicável; b) quando deriva da própria vontade das partes, mediante a celebração de um acordo posterior adicional ou suplemento ao próprio contrato; c) quando as partes convencionam, de sua livre iniciativa, a extinção e/ou modificação do contrato mediante a verificação de certas condições ou ocorrência de determinadas situações, onde se preveja a automática modificação do contrato<sup>720</sup>.

Citando MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, este poder é, a par do poder de resolução unilateral, «aquele que mais frontalmente põe em causa a estabilidade contratual, pelo que a lei rodeia o seu exercício de algumas cautelas, traduzidas na imposição de três importantes limites: o núcleo essencial do contrato, o respeito da concorrência e o equilíbrio financeiro do contrato»<sup>721</sup>.

---

<sup>718</sup> Palavras de MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 134 e 135; vide, ainda, A.V.V., *Contratos, Adjudicaciones y Concesiones de la Administración Pública. Contratti, Aggiudicazioni e Concessioni dell'Amministrazione Pubblica*, IV Coloquio Italo-Español, Tribunal Supremo, Madrid, 2002, pp.81 e seguintes (100 a 104); JOSÉ MARÍA F. ASTUDILLO, *Contratación Pública*, Bosch, Tomo II, Barcelona, 2008, pp. 797 e seguintes.

<sup>719</sup> A respeito da manutenção do equilíbrio económico-financeiro do contrato, Vide, de igual modo, CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO, *Contratación Administrativa. Administración Estatal y Autonómica. Administración Municipal*, Publicaciones Jurídicas, DAPP, Pamplona, 2008, pp. 206 e seguintes.

<sup>720</sup> Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 135. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 46 a 49.

<sup>721</sup> Quanto ao limite relativo ao «núcleo essencial do contrato», este consiste nas «prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato», sendo, assim, formado pelas prestações que o individualizam do ponto de vista substancial, nos termos do artigo 313º. Relativamente ao limite concernente ao «respeito pela concorrência», este estabelece a proibição da «modificação unilateral» do contrato quando esta viole a concorrência, mais precisamente, quando «impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo regime de formação do contrato», nos termos do artigo 313º, nº1. Assim a «modificação unilateral» do contrato apenas é legalmente admitida quando seja objectivamente demonstrável que, caso ela tivesse constado do caderno de encargos, a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada ou quando, por força do vínculo contratual e do decurso do tempo, tal exigência deixasse de se justificar, nos termos do artigo 313º, nº2. No que prende directamente com o terceiro limite enunciado pelos ora Autores, ou seja, com o respeito pelo «equilíbrio financeiro do contrato», importa mencionar a proibição expressa que recai sobre a Administração, arredando-a da possibilidade de proceder à alteração dos pressupostos financeiros sobre os quais assentou o contrato. Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 144.

Por isso mesmo, o «*ius variandi*» não pode ser visto como um *poder ilimitado e sem compensações*<sup>722</sup>, devendo ser estribado dentro de condicionantes legais e contratuais rigorosas, sob pena de ser desvirtuada a ideia de contrato que tem por base um consenso entre partes, em posição de igualdade.

Nesta senda, MARIA JOÃO ESTORNINHO elenca, com base na doutrina, duas vias possíveis para coarctar-se, de modo sensato, este poder da Administração: a) operar a distinção entre cláusulas modificáveis e cláusulas imodificáveis em qualquer contrato administrativo; b) afirmar que qualquer modificação é admissível, conquanto que não afecte o próprio núcleo contratual (o objecto do contrato).

Sobre este aspecto em concreto, relativo ao objecto do contrato, importa trazer à colação as considerações realizadas por MARIA JOÃO ESTORNINHO: «a própria noção de objecto do contrato tem sido, para este efeito, fonte de acesa controvérsia e a tendência é para distinguir o objecto em si mesmo e as prestações contratuais, admitindo apenas que a Administração altere estas últimas, mas exigindo que *mantenha intocável o primeiro*. (...) enorme limitação que isto representa para o próprio âmbito do “*ius variandi*”, uma vez que se admite que a Administração imponha alterações às prestações do seu co-contratante, no que respeita à sua quantidade, modelo, condições técnicas e jurídicas de execução, *mas não que lhe possa ordenar que passe a prestar uma actividade diferente daquela a que se comprometera*».

Continua esta Autora, mencionando a tendência pela qual a Administração não pode, *inclusive*, impor a realização de prestações alheias ao inicialmente estabelecido no clausulado ou, alterações que sejam susceptíveis de causar «mudanças na sua economia, mesmo quando tais modificações fossem compatíveis com o modo de gestão ou o tipo de convenção inicialmente adoptados»<sup>723</sup>.

Podemos encontrar esta prerrogativa exorbitante da Administração contemplada nos artigos 302º, alínea c), 311º, nº2, 312º a 315º, todos do CCP.

O «*ius variandi*» ou também denominado de poder de «modificação unilateral» do contrato consiste na possibilidade que a Administração possui de, sem necessidade de acordo por parte do seu parceiro privado ou de intervenção judicial, proceder à modificação das cláusulas relativas ao conteúdo ou ao modo de execução<sup>724</sup> das prestações acordadas, por

<sup>722</sup> Vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 133.

<sup>723</sup> (itálico nosso) Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 133 e 134.

<sup>724</sup> Sobre a questão pertinente que se prende com os «trabalhos a mais» e o poder de modificação, no âmbito dos contratos de empreitada de obras públicas, e, em particular sobre a «teoria da imprevisão no Código dos Contratos Públicos», vide ANA GOUVEIA MARTINS, “A Modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor SÉRVULO CORREIA*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 59 a 118.

razões de «interesse público», nos termos dos artigos 311º, nº2 e 312º, com os limites estabelecidos no artigo 313º.

Nos termos do artigo 311º, nº2, apenas é possível a modificação unilateral do contrato por parte do parceiro público, a Administração, quando para o efeito, haja ponderosas razões de «interesse público». Deste modo, a modificação por alteração das circunstâncias encontra-se excluída da esfera de autotutela administrativa, apenas podendo resultar de contrato modificativo ou de decisão judicial ou arbitral, nos termos da alínea a), do nº1, do artigo 311º, do CPP.

A finalidade desta prerrogativa é adequar o contrato às mutações do «interesse público» verificadas em momento posterior ao da respectiva celebração, de acordo com o disposto na alínea b), do artigo 312º: «(...) decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes».

A questão concernente a «alteração anormal das circunstâncias» coloca-se quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração significativa e anormal, «imprevisível» a ambas as partes, e não se encontram a coberto da «álea» dos riscos normais do contrato. E, neste contexto, a obrigatoriedade na manutenção do contrato, permanecendo as partes vinculadas às obrigações inicialmente assumidas, representa, manifestamente, uma violação intolerável dos princípios de boa-fé e de proporcionalidade<sup>725</sup>.

Perante esta situação, podemos retirar do regime insito no CCP, as seguintes consequências jurídicas a ter aplicação em «crescendo»: (a) o contrato pode manter-se em vigor, através do adequado pagamento de uma compensação financeira à parte prejudicada segundo critérios de equidade, nos termos do artigo 314º, nº2; (b) o contrato pode ser modificado, em conformidade com o disposto no artigo 312º, alínea a); (c) o contrato pode ser resolvido, nos termos do artigo 332º, nº1, alínea a) e 335º, nº1, do CCP.

Uma das situações que revela susceptibilidade de conduzir à alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar e, por vezes à própria resolução do contrato é, sem dúvida, o «*facto do príncipe*» («*fait du prince*»)<sup>726-727</sup>.

<sup>725</sup> Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 154 e 155.

<sup>726</sup> A propósito da tutela do co-contratante privado da Administração em caso de extinção do contrato administrativo em virtude do recurso ao mecanismo jurídico «*factum principis*» ou «*facto do príncipe*», vide, de modo desenvolvido CLÁUDIA DE MOURA PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos- Reflexão sobre o instituído Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em caso de extinção do contrato administrativo*, Almedina, Coimbra, 2012, pp.99 e seguintes.

<sup>727</sup> No que concerne à invocação do «*fait du prince*» por parte do parceiro público, no âmbito dos contratos administrativos, a doutrina francesa reconhece ao co-contratante ou parceiro privado duas opções, ou seja, a invocação da teoria da imprevisão ou o recurso ao mecanismo da responsabilidade contratual, sendo que neste caso, tem de alegar e provar a ocorrência de um dano: «(...) l' entrepreneur n'a que deux solutions: soit invoquer la théorie de l' imprévision si l' économie du contrat s' en trouve bouleversée, soit invoquer la responsabilité de l' administration du fait des lois ou règlements. Dans ce dernier cas, une indemnité ne lui sera accordée que s' il établit l' existence d' un préjudice vraiment spécial». Neste sentido vide

### 2.3.2.1. O «*Fait du Prince*».

Segundo FRANÇOIS LLORENS, «le fait du Prince constitue l'une des théories les plus anciennes, les plus prestigieuses mais aussi les plus «*confuses*» du droit des contrats administratifs»<sup>728</sup>, pelo que parece-nos relevante aludir a breve trecho sobre este instituto jurídico de origem francesa, o qual consiste no «acto jurídico de carácter geral, estranho à relação contratual, mas com impacto sobre a execução do contrato administrativo»<sup>729</sup>.

Em caso de «contrato de execução continuada» é possível, em fase ulterior ao momento da respectiva celebração, que venham a entrar em vigor disposições normativas de cariz constitucional, legal ou regulamentar que exerçam influência sobre a execução do contrato. Pese embora, o «*fait du prince*» aproximar-se de outras figuras como a modificação unilateral do contrato e a resolução unilateral, até pelo facto de levantar questões idênticas ao nível da tutela do co-contratante, com estas não se confunde<sup>730</sup>. Senão vejamos.

Ao passo que o «*fait du prince*» resulta de actos normativos e não necessariamente de actos próprios da função administrativa, já os poderes de modificação e de resolução unilateral são sempre exercidos mediante a prática de actos administrativos. Para além desta destriça, apesar de o «*fait du prince*» influenciar o contrato, não versa sobre este, contrariamente ao que sucede com os poderes de modificação e de resolução unilateral, os quais têm sempre por objecto o próprio contrato.

Para além deste aspecto que separa o «*fait du prince*» dos outros poderes ora mencionados, existe um terceiro ponto distintivo que consiste no facto de aquele ter origem no comportamento de uma pessoa colectiva pública alheia ao âmbito contratual. Ao invés, os outros poderes são sempre levados a cabo por órgãos da pessoa colectiva administrativa que é parte contratante.

Acresce ainda, um outro aspecto, que se prende com o facto de os poderes de modificação e de resolução unilateral do contrato terem uma influência directa sobre o conteúdo ou subsistência do contrato, ao contrário do «*fait du prince*» que se limita a alterar as circunstâncias em que assentou a celebração do contrato, sem que, no entanto, “contenda” com o seu teor ou conteúdo.

---

FRANÇOIS LLORENS, *Contrat d'Entreprise et Marche de Travaux Publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, *Bibliothèque de Droit Public*, Tome CXXXIX, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1981, pp. 396 e seguintes.

<sup>728</sup> Neste sentido, vide FRANÇOIS LLORENS, *Contrat d'Entreprise et Marche de Travaux Publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, *Bibliothèque de Droit Public*, Tome CXXXIX, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1981, pp. 396.

<sup>729</sup> Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp.155. Sobre esta matéria, vide igualmente, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 130 e seguintes.

<sup>730</sup> Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp.155, 156 e 157.



É, na realidade, interessante verificar que quando a alteração das circunstâncias seja reconduzível ao «*fait du prince*», a lei estabelece uma equiparação, em termos de efeitos jurídicos, à modificação e à resolução do contrato, através de um acto administrativo de autoridade. Existindo modificação contratual, o parceiro privado da Administração tem direito ao restabelecimento do equilíbrio financeiro do contrato em idênticas circunstâncias às da «modificação contratual unilateral», nos termos do artigo 314º, nº1, alínea a) e do artigo 282º, ambos do CCP.

A relevância jurídica do «*fait du prince*» no tocante à questão da «estabilidade contratual» é incontornável, na medida em que tem, por vezes, o “condão” de conduzir à modificação ou à própria extinção do contrato, relegando para um segundo plano o mecanismo da «alteração anormal das circunstâncias».

Por outro lado, estando perante «*fait du prince*» do parceiro privado, os regimes jurídicos aplicáveis são os da modificação e da resolução unilateral dos contratos administrativos. Assim é, porque as situações por eles reguladas são absolutamente idênticas às do «*fait du prince*». Se, pelo contrário, o «*fait du prince*» dever-se a pessoa colectiva extrínseca à relação contratual, então aplicar-se-á o regime das pretensões indemnizatórias por sacrifício de direitos patrimoniais do parceiro privado<sup>731</sup>.

Operada a destriça entre os vários institutos jurídicos relacionados com a questão da «alteração das circunstâncias do contrato»<sup>732</sup>, importa, agora, debruçarmo-nos sobre a prerrogativa da Administração no âmbito contratual, designada de «*ius variandi*» ou de «modificação unilateral» do contrato.

O «*ius variandi*» consiste numa prerrogativa decisiva no âmbito contratual, traduzindo-se na possibilidade de modificar o contrato globalmente considerado ou, em alternativa, alguns dos seus elementos. Ponto essencial para o exercício desta prerrogativa é que qualquer alteração seja motivada por razões de «interesse público» e que, do mesmo modo, a celebração dos contratos administrativos através dos quais a Administração actua, vise a

---

<sup>731</sup> Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp.157 e ainda acerca dos pressupostos objectivos do exercício desta prerrogativa, vide LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-contratante perante este Exercício), AAFDL, Lisboa, 2007, pp. 121 e seguintes. A este respeito, vide igualmente, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.108 a 109.

<sup>732</sup> Importa proceder a umas delimitações conceituais, operando a destriça entre o «*ius variandi*» e o mecanismo da «alteração anormal das circunstâncias» e, entre o «*ius variandi*» e «*fait du prince*» (facto do poder).

O «*ius variandi*», enquanto poder de modificação unilateral do contrato, tem de ser distinguido do «direito à modificação do contrato» previsto nos termos do artigo 437º, nº1, do Código Civil (CC), porquanto o «*ius variandi*» existe e pode ser exercido em situações em que não há lugar a uma modificação objectiva da base negocial, mas somente uma nova ponderação administrativa acerca das exigências que o «interesse público» impõe. Por outro lado, «*ius variandi*» também não se confunde com o «*fait du prince*», porque neste estará em causa uma modificação do contrato, mas por virtude de «actuações públicas de carácter geral, com efeitos sobre o contrato, mas que não o têm por objecto». Neste sentido, vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.109. Vide, igualmente, acerca desta matéria MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 130 e seguintes.

prossecução de fins públicos, os quais deverão pautar e constituir a linha de horizonte de todo o contrato<sup>733</sup>.

Para CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA, «esta prerrogativa es una, quizá la más relevante, delas «reglas exorbitantes» sobre las que se há sustentado tradicionalmente el régimen de los contratos administrativos, pues situá a la Administración en una posición de supremacía sobre el contratista»<sup>734-735</sup>. Com efeito, de acordo com esta doutrina, o contrato administrativo assenta na ideia de um conjunto de regras e poderes exorbitantes reconhecidos à Administração enquanto defensora do interesse público, sendo que a posição de desigualdade privilegiada em que se coloca a Administração, não é incompatível com a ideia de «contrato».

Mais que isso. Na medida em que a Administração prossegue o interesse público, “não tem o direito” de abdicar do poder de modificação unilateral do contrato, porque este não foi pensado para conferir maior poder à entidade pública, mas sim para defender, acima de tudo e de todos interesses, o interesse público.

A *ratio essendi* do poder de modificação unilateral não é assegurar a supremacia da Administração, é sim, assegurar a prossecução do interesse público e, nessa medida, qualquer contrato que o exclua é um contrato inválido «(...) por cuanto ello implicaría la dejación de una de las prerrogativas que para la buena ejecución del «servicio publico» se le otorgan, lo cual no és más que manifestación de la regla general de la irrenunciabilidad de las potestades administrativas (...)». Como consequência no clausulado do contrato, «(...) Las estipulaciones restrictivas de la facultad de modificación contenidas en un contrato deben entenderse por no puestas» (devem ler-se “não escritas”)<sup>736-737</sup>.

<sup>733</sup> Neste sentido, vide a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 270, 279 e seguintes.

<sup>734</sup> CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA tece a seguinte consideração referindo-se acerca do «ius variandi»: «(...) de que la misma figura del contrato administrativo se construyera en torno a la concesión de servicio público». Por outro lado, preconiza a posição segundo a qual «La potestas variandi rige en defecto de pacto, siendo esta nota cualificante un apoyo decisivo en orden a su caracterización como genuina potestad administrativa. No sempre, sin embargo, ha sido pacífica esta consideración (...) faltaba el reconocimiento normativo general de dicha prerrogativa. Por ejemplo, en el ámbito estatal la posibilidad de modificación de los contratos de obras unicamente se recogía en los sucesivos Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales, documentos que no constituían derecho objetivo sino cláusulas de condiciones tipo para contratos de la misma naturaleza. Y así, en la medida que dichas cláusulas se insertaban en el contrato, el se admitiera su modificación por la Administración descansaba, (...), en la propia fuerza del contrato, en otras palabras, tenía su origen por vía paccionada». Continua esta Autora, referindo que «La teoría del contrato administrativo está asentada en la existencia de un cuerpo normativo exorbitante del que rige en Derecho privado. (...) tales reglas exorbitantes han sido consecuencia de una lenta evolución, aplicándose a una clase de contratos en los que la Administración era una das partes, en atención a las finalidades públicas que subyacía a la actividad administrativa que se encauzaba a través de los dichos contratos». Neste sentido, vide CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA, *La Modificación del Contrato Administrativo de Obra. El Ius Variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 25, 26 e 54.

<sup>735</sup> Neste sentido, vide CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA, *La Modificación del Contrato Administrativo de Obra. El Ius Variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 27 e seguintes.

<sup>736</sup> Vide, neste sentido, CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA *La Modificación del Contrato Administrativo de Obra. El Ius Variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 29 e 30.

<sup>737</sup> CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA, a este respeito, salienta que «(...) incluso en Francia donde, a diferencia de nuestro derecho, no existe un precepto legal que sancione tal potestad, la misma se ha entendido como un pilar básico de la teoría y del régimen jurídico del contrato administrativo. Y así, la doctrina, basándose en decisiones del Consejo de Estado, reconoce la atribución a la Administración del poder modificadorio aun en defecto de previsión contractual expresa. Ainda a propósito do sistema jurídico francês, esta Autora menciona que «(...) se ha justificado en el poder modificadorio cualquier alteración en las condiciones que definen las prestaciones del contratista en orden a la extensión o calidad de las mismas, así como los plazos de

Esta Autora recuerda que em França, o «*ius variandi*» é considerado como um pilar essencial da teoria do regime jurídico do contrato administrativo, constituindo em si mesmo, como expressão máxima de «*potentior persona*» do parceiro público. Nesta senda, CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA defende a ideia segundo a qual o *ius variandi* «(...)es una institución que otorga particularidade al régimen del contrato administrativo, para lo cual nos es irrelevante el que traiga causa en las «modulaciones» derivadas de la presencia de la Administración o que conforme una figura sustantiva y separada de la institución contractual del Derecho privado»<sup>738</sup>.

As modificações do contrato, segundo a doutrina, podem ser de duas tipologias distintas, a saber: (a) quantitativas, por força do aumento, redução ou supressão das prestações contratadas; (b) qualitativas, devido à introdução de unidades novas ou pela substituição de uns bens ou serviços por outros.

Por outro lado, as alterações podem reconduzir-se ao elemento subjectivo do contrato, ou seja, à alteração de alguma das partes envolvidas (v.g. pressupostos, que o contratante privado deverá possuir, como a solvência) ou ao elemento objectivo, como o “valor do contrato” ou preço<sup>739</sup>.

---

ejecución del contrato e (...) se ha entendido como manifestación del *ius variandi* la decisión de la Administración de poner fin al contrato antes de que llegue a término. (...) un sector doctrinal en este país justifica la misma existencia del poder de la Administración de modificar el contrato en el reconocimiento jurisprudencial de la *relisation* o extinción anticipada del contrato por razones de interés público, en el entendimiento de que en tal reconocimiento está implícito la variación de las prestaciones».

CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA reflecte que em Espanha, provavelmente devido a influência francesa, qualificava-se qualquer alteração contratual como sendo *ius variandi* («(...) ubicaba en el *ius variandi* cualquier alteración del contrato. Y así, junto a la variación del objeto del contrato se cita a la modificación de los plazos de ejecución. La decisión administrativa de extinguir el contrato antes de que éste llegase a término por razones de interés público se ha considerado también como la manifestación más enérgica del poder de modificación»).

Neste sentido, vide CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA, *La Modificación del Contrato Administrativo de Obra. El Ius Variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 26, 27 e 54.

<sup>738</sup> CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA procede a uma destriça entre a «exorbitância» do *ius variandi* dos demais poderes contratuais que cabem por direito à Administração, em sede contratual, concluindo que o primeiro é o poder exorbitante por excelência, ou seja, que realmente é traço característico específico do contrato administrativo, por oposição aos outros poderes que não conferem especial posição de desigualdade privilegiada à Administração. Senão vejamos. «(...) ciertas prerrogativas de la Administración reconocidas en la Contratación administrativa – como la de interpretación del contrato, la exigencia por vía ejecutiva de las prestaciones debidas por el contratista, la calificación de situaciones de incumplimiento o la concurrencia de motivos de extinción del contrato (...) – parece circunscribirse al ejercicio de los derechos de la Administración al venir arropadas por el privilegio de la decisión previa y ejecutoria, pero no determinan un contenido obligacional distinto al común de los contratos, desde las reglas de la contratación privada. (...) Por ello, se afirma, tales poderes únicamente son manifestación de una diversa posición procesal que le otorga a la Administración el privilegio de la autotutela o decisión previa, al obligar al contratista a discutir su regularidad ante los Tribunales; son en consecuencia privilegios adjetivos o formales. Por el contrario, la potestas *variandi* implica que la Administración puede legítimamente variar las condiciones del contrato, lo que supone una quiebra a la regla primera de la obligatoriedad para las partes de lo convenido, (...) significa que las prestaciones deberán ajustarse a las necesidades del interés general, cuya determinación corresponde, (...) a una de las partes contratantes: la Administración. De esta forma, la *potestas variandi* puede considerarse una prerrogativa que aporta una peculiaridade de fondo al régimen de los contratos administrativos». Neste sentido, vide CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA, *La Modificación del Contrato Administrativo de Obra. El Ius Variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.28 e 29.

<sup>739</sup> A propósito dos elementos essenciais do contrato administrativo, com especial enfoque no «preço», vide SANTIAGO GÓMEZ FERRÁNDIZ, “El precio y la cuantía del contrato, la revisión de precios y el pago en la Ley de Contratos del Sector Público”, in *Aspectos prácticos y novedades de la contratación pública. En especial en la Administración Local*, La Ley, Madrid, 2009; Também acerca da «revisão de preços», vide GASPÁR ARIÑO ORTIZ, *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, pp.389 e seguintes.

Importa salientar que não se pode confundir uma eventual modificação contratual por variação do “valor do contrato”<sup>740</sup> com uma “revisão de preços”<sup>741-742-743</sup>, apesar de serem figuras muito semelhantes.

Tão-pouco poderá confundir-se com a ampliação do objecto do contrato que não pôde ser integrada no projecto inicial, a ter lugar mediante uma correcção do mesmo. A ampliação do objecto consiste na realização de uma prestação susceptível de utilização ou

<sup>740</sup> Neste sentido, vide a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 279.

<sup>741</sup> Como refere OSCAR MORENO GIL, «en la determinación del precio respecto de los contratos de obra ha de tenerse en cuenta que éstos son «a cuerpo cierto» (...). El concepto de «cuerpo cierto» se refiere, además de al hecho de la prestación del contratista, al presupuesto de la misma. La Administración contratante, durante la fase para la confección de los cuadros de precios unitarios y descompuestos para el correspondiente abono de la cantidad de obra que el contratista ejecute». A este respeito, importa salientar o carácter aleatório do contrato administrativo «el contrato administrativo tiene un carácter aleatorio (...): «la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista».

Continua este Autor, observa que parte da doutrina espanhola define a «revisão de preços» como sendo uma «(...) brecha en el principio de riesgo y ventura» ou «una excepción más al principio de riesgo y ventura». Refere, por outro lado, que «(...) el precio cierto en su concepto clásico ha sido superado» e isto é assim em quanto que actualmente se tiende a no *determinar* aprioristicamente el montante dinerario: la obligación nace *ilíquida*, pero *liquidable*, y el precio es indeterminado pero *determinable* com arreglo a los criterios objetivos previstos en la cláusula revisora. También ahora el precio *sigue siendo cierto*, si bien fuera del concepto clásico; es decir, el término *precio cierto* es (...) objeto de modulaciones».

A este respeito, vide OSCAR MORENO GIL, *La Revisión de Precios en la Contratación Administrativa*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 39 e seguintes, assim como, vide FERNANDO FERNÁNDEZ-FIGUEIROA GUERRERO, “La Revisión de Precios de los Contratos de las Administraciones Públicas: especial referencia al ámbito local”, in *Estudios sobre la Contratación en las Administraciones Públicas*, 60, Temas de Administración Local, 1996, pp.237 e seguintes. Igualmente, sobre a «revisão de preços», vide LUIS CAYUELA SEBASTIÁN, *Los Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y normas de desarrollo*, Centro de Estudios Financieros, 1996, pp. 139 e seguintes.

Segundo LUIS CAYUELA SEBASTIÁN, «el precio es un elemento esencial y común a todos los contratos, obligación de la Administración, que constituye el correlativo de la prestación del objeto a cargo del contratista. (...) estamos hablando de un contrato conmutativo, sinalagmático y oneroso» e, nestes termos, qualquer alteração ao mesmo carecerá do acordo da Administração através do órgão contratante e mediante supervisão por parte do respectivo órgão de fiscalização, o que significa que a modificação ou revisão do preço está longe de ser uma decisão discricionária, livre e, muito menos, arbitrária. E, ainda será necessária para o «(...) reajuste de las anualidades que rigieron en el contrato, (...) la conformidad del contratista para que la Administración pueda acordarlo». Acresce que, «cualquier reajuste exige la revisión del programa de trabajo, amoldándolo a las nuevas circunstancias». Na verdade, a revisão de preços tem influência directa sobre a própria concretização do contrato, mais precisamente sobre a sua execução, sendo o seu objectivo o de modificar a eficácia de um contrato já celebrado quando se verifique que uma alteração das circunstâncias é susceptível de tornar demasiada onerosa, para uma das partes, a execução do contrato inicialmente estabelecido, convertendo-o num contrato injusto (é este aspecto concreto de «injustiça» que distingue o instituto de «revisão de preços» da «actualização de preços»). Em termos de natureza jurídica, a revisão de preços consiste numa manifestação da denominada «teoria da imprevisão» ou do «risco imprevisível» assente na previsão de custos e não apenas de riscos económicos. Seja como for, salienta este Autor, a intervenção da Administração no procedimento de alteração de preços também pode ser um corolário da doutrina do *factum principis*.

<sup>742</sup> GUIDO GRECO, no que respeito ao mecanismo de revisão de preços, tece a seguinte consideração: «(...) la funzione della revisione dei prezzi consiste in un riequilibrio delle prestazioni contrattuali e, dunque, costituisce una parte essenziale del corrispettivo dell' appaltatore, talvolta assai più – (...) – del prezzo base. E la relativa esigenza deriva dalla circostanza che il prezzo dell' appalto deve essere fissato con riferimento al momento dell' offerta, mentre il pagamento viene effettuato dopo l' esecuzione dell' intera opera o di talune sue parti (principio di postnumerazione). La revisione dei prezzi perderebbe, gran parte della sua rilevanza se il prezzo fosse pagato prima dell' inizio dei lavori (...), ovvero se potesse essere determinato con riferimento al momento effettivo dei costi (...)». Neste sentido, vide GUIDO GRECO, *I Contratti Dell' Amministrazione tra Diritto Pubblico e Privato. I Contratti ad Evidenza Pubblica*, Giuffrè Editore, Milano, 1986, pp. 64 e seguintes.

Sobre a modificação do preço no seio dos «marchés publics» (contratos administrativos), sobre os factos causadores dessa alteração (seja por vontade ou acto praticado pelas partes ou seja por causa alheia a estas, como por exemplo, por causa imputável a terceiro) e toda a problemática envolvente, vide FRANÇOIS LLORENS, *Contrat d' Entreprise et Marche de Travaux Publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, Bibliothèque de Droit Public, Tome CXXXIX, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1981, pp. 376 e seguintes.

<sup>743</sup> PIER MARIA PIACENTINI refere que o principal pressuposto para o instituto jurídico de «revisão do preço» contratualmente estipulado prende-se com o aumento de custo relacionado com a própria actividade desenvolvida e não «elementos estranhos» do mercado ou o elemento de «culpa» dos contratantes: «(Il pressuposto per l' applicazione dell' istituto è l' aumento del costo complessivo dell' opera per effetto di variazioni dei prezzi correnti dei materiali, della mano d' opera, dei trasporti o dei noli. Non concorrono a far scattare il particolare meccanismo revisionale eventi estranei all' andamento del mercato che, pur comportando un aumento del «costo» dell' opera, non si traducono in un aumento dei «costi» delle componenti del medesimo». Continua o Autor, mencionando a dispensa de «culpa» dos parceiros público e privado: «L' operatività della revisione presuppone l' assenza di colpa sia da parte dell' appaltatore, sia da parte della stazione appaltante».

Neste sentido, vide PIER MARIA PIACENTINI, *Revisione dei Prezzi e Opere Pubbliche*, Teoria e Pratica del Diritto, 20, Giuffrè Editore, Milano, 1987, pp.139 e seguintes (pp.144 e 145)

aproveitamento independente ou dirigida a satisfazer finalidades novas não previstas na documentação preparatória do contrato, que deverão ser contratadas de forma separada.

Pode aplicar-se, neste caso, o regime jurídico previsto para a contratação de prestações complementares, perante um determinado circunstancialismo, concernentes aos pressupostos e situações em que deverá ser adjudicado um novo contrato mediante o procedimento por negociação.

Como qualquer prerrogativa, o «*ius variandi*», particularmente «exorbitante», deverá ser exercido com parcimónia, em conformidade com os limites impostos pelos princípios gerais de direito, de boa-fé e de legalidade. A respeito de limites, existe um particularmente determinante que se prende com o próprio «objecto do contrato»<sup>744</sup>: *princípio da intangibilidade do objecto do contrato*.

Citando a este propósito PEDRO GONÇALVES: «por via do poder de modificação, a entidade pública não, pode, portanto, impor ao seu contratante uma alteração que desfigure o tipo de contrato celebrado, convertendo-o num contrato de natureza diferente»,<sup>745</sup> em nome do *princípio da intangibilidade do objecto do contrato* (é objecto contratual a coisa a que o contrato concerne ou a própria obrigação contratualmente estipulada).

Encontrando-se perfeito o contrato, a entidade pública contratante apenas poderá introduzir modificações no mesmo, com o cumprimento estrito e rigoroso dos seguintes requisitos formais e materiais: (a) que haja fortes razões de «interesse público»; (b) que o contrato se modifique para atender a causas imprevistas, justificando devidamente a necessidade do exercício deste poder; (c) que a modificação afecte as condições essenciais do contrato; (d) que tanto a possibilidade de que o contrato seja modificado, assim como as condições em que as modificações sejam introduzidas se encontrem nas peças e nas cláusulas do contrato; (e) que as modificações do contrato, tal como o contrato inicial, devem formalizar-se em documento escrito; (f) que as modificações terão de ser comunicadas ao Tribunal de Contas, órgão externo, independente, dotado de soberania.

---

<sup>744</sup> Sobre os efeitos ou consequências jurídicas resultantes da «modificação unilateral» do contrato aconselha-se a análise do estudo aprofundado de CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA, *La Modificación del Contrato Administrativo de Obra. El Ius Variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.163 e seguintes. in *Estudios sobre la Contratación en las Administraciones Publicas*, 60, Temas de Administración Local, 1996. Vide, ainda a propósito da questão que se prende com a modificação unilateral do contrato, FEDERICO A. CASTILLO BLANCO, «Las prerrogativas de la Administración Pública en la Contratación Pública», in *Estudios sobre la Contratación en las Administraciones Publicas*, 60, Temas de Administración Local, 1996, pp. 212 e seguintes.

Mencionamos, com particular relevância, as seguintes consequências legais derivadas do exercício do «*ius variandi*»: «La resolución aprobatoria de la modificación del proyecto produce, como efecto directo, cierta variación del objeto del contrato, de la obra a ejecutar. A su vez, esta alteración del objeto provoca la modificación del contrato, es decir, las condiciones obligacionales de ambas partes, por cuanto las prestaciones recíprocas se habrán alterado. (...) produce una novación modificativa y no extintiva pues no se extingue el vínculo contractual entre las partes, sino algunas de las condiciones en que quedó fijado inicialmente. (...) existe es un solo contrato y no dos contratos diferentes».

<sup>745</sup> Neste sentido, vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.108.

No caso em que a modificação do contrato conduza a uma «variação do preço» do mesmo, então deverá reajustar-se a garantia que foi prestada pelo parceiro privado, para que assegure com a devida “proporção e adequação” o novo preço modificado. Do lado do parceiro público, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato implicará a necessidade de indemnizar o parceiro privado, em função das suas expectativas económico-financeiras frustradas<sup>746</sup>.

Importa referir que não se consideram como efeitos, as variações de preço que se produzem em consequência de uma revisão do contrato. Por outro lado, quando a modificação do contrato lese direitos do contratante afectando o equilíbrio económico-financeiro do contrato, então este deverá ser restabelecido mediante a adequada indemnização pelos danos e prejuízos resultantes da alteração ao equilíbrio contratual sofridos pelo parceiro privado. Ou, em alternativa, por um aumento do prazo do contrato (“prorrogação”), sendo que nada obsta a que as partes convencionem uma outra solução que compense a parte afectada com a modificação do contrato, conquanto que não seja desvirtuado o propósito ou a missão de «interesse público» subjacente ao contrato e desde que a livre concorrência não seja lesada<sup>747</sup>.

Como sabemos, duas das características distintivas da parceria são, por um lado, a sua longa durabilidade e os elevados investimentos que implicam, por outro lado. Ora, estes dois aspectos, da *duração* e do *investimento* fazem insurgir, aquando da celebração da parceria, questões incontornáveis decorrentes da «assunção do risco» e da eventual necessidade de «reposição do equilíbrio financeiro».

---

<sup>746</sup> Na verdade, tal como refere PEDRO GONÇALVES «(...) ao impor a modificação ou rescisão do contrato, a entidade pública frustra as expectativas económico-financeiras do seu contratante. Terá por isso de o indemnizar. (...) a entidade pública fica obrigada a repor a equação económico-financeira em que todo o contrato está baseado». Prossegue este Autor, explicando o modo como se processa este reequilíbrio económico-financeiro: a) nas situações em que o contrato se reveste de manifesta simplicidade, o contrato tem um preço estabelecido em função dos custos previstos (far-se-á a diferença entre o preço e os custos, sendo o resultado o valor de receita a ser auferido pelo parceiro privado); b) nas circunstâncias em que o parceiro público impõe uma modificação do contrato que conduz a um acréscimo dos custos inicialmente estimados, então o preço terá de ser aumentado de modo a garantir ao parceiro privado o mesmo nível de lucro que iria auferir, se a modificação não tivesse lugar; c) existem situações revestidas de maior complexidade, traduzidas numa equação financeira inicial assenta na procura prevista dos serviços prestados pelo parceiro privado e em que a sua remuneração consiste, pelo menos, parcialmente em preços pagos pelos utilizadores, o contrato é então celebrado em conformidade com uma «base de projecção de receitas e de custos».

A modificação unilateral do contrato origina, em consequência, alterações relativamente àquela base resultando uma redução das receitas expectáveis ou um incremento de custos previstos, o parceiro público fica obrigado a indemnizar o «desvio» por si causado com essa modificação contratual imposta unilateralmente. Vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.122 e 123.

<sup>747</sup> «Cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, deberá reajustarse la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación. A estos efectos no se considerarán las variaciones de precio que se produzcan como consecuencia de una revisión del mismo. (...) Cuando la modificación del contrato lesione derechos del contratista afectando al equilibrio económico del contrato, se deberá restablecer el mismo por medio de la oportuna indemnización por los daños y perjuicios que se ocasionen a aquél». Neste sentido, vide a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 280.



Esta última preocupação, relativa ao «equilíbrio financeiro» é fruto de criação doutrinal, devido à especial sensibilidade que a posição do parceiro privado suscita na doutrina.

Com efeito, recorrendo às palavras de MARIA JOÃO ESTORNINHO, «devido à situação de especial insegurança que para o particular resulta da sua vinculação às vicissitudes do interesse público, a teoria do contrato administrativo engendrou, como contrapartida, a noção de equilíbrio financeiro. Esta noção assenta sobretudo na ideia de que durante a execução do contrato deve ser sempre assegurado ao particular um equilíbrio entre encargos e vantagens, nos termos precisos em que ele se baseou para tomar a decisão de celebrar o contrato com a Administração»<sup>748</sup>.

Constitui, aliás, um verdadeiro desafio articular harmoniosamente dois aspectos à partida contraditórios entre si. De um lado, a tutela de confiança e legítimas expectativas depositadas pelo contraente privado na manutenção do «*status quo*» das cláusulas contratuais consensualmente estipuladas e, esta ideia inclui, evidentemente, os aspectos económicos (remuneração, retorno do capital investido, etc.). De outro lado, a garantia da boa prossecução do interesse público, da cabal satisfação da necessidade colectiva subjacente à concreta parceria público-privada e, à primazia do “bem-estar colectivo” que deverá presidir ao contrato em si mesmo considerado.

A preocupação inerente àqueles aspectos ora mencionados não é vã, pois é de fácil compreensão que um contrato com uma vida tão longa como a parceria (veja-se que existem parcerias que têm a duração de cinquenta anos) esteja vulnerável a vicissitudes de naturezas e origens de enorme diversidade, desde sociais (v.g. alterações demográficas), económicas (v.g. crise económica), políticas (v.g. alternâncias de partido político e, consequentemente, de visões estratégicas e de opções políticas ou, até, eventualmente, no limite, de revoluções populares de descontentamento), entre outras.

E, nestes termos, faz sentido que o parceiro privado e outros investidores pertencentes ao sector privado necessitem de acautelar os seus interesses, desde logo, relacionados com o elevado capital investido inicialmente na parceria.

Assim é, explicado em traços simplistas, por força da lógica subjacente à intervenção do privado numa parceria com o Estado, que consiste indiscutivelmente no “lucro”; é um mero negócio parte da sua actividade profissional, ao passo que o que move o parceiro público é (ou deveria ser) “o melhor” para a satisfação do interesse público.

---

<sup>748</sup> Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 119 e 120.



Deste modo, no que se prende com a «partilha de riscos» entre o parceiro público e o parceiro privado, normalmente, no clausulado da parceria, é estabelecido o seguinte: os riscos de ordem económico-financeira, bem como, os riscos de cariz político, sem esquecer os riscos resultantes de casos de força maior, cabem na esfera jurídica contratual do contraente público; ao invés, os riscos de concepção e de construção, os riscos inerentes ao financiamento recaem sobre o contraente privado.

Esta mecânica contratual simultânea e convergente de «transferência» ou «assunção» de risco, no âmbito de uma parceria público-privada, consta da previsão legal ínsita no artigo 7º, do Decreto-Lei nº 86/2003: alínea a) os diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a sua capacidade de gerir esses mesmos riscos; alínea b) o estabelecimento da parceria deverá implicar uma significativa e efectiva transferência de risco para o sector privado; alínea c) deverá ser evitada a criação de riscos que não tenham adequada justificação na redução significativa de outros riscos já existentes; alínea d) o risco da insustentabilidade financeira, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível, transferidos para o parceiro privado.

O regime jurídico constante no CCP confere prioridade ao «interesse público», em detrimento dos «interesses privados», verificável pela obrigatoriedade prevista no artigo 339º, do CCP, que recai sobre o representante do parceiro público em informar o membro competente do Governo, sempre que tenha conhecimento de que existem factos com a susceptibilidade para gerarem para o Estado encargos adicionais no âmbito da execução da parceria.

Mas, o CCP também não ignora a necessidade de restabelecer o equilíbrio financeiro do contrato que, entretanto, tenha porventura sofrido alguma vicissitude que tenha conduzido à sua alteração. Com efeito, o CCP contempla, no seu preceito constante do artigo 354º, situações compagináveis com a alteração da parceria público-privada.

No tocante em especial a alterações na execução da parceria, o CCP não tem aplicação isolada, havendo lugar à aplicação do Decreto-Lei nº 86/2003, diploma este, que opera uma dicotomia de regimes, consoante estejamos perante ora «*circunstâncias normais*» e, neste caso, aplicam-se os artigos 14º a 14º-B, ora «*circunstâncias anormais*» (imprevisíveis) das condições financeiras da parceria, merecendo esta situação a aplicação do mecanismo de «reposição do equilíbrio financeiro», previsto nos termos do artigo 14º-C.

Em conformidade com o artigo 14º-D, é obrigatório despacho prévio, por parte dos respectivos representantes do Governo, no sentido de admissibilidade de qualquer modificação de obras que não tenham sido previamente mencionadas no contrato ou, então,

qualquer decisão susceptível de, no âmbito da execução do contrato, conduzir a um aumento de custos para o parceiro público.

Juridicamente, o raciocínio relativo a esta problemática acerca da alteração anormal das circunstâncias do contrato da parceria público-privada, deverá iniciar-se pelo artigo 7º, com referência ao facto de o parceiro privado assumir, no momento da celebração, um leque de riscos. Mas não todos, tal como foi referido.

Deste conjunto de riscos que se encontram excluídos, ocupa-se o artigo 14º-C, nº1, nos termos do qual pode existir reposição do equilíbrio financeiro em caso de se verificar uma «alteração *significativa* das condições de desenvolvimento da parceria».

Entende-se por «*alteração significativa*», essencialmente, três categorias de motivos, cujo denominador comum é a sua susceptibilidade de colocar em causa o equilíbrio financeiro e contratual da parceria público-privada<sup>749</sup>: a) actuações do Estado, quer de cariz legislativo, quer de ordem administrativa ou contratual, a que se dá a designação de «*fait du prince*»; b) limitações resultantes da necessidade em prosseguir o interesse público; c) eventos ocasionais, absolutamente imprevistos a ambas as partes, pública e privada.

A eventualidade da alteração à parceria é constituída por uma miríade de etapas, tais como: a) constituição de uma «comissão de negociação» que represente o parceiro público nas negociações com o parceiro privado; b) elaboração de um relatório por aquela comissão com vista a determinar se existe cumprimento dos termos da alteração da parceria público-privada face aos pressupostos e princípios de lançamento, contratação e partilha de riscos. Este relatório versa igualmente sobre o nível de custos e de riscos que são assumidos pelo parceiro público; c) despacho conjunto pelos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, o qual, em caso de silêncio, presumir-se-á tacitamente emitido após trinta dias a contar da recepção do relatório da «comissão de negociação».

Quando no decurso da execução de uma parceria, se revele necessário proceder ao restabelecimento ou reposição do equilíbrio financeiro, há que fazer menção ao instituto geral de direito denominado «*alteração anormal das circunstâncias*»<sup>750</sup>, cuja finalidade primacial é

<sup>749</sup> Neste sentido, vide, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 196 e seguintes.

<sup>750</sup> Como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em caso de eventualidades supervenientes que sejam susceptíveis de conduzir à modificação do contrato, «(...) a saída mais evidente (...) é o recurso à vontade normativamente relevante das partes. De resto e em bom rigor: havendo cláusula explícita de adaptação, nem existirá, já, um tema de alteração das circunstâncias. Apenas deparamos com um contrato dinâmico, previsto para se aplicar ao longo do tempo e devidamente apetrechado para o efeito». No âmbito do Direito Público, as normas que estabelecem a obrigatoriedade de proceder ao equilíbrio financeiro são de ordem pública, pelo que «nenhuma cláusula de adaptação poderá ser interpretada como afastando o núcleo legal da alteração das circunstâncias, no Direito Público». Acresce que, em sede de contratos públicos, não é legalmente admitida a eliminação da faculdade de adaptação às circunstâncias, cingindo apenas ao parceiro privado o risco das alterações eventuais.

Nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a «Administração não pode fazer depender as suas funções de áleas incontroláveis. A sobrevivência económica do particular contratante é vital para a comunidade organizada (o Estado!) (...)», pelo que em nome do próprio serviço público que se visa concretizar com a celebração do contrato público, deverão ser procuradas as soluções mais viáveis e favoráveis à «*adaptação e à manutenção da saúde financeira do contrato*». (itálico nosso)

tutelar as legítimas expectativas e a confiança depositada pelas partes na manutenção e “boa” execução do contrato perante vicissitudes e riscos que não sejam “normais” («riscos *próprios* do contrato»), ou seja, aqueles riscos que, à partida, em virtude do seu carácter imprevisível, não tenham sido devidamente acautelados no clausulado do contrato da parceria.

Contudo, importa ainda assim, fazer uma breve menção aos «riscos próprios do contrato», os quais, segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, não incluem as «áreas de intervenções do Estado ou modificações ambientais e, que historicamente estiveram na origem do instituto do equilíbrio financeiro. Daí que se considerem «riscos próprios do contrato» somente «aquelas pequenas flutuações do dia-a-dia, que ao concessionário compete gerir».

Mais adianta aquele Autor, tecendo a consideração segundo a qual o instituto do equilíbrio financeiro consiste num *instrumento complexo, solene*, a ser utilizado com rigor e perante situações ponderosas, «não devendo ser utilizado para enfrentar bagatelas. Onde, a exclusão de tais “riscos”: na lei e/ou nos contratos, em cláusulas habituais»<sup>751</sup>.

Para além do mecanismo de «*reposição do equilíbrio financeiro*» e, ainda no domínio da alteração contratual da parceria, é relevante mencionar o instituto da «*partilha de benefícios*» previsto no artigo 14º, nº2, e também no artigo 341º, do CCP.

---

Mas, importa analisar diversos cenários relativos a alteração das circunstâncias, falando-se, a este respeito, em várias categorias ou tipologias de alterações: a) alterações que *caiam fora do âmbito das cláusulas* de adaptação previstas nos contratos. Estas alterações são havidas como puras imprevisões e aplica-se-lhes a lei ou, o ordenamento jurídico no seu conjunto, sendo que a reposição do equilíbrio financeiro do contrato é impositiva; b) alterações que caiam dentro da esfera do clausulado de adaptação, mas que pela sua intensidade ultrapassem o que as partes hajam previsto. São, no fundo, situações em que as cláusulas de adaptação às circunstâncias são, elas próprias, «vítimas» das alterações das circunstâncias e, neste caso, importa fazer uma ponderação assente nos princípios que regem as alterações das circunstâncias e até à Ciência do Direito; c) alterações causadas pelo próprio Estado, seja por força de alterações legislativas (Estado introduz uma nova «lei», modificando o ordenamento jurídico e o regime jurídico que regulava o sector em que cujo âmbito o contrato versa), administrativas (recurso a novos procedimentos que conduzem a *nuances* e, de certo modo, a uma perturbação do equilíbrio de certos contratos) ou, ainda, por virtude de actuações privadas, na medida em que o Estado desenvolve uma actividade concorrente à do concessionário, influenciando negativamente as margens de actuação e de ganhos económicos deste.

Citando ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, especificamente no que se prende com as «alterações resultantes da esfera jurídica do Estado»: «Deve-se prevenir que todas as alterações causadas pelo Estado devem, à partida, ser lícitas, legítimas e correctas. Se não for o caso, tais iniciativas têm de cessar, não se pondo um problema de alteração de circunstâncias. O Estado prossegue o interesse público, presumindo-se que assim suceda, correctamente. Mas, o interesse público que presida às iniciativas perturbantes não pode justificar a quebra do equilíbrio em contratos preexistentes. Joga-se a confiança no Estado: específica, do interessado e geral, da comunidade». Continua este Autor, mencionando que «as alterações de circunstâncias causadas pelo próprio Estado e que atinjam contratos públicos já celebrados vê, no fundo, assumir uma dupla dimensão: - traduzem o exercício, pelo Estado, do seu poder de modificar unilateralmente e em nome do interesse público, certos contratos; - implicam alterações de circunstâncias». Acresce que neste contexto, o próprio princípio do equilíbrio financeiro assume um duplo título de concretização, impondo-se, mediante a modificação unilateral do contrato, ou através da alteração das circunstâncias.

Neste sentido e a propósito da matéria relativa à «reconstrução dinâmica do equilíbrio financeiro» nos contratos públicos, *vide* de modo mais desenvolvido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 106 e seguintes.

<sup>751</sup> Neste sentido, citamos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 111: «A gestão de um contrato administrativo segue uma lógica empresarial. (...) Ao eliminar os riscos, o Estado consegue contratar em condições óptimas. De outra forma, os particulares conscienciosos teriam de se rodear de cautelas, para enfrentar imprevistos: a contratação pública ou encareceria ou só seria procurada por aventureiros». Com efeito, a reforçar esta ideia de serviço público competitivo, apraz-nos referir as palavras deste Autor, no sentido de considerar «(...)os contratos públicos, para conseguirem uma conclusão competitiva, com baixos preços, afastam as áreas de intervenções do Estado ou de modificações ambientais: de outro modo, recorrer-se-ia a contratos a curto prazo e com largas margens de segurança. Ninguém de bom senso, iria contratar a 20 ou 30 anos se, no programa económico-financeiro subjacente, tivesse de integrar variáveis de tipo político ou de tipo económico, nacional e/ou internacional. Portanto e sempre tecnicamente: os “riscos próprios do contrato” não incluem todos aqueles “riscos” que, historicamente levaram ao aparecimento do instituto do equilíbrio financeiro».

Existem dois pressupostos cumulativos, cuja verificação é necessária para que possamos ver aplicada a «*partilha de benefícios*», são eles os seguintes: a) aumento anormal de vantagens económicas e financeiras para o parceiro privado; b) tal aumento não provenha de uma gestão eficaz do parceiro privado.

Seja como for, importa, nesta matéria, ter em consideração o nº5, do artigo 14º-C, cujo teor refere que ambos os mecanismos, a «*reposição do equilíbrio financeiro*» e a «*partilha de benefícios*», podem ser realizados por intermédio de alteração de prazo da vida da PPP, do aumento ou redução de obrigações pecuniárias, da compensação directa ou, ainda, por meio de outro modo acordado pelas partes que pode ser a articulação de algum das formas ora expressas<sup>752</sup>.

Importa, por outra banda, fazer menção ao facto de a «*reposição do equilíbrio financeiro*» do contrato representar para «o evento que a originou, única, completa e final para todo o período do contrato», nos termos do artigo 282º, nº4.

O respeito pelo «*equilíbrio financeiro*» do contrato representa, na verdade, um condicionamento legal, mas não em termos absolutos.

Com efeito, a Administração pode perfeitamente restabelecer o «*equilíbrio financeiro*» originário do contrato, em conformidade com o disposto nos artigos 314º, nº1, alínea b) e 282º, do CPP. Este artigo deverá ser articulado com o preceito ínsito no artigo 282º, nº5, representando, conjuntamente, um «*mecanismo de reequilíbrio financeiro*», o qual consubstancia-se na restauração da proporção financeira em que assentou inicialmente o contrato, calculada em função do valor das prestações a que as partes se vincularam e dos efeitos resultantes da «*modificação unilateral*» no valor dessas mesmas prestações. Constitui, por isso, uma operação de enorme complexidade, sobretudo no que diz respeito à averiguação do «*quantum*» efectivo da reposição a ser realizada.

Revela-se de primacial relevância o disposto no nº6, do citado artigo 282º, em nome da transparência e da concorrência, segundo o qual o «*mecanismo de reequilíbrio financeiro*» do contrato nunca poderá colocar qualquer das partes em situação mais vantajosa ou favorável do que aquela que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido entre as partes, aquando da celebração do contrato, nem cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou que eram inerentes à «*álea de risco*» próprio do contrato. Deste modo, a Administração não pode atribuir ao seu parceiro privado uma compensação superior ao valor estabelecido no contrato originário.

---

<sup>752</sup> Neste sentido, vide, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 197 e, ainda, MARK BOBELA-MORA KIRKBY, *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos. O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 431 e seguintes.

Por seu turno, o nº2, do citado artigo 282º, refere que o co-contratante privado da Administração apenas tem direito à reposição do «equilíbrio financeiro» na circunstância em que, atendendo à repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos face aos quais aquele co-contratante determinou o valor das prestações a que se vinculou, conquanto que o parceiro público conhecesse ou não devesse ignorar esses mesmos pressupostos. Por outro lado, para assegurar a prossecução do «interesse público» é suficiente que a alteração dos pressupostos fosse objectivamente comprovável.

De acordo com o legalmente estipulado no artigo 282º, nº3, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato poderá ser alcançado mediante um reescalonamento do prazo para a concretização das prestações a cargo do parceiro privado, ou seja, poderá ser prorrogado o prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato.

Para além desta hipótese, também os preços poderão ser objecto de revisão, bem como, ser estabelecida a assunção da parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte privada o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato ou por qualquer outro meio contratualmente estipulado.

Este montante traduz-se numa indemnização pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados, pelo que produz efeitos desde a data em que o acto administrativo de modificação unilateral se torna eficaz, sem prejuízo de poder ser parcialmente diferida quanto a efeitos específicos que não sejam susceptíveis de razoável avaliação imediata ou sobre cuja existência, incidência ou quantificação não haja concordância entre as partes, em conformidade com o disposto no nº4, do artigo 282º.

E, no que concerne em especial à «modificação unilateral» dos contratos de PPP, temos o preceituado no artigo 340º, do CPP <sup>753</sup>.

Como caso prático ilustrativo da problemática que gira em torno do poder de modificação unilateral do parceiro público, apraz-nos mencionar o caso da «Ponte Vasco da Gama», o qual passamos a explicar em breves trechos <sup>754</sup>.

Na década de noventa, foi celebrado entre o Estado e a Lusoponte, um contrato de concessão sobre a «Ponte Vasco da Gama», tendo tido como desideratos a respectiva

---

<sup>753</sup> Artigo 340º, nº2, do CCP - «A modificação do contrato que configure uma parceria público-privada depende de decisão conjunta dos ministros ou dos membros do Governo Regional responsáveis pelas áreas das finanças e da tutela sectorial»; nº3 - «No âmbito da administração indirecta do Estado ou das Regiões Autónomas, a decisão de modificação depende de parecer favorável do ministro ou do membro do Governo Regional da tutela sectorial».

<sup>754</sup> Sobre esta matéria cfr. o site de: Rui Gomes da Silva e Associados, Junho de 2007, in [http://www.ruigomesdasilva.com/xms/files/Parcerias\\_Publico\\_Privadas\\_sml.pdf](http://www.ruigomesdasilva.com/xms/files/Parcerias_Publico_Privadas_sml.pdf).

construção, exploração e manutenção, assim como, a exploração e manutenção, em parte, da «Ponte 25 de Abril».

Neste contrato, o modelo de financiamento adoptado assentou na lógica característica do «*Project Finance*», na fórmula de implementação «*Design, Build, Operate and Transfer*» («DBOT»), estimando-se a respectiva cifra em 897 milhões de euros, cujos riscos de tráfego, construção, exploração, financiamento pertenceram ao parceiro privado, ou seja, à concessionária Lusoponte.

O equilíbrio económico-financeiro inicialmente previsto para este contrato assentou numa panóplia de variáveis macroeconómicas e microeconómicas incluídas num modelo financeiro denominado de «*Case Base*», cuja concepção foi acordada com base em fluxos financeiros a ser criados e potenciados durante o período de exploração.

O termo da concessão poderia ocorrer no prazo máximo de trinta e três anos, em caso de preenchimento de dois pressupostos cumulativos, como o: (a) pagamento integral dos empréstimos contraídos no âmbito dos contratos de financiamento; (b) volume de tráfego total acumulado em ambas as travessias e direcções, a partir de Janeiro de 1996, de 2.250 milhões de veículos.

Importa mencionar o facto de que as modificações unilaterais introduzidas pelo Estado, entre 1995 e 1999, relativamente ao não aumento das portagens da «Ponte 25 de Abril» e da «Ponte Vasco da Gama», à isenção destas no mês de Agosto e à introdução de descontos para o utilizador frequente destas travessias, significaram a celebração de cinco «Acordos de Reequilíbrio Financeiro» e a concretização dos pressupostos para a celebração de um sexto «Acordo» nesse sentido. Ora, estas alterações e os compromissos resultantes daqueles «Acordos» destinados à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, oneraram o parceiro público, Estado e, por conseguinte, todos os portugueses, com o encargo adicional de 34 milhões de euros a ser pagos ao parceiro privado até final de 2000.

Seja como for, em jeito de síntese, os gestores que intervenham no âmbito de reequilíbrios financeiros de contratos públicos, em que se inserem as parcerias público-privadas, têm a imposição legal (artigo 64º, do Código das Sociedades Comerciais) de assegurar os interesses dos accionistas, dos trabalhadores e dos *stakeholders* da empresa, devendo pugnar pela confiança depositada destes personagens na estabilidade do acordado.

Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «o reequilíbrio dos contratos deve ser levado a cabo pelo prisma da boa gestão, devidamente fiscalizada. Em suma: deve observar o exigido pelas regras de governo das sociedades ou *corporate governance*»<sup>755</sup>, existindo o grande

---

<sup>755</sup> Neste sentido, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Contratos Públicos», in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 112.

desiderato que se prende com a viabilização do contrato público, sob todas as suas vertentes e aspectos contratuais, tal como foi pensado, projectado e subscrito pelas partes no momento da celebração do mesmo.

### **2.3.3. O Poder de Suspensão.**

Esta prerrogativa da Administração encontra acolhimento no CCP, mais precisamente nos seus artigos 297º e 298º, consistindo na excepção à regra, a qual se traduz na continuidade e manutenção da execução do contrato<sup>756</sup>.

A suspensão do contrato tem lugar perante a ocorrência de uma de duas circunstâncias. São elas as seguintes: (a) perante a mora do contraente público na entrega ou disponibilização de meios ou de bens que se revelem necessários à respectiva execução. Destarte, a primeira situação corresponde à designada «impossibilidade temporária» contemplada no artigo 297º, alínea a), do citado diploma legal; (b) perante a invocação da «excepção de não cumprimento», prevista no artigo 297º, alínea b), do CCP.

Cessará o estado de suspensão do contrato, quando uma das circunstâncias ora mencionadas deixe de se verificar, recomeçando a normal execução do contrato nos termos contratualmente previstos, devendo a Administração, nesse caso, notificar por escrito o seu parceiro privado, nos termos do artigo 298º, nº1, do CCP.

A suspensão do contrato traduz-se, no fundo, numa prorrogação do prazo de execução das prestações, por um período temporal idêntico àquele que havia sido estipulado no clausulado, para a sua execução. A este prazo acresce o prazo estritamente necessário à organização de meios e execução de trabalhos preparatórios ou acessórios com vista ao reinício da execução, segundo o disposto no artigo 298º, nº2 e nº3, do CCP. Para além das «normais» causas de suspensão contratual, também se encontra contemplada a possibilidade de ser celebrado um «contrato secundário suspensivo».

### **2.3.4. O Poder de Resolução Unilateral.**

A Administração pode optar por resolver o contrato de PPP, sendo esta uma das suas prerrogativas, colocando termo ao vínculo contratual com o seu parceiro privado, encontrando-se prevista no artigo 302º, al. d), articulado com o artigo 334º, nº1, do CCP.

---

<sup>756</sup> Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 154 e MARK BOBELA-MORA KIRKBY, *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos. O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*, Coimbra Editora, 2011, pp. 431 e seguintes.



Este poder consiste na faculdade de a Administração resolver um contrato administrativo, sem necessidade de acordo com o seu parceiro privado ou de “pronúncia jurisdicional”, por razões imperiosas de «interesse público» e conquanto que se encontrem previstas causas que podem ser objectivas, ou seja, desprovidas de juízo de censura (culpa), mas possuidoras de tal grau de gravidade que seja susceptível de conduzir à extinção do contrato (v.g. falecimento de uma das partes contratantes)<sup>757-758</sup>.

Com efeito, causas de incumprimento consideradas «menores», por não possuírem determinado grau de gravidade e de idêntica pertinência jurídica à dos motivos supra mencionados, não possuem a aptidão para conduzir à resolução do contrato.

Mas, segundo as regras gerais de direito, as quais são aplicáveis, *mutatis mutandis*, aos contratos administrativos, cabe igualmente, ao parceiro privado a faculdade de resolver o contrato, designadamente quando se verifica incumprimento culposos imputável à Administração.

A resolução tem lugar quando a adequação do contrato perante as exigências que se prendem com o «interesse público» não pode já ser alcançado por intermédio da faculdade de «*ius variandi*» ou de modificação unilateral.

Acresce que a Administração não pode, sem mais, lançar mão desta prerrogativa. Pelo contrário, a própria invocação do «interesse público» não é condição por si só suficiente, tendo, de ser objecto de sólida fundamentação jurídica.

Um dos fundamentos centrais no poder de resolução é a constatação de que determinado contrato administrativo «deixou de ser necessário ou passou a ser pernicioso para o interesse público»,<sup>759</sup> ou ainda, de uma outra perspectiva, passou a encarar-se a Administração como o parceiro melhor posicionado para levar por diante o projecto ou a actividade que havia sido contratualmente transferido para o sector privado.

Assim sucede, por força de modificações ao nível do «interesse público», da sua conformação, das suas exigências ou *inclusive* da sua natureza, que ocorrem em momento ulterior ao da celebração do contrato. Contudo, importa referir que ao parceiro privado que se vê confrontado com a decisão de resolução por parte da Administração, é reconhecido o

---

<sup>757</sup> Acerca da resolução do contrato administrativo, aplicável ao contrato de PPP, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 148 e seguintes; HILARIO LLAVADOR CISTERNES (coord.), *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 271 e 272, 284 a 287; JOSÉ VICENTE CATALÁ MARTÍ (coord.), *La Contratación de las Administraciones Públicas Ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Civitas, 2008, pp. 477 e seguintes.

<sup>758</sup> Vide CONCEPCIÓN BARRERO RODRIGUEZ, *La Resolución de los Contratos Administrativos por Incumplimiento del Contratista*, Colección Derecho Público, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 31 e seguintes (direito de resolução enquanto prerrogativa da Administração, parceiro público no contrato administrativo); pp. 43 e seguintes (concretização do direito de resolução em virtude de incumprimento por parte do parceiro privado); 139 e seguintes (efeitos jurídicos).

<sup>759</sup> Neste sentido vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 149.

direito a ser ressarcido em proporção com os prejuízos sofridos com a cessação do vínculo contratual, em momento não programado para o respectivo *terminus*.

Como indicam MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ S. MATOS, um caso especial de resolução unilateral é o do «resgate», também denominado por «captura do contrato», por meio do qual, a Administração coloca, de modo unilateral, termo ao contrato de concessão, reingressando na posição jurídica do seu parceiro (concedente), por razões de «interesse público» e sem carácter sancionatório<sup>760</sup>, nos termos do artigo 442º, nº1 e nº3, do CCP.

Mas, optámos por desenvolver esta figura jurídica no ponto *infra*, porque consideramo-la como uma prerrogativa da Administração que pela sua relevância merece autonomia.

### 2.3.5. A «*Ultima Ratio*»: a «Captura» da Obra.

A «captura» ou «sequestro» do contrato<sup>761</sup> é, a nosso ver, a prerrogativa do parceiro público em que se revela, com evidência, a sua «exorbitância», ou seja, uma das maiores manifestações do seu tradicional poder de autoridade ou «*ius imperium*».

Consiste num mecanismo em que a Administração, de forma *inexorável*, chama a si a «obra» entendida aqui num sentido amplo, sujeitando-se o parceiro privado a essa decisão, a qual, porém, não poderá ser tomada discricionariamente. Com efeito, a «captura do contrato» terá de assentar em ponderosas razões, quer do ponto de vista do «interesse público», quer ainda de uma perspectiva de cumprimento por parte do parceiro privado.

Acresce que a «captura do contrato» deve cumprir os devidos trâmites legais, assim como, preencher os respectivos pressupostos. Desde logo, apenas poderá ter lugar após o decurso do prazo fixado no contrato ou, na sua falta, após ter decorrido um terço do prazo de vigência do referido vínculo contratual, em conformidade com o disposto no artigo 442º, nº1, do CCP.

Por outro lado, a decisão no sentido de «captura do contrato» terá de ser notificada ao parceiro privado no prazo previsto no contrato ou, na sua falta, com pelo menos seis meses de antecedência, nos termos do artigo 442º, nº2, do CCP.

---

<sup>760</sup> Vide, a este respeito, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 149 e 150.

<sup>761</sup> Segundo CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO, «el órgano de contratación, previa audiencia del concesionario, podrá acordar el secuestro de la concesión en los casos en que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra pública por causas ajenas al mismo o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pudiera en peligro dicha explotación. (...) Efectuado el secuestro, corresponderá al órgano de contratación la explotación directa de la obra pública y la percepción de la contraprestación establecida, pudiendo utilizar el mismo personal y material del concesionario.(...) El secuestro tendrá carácter temporal y su duración será la que determine el órgano de contratación sin que pueda exceder, incluidas las posibles prórrogas, de tres años. (...)». Neste sentido, vide, CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO, *Contratación Administrativa. Administración Estatal y Autonómica. Administración Municipal*, Publicaciones Jurídicas, DAPP, Pamplona, 2008, pp. 411 e seguintes.

Em virtude da «captura», o parceiro público apenas assume as obrigações que tenham ingressado na esfera jurídica do parceiro privado mediante a sua autorização prévia e expressa, segundo o disposto no nº4, do artigo 442º.

Como consequência da «captura», o concessionário terá direito ao designado «prémio de evicção» que consiste no direito a indemnização pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes. Para além deste efeito jurídico, a «captura» determina a reversão dos bens do parceiro público afectos ao projecto de parceria público-privada, com a necessária obrigatoriedade de entrega dos bens ao parceiro público, os quais eram abrangidos na cláusula de transferência, nos termos do artigo 442º, nº7, do CCP.

Do ponto de vista, da caução e das garantias prestadas pelo parceiro privado, estas são liberadas um ano posterior à data do resgate, mediante comunicação dirigida pelo parceiro público aos depositários ou emitentes, segundo o preceituado no artigo 442º, nº8, do citado diploma legal.

Na verdade, a aplicação do regime de resgate aos contratos de parceria público-privada e aos demais contratos previstos no CCP, como o contrato de concessão, não tem por finalidade proceder à substituição do regime jurídico de resolução unilateral, sendo, pois, um mecanismo jurídico que se lhe acresce<sup>762</sup>, devendo ser aplicado como «*ultima ratio*» quando imperiosas razões de «interesse público» e relacionadas com o escrupuloso cumprimento do contrato o exijam.

Em síntese, no que concerne aos poderes reconhecidos ao parceiro público, Estado, no âmbito contratual, quer por via legal, quer por via contratual, revela-se, para nós, pertinente citar o Autor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, mencionado na obra de PEDRO GONÇALVES, a propósito da *ratio essendi* do regime especial que confere poderes especiais ou «exorbitantes» ao parceiro público, «(...) do que se trata é de um regime marcado pela exigência de *não vergar o interesse público ao interesse particular*», o que equivale a dizer, que o regime especial do contrato administrativo consiste num regime jurídico alicerçado no *princípio da prevalência do interesse público* e, nessa medida, «reclama que a “lógica do contrato” ou do *pactum* ceda diante da “lógica da função”: as *exigências de interesse público hão-de certamente estar acima do vínculo contratual* e, portanto, do respeito pelo *pacta sunt servanda*»<sup>763</sup>.

Para este Autor, este regime particular do contrato administrativo encontra-se contemplado no artigo 180º, do CPA, o qual reconhece à entidade pública um catálogo

<sup>762</sup> Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 150.

<sup>763</sup> (itálico nosso) Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.34.

considerável de poderes públicos extracontratuais, ou seja, de origem legal e ainda que não se encontrem contratualmente previstos.

### **3. O Papel determinante do Tribunal de Contas na viabilidade das Parcerias Público-Privadas.**

As parcerias público-privadas envolvem profundamente os privados em áreas de actividade, como prestação de serviços públicos, cujo desenvolvimento competia (quase) exclusivamente à Administração.

Ao relegar as funções tipicamente administrativas para o sector privado, a Administração vê-se impelida a assumir compromissos financeiros, geralmente de longo prazo, ficando vinculado e onerado com despesas públicas com vocação futura.

Deste modo, torna-se imperioso assegurar a transparência e a responsabilidade da gestão financeira do Estado para garantia da respectiva racionalização e controlo, com respeito pelas regras de gestão dos projectos e através da comprovação dos resultados obtidos face aos benefícios estimados.

O Relatório acerca das «Perspectivas da Reforma da Lei de Enquadramento do Orçamento de Estado» é claro quando reputa como valores essenciais ao controlo da actividade financeira, a publicidade e a transparência, a ser implementadas como regra na conduta dos órgãos que detêm essa competência de fiscalização, quer igualmente pelos cidadãos. Este é o modo mais eficaz de se alcançar o desiderato da racionalização da gestão financeira por força do escrutínio público sobre todos os actos que envolvem o recurso a dinheiros públicos, permitindo ainda efectivar a responsabilidade política pela prática de actos financeiros<sup>764</sup>.

Existe, por isso, a possibilidade de o Orçamento de Estado se estruturar em conformidade com programas plurianuais, com a devida especificação de «despesas correspondentes a programas» e de «responsabilidades contratuais plurianuais dos serviços integrados e dos serviços e fundos autónomos», por respeito aos ditames constitucionais.

Aliás, a Lei de Estabilidade Orçamental (LEO) procedeu à criação de um quadro mais transparente para a preparação e execução das políticas relacionadas com a celebração de contratos de prestação de serviços em regime de financiamento privado ou de outra forma de parceria no âmbito dos sectores público e privado. Para tanto, esta Lei estabeleceu medidas

---

<sup>764</sup> Vide, neste sentido, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, 2009, pp. 330 e seguintes (333, nota de rodapé nº1010). Vide igualmente, a respeito da perspectiva financeira dos projectos parceria público-privada e da questão relativa à sustentabilidade do Estado, WILLIAM G. BROWN, RICHARD G. DAVIS, DAVID H. KOPF, "The Public Debt: A Burden on Future Generations?", in *American Economic Review*, nº4, September, 1960, pp. 701 e seguintes.

concretizadoras tendentes ao controlo mais rigoroso da gestão e execução orçamental, destinado à racionalização de escolhas orçamentais e à priorização de objectivos e metas a que os recursos económicos deverão ser alocados.

A Lei de Estabilidade Orçamental (LEO) teve o mérito de estipular a regra da programação plurianual, em detrimento da regra da anualidade que, à luz do escrutínio público, já não possui tanta virtude, pelo que conhece agora diversas derrogações ao seu sentido e no âmbito da sua aplicação.

Com efeito, actualmente, o princípio da autorização política anual tem permanecido vigente, apesar de se levantarem reacções adversas ao mesmo, de múltiplas perspectivas, desde económicas, jurídicas e sociais.

Contudo, assistimos hoje a um movimento de afastamento e de substituição do «princípio de anualidade» orçamental, como modelo de referência para a tomada de decisões políticas no âmbito da condução do país. Assim explica a necessidade de um alargamento dos períodos de previsão sobre os fluxos activos e passivos nas contas públicas, verificando-se uma paulatina substituição do modelo de anualidade, como forma de se garantir a adopção das melhores e sensatas decisões políticas económico-financeiras, o que abrange necessariamente o momento da decisão de contratar.

Importa sublinhar a relevância de uma crítica com forte peso dirigida ao «princípio da anualidade» que consiste na utilização do orçamento como instrumento ou mecanismo de regulação da conjuntura económica, relacionado com a dificuldade em conseguir-se um orçamento anual dinâmico e «*update*», ou seja, com actualização periódica e por isso com dados fidedignos.

Requer-se, deste modo, um «princípio de orçamentação plurianual», do qual conste o leque exaustivo de técnicas do fundo de reserva e do fundo de regularização das contas do Estado. Permanece, pois, a necessidade de adopção de políticas orçamentais de estabilização, recorrendo ao défice orçamental<sup>765</sup>.

Por outro lado, a prossecução por parte da Administração de finalidades estruturantes para o desenvolvimento do país, nas variadas vertentes, implicam a realização de políticas de médio/longo prazos pautadas por estratégias a ser executadas durante vários anos.

Neste sentido, a Lei de Estabilidade Orçamental admite a inclusão no Orçamento de Estado (OE), de programas com encargos plurianuais, prevendo a inscrição da verba total

---

<sup>765</sup> Vide, neste sentido, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, 2009, pp. 331 e 332, nota de rodapé nº 1017.

prevista para cada um, assim como, as parcelas desses encargos relativas ao ano corrente, tendo somente um cariz estimativo ou indicativo.

Aquela Lei estipula, de igual modo, que a respectiva elaboração do orçamento seja perspectivada em diversos anos, em nome do princípio de estabilidade financeira e por força dos compromissos externos assumidos pelo Estado, nos termos do artigo 4º, nº2, da citada Lei.

Os denominados «orçamentos por programas» possuem a virtualidade de limitar as situações de desorçamentação, mediante a imposição estribada de limites qualitativos e quantitativos dos contratos de parceria público-privada.

Esta espécie de programas habilita a realização de avaliações de desempenho, encaradas como um critério ou factor de transparência e de publicidade, servindo de base à adopção de decisões políticas mais ajustadas à realidade do país e necessárias a uma maior racionalização e rigor no recurso aos fundos públicos.

Deste modo, com vista a uma orçamentação mais honesta e transparente, ou seja, «não camuflada», demonstrando publicamente a incidência orçamental plurianual das despesas correspectivas, procedeu-se a um acréscimo do leque de mapas orçamentais. Com efeito, agora o Orçamento de Estado inclui mais dois mapas, um em que são discriminados os encargos respeitantes a programas ou projectos (Mapa XVI) e outro mapa, que concerne às responsabilidades contratuais de carácter plurianual, dos serviços integrados e dos serviços e fundos autónomos (Mapa XVII).

O Tribunal de Contas e uma considerável franja da opinião política em Portugal lançam uma panóplia de críticas às parcerias público-privadas e aos seus benefícios para o país. As principais críticas prendem-se com a falta de transparência relacionada com o fenómeno de desorçamentação ou de «orçamentação camuflada», porquanto são relegados para o futuro inmensuráveis gastos necessários à remuneração das parcerias público-privadas, atingindo as futuras gerações, dando a ilusão no momento presente, que o Governo está efectivamente a adoptar medidas positivas de contenção orçamental ou, mesmo de redução do défice público, quando, na realidade, sucede o inverso (ou seja, procede a um “despesismo faraónico”).

Outro factor que interfere com a necessária publicidade e transparência nas relações do Estado com o sector privado, com o qual é, muitas vezes, acusado de se imiscuir, é a existência de confidencialidade acerca dos contratos celebrados entre o sector público e o sector privado, o que contribui para o aumento de desconfiança pública face às parcerias público-privadas.

Atendendo a este contexto, existe uma imperiosa necessidade de se fundamentar a opção do recurso à parceria público-privada em detrimento de outras formas de contratação

pública, alicerçada em sólidos valores económicos e dados do ponto de vista da eficiência económica («*VfM*»).

Daí que a Lei de Estabilidade Orçamental estipule o ditame imperativo no sentido de submeter à Assembleia da República os elementos informativos relativos à parceria público-privada a ser celebrada, como designadamente a «memória descritiva» das razões que se encontram na base daquela decisão de contratar. Assim é, até por razões imperiosas de democratização das decisões do Governo susceptíveis de onerar durante décadas os cidadãos, colocando em causa a sustentabilidade económica do país.

No que concerne à temática envolvente da sustentabilidade ou comportabilidade do Orçamento de Estado e das contas públicas, levantam-se essencialmente três questões, às quais terá de se dar cabal resposta. São elas: (a) equidade intergeracional; (b) incidência financeira de cada parceria público-privada; (c) consolidação de compromissos com o exterior, numa perspectiva global.

Ora, no que respeita à primeira, a apreciação da equidade intergeracional, terá de incluir a incidência orçamental de um conjunto taxativo de medidas, designadamente as relativas às responsabilidades contratuais de carácter plurianual, atendendo aos serviços integrados e aos serviços e fundos autónomos. Acresce ainda, por outra banda, que a orçamentação dos projectos «parceria público-privada» carece de uma avaliação prévia que verse sobre a estimativa da incidência orçamental líquida.

### **3.1. Por uma Contenção Orçamental.**

Iniciamos este ponto com uma consideração realizada por GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, Presidente do Tribunal de Contas no sentido de instituições estruturais da democracia e da sociedade portuguesa, das quais enaltecemos o Tribunal de Contas passarem a potenciar e a criar condições para uma melhor contratação pública. Mais responsável. Mais assertiva. Mais eficiente.

Compete ao Tribunal de Contas, tendo como mote principal o preceito constitucional insito no artigo 216º, o desempenho das seguintes funções: a) função consultiva dotada de uma carácter técnico e político, na medida em que tem de se pronunciar, mediante parecer, acerca da Conta Geral do Estado; b) função de fiscalização preventiva, porquanto tem o direito-dever de se pronunciar sobre a legalidade administrativa, assim como, sobre a correcção e adequação financeira das despesas públicas que o Estado pretende realizar; c) função jurisdicional, na medida em que elabora verdadeiros «julgamentos» sobre as contas



públicas, no fim de cada ano,<sup>766-767</sup> pelo que podemos concluir que a actuação do Tribunal de Contas revela, pela sua própria natureza, uma imensa complexidade.

A esta complexidade acresce um delicado contexto actual, marcado pela quase total interpenetração entre o Estado e a sociedade, em que ocorrem vagas de empresariações no sector público a par de uma crescente “delegação” e “transferência” de poderes, competências e funções para as entidades privadas, que se substituem ao Estado na prossecução do interesse público.

Na sua missão de guardião das contas públicas, o mesmo é dizer, do erário público, o Tribunal de Contas exerce fiscalização sobre toda a miríade infindável de entidades públicas, sejam elas pertencentes ao poder central (administração directa), ao poder local ou autárquico ou, ainda, sobre o poder regional (administração autónoma). É, claro, que também os institutos públicos, as empresas públicas municipais, entidades públicas empresariais e outras pertencentes ao sector público empresarial, se encontram sob o escrutínio do Tribunal de Contas<sup>768</sup>.

Portugal encontra-se vinculado a um sistema de controlo financeiro, entendido numa dupla vertente: (a) *controlo interno*, respeitante às acções de fiscalização realizadas por organismos e entidades inseridos, orgânica e funcionalmente na estrutura do próprio Estado;

---

<sup>766</sup> Neste sentido, sobre as três funções-mestras do tribunal de Contas citamos agora FREITAS DO AMARAL e ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO, Autores citados por MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1999, pp.311.

<sup>767</sup> A propósito da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas, também Espanha, enquanto Estado membro, encontra-se submetido a este tipo controlo externo jurisdicional, vide LUIS CAYUELA SEBASTIÁN, *Los Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y normas de desarrollo*, Centro de Estudios Financieros, 1996, pp. 132 e seguintes. Vide, sobre a mesma matéria, JOSÉ LUIS VALDÉS DÍAZ, “La Fiscalización y Control de los Contratos Administrativos: La perspectiva de los órganos externos de control”, in *Estudios sobre la Contratación en las Administraciones Públicas*, 60, Temas de Administración Local, 1996, pp.657 e seguintes. Igualmente relevante, JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Derecho Administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, 2005, pp. 227 e seguintes. De igual modo, vide JOSÉ LUIS GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, *La Contratación Administrativa. Como y Con quien contrata la Administración en sus esferas central, local e institucional*, Municipalia, Madrid, 1966, pp.347 e seguintes.

Espanha tem uma norma em tudo semelhante à norma portuguesa, a qual atribui competência ao Tribunal de Contas enquanto órgão de fiscalização por excelência, para controlar a execução dos contratos celebrados pelo Estado. Nesse sentido, de acordo com o artigo 11º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas espanhol, «*El Tribunal de Cuentas fiscalizará en particular: los contratos celebrados por la Administración del Estado y demás entidades del sector público, en los casos en así esté establecido o que considere conveniente el Tribunal...*». Existem três fases distintas da vida do contrato público que se encontram especialmente afectas ao controlo de órgãos externos: a) a fase de preparação de expediente da contratação (actuações preparatórias e preliminares à celebração do contrato); b) fase de execução do contrato em conformidade com as respectivas estipulações contratuais; c) fase de extinção do contrato, tanto pela execução plena e integral do mesmo ou, por virtude de resolução devido a «razão extraordinária» (incumprimento).

Sobre modos de controlo internos, vide JOSÉ DEL CERRO GABARRÓ, “La fiscalización y control de los contratos administrativos: el control interno en la Contratación local”, in *Estudios sobre la Contratación en las Administraciones Públicas*, 60, Temas de Administración Local, 1996, pp.679 e seguintes (controlo exercido pela Cámara de Cuentas de Andalucía); concretamente, acerca do controlo financeiro e controlo sobre a eficácia da execução contratual, pp.718 e seguintes.

<sup>768</sup> A Lei nº14/96, de 20 de Abril veio consagrar o alargamento da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas ao sector público empresarial, ou seja, abrangendo as empresas públicas *stricto sensu* (como empresas municipais) e as entidades públicas empresariais, bem como, às sociedades de capitais públicos, sociedades de economia mista controladas ou participadas pelo Estado, empresas concessionárias e fundações de direito privado.

Vide, a este propósito, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1999, pp.311 e seguintes (332, notas de rodapé nºs 838, 839, 839-a). Especificamente acerca do «sector público empresarial», vide *Ibidem*, pp. 376.

(b) *controlo externo*, graças à intervenção de instâncias independentes em três aspectos fundamentais, ou seja, a um nível político, jurisdicional e técnico.

Ora, a propósito do controlo e responsabilidade a um nível financeiro, importa mencionar a posição defendida por ANTÓNIO CLUNY, para quem «(...) a responsabilidade financeira é, em toda a sua extensão, indissociável das diferentes fases da jurisdição onde ela se deve efectivar: a jurisdição do Tribunal de Contas»<sup>769</sup>.

Fazendo uma breve excursão sobre o «*controlo interno*», as parcerias público-privadas encontram-se submetidas ao exercício de poderes de fiscalização pertencentes ao Ministro das Finanças mormente no que respeita às matérias económicas e financeiras, assim como, da competência do Ministro Sectorial de Tutela, no tocante às demais matérias<sup>770</sup>.

De outra banda, compete especialmente a esses Ministros proceder ao acompanhamento persistente e duradouro, ao longo da relação contratual da parceria público-privada implementada, com vista a determinar o valor efectivo dos custos e riscos, bem como, a melhorar o processo de celebração e de implementação de outras parcerias público-privadas<sup>771</sup>.

Compete, de igual modo, ao Ministro das Finanças nomear a entidade que tem por missão prestar apoio técnico no que se refere ao acompanhamento e execução global das parcerias<sup>772</sup>. E, em conformidade com o estipulado no Despacho Normativo nº 35/2003, essa entidade é a PARPÚBLICA, cujo desiderato consiste em «prestar apoio técnico ao Ministro das Finanças no acompanhamento permanente das parcerias público-privadas já celebradas, nomeadamente recolhendo e disponibilizando informação relativa aos seus custos e riscos e respectivo impacto financeiro»<sup>773</sup>.

---

<sup>769</sup> A respeito da matéria concernente à responsabilidade financeira e o papel do Tribunal de Contas na efectivação da mesma, vide ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributos para uma Reflexão Necessária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.275 e 276. Para ANTÓNIO CLUNY, magistrado do Ministério Público, a real efectivação da responsabilidade financeira, em termos de eficiência e equidade, dos *players* públicos, com principal destaque para o próprio Estado, passa por uma «componente processual» cujo objecto possua um «quadro mais rigoroso de garantias e de soluções processuais práticas que ainda não foi plenamente alcançado». CLUNY chama ainda a atenção para o facto de a qualidade das normas ser um aspecto decisivo para o bom funcionamento da Justiça, mas também da própria economia e finanças públicas do país («Só regras coerentes, sistematizadas, simples, precisas e claras na sua interpretação podem contribuir para uma maior eficiência dos tribunais. Ora, parece hoje seguro que o funcionamento eficiente da Justiça te, ele também, um importante efeito benéfico para o bom desempenho das finanças públicas e o funcionamento regular da economia. (...) Os problemas que o nosso país atravessa neste momento merecem bem que se insista, também, num tal esforço»).

Vide também, a respeito da obrigatoriedade de controlo sobre a contratação pública, JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Derecho Administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, 2005, pp. 227 e seguintes, assim como, JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la Regulación de la Adjudicación de los Contratos Públicos*, Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2010, pp.297 e seguintes. No que se refere igualmente a mecanismos de controlo, vide, ainda, JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, «La adjudicación de contratos en la LCSP y los mecanismos de control (el recurso especial)», in *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pp. 197 a 246; vide, ainda, CARLOS LESMES SERRANO, «Recurso Especial en materia de contratación», in *Aspectos Prácticos y Novedades de la Contratación Pública. En especial en la Administración Pública*, La Ley, Madrid, 2009.

<sup>770</sup> Cfr. artigo 12º do Decreto-Lei nº 86/2003.

<sup>771</sup> Cfr. artigo 13º do Decreto-Lei nº 86/2003.

<sup>772</sup> Cfr. o disposto no nº3, do nº1, do artigo 13º do Decreto-Lei nº 86/2003.

<sup>773</sup> Cfr. a alínea e), nº2, do artigo 13º, do Decreto-Lei nº 86/2003.

Acerca deste aspecto em concreto, CARLOS MORENO observa que a Lei-Base das parcerias público-privadas submete estas, a um rígido e espartilhado controlo financeiro público interno, a par de um controlo público externo desempenhado pelo Tribunal de Contas.

Enquanto paradigma de «*controlo externo*» apontamos a actuação exercida pelo Tribunal de Contas e no que às parcerias público-privadas concerne, aquele órgão de soberania, tem por finalidade assegurar que o recurso a esta figura se contenha dentro dos limites da capacidade orçamental do Estado em obediência a critérios de boa gestão financeira dos recursos públicos.

As parcerias público-privadas possuem a especificidade de, por si próprias, afectar e condicionar os orçamentos de Estado vocacionados para o futuro, podendo onerar sobejamente várias gerações de contribuintes. Acresce, por outro lado, que elas implicam uma orçamentação plurianual, exigindo uma adequada avaliação dos benefícios e custos correspectivos.

O facto de a maioria das parcerias público-privadas assentar no investimento privado, não equivale à ausência de capital público. Pelo contrário, são mais comuns as montagens financeiras, em que se verifica a participação do Estado. Na realidade, na medida em que o «projecto parceria público-privada» não é remunerado, de modo pleno, pelo utilizador, importa recorrer a título subsidiário, ao orçamento público.

Sempre que estejamos perante uma parceria que verse sobre a prestação de serviços, os quais não sejam cobrados directa e imediatamente junto do respectivo utilizador, não se verificando a concretização do princípio do utilizador-pagador, para que ela tenha exequibilidade, terá de ser remunerada e suportada, exclusiva ou predominantemente pelo Estado, parceiro público.

Como as parcerias público-privadas têm relevantes implicações financeiras para o erário público, a participação do Estado terá de ser aferida mediante uma apreciação casuística, parceria a parceria, pois apenas deste modo se poderá apurar com maior rigor as consequências dos «projectos PPP» na política financeira estadual e ao nível das contas públicas. Será, assim, com base na análise de cada um dos modelos adoptados e dos investimentos concretamente realizados pelo Estado, que poderá ser realizada uma adequada fiscalização.

A esfera de competências e poderes do Tribunal de Contas abarca as entidades concessionárias que serão objecto de auditoria. Este órgão jurisdicional adoptou recentemente o modelo de auditoria de contas públicas característico dos sistemas anglo-saxónicos, desde a Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

De acordo com os traços estruturantes deste modelo, o Tribunal vê ser acentuada a sua vocação de órgão superior de controlo externo no plano técnico e jurisdicional.

Aquele modelo, além de consagrar a competência para fiscalizar o aspecto relativo à legalidade formal, vem contemplar a capacidade deste órgão apreciar a economicidade e eficiência da utilização dos dinheiros públicos, ao mesmo tempo que promove a extensão das matérias submetidas à sua fiscalização.

Pese embora a Lei nº 98/97, de 26 de Agosto<sup>774</sup> não mencione expressamente as parcerias público-privadas como objecto de fiscalização, existe no diploma legal relativo às parcerias público-privadas a obrigatoriedade de sua sujeição a avaliação dos custos e riscos a um controlo interno rígido, desde a fase de concepção e de preparação dos projectos parceria público-privada até ao momento final da execução.

Por outro lado, a auditoria aos contratos de parceria público-privada não se debruça unicamente sobre o contrato principal, mas a toda a miríade de acordos e arranjos contratuais que daquele brotam, tendo particularmente em atenção as cláusulas sobre a transferência e a partilha de riscos.

Este diploma não logra, porém, pronunciar-se acerca da intervenção do Tribunal de Contas. Nos termos do artigo 2º, da Lei nº 98/97, considera-se que o espectro de fiscalização externa do Tribunal de Contas abrange todas as operações que impliquem transacções avultadas com os dinheiros públicos, referindo-se ainda à sua aplicação independentemente da natureza das entidades que deles são beneficiários.

Por conseguinte, é curial afirmar que o Tribunal de Contas possui amplos poderes de controlo e fiscalização, exercendo actividades de auditoria sobre as parcerias público-privadas, mas também sobre todos os «dinheiros públicos».

Neste sentido vai CARLOS MORENO, o qual passamos a citar: «(...) Lei nº 97/98, de 26 de Agosto confere a este órgão de soberania e auditor externo do Estado, amplos poderes de fiscalização, controlo e auditoria da parceria público-privada (...). A isto nos conduz (...) a letra e o espírito do artigo 2º daquela Lei, do qual se pode genericamente concluir que o controlo do Tribunal de Contas se estende a todos os dinheiros públicos e, nomeadamente, à sua aplicação, independentemente das entidades que deles são beneficiários reguladores»<sup>775</sup>.

---

<sup>774</sup> Lei nº 97/98, de 26 de Agosto, que regulamenta e delimita as competências e poderes do Tribunal de Contas, foi entretanto modificada pela Lei nº 48/2006, de 29 de Agosto e Lei nº 35/2007, de 13 de Agosto. A Lei nº 97/98 confere a este órgão de soberania e auditor externo do Estado, fortes poderes de fiscalização, de controlo e de auditoria sobre a celebração, implementação e execução dos «projectos de PPP».

<sup>775</sup> Mais particularmente no que concerne às implicações financeiras das PPP's, *vide* Revista do Tribunal de Contas, nº40, julho-dezembro de 2003 e Revista do Tribunal de Contas, nº51, janeiro-junho, 2009, assim como, os respectivos relatórios de auditoria do Tribunal de Contas nº 15/2009 – 2ª secção relativo à Auditoria ao Programa de PPP da Saúde. Primeira vaga de hospitais; Relatório de Auditoria nº 31/2000 – 2ª secção sobre a Concessão Estado/LusoPonte SA, sobretudo no que se refere à Auditoria à aplicação do Modelo Contratual e aos Acordos de Reposição do Equilíbrio Financeiro; assim como, o Relatório de Auditoria nº 38/1999 – 2ª secção ( Auditoria ao SNS – relatório final).

A intervenção deste órgão versa sobre o recurso às parcerias dentro dos estritos limites orçamentais do Estado, em conformidade com critérios de boa gestão financeira dos recursos públicos.

Atendendo ao facto de que as parcerias podem ter uma densidade variável, deve verificar-se a real abrangência das PPP's em comparação com a amplitude dos fundos monetários públicos alocados às mesmas. Outro factor a ter em especial consideração é determinar se estes esquemas de financiamento se encontram juridicamente legitimados ou previstos no Orçamento de Estado<sup>776</sup>.

A intervenção do Tribunal de Contas representa uma exigência característica do Estado Democrático, dando uma resposta cabal aos contribuintes relativamente a matérias como a transparência e responsabilização pública dos fundos públicos.

A missão desempenhada por este órgão jurisdicional reporta-se a uma fiscalização e gestão dos riscos assumidos pelo Estado no âmbito da celebração das parcerias público-privadas, procedendo ao exame de todo o procedimento pré-contratual e contratual e dos resultados alcançados através daquelas.

Este Tribunal orienta toda a sua actuação sob os auspícios das normas da INTOSAI<sup>777</sup>, instituição que em Outubro de 2001, na Conferência de Seoul aprovou as «*guide-lines on best practices for the audit of economic regulation and best practices for the audit of public-private finance and concessions*». Com efeito, a intervenção da INTOSAI encerra, em si mesma, uma função imprescindível na constituição de metodologias adequadas à eficiência da auditoria que recai sobre a parceria público-privada.

A questão central em torno da auditoria a projectos parceria público-privada consiste na avaliação da conduta do Estado, parceiro público, com vista à celebração do contrato de PPP que melhor serve o interesse público e que seja mais leve para o erário público. Ora, este desiderato requer uma avaliação dos procedimentos de contratação e dos resultados alcançados, tendo a parceria público-privada de revelar ser possuidora de «*VfM*».

Para melhor desempenhar a sua missão de fiscalização, o Tribunal de Contas deverá exercitar uma actuação de controlo rigoroso ao longo de toda a parceria, mormente sobre as etapas do ciclo de vida daquela, como nomeadamente, o planeamento (decisões, estudos e avaliações), a contratação (avaliação e adjudicação), o acompanhamento ou a execução física e financeira do contrato.

---

<sup>776</sup> Vide AMÁVEL RAPOSO, "O Controlo dos Dinheiros Públicos numa Administração em Mudança", TC, Revista nº 40, 2003, pp. 60 e seguintes.

<sup>777</sup> Acerca da instituição INTOSAI, cfr. <http://www.intosai.org/>

A fiscalização financeira e o controlo da legalidade dos contratos terão por finalidade primacial avaliar os prós e benefícios da opção parceria público-privada, sendo para o efeito, levadas a cabo uma série de diligências e auditorias multidisciplinares, como forma de determinar se o Estado decidiu bem ao escolher a parceria público-privada em detrimento de outras modalidades de contratação pública, provavelmente menos dispendiosas.

O Tribunal de Contas procederá a uma intensa e exaustiva análise acerca das modificações que estiveram na base da decisão política de contratar parcerias público-privadas. De outra banda, a concepção e a execução do modelo de parceria concretamente contratada, assim como, o procedimento de transacção, inclusive a gestão do contrato são aspectos que estarão debaixo da “lupa” daquele Tribunal.

Para além de todos os aspectos ora mencionados, o Tribunal de Contas intervém igualmente no regime jurídico e financeiro vigente mediante as suas recomendações, contribuindo para criar soluções que o tornam mais operacional, ágil, economicamente mais vantajoso e transparente.

Existem várias modalidades de fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas, designadamente a fiscalização *prévia*, *sucessiva* e *concomitante*.

No que se refere à fiscalização *prévia*, esta terá lugar se se verificarem cumulativamente os seguintes pressupostos<sup>778</sup>: (a) existência de despesa ou de encargo para o parceiro público, não preenchendo este requisito a concessão no âmbito da qual a remuneração do concessionário resulte somente dos preços que os utentes pagam pelos serviços que ele presta ou bens que providencia; (b) que o tipo contratual se encontre contemplado na Lei do Tribunal de Contas (LTC), sobretudo no preceito ínsito no artigo 46º, nº1, alínea b), no qual se encontram contemplados os contratos de obras públicas e de aquisição de bens e de serviços.

Importa chamar a atenção para o facto de onde se lê «contratos de obras públicas», dever-se-á incluir as «empreitadas» e as «concessões de obras públicas», conquanto que se encontre preenchido o primeiro requisito. Onde o legislador se refere a «aquisição de bens e serviços» pretende abranger igualmente o «contrato de fornecimento contínuo», assim como, as «concessões de serviços públicos».

No que concerne à fiscalização *sucessiva*, também conhecida por controlo sucessivo, versa sobre a gestão financeira que a execução de uma PPP envolve. Nos termos no disposto no artigo 50º e seguintes da Lei do Tribunal de Contas, este Tribunal estando perante projectos e contratos de longa duração, deverá exercer o adequado controlo financeiro, assumindo uma

---

<sup>778</sup> Cfr. os artigos 5º, nº1, alínea c), 44º e 46º, nº1, alínea b), da Lei do Tribunal de Contas.

lógica prospectiva, vocacionada para o futuro, analisando as possíveis implicações financeiras para o Estado e para o contribuinte.

Relativamente à fiscalização *concomitante*, podemos dizer que se consubstancia num mecanismo de controlo exercido desde o momento inicial ou embrionário do «projecto de parceria público-privada» até ao seu termo. Neste sentido vai o artigo 55º, constante da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, segundo o qual o Tribunal de Contas possui competência para a «qualquer momento» proceder a auditorias de qualquer espécie ou natureza a certos actos, procedimentos ou aspectos de gestão financeira».

Em Portugal, as auditorias mais emblemáticas do Tribunal de Contas são aquelas realizadas às denominadas «novas concessões» ou «concessões-PPP»<sup>779</sup>, tendo sido objecto de críticas de diversa ordem. Senão vejamos.

Entende-se que as parcerias público-privadas têm originado desequilíbrios entre ambos os parceiros, com especial prejuízo para o Estado, parceiro público. Assim é, sobretudo no que respeita à partilha de riscos, de benefícios, cláusulas de compensação às concessionárias e à reposição do equilíbrio financeiro.

As auditorias têm revelado que as parcerias público-privadas são susceptíveis de implicar grave prejuízo para as contas públicas do contribuinte “de hoje” e das gerações vindouras, colocando a responsabilidade intergeracional e a sustentabilidade orçamental numa posição claudicante, de vulnerabilidade.

As auditorias têm várias classificações ou tipologias, quanto ao seu *âmbito*, podem ser gerais ou orientadas e quanto ao seu *objectivo*, podem ser financeiras, de *gestão* ou *integradas*<sup>780</sup>.

Os princípios e objectivos que deverão nortear a actuação fiscalizadora do Tribunal de Contas encontram o seu epicentro de referência o «Modelo de Avaliação do «VfM» no âmbito da «Private Finance Initiative» britânica («National Audit Office»). Por outro lado, adoptou-se um modelo constituído por vários pilares denominado também de «metodologia dos cinco pilares», cada um formado por um conjunto de objectivos.

Com efeito, de acordo com o primeiro pilar, pretende-se: (a) estabelecer os objectivos do projecto; (b) proceder à selecção dos melhores projectos para a execução da PPP; (c) tornar

---

<sup>779</sup> O Tribunal de Contas procedeu à realização das auditorias seguintes, desde o ano 2000: (a) Auditoria ao modelo de reequilíbrio financeiro – Concessão LusoPonte (relatório de auditoria do TC nº 31/2000); (b) Auditoria ao Acordo Global celebrado entre o Estado e a LusoPonte (relatório de auditoria do TC nº 47/2000); (c) Auditoria à concessão de transporte ferroviário Eixo norte-sul, concessão Fertagus (relatório do TC nº 24/2000); (d) Auditoria temática às Concessões SCUT (relatório de auditoria do TC nº 14/2003); (e) Auditoria ao novo modelo de Concessão Fertagus (relatório de auditoria do TC nº 31/2005); (f) Auditoria sobre os Encargos Públicos com as PPP's (relatório de auditoria do TC nº 33/2005); (g) Auditoria à Concessão Metro do Sul do Tejo (relatório de auditoria do TC nº 46/2006); (i) Auditoria de seguimento às Concessões SCUT e à temática dos Encargos com as PPP's (relatório de auditoria do TC nº 34/2005 e 04/2007); (j) Auditoria à Gestão das PPP's – Concessões Rodoviárias (relatório de auditoria do TC nº 10/2008).

<sup>780</sup> Vide o *Manual de Auditoria e Procedimento do Tribunal de Contas*, vol.I, 1999.



claros os resultados do projecto; (c) determinar a melhor forma de parceria; (d) estipular as *guide-lines* de contratação.

Este primeiro pilar reporta-se fundamentalmente à fase do planeamento do projecto, de estudo e de preparação da parceria público-privada. Neste pilar, o objectivo do Tribunal de Contas é exercer controlo sobre a actividade de gestão do Estado, parceiro público e não tanto do parceiro privado. Deverá ser dada especial relevância ao modelo de controlo e monitorização implementado pelo Estado no âmbito do contrato. No que concerne ao parceiro privado, revela-se pertinente analisar o cumprimento das respectivas obrigações contratuais.

O auditor deverá avaliar o desempenho realizado pelo parceiro público durante a fase de estudo, preparação e avaliação prévia do projecto, assim como, os fundamentos sobre os quais assenta qualquer tomada de decisão conducente à escolha do concreto projecto de parceria público-privada.

Em conformidade com o segundo pilar, visa-se aplicar os processos de contratação mais adequados, devendo verificar-se o planeamento integral do concurso público, as condições para uma concorrência sã, assim como, a reavaliação regular das vantagens do projecto e o controlo de custos.

Este pilar reconduz-se ao processo de contratação («*procurement*»), o qual integra o lançamento do concurso, a avaliação das propostas, a negociação com os concorrentes e a adjudicação. Nesta fase, é finalidade da actuação do auditor comprovar a racionalidade, transparência, eficiência e competitividade do processo de concurso, destinada à obtenção da *proposta economicamente mais vantajosa*, isto é, aquela que proporcionará o maior «*VfM*».

De acordo com os trâmites do terceiro pilar, pretende-se seleccionar o melhor contrato para o interesse público, atendendo à qualidade das propostas, mediante a avaliação dos elementos de licitação, a selecção da *proposta economicamente mais vantajosa*, após a devida ponderação e reflexão sobre as várias soluções oferecidas pelos concorrentes, sem esquecer a eficaz gestão das diferenças entre a licitação vencedora e o contrato de parceria público-privada.

O terceiro pilar consubstancia-se na fase de contratualização do projecto de PPP, tendo o auditor como grande objectivo determinar qual a posição adoptada pelo Estado, parceiro público, face aos termos do «modelo de PPP» por si assumido. Compete igualmente ao Tribunal de Contas, identificar a matriz de riscos do projecto, assim como, quantificar as respectivas implicações financeiras.

Neste pilar, é demonstrada a posição do Estado, parceiro público, mormente no que se refere aos termos contratualizados no projecto adjudicado, que inclui um conjunto de responsabilidades, riscos e implicações financeiras para o Estado.

O Tribunal de Contas elaborou um documento,<sup>781</sup> do qual consta um leque de orientações e *guide-lines*, assim como, procedimentos a adoptar nas auditorias externas aos «projectos de PPP».

Como já foi mencionado anteriormente, o controlo externo exercido por parte do Tribunal de Contas deverá ter em consideração as principais etapas do ciclo de gestão de uma parceria público-privada, sobre as quais assentam o quadro institucional e jurídico que as regulamenta.

Os auditores deverão ter particular atenção ao papel desempenhado por cada um dos parceiros, ao longo da relação contratual da parceria público-privada, em cada uma das respectivas fases: (a) fase de estudo, preparação e avaliação prévia da parceria público-privada; (b) fase de aprovação do projecto de parceria público-privada; (c) fase de concurso e procedimento concursal; (d) fase de gestão, acompanhamento e fiscalização dos contratos de parceria público-privada.

No quarto pilar, é avaliada a *performance* do Estado, parceiro público, relativamente à capacidade, eficiência de gestão, monitorização e fiscalização do contrato de parceria público-privada. Nesta fase, o objectivo que a auditoria realizada pelo Tribunal de Contas pretende atingir reporta-se à determinação da *performance* do Estado, tendo como referência, os princípios e boas práticas internacionais no tocante à apreciação dos seguintes parâmetros: (a) «VfM»; (b) «Accountability», prestação de contas ou assumir de responsabilidades; (c) «Affordability» ou sustentabilidade orçamental do projecto de parceria público-privada.

O documento apresentado pelo auditor apresenta um leque exemplificativo («*check-list*»), do qual constam as principais questões que os auditores deverão tentar obter junto dos parceiros, sobretudo junto do Estado, que versam sobre estes aspectos: (a) estudo e preparação da PPP; (b) gestão do procedimento de contratação; (c) gestão da contratação externa («*outsourcing*»); (d) controlo do desempenho da parceria público-privada; (e) gestão

---

<sup>781</sup> O Tribunal de Contas considerou ser conveniente proceder à redacção deste documento por vários motivos. São eles, os seguintes: (a) Portugal é o país da zona euro que apresenta o maior número de celebração e implementação de PPP's, em termos percentuais, comparado com o PIB e Orçamento de Estado; (b) Aprovação pela Organização Internacional de Instituições Superiores de Controlo e Auditoria (INTOSAI) de um conjunto de directrizes respeitantes a auditoria pública sobre contratos celebrados em regime de PPP, das quais enaltece as «*Linhas de Orientação sobre as Melhores Práticas para Auditoria de Financiamento Público Privado e Concessões*». Estas orientações da INTOSAI tiveram por finalidade proporcionar às instituições superiores de controlo um quadro de referência lógica para a auditoria das PPP's e das concessões, enquanto formas de contratação que divergem dos tradicionais moldes de contratação pública («*procurement*»), assim como, da simples aquisição de serviços e do «*outsourcing*» de serviços; (c) em virtude da experiência adquirida pelo Tribunal de Contas em matéria de auditorias; (d) o facto de a generalidade das recomendações realizadas pelo Tribunal de Contas terem sido acolhidas pelo Estado, através da aprovação de legislação de enquadramento genérico das PPP's (Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril) e mediante as alterações recentes introduzidas pelo Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de Julho.

do risco público; (f) prestação de contas ou «*affordability*» da parceria público-privada; (g) boas práticas e linhas de orientação; (h) fiscalização da parceria público-privada.

No que respeita ao quinto pilar, o Tribunal de Contas debruça-se sobre a *performance* do parceiro privado, ou seja, sobre o efectivo desempenho deste parceiro, no âmbito do contrato de parceria público-privada.

Nesta fase, através da auditoria, o Tribunal de Contas pretende determinar a eficiência da parceria, numa tríplice vertente: (a) conformidade e regularidade das obrigações contratuais; (b) qualidade do serviço prestado; (c) desempenho financeiro do projecto.

Ilustramos a matéria concernente às auditorias, com a Auditoria do Tribunal de Contas à concessão LusoPonte, no decurso da qual foram detectadas cláusulas contratuais desfavoráveis para o Estado concedente, existentes tanto no contrato inicial de concessão, como nos Acordos de Reequilíbrio Financeiro.

Na primeira situação, as taxas de portagem a ser cobradas na Ponte 25 de Abril e na Ponte Vasco da Gama, não atenderam às diferentes características das mesmas. São exemplos de cláusulas desfavoráveis para os interesses do parceiro público as relativas ao regime de manutenção e conservação da Ponte 25 de Abril; ao recurso ao motivo de «força maior» para exonerar a concessionária da responsabilidade pelo incumprimento das suas obrigações; as modalidades de reposição do equilíbrio financeiro que conduziram o Estado ao pagamento de determinados montantes de compensação; o tratamento fiscal das receitas da Ponte 25 de Abril, na medida em que a redução do IVA que passou a traduzir-se numa forma de compensação da concessionária, entre outras. Por outra banda, os Acordos de Reequilíbrio Financeiro revelam que foram oferecidas novas contrapartidas financeiras à concessionária sendo os custos dessas novas condições de financiamento à concessionária imputados ao erário público.

Em jeito de balanço, sobre o que concerne ao controlo financeiro externo exercido diariamente pelo Tribunal de Contas, subscrevemos a posição defendida por ANTÓNIO CLUNY, o qual vai ao cerne da questão na sua análise profunda acerca da responsabilidade financeira em Portugal: «(...) não há defesa possível dos direitos colectivos ou individuais que possa subsistir desenquadrada do Direito e à margem da jurisdição onde eles podem ser reclamados e efectivados. A importância do direito da responsabilidade financeira passa exactamente pela necessidade de procurar assegurar estas firmes barreiras do Direito Financeiro e, (...) à *salvaguarda dos princípios da boa fé e da confiança daqueles que estão encarregados de usar e gerir os fundos e o património público*. A sua efectivação terá, pois, de situar-se numa

encruzilhada em que sobrelevam objectivos de *prevenção, sanção, reparação e garantia do exercício responsável e confiante das funções de gerir e usar os dinheiros públicos*»<sup>782</sup>.

Por seu turno, a respeito da responsabilidade financeira realizada pelo Tribunal de Contas, MARIA JOÃO ESTORNINHO conclui que: « (...) seria bastante mais eficiente e desejável que a competência do Tribunal de Contas fosse alargada em termos qualitativos e não quantitativos. (...) É também de ponderar a existência de controlos obrigatórios e facultativos, de modo a permitir uma actuação selectiva por parte do Tribunal de Contas o qual, eventualmente, aliviado de certas tarefas de rotina e menos significativas do ponto de vista financeiro, poderia dedicar-se inteiramente às questões onde verdadeiramente se «jogam» hoje os dinheiros públicos»<sup>783</sup> que, a nosso ver, são as obras megalómanas, de onde as parcerias público-privadas são o instrumento jurídico-contratual privilegiado dos governos.

### 3.2. Por uma Responsabilidade Financeira.

Partimos a nossa excursão acerca da exigência de responsabilidade financeira sobre os intervenientes na contratação pública portuguesa, mormente no que respeita em especial às parcerias público-privadas na saúde, com a seguinte afirmação de TONY JUDT, historiador inglês, citado por ANTÓNIO CLUNY, «(...) *aquilo a que assistimos é à transferência das responsabilidades do Estado para o sector privado (...) a uma “economia mista” da pior espécie, em que a empresa privada é, indefinidamente, financiada por fundos públicos*»<sup>784</sup>.

Como já mencionado em momento anterior neste estudo, o cidadão assiste ao fenómeno de “delegação de tarefas” que tradicionalmente eram desenvolvidas pelo Estado, por si próprio, com os seus meios, recursos humanos e técnicos, para um conjunto infindável de entidades privadas. Mas, o movimento inverso também se verifica: os privados também fogem para domínios de actividade que, por natureza, tradicionalmente não lhes cabem: a prossecução do interesse público, em nome e por vez ou por conta do Estado constitui, de igual modo, uma *novidade* para eles.

Esta realidade não seria, de todo, criticável ou passível de censura, não fosse o facto de não se verificarem melhorias, quer ao nível económico-financeiro (v.g. aumento de receitas ou decréscimo de custos), quer ao nível da melhoria da prestação do serviço público objecto da

---

<sup>782</sup> Neste sentido, vide ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributos para uma Reflexão Necessária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.278. Acerca da matéria relativa à sujeição ao controlo externo do Tribunal de Contas, vide, igualmente, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1999, pp.311 a 332.

<sup>783</sup> Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1999, pp.332.

<sup>784</sup> Neste sentido, vide ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributos para uma Reflexão Necessária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.15.

referida “delegação privatizante”. Neste sentido, pronuncia-se ANTÓNIO CLUNY «(...) sem que se descortinem evidentes ganhos financeiros ou a melhoria da qualidade dos serviços»<sup>785</sup>.

Veja-se, neste contexto, o paradoxo assinalado por este magistrado: «Num momento em que o discurso liberal sobre o excesso e os limites do papel e funções do Estado é dominante, tal constatação não deixa, aliás, de ser *irónica* e motivadora de algumas *perplexidades*. Na verdade, mais do que intervir concorrencialmente em áreas, por tradição, próprias da iniciativa privada, o Estado, em nome da competitividade e do desenvolvimento da economia nacional, *suporta-lhe os riscos e apoia-a financeiramente de diversas formas, alocando-lhes fundos públicos*, que os cidadãos constituíram, no essencial, com o pagamento dos seus impostos para a realização do bem comum»<sup>786</sup>.

Concretizando esta ideia de transferência de competências sociais do Estado para os privados, temos o interesse público «saúde», relativamente ao qual ocorrem sucessivas empresarializações de estabelecimentos públicos de saúde, com destaque especial para os hospitais, cuja gestão, exploração, manutenção e conservação é entregue a entidades privadas, mormente através de parcerias público-privadas.

Deste modo, porque é incontornável o facto de que muitas destas entidades privadas encontrarem-se mais vocacionadas para a obtenção do lucro, do que propriamente para a realização do bem comum ou para a satisfação de necessidades colectivas, em termos de igualdade, equidade e justiça social, torna-se imperiosa a adopção de medidas ou diligências de fiscalização, supervisão e de responsabilização rigorosas e eficazes<sup>787</sup>, até porque estão envolvidos dinheiros públicos obtidos à custa do cidadão, mediante a imposição de carga tributária.

---

<sup>785</sup> Neste sentido, vide ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributos para uma Reflexão Necessária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.15. ANTÓNIO CLUNY observa que: «(...) assiste-se, em função desse mesmo processo, ao crescente manuseamento de dinheiros públicos por uma plêiade de organismos e entidades autónomas e privadas que, naturalmente, são de mais difícil controlo financeiro. Em suma, o Estado interfere mais na vida económica, mas os seus meios e instrumentos de intervenção social directa estão mais limitados e os seus recursos não são canalizados apenas para assegurar os serviços que aproveitam ao bem comum». Continua, este magistrado, referindo a tendência actual em Portugal: «Fala-se em outsourcing, nas parcerias público-privadas e nas suas virtualidades e riscos, assiste-se a um desdobrar de funções públicas por organismos com as mais diversas fisionomias jurídicas: ordens profissionais, institutos, fundações, IPSS, clubes desportivos, escritórios de advogados ou de consultoria económica e financeira».

<sup>786</sup> (itálico nosso) Vide ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributos para uma Reflexão Necessária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.14.

<sup>787</sup> No sentido de maior rigor e disciplina orçamental, foi aprovada uma alteração à Lei do Tribunal de Contas, com unanimidade por parte de todos deputados presentes na votação, o que nas palavras de GUILHERME D´OLIVEIRA MARTINS, revela «(...) um sinal extraordinariamente importante sobre a mobilização que existe na sociedade portuguesa em torno dos princípios fundamentais, no que se refere ao rigor, à disciplina financeira e orçamental, e à existência de mecanismos de responsabilização».

Neste sentido, vide a entrevista realizada por SUZANA ROCHA PEREIRA a GUILHERME D´OLIVEIRA MARTINS, Presidente do Tribunal de Contas, sob o tema: “Missão: Responsabilizar a Administração Pública”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, Agosto-Setembro, 2006, pp.22 e seguintes. No idêntico sentido, no sentido de uma rigorosa fiscalização sobre a actuação dos entes públicos, aconselha-se o estudo do artigo de FRANCISCO JAVIER LORENTE SALMERÓN e de ALBERTO M<sup>º</sup> TORRE CANTALAPIEDRA, Inspectores do Banco de Espanha, “A la búsqueda de la Estabilidad Financiera”, *Dossier Auditoria in Revista Doble+Contable*, nº3, Ano I, Septiembre, 2012, pp. 69 e seguintes.

Nesta senda e no sentido de fiscalizar activa e dinamicamente, a actuação do Estado, nas suas diversas vestes, designadamente enquanto «contratante», surge o Tribunal de Contas munido de mais poderes, em virtude da nova Lei do Tribunal de Contas, que lhe permite proceder a um reforço da sua *fiscalização concomitante*.

Quer dizer, no entendimento do Presidente do Tribunal de Contas, GUILHERME D' OLIVEIRA MARTINS, o Tribunal de Contas vai agora poder, com efectividade, acompanhar os principais actos que são celebrados pela Administração Pública e graças à dispensa de visto prévio relativamente aos “contratos adicionais”, visto que, deste modo, vão ser libertados recursos na *fiscalização prévia* (mais formal) para a *fiscalização concomitante*, a qual tem reflexos práticos substancialmente mais significativos no concreto, quando comparada com a primeira modalidade de fiscalização<sup>788</sup>.

Mas, pessoas de outros quadrantes da sociedade portuguesa, como CARLOS FONSECA MARINHEIRO, professor de Economia, consideram que esta Lei de reforço dos poderes do Tribunal de Contas, poderia ter ido mais longe<sup>789</sup>, pese embora os seus incontestáveis méritos, de entre os quais, se destaca a obrigatoriedade de sujeição do sector empresarial do Estado («um autêntico polvo»<sup>790</sup>), com ramificações na Administração Local e Regional, que actuam através de uma plêiade de empresas municipais e de empresas com peso regional.

Poderia ter ido mais longe, na medida em que poderia (e deveria) ter munido a Assembleia da República, órgão democrático por excelência, de um órgão técnico independente que tivesse a vocação de assessorar os deputados, com carácter de estabilidade e de permanência.

Por outro lado, teria sido positiva a criação de uma projecção de evolução abrangente das contas públicas em médio prazo, ou seja, que não se cingisse somente aos dados dos Programas de Estabilidade e Crescimento.

Esta projecção deveria ser acompanhada de uma rigorosa avaliação sistemática e global do impacto plurianual das medidas adoptadas pelo Governo, *maxime*, das decisões relativas ao lançamento de contratos públicos para obras e projectos de dimensões megalómanas susceptíveis de onerar várias gerações de contribuintes, em nome dos princípios da confiança, da boa fé, da lealdade e, acima de tudo, em respeito pelo princípio da responsabilidade intergeracional, subscritos pelo Estado no momento da celebração do «Pacto Social» (ROUSSEAU) com o cidadão.

---

<sup>788</sup> Neste sentido, vide a entrevista a GUILHERME D' OLIVEIRA MARTINS, Presidente do Tribunal de Contas, sob o tema: “Missão: Responsabilizar a Administração Pública”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, Agosto-Setembro, 2006, pp.24.

<sup>789</sup> Vide CARLOS FONSECA MARINHEIRO, “Política Anticíclica. A necessidade de consolidação orçamental e as instituições”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, Agosto-Setembro, 2006, pp. 32 e 33.

<sup>790</sup> Expressão nossa.

A nosso ver, este princípio tem sido “olimpicamente ignorado” pelos sucessivos Governos, mormente, no âmbito da contratação pública. Veja-se, em Portugal, o caso das pontes, das auto-estradas e hospitais celebrados em regime de parcerias público-privadas que vão sobrecarregar o erário público das várias gerações até 2080, limitando-se os orçamentos de Estado no futuro a fazer “gestão de mera tesouraria”<sup>791</sup>.

Com a nova Lei do Tribunal de Contas, o processo de *fiscalização concomitante* processa-se, sinteticamente, do seguinte modo: a partir do momento em que é celebrado um contrato adicional, existe um prazo peremptório, para que o respectivo contrato seja depositado no Tribunal de Contas. Este depósito tem lugar, não a partir apenas da celebração formal do contrato, mas a partir do momento em que este produz efeitos.

Com esta Lei do Tribunal de Contas vigente a partir de 2006, reforça-se a necessidade imperativa de eliminação do “facto consumado”, pois com o regime anterior, sucedia frequentemente, o contrato chegar ao Tribunal de Contas para ser examinado e a obra já se encontrar realizada. Com o novo regime, «não é mais possível que se celebre um contrato quando a obra já está realizada» (GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS).

Eis, que deste modo, a fiscalização sobre os “fenómenos” de contratação pública em Portugal, com a nova Lei, é mais rigorosa e eficaz, com efeito útil, porque o controlo não é mais meramente formal, ou seja, mediante uma análise puramente legalista que permitia somente determinar se as regras de legalidade, no caso concreto, haviam sido ou não cumpridas.

Actualmente, o contrato celebrado pelo ente público, que envolve o recurso aos dinheiros públicos, vai ser objecto de uma análise material, de responsabilidade, orientada pela preocupação em averiguar se existiram infracções financeiras<sup>792</sup> (v.g. fraccionamento abusivo de contratos para que um valor elevado surja diluído e diminuto), ao longo de todo o procedimento contratual, desde os actos preparatórios, pré-adjudicatórios até ao momento da efectiva adjudicação e conclusão do contrato.

Dito doutro modo, a análise legal e financeira vai abranger todo o “arco contratual”, antecedente e contemporâneo do próprio momento da celebração do contrato.

<sup>791</sup> Neste sentido, CARLOS MORENO, Juíz Conselheiro Jubilado do Tribunal de Contas, que auditou durante cerca de quinze anos as parcerias público-privadas, em entrevista televisiva da SIC Notícias, “Negócios da Semana” realizada por GOMES FERREIRA, a 4 de Novembro de 2010 e Autor da obra intitulada *Como o Estado gasta o nosso dinheiro*, Caderno, 2010.

<sup>792</sup> Sempre que se detectem infracções financeiras, estas serão susceptíveis de desencadear os competentes processos de responsabilidade financeira, a ser julgados na terceira secção do Tribunal de Contas. E, no que se refere em particular ao regime de empreitadas públicas, existe a obrigatoriedade de publicação das listagens dos contratos de empreitada no Diário da República, o que muitas vezes, não é acatado. O Tribunal de Contas possui, neste ponto, um mecanismo adicional que consiste no Protocolo com a Autoridade da Concorrência, com vista a actuar contra a cartelização e contra todos os mecanismos que tornem claudicantes as regras sobre a transparência. Neste sentido, vide a entrevista a GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, Presidente do Tribunal de Contas, sob o tema: “Missão: Responsabilizar a Administração Pública”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, Agosto-Setembro, 2006, pp.25. Acerca do Orçamento despendido pelo sector público, assim como, sobre o respectivo controlo e supervisão, vide A.A.V.V., in *Financial Accountability and Management in Governments, Public Services and Charities*, Wiley-Blackwell, Vol. 27, nº 4, November, 2004, pp. 385 e seguintes.



Mais especificamente, no decurso do apuramento da ocorrência de infracções financeiras e respectiva responsabilização a ser imputada ao Estado ou ente público contratante, estes vão ser obrigados a “demonstrar o porquê da má previsão”, assim como, o “porquê da má execução”, a qual se afastou significativamente do que foi inicialmente previsto, sendo o Ministério Público chamado a realizar as devidas diligências complementares, após a elaboração dos relatórios de auditoria do Tribunal de Contas<sup>793</sup>.

Existe uma inovação neste regime que merece ser sublinhada e enaltecida, que se prende com o facto de, nas situações em que o Ministério Público se decide pelo arquivamento, é possível que outra entidade, Tribunal de Contas ou outra instituição de auditoria, «possa (re)introduzir o feito em juízo»<sup>794</sup>.

Em síntese, qualquer controlo financeiro terá de reportar-se aos aspectos envolventes da legalidade, eficiência e economicidade das actividades em causa. Mas não só. Aspectos de fundo, substanciais, ao nível da prática de infracções financeiras serão rigorosamente escrutinadas. Para tanto, torna-se necessária a criação de adequados mecanismos e formas de efectivação de responsabilização, como forma de sancionar<sup>795</sup> os titulares dos órgãos públicos

---

<sup>793</sup> Com o novo regime de fiscalização e de controlo exercido pelo Tribunal de Contas, o qual vai estabelecer mais dinâmicos e interactivos mecanismos de cooperação com o Ministério Público, este vai poder “reduzir drasticamente os arquivamentos”, ao mesmo tempo que serão aperfeiçoados os requisitos que terão de ser cumpridos nos relatórios de auditoria. Na verdade, muitos dos arquivamentos devia-se à falta de prova produzida, sendo insuficiente para o Ministério Público levar por diante os processos conducentes a uma efectiva responsabilização dos operadores públicos, que contribuíram para o despesismo. Ora, agora, o Ministério Público vai passar a deter os meios necessários e adequados à sua função fiscalizadora, colocados à disposição pelo Tribunal de Contas, no sentido de realizar indispensáveis diligências complementares.

Assim sendo, o Ministério Público e o Tribunal de Contas vão desenvolver activos mecanismos de cooperação e de aliança, na medida em que ao primeiro competirá encontrar os elementos (indícios), reunindo a “prova”, sendo que ao segundo, caberá prosseguir as acções de responsabilidade, com vista a que «o Estado não fique prejudicado pelos actos correspondentes a infracções». Na verdade, agora, com o novo regime, o Ministério Público «tem mais meios» e «tem elementos de prova que vão permitir acusar mais e com melhor responsabilização dos agentes públicos». Acresce, por outro lado, que existe uma expressiva articulação com as inspecções-gerais, órgãos de controlo interno e com os controladores financeiros, sendo de salientar o facto de entre estes agentes e o Tribunal de Contas não existe qualquer relação de dependência ou condicionamento, ou seja, com funcionalidade autónoma e independência orgânica, o que é de enaltecer, visto que só assim se evita a “duplicação de fiscalizações” (e gastos desnecessários). Significa isto, que já não vai ser possível que, no mesmo ano, um dado serviço seja “visitado” por várias instituições de auditoria, pois o que se pretende é fiscalizar, mas sem perturbar o normal funcionamento da Administração Pública. Este aspecto constitui uma novidade face ao regime anterior: o Tribunal de Contas vai julgar com base nos elementos provindos das várias inspecções realizadas pelas diversas instituições com funções de auditoria, com as quais colabora.

Esta informação foi recolhida da entrevista realizada a GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, Presidente do Tribunal de Contas, sob o tema: “Missão: Responsabilizar a Administração Pública”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, Agosto-Setembro, 2006, pp.25 e 26.

<sup>794</sup> Apraz-nos fazer uma ressalva: acrescentámos à versão original, à palavra “introduzir” o prefixo “re”.

Neste sentido, vide GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, Presidente do Tribunal de Contas, sob o tema: “Missão: Responsabilizar a Administração Pública”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, Agosto-Setembro, 2006, pp.30.

<sup>795</sup> No sentido de pugnar por uma efectiva responsabilização dos responsáveis mediante a aplicação de sanções, vide FRANCISCO JAVIER LORENTE SALMERÓN e de ALBERTO M<sup>º</sup> TORRE CANTALAPIEDRA, Inspectores do Banco de Espanha, “A la búsqueda de la Estabilidad Financiera”, *Dossier Auditoria in Revista Doble+Contable*, nº3, Ano I, Septiembre, 2012, pp. 74 e seguintes, bem como, CRISTOPHER POLLITT, “Moderation in all things”: international comparisons of governance quality”, in *Financial Accountability and Management in Governments, Public Services and Charities*, Wiley-Blackwell, Vol. 27, nº 4, November, 2004, pp.437 e seguintes; realçamos a pertinência das pp.441 e seguintes, em que é realizada uma abordagem profunda sobre os factores decisivos que influenciam os sistemas de análise de performance utilizados por parte de “quem faz as leis”, ou seja, dos órgãos legislativos. Para além deste estudo, aconselhamos a análise de SURESH CUGANESAN e DAVID LACEY, “Developments in Public Sector Performance Measurement: a Project on producing return on investment metrics for law enforcement”, in *Financial Accountability and Management in Governments, Public Services and Charities*, Wiley-Blackwell, Vol. 27, nº 4, November, 2004, pp.458 a 477.

que, lesaram o interesse público e que de modo ilícito ou ilegal causaram danos para o erário público.

Uma das razões principais apontadas para o incremento do despesismo público em Portugal consiste num determinado condicionamento de âmbito legal da fiscalização prévia, sob a égide do Tribunal de Contas<sup>796</sup>, sendo que, tal como refere ANTÓNIO CLUNY, «a admissão da produção de todos os efeitos dos actos e contratos sujeitos a visto prévio, que não os efeitos financeiros»<sup>797</sup> favorecem, em muitas ocasiões, a ocorrência de «situações de facto consumado», que a ser futuramente objecto de justa e adequada penalização, não passam de mera *justiça platónica*. Assim sucedeu com as parcerias público-privadas cujo visto prévio do Tribunal de Contas havia sido recusado e que ainda assim prosseguiram, sobretudo na área dos transportes e da rede viária.

Nestes casos, ainda que fosse inútil a propositura de acção judicial competente, pelo facto de a «obra» já estar irremediavelmente concluída, deveria sempre haver lugar a uma efectiva responsabilização política dos respectivos decisores que conduziram à má utilização dos dinheiros públicos.

Aliás, a Constituição da República Portuguesa não é imune à necessidade de se impor ao poder político a respectiva responsabilidade, pelo exercício das suas funções, por acções ou omissões cometidas, consagrando-a designadamente, nos seus artigos 22º, 117, 271º.

Estes são preceitos que têm por missão responsabilizar o Estado e demais entidades públicas, assim como, os titulares dos órgãos e agentes da Administração Pública («A CRP incumbiu, por isso, o Tribunal de Contas, enquanto órgão judicial especializado, das funções de superintender os diferentes órgãos de controlo públicos, de superiormente controlar através de iniciativas por si decididas a gestão e uso dos dinheiros públicos e, finalmente, de, com exclusividade, efectivar a responsabilidade financeira»<sup>798</sup>).

A todos os intervenientes deverá ser assacada a devida responsabilidade, nas palavras de ANTÓNIO CLUNY, «*na exacta medida do estatuto que detêm, das funções que lhes estão cometidas e dos actos que, relacionados com elas, voluntariamente praticam ou se abstêm de praticar*»<sup>799</sup>.

Mas, existe um problema de considerável dimensão. Na verdade, actualmente, os processos políticos ao nível da tomada de decisões e de execução das medidas políticas de

---

<sup>796</sup> Vide a nova proposta de lei que visa ao reforço dos poderes de controlo do Tribunal de Contas (Proposta de Lei nº 17/XII/2011). Sobre esta matéria aconselha-se a análise do regime constante da Lei Orgânica e de Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), articulado com a Constituição da República Portuguesa (CRP), mais precisamente os artigos 22º, 117º, 271º.

<sup>797</sup> Neste sentido, vide ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributos para uma Reflexão Necessária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.17.

<sup>798</sup> Vide ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributos para uma Reflexão Necessária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.20.

<sup>799</sup> Neste sentido, vide ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributos para uma Reflexão Necessária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.22.

saúde, de transportes, de redes viárias e outras possuem um elevado grau de complexidade, em virtude da matéria constante dos «dossiês» e dotadas de terminologias técnicas e com jargões economicistas de difícil compreensão, para além das numerosas equipas (de juristas, engenheiros, arquitectos, etc.) que são utilizadas nos projectos de infraestruturas.

Essa complexidade e dimensão dos projectos facilitam a «mitigação» de responsabilidades, devido ao difícil apuramento das concretas culpas dos agentes.

Consciente deste facto, ANTÓNIO CLUNY sugere que «(...) não devem, (...) interessar muito, a diferente importância e a amplitude das atribuições dos diversos órgãos ou entidades que nela participam, bem como as diferentes competências dos seus titulares e agentes. Todos devem ser chamados a responder em função das suas específicas atribuições e competências»<sup>800</sup>.

Nesta senda, assistimos ao nascimento e à proliferação de preceitos jurídicos, de origem publicística, mas não só, que têm por finalidade concretizar as diversas responsabilidades a ser imputadas ao Estado e seus agentes, numa multiplicidade de vertentes, administrativa, financeira, penal, contra-ordenacional, civil e disciplinar.

Aquele magistrado salienta o facto de, independentemente da natureza da entidade em causa, quem gerir ou recorrer aos dinheiros públicos, assim como, quem autorizar ou pagar sejam quais forem os compromissos em causa, por conta do erário público, pode ser objecto de responsabilidade financeira, respondendo perante o Tribunal de Contas<sup>801</sup>.

---

<sup>800</sup> Vide ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributos para uma Reflexão Necessária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.21.

<sup>801</sup> Vide ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributos para uma Reflexão Necessária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.25, 58 e 63, 64 e 65.

Pode verificar-se «responsabilidade financeira» essencialmente em duas situações: a) violação culposa de uma norma financeira, quando se encontra tipificada como infracção na LOPTC; b) verificação de uma concreta situação financeira típica, havida como irregular, resultante de uma obrigação de reposição de fundos ou da necessidade de compensar um «dano» provocado a uma entidade pública ou ao próprio Estado. A propósito do conceito de «Responsabilidade Financeira» aprez-nos referir o seguinte: resulta da prática culposa de uma infracção financeira por parte de quem gere ou usa dinheiros públicos e que apenas pode ser apreciada no âmbito da função jurisdicional do Tribunal de Contas. Existe este tipo de responsabilidade quando alguém possa vir a constituir-se na obrigação de repor fundos públicos ou suportar as sanções legalmente previstas, no decurso do controlo jurisdicional do Tribunal de Contas, devido à violação de normas que visam tutelar a actividade financeira pública. Acerca das várias modalidades de responsabilidade financeira, indicamos duas principais, em função das preocupações que suscitam e do respectivo grau de gravidade: a) reintegratória regida pelas normas dos artigos 59º a 64º, LOPTC; b) sancionatória, consagrada no corpo normativo, dos artigos 65º a 68º, LOPTC. A primeira procura garantir a integralidade do património, dos dinheiros públicos, concretizando-se mediante uma reposição das quantias em falta devido à prática de um determinada infracção financeira que contribuiu para lesar o erário público. A segunda visa a prevenção e tutela das condutas financeiras dos que se ocupam da gestão e que usam fundos públicos, impondo a estes agentes o acatamento escrupuloso das normas financeiras que pretendem obstar a riscos de prejuízos ou de aproveitamentos menos adequados e sensatos desses fundos. Esta segunda modalidade de responsabilidade financeira implica o pagamento de uma multa como resultado da infracção praticada. Seja como for, hoje, «na lógica actual da responsabilidade financeira, a responsabilidade reintegratória não se compreende sem a prática de uma infracção financeira» (ANTÓNIO CLUNY, pp.65). Assim é, por força da própria Constituição, que nos termos do seu artigo 214º, faz a ligação decisiva entre a efectivação de qualquer tipo de responsabilização financeira e a prática de uma infracção financeira. De acordo com a alínea c), do nº1, do artigo 214º, a CRP determina que compete ao Tribunal de Contas a efectivação de responsabilidade por infracções financeiras, nos termos da lei. Mas, o que se entende por «infracção financeira»? Este, na realidade, não é de todo, um conceito bem delimitado pela doutrina ou pela lei, sendo susceptível de conduzir a equívocos. Para clarificar todas as questões ora enunciadas e expostas, Vide ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributos para uma Reflexão Necessária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011 pp. 61 e seguintes.

As principais consequências para os responsáveis de gasto abusivo de dinheiros públicos, com forte pendor pedagógico e de “prevenção geral”, por virtude do cometimento de infracções financeiras são as seguintes: a) multas, as quais podem ser aplicadas pelos juízes em processo, tornando mais céleres as decisões; b) enquanto sanção máxima, poderá ser aplicada ao infractor a obrigação de repor o dinheiro desperdiçado, às suas próprias custas, ou seja, do seu próprio bolso<sup>802</sup>.

O grande desiderato do Tribunal de Contas, em termos de proximidade ao cidadão, é que este tenha consciência de que existe um órgão jurisdicional que defende o erário público com eficiência, passando a conhecer a forma como o Estado gasta o seu dinheiro, assim como, os respectivos montantes concretos envolvidos na actuação estadual na prossecução do interesse público. Ponto fundamental é que «os contribuintes venham a perceber que uma administração amiga é uma administração que trata o seu dinheiro com zelo. E não o gasta abusivamente»<sup>803</sup>.

O «*New Public Management*»<sup>804</sup> terá de se conformar com os ditames resultantes do bom uso dos fundos públicos<sup>805</sup>, inerente à boa administração e, terá de se submeter a uma efectiva responsabilização perante o cidadão pelo eventual desvirtuamento do erário público.

No que particularmente respeita à crescente privatização dos serviços da Administração Pública, a que a área da saúde não escapa, o Tribunal de Contas preocupa-se, não apenas com a «(...) natureza ou estatuto da entidade que utiliza o dinheiro, é a origem desse dinheiro. Ao definir uma jurisdição alargada para o TC, queremos chegar a todas as entidades que utilizem o dinheiro público»<sup>806</sup>.

---

<sup>802</sup> Neste sentido, vide a entrevista a GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, Presidente do Tribunal de Contas, sob o tema: “Missão: Responsabilizar a Administração Pública”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, Agosto-Setembro, 2006, pp.30. Vide, ainda FRANCISCO JAVIER LORENTE SALMERÓN e de ALBERTO M<sup>º</sup> TORRE CANTALAPIEDRA, Inspectores do Banco de Espanha, “A la búsqueda de la Estabilidad Financiera”, *Dossier Auditoria in Revista Doble+Contable*, nº3, Ano I, Septiembre, 2012, pp. 69 e seguintes.

<sup>803</sup> Apraz-nos fazer uma ressalva: nas palavras exactas de GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, a frase é: «os contribuintes vão perceber (...)». No nosso texto, necessitámos para que a nossa frase fizesse sentido, de proceder a uma alteração do tempo verbal para «venham» a perceber». Neste sentido, vide a entrevista a GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, Presidente do Tribunal de Contas, sob o tema: “Missão: Responsabilizar a Administração Pública”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, agosto-setembro, 2006, pp.30.

<sup>804</sup> Concretamente sobre o «*New Public Management*» na área da Saúde, vide o estudo desenvolvido realizado por PINAR GUVEN-USLU e de LYNNE CONRAD, “A Longitudinal Study of Change in the English National Health Service”, in *Financial Accountability and Management in Governments, Public Services and Charities*, Wiley-Blackwell, Vol. 27, nº 4, November, 2004, pp.385 a 407. Sobre o Orçamento de Estado com o sector público e acerca de mecanismos de control sobre o uso de dinheiros pertencentes ao erário público, recomenda-se o estudo da análise aprofundada realizada por WILL SEAL e AMANDA BALL, “Interpreting the Dynamics of Public Sector Budgeting: a Dialectic of Control approach”, in *Financial Accountability and Management in Governments, Public Services and Charities*, Wiley-Blackwell, Vol. 27, nº 4, November, 2004, pp. 409 a 434, assim como, CRISTOPHER POLLITT, “Moderation in all Things”: International Comparisons of Governance Quality”, in *Financial Accountability and Management in Governments, Public Services and Charities*, Wiley-Blackwell, Vol. 27, nº 4, November, 2004, e seguintes.

<sup>805</sup> Neste sentido, vide LUIS M. MACHO, “La Transformación del régimen jurídico de los servicios sociales”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº153, enero-marzo, 2012, pp.33 e seguintes. Vide, de igual modo, JESÚS COLÁS TENAS, “La reforma de la Legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº153, enero-marzo, 2012, pp. 253 e seguintes.

<sup>806</sup> Vide, GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, Presidente do Tribunal de Contas, sob o tema: “Missão: Responsabilizar a Administração Pública”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, Agosto-Setembro, 2006, pp.31.

#### 4. Conclusão: As Parcerias Público-Privadas constituirão um risco potencial para a sustentabilidade económico-financeira do Estado Social?

Na «Comunicação da Comissão COM (2009) 615 final» referente ao modelo jurídico-contratual «parcerias público-privadas» é mencionado o seguinte «(a) nível da UE, as PPP podem ter um efeito de alavanca em relação a projectos-chave destinados à realização de objectivos comuns, tais como o combate às alterações climáticas, a promoção de fontes de energia alternativas, da eficiência energética e dos recursos de energia, o apoio a um sistema de transportes sustentável, a *garantia de cuidados de saúde de alta qualidade* e abordáveis, e a realização de importantes projectos de investigação (...). Também podem reforçar a capacidade de inovação da Europa e estimular a competitividade da indústria europeia em sectores cujo potencial de crescimento e de emprego é importante»<sup>807</sup>.

Em consequência desta missão ou vocação genética da parceria público-privada<sup>808</sup> poderia, à partida, supor-se que este modelo contratual era solução para todos os males do Estado, desde insuficiências tecnológicas, passando pela defesa do meio ambiente, pelo desenvolvimento sustentável e até *paradoxalmente*, pelo controlo do despesismo ou défice público.

Ou, por outras palavras, as parcerias público-privadas assumiram-se a dada altura, pelo menos em termos teóricos e abstractos, como a resposta perfeita e completa à manifesta incapacidade económico-financeira que a generalidade dos Estados Sociais revela, em actual contexto de crise económica à escala global<sup>809</sup>. Mas, tal ideia não corresponde à realidade prática.

Em jeito de balanço, apesar de as parcerias público-privadas implicarem exclusiva ou predominantemente investimento privado, na verdade, recai sobre o Estado a assunção de compromissos mediante a obrigação de remunerar com pagamentos futuros os parceiros privados, normalmente por um período de tempo longo.

Por outro lado, a tão desejada «*partilha de risco*» que é apresentada como sendo «*central na definição de qualquer PPP*», afigura-se por vezes, como uma simples «quimera»,

---

<sup>807</sup> (itálico nosso) Acerca da relação entre PPP's e desenvolvimento sustentado dos países europeus, vide *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, nº4, Ano III, 01 11, pp.55 e seguintes. Este texto foi colhido da pp.61, deste artigo da autoria de RUTE SARAIVA.

<sup>808</sup> Vide EDUARDO PAZ FERREIRA e MARTA REBELO, "O Novo Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas em Portugal", in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF-Pesquisa e Formação, Sintra, 2004.

<sup>809</sup> Vide, o artigo que aborda a questão da crise económica e da sua influência e preponderância na contratação pública, de LORENZO BAQUER, "Crisis económica y transformaciones administrativas", in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº153, enero-marzo, 2012, pp.89 e seguintes e, ainda sob uma perspectiva de sensatez e responsabilidade, relativamente à contratação pública, vide a análise de TERESA MEDINA ARNÁIZ, "La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea", in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº153, enero-marzo, 2012, pp.213 e seguintes.

na medida em que «os privados apenas entram com contribuições em espécie e trabalhadores, sendo os fundos financeiros avançados pela Comissão»<sup>810</sup>.

Acresce ainda, de igual modo, que em termos de *assimetria informativa*, existe uma clara vantagem do sector privado sobre o sector público, levando RUTE SARAIVA a sublinhar a seguinte ideia: «(...) assimetria informativa entre os parceiros públicos e privados, especialmente *a favor destes últimos*, levantando os tradicionais problemas (...)»<sup>811</sup>.

Como já foi referido supra, as parcerias público-privadas possuem relevância, tanto no que diz respeito ao Orçamento de Estado como à contabilidade pública e, é atendendo a este facto, que a Lei de Enquadramento Orçamental (LEO)<sup>812</sup> contempla as parcerias público-privadas no tocante ao enquadramento orçamental das mesmas.

Outro aspecto que explica a atenção manifestada a esta forma contratual pela LEO prende-se com as pesadas implicações financeiras no longo prazo para o erário público. Deste modo, o legislador procurou atenuar o risco financeiro associado a esta figura contratual através da imposição de um leque de limitações de cariz procedimental ou institucional, mas também de natureza material.

Da Lei do Orçamento de Estado (LEO) resultam, desde logo, como principais restrições, as seguintes: (a) a necessidade de as despesas inerentes às parcerias público-privadas, que impliquem o recurso aos fundos monetários públicos, serem inscritas em mapas orçamentais mediante a devida especificação em programas orçamentais plurianuais, bem como, de elementos informativos que acompanham a proposta de Lei do Orçamento de Estado; (b) no tocante aos mapas orçamentais, impõe-se a apresentação por programas das despesas

<sup>810</sup> Neste sentido, vide RUTE SARAIVA, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, nº4, Ano III, 01 11, pp.68.

<sup>811</sup> Assim, vide RUTE SARAIVA, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, nº4, Ano III, 01 11, pp.68.

<sup>812</sup> Cfr. Lei de Enquadramento Orçamental (LEO) é a Lei nº 91/2001, de 20 de Agosto, entretanto, alterada pela Lei nº48/2004, de 24 de Agosto. Quanto à origem histórica, da LEO podemos apontar o Tratado de Maastricht (1992).

Foi a partir do Tratado de Maastricht, tratado responsável pela implementação do quase-federalismo monetário, que foi estipulada a obrigação de os Estados membros obedecerem a um tecto máximo de endividamento público de 3% (Pacto de Estabilidade), tendo as contas públicas de ser fortes e dotadas de estabilidade financeira.

Assim sendo prescreveu-se a proibição de défices orçamentais excessivos, mediante as regras do PEC (Pacto de Estabilidade e Crescimento), o qual transformou a estabilidade orçamental no objectivo central da política pública financeira, assente na primazia do equilíbrio orçamental. Eis que desta feita, os Estados membros, sobretudo os da moeda única, passaram a ter de cumprir os desígnios do PEC e a integrar os mecanismos de coordenação das políticas orçamentais de cada Estado membro. Outra obrigatoriedade assumida em Maastricht foi a de respeitar os valores e princípios orientadores dos procedimentos de contratação pública. Por conseguinte, uma gestão dotada de maior rigor e lisura, sobre as contas públicas associada a uma vinculação externa do Orçamento de Estado e a um decréscimo do poder orçamental dos Estados, que vieram a ter influência imediata na Lei de Enquadramento Orçamental de Portugal. Tanto é assim que Portugal procedeu à redacção de um anteprojecto do novo diploma legal acerca do enquadramento do orçamento de Estado que veio a modificar inteiramente à Lei nº 6/91.

Citando MARIA EDUARDA AZEVEDO, a respeito desta Lei nº 6/91, «era uma lei arcaica e ultrapassada nos seus conteúdos, incoerente com a actual estrutura do sector público administrativo e da administração central, omissa quanto a inúmeros aspectos fundamentais, alheia às obrigações decorrentes do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia e da União Económica e Monetária (...) inadequada à actividade financeira contemporânea». (itálico nosso) vide in MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, 2009, pp. 326, nota de rodapé nº 995. Sobre esta matéria concernente à contratação pública e, em especial, governamental, aconselha-se o artigo de TRENT TAYLOR, "The end of na era? How affirmative action in government contracting can survive after rothe", in *Public Contract Law Journal*, vol. 39, nº 4, Summer 2010, pp. 853 a 878.



públicas associadas às PPP's<sup>813</sup>, assim como, à elaboração de um programa alternativo de despesas, concretizando o princípio do comparador do sector público<sup>814</sup>.

Por seu turno, da panóplia de elementos informativos que acompanham a proposta de Orçamento deverá constar uma «memória descritiva das razões que justificam o recurso a parcerias dos sectores público e privado, face a um programa alternativo elaborado nos termos do nº2, do artigo 19º (...)»<sup>815</sup>.

Acresce, por outro lado, que o artigo 31º, nº1, alínea I), da LEO, impõe que da Lei de Orçamento de Estado conste a «determinação do limite máximo de eventuais compromissos a assumir com contratos de prestação de serviços em regime de financiamento ou outra forma de parceria dos sectores público e privado».

Trata-se, no fundo de uma restrição material máxima com os «compromissos PPP» que o Estado pode assumir e, nessa medida, o legislador está subtilmente a exigir que às PPP's seja reconhecido o mesmo tratamento de «dívida pública implícita»<sup>816</sup>.

De uma outra perspectiva, revela-se pertinente fazer alusão às denominadas «cláusulas de passagem» cuja missão é habilitar o Ministro das Finanças a parar ou a suspender um determinado «projecto de PPP», quando considere que esta não reúne as adequadas condições.

Este mecanismo consiste, no fundo, na «cláusula gateway», a qual se encontra prevista no nº3, do artigo 11º, do Decreto-Lei nº 86/2003, referindo que «a qualquer momento do processo de selecção do parceiro privado pode dar-se por interrompido ou anulado o processo em curso, mediante despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Tutela Sectorial e sem direito a indemnização, sempre que, de acordo com a apreciação dos objectivos a prosseguir, os resultados das análises e avaliações realizadas até então não correspondam, em termos satisfatórios, aos fins de interesse público subjacentes à constituição da parceria, incluindo a respectiva comportabilidade de encargos estimados».

Ora, este conjunto de limitações e de mecanismos têm por desiderato primacial permitir a harmonização entre a celebração de «projectos de PPP's» e a sustentabilidade financeira do Estado, atendendo aos elevados custos de transacção inerentes àquelas.

<sup>813</sup> Cfr. artigo 18º, nº3, alínea d), da LEO.

<sup>814</sup> Cfr. artigo 19º, nº2 da LEO, o qual remete para o artigo 6º, nº1, alínea c), do Decreto-Lei nº 86/2003.

<sup>815</sup> Cfr. artigo 37º, nº1, alínea c), da LEO.

<sup>816</sup> Neste sentido, vide NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 199 e ss e, vide, igualmente MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 324 e seguintes. Assim como, artigo de TRENT TAYLOR, "The end of na era? How affirmative action in government contracting can survive after rothe", in *Public Contract Law Journal*, vol. 39, nº 4, Summer 2010, pp. 853 a 878. Fundamental a respeito dos gastos públicos, dos limites à realização dos mesmos pelo Estado, revela-se ainda o estudo realizado no âmbito de dissertação de doutoramento de EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da Dívida Pública e das garantias dos credores do Estado*, Lisboa, 1993, para além do artigo de ALEXANDRE DINIS POETA, FERNANDA NOGUEIRA e JOSÉ MARIA ANDRADE, "Entre a Inovação e o Planeamento. Novos Modelos de Gestão das Compras Hospitalares", in *Estudos Políticos e Sociais*, vol. XXIII, nºs 1 a 4, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2001, pp.415 a 438.



Com efeito, actualmente, os Estados encontram-se perante fortes restrições de cariz económico e financeiro, por força da crise económica a uma escala internacional, mantendo-se, porém, a necessidade em realizar infraestruturas aptas a satisfazer as necessidades colectivas e essenciais à prossecução do “interesse público” nos mais diversos aspectos (v.g. saúde, educação, segurança, transportes, etc.).

Assim sendo, perante um cenário social e económico de enorme vulnerabilidade, a opção pela «PPP» constitui uma alternativa vantajosa perante as tradicionais formas de contratação pública.

Por essa razão, existem autores que defendem a ideia de que subjacente à escolha pela «PPP» encontra-se uma espécie de *fuga* aos limites orçamentais e aos condicionalismos jurídicos mais rigorosos e mais *controláveis*, do que os que caracterizam a contratação pública clássica.

Leia-se a este propósito, a observação de MARIA EDUARDA AZEVEDO: «(...) incentivos passíveis de distorcerem a decisão pública a favor da opção «PPP». Na verdade, perante a existência de certos condicionalismos orçamentais ou legais, esta via é susceptível de funcionar como uma *escapatória* (itálico nosso) que permite avançar com projectos não suportáveis em montagem tradicional. Nesta linha, o esquema «PPP», (...) tem afinal como principal motivação a vontade de contornar limites orçamentais, secundarizando ou negligenciando a vertente de obtenção de *VfM*»<sup>817</sup>.

Deverá, pois, presidir à escolha pública no sentido de acolher a parceria público-privada como modalidade contratual a seguir no âmbito de lançamento de um qualquer projecto de construção de infraestruturas, **a melhor solução para o interesse público**, atendendo a critérios rigorosos de uma perspectiva económica e financeira, numa lógica de longo prazo e de sustentabilidade.

De acordo com este objectivo, deverão ser afastadas liminarmente duas ideias: por um lado, a ideia de que uma PPP que se revele suportável em termos orçamentais é uma parceria com «*VfM*», o que não é necessariamente verdade e, inversamente, a ideia de que uma parceria geradora de «*VfM*» é, do ponto de vista financeiro, sempre sustentável<sup>818</sup>.

---

<sup>817</sup> Esta autora refere, a propósito da ponderação acerca da opção pela parceria público-privada, que a entidade pública deverá proceder a uma análise segundo a lógica de «*whole life cycle costing*», em termos casuísticos, parceria a parceria, segundo um cálculo financeiro com recurso a métodos tradicionais de escolha de investimentos que atendem a «preço do tempo» e «preço do risco», ou seja, o custo que poderá estar associado à longa duração da parceria e o custo relacionado com os riscos múltiplos ao nível dos fluxos de pagamento da mesma, para além de se revelar necessário definir os tectos máximos de despesa espaçada no tempo. Aliás, com a finalidade de estribar o nível de despesa pública resultante da parceria público-privada, é prática comum os Estados estabelecerem patamares de endividamento com as Parcerias Público-privadas, em sede do orçamento, como forma de atenuar a oneração inerente a este tipo de contrato. Vide, neste sentido, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, 2009, pp. 492 e 493.

<sup>818</sup> Neste sentido, vide o estudo aprofundado de JORGE ABREU SIMÕES, *As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde, Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, Sintra, NPF - Pesquisa e Formação, 2004.

Como mecanismo de contenção orçamental e como forma de assegurar, em termos de efectividade, a comportabilidade ou sustentabilidade da parceria, deve ser estabelecida como condição prévia à celebração da mesma, a de as respectivas obrigações financeiras serem fixadas em balizas de valores, contidas nos limites orçamentais de despesa pública com as parcerias público-privadas.

Aliás, com esta finalidade foi consagrada em Portugal a obrigatoriedade legal de, em cada ano, o Orçamento de Estado estipular um *limite máximo anual* face a compromissos anuais a ser assumidos por parte do Governo. Por exemplo, relativamente a contratos de prestação de serviços, sob a forma de parceria público-privada ou outra, incluindo sob o regime de financiamento privado.

Por outro lado, em termos de controlo político, também existe a necessidade de a entidade pública dentro do Ministério sectorial interessado em lançar a parceria, se pronunciar previamente sobre a mesma, mais precisamente, sobre a sua exequibilidade.

Uma das notas características inovadoras que decorrem das parcerias público-privadas quando comparadas com os moldes tradicionais de contratação pública reside numa aperfeiçoada alocação de recursos em projectos de interesse público, associada às valências profissionais e às capacidades de investimento do sector privado.

O facto de a parceria assentar essencialmente no investimento privado tendo correspectivamente contrapartidas financeiras assumidas pelo sector público, implica necessariamente que um dos princípios centralizadores desta lógica de reciprocidade financeira seja o «*Value for Money*», na medida em que deste decorre proveitos económicos para o utente-contribuinte.

Segundo o entendimento preconizado por EDUARDO PAZ FERREIRA, «a evolução da dívida pública portuguesa na última década é sintomática do percurso que vêm trilhando as finanças públicas no caminho de uma *maior aproximação às regras de funcionamento das entidades privadas* visando, simultaneamente, maior eficiência na gestão dos dinheiros públicos e menor interferência nos mecanismos económicos. Tal evolução reflecte, em larga medida, as novas concepções dominantes na ciência económica e a *ultrapassagem do activismo estatal*»<sup>819</sup>.

---

<sup>819</sup> (itálico nosso) Neste sentido, vide EDUARDO PAZ FERREIRA, “Dívida pública e União Económica e Monetária”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos*, Almedina, Coimbra, pp.371, assim como, *Da Dívida Pública e das Garantias dos Credores do Estado* (dissertação de doutoramento), Lisboa, 1993.

## CAPÍTULO II

### AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE.

#### SECÇÃO I – AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E O DIREITO DE ACESSO À SAÚDE.

Sumário: 0. Nota prévia; 1. Breve Resenha Evolutiva da Organização e Gestão da Saúde Portuguesa: As diversas realidades existentes no sector da saúde; 1.1. O Surgimento dos Hospitais sob a forma de Sociedade Anónima de Capitais exclusivamente Públicos: «Hospitais S.A.»; 1.2. Os Hospitais constituídos sob a forma de Entidade Pública Empresarial: «Hospitais E.P.E.»; 1.2.1. Considerações acerca da (in)adequação do modelo de Empresa Pública no âmbito hospitalar; 1.3. A «Explosão» das Parcerias Público-Privadas na Saúde: a «nova» panaceia para o serviço público de saúde?; 1.3.1. As PPP's na Saúde e os «Contratos de Gestão»; 2.Principais Implicações Sociais e Económico-Financeiras das PPP's no Sector da Saúde; 2.1. As PPP's na Saúde e a Sustentabilidade do SNS: «*captura*» do Estado pelos privados?; 3. Particularmente sobre a (in)adequação da Figura Jurídico-Contratual «PPP» no sector da «saúde»; 3.1. Perspectiva Jurídico-Constitucional: serão as Parcerias Público-Privadas compatíveis com os imperativos constitucionais que impendem sobre o Estado Social no que à saúde concerne?; 3.2. Perspectiva Jurídico-Administrativa: serão o modelo jurídico mais eficiente de a AP contratar?; 4. Conclusão: As Parcerias Público-Privadas na Saúde. Balanço crítico.

#### 0. Nota prévia.

Em finais da década de 1960, graças ao mérito e contributo de Neto de Carvalho, Ministro da Saúde, deu-se início à concretização em Portugal, de uma política de saúde organizada, caracterizada por uma forte matriz de responsabilidade pública, com o desiderato de se instituir a implementação de uma universalização dos cuidados de saúde, ou seja, acessível a todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica e localização geográfica.

Posteriormente, em 1971, esta política de saúde veio a ser objecto de um impulso concretizador mais dinâmico, fruto do labor de Gonçalves Ferreira, o qual levou à criação e publicação dos Decretos-Lei nº 413 e 414.

Estes diplomas legais tinham como objectivo proceder à organização do Ministério da Saúde, dos serviços e unidades prestadores de cuidados de saúde, assim como, à disciplina das respectivas carreiras dos profissionais de saúde.

O desiderato claro desta legislação era estruturar, equipar e modernizar os serviços de saúde do país, como forma de assegurar o acesso generalizado aos cuidados de saúde, a par de uma melhoria dos «*vergonhosos índices sanitários*»<sup>820</sup>.

---

<sup>820</sup> Podemos encontrar esta resenha histórica no artigo de PAULO MENDO, “O que foi, o que é, o que será”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002, pp.36 e seguintes.

De incontornável relevância sobre as entidades prestadoras de cuidados de saúde, vide OSMIR ANTONIO GLOBEKNER, *A Saúde entre o Público e o Privado. O Desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*, Juruá Editora, Curitiba, 2011,

Na verdade, o nível de organização da rede de estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde em Portugal era péssimo e desadequado. As unidades de saúde eram, nesta altura, embrionários, pobres, mal equipadas e manifestamente insuficientes para satisfazer as mais básicas e elementares necessidades de saúde da população.

Tratava-se aliás, de um sistema de saúde que ia sendo realizado, através da actuação meritória das Misericórdias e das denominadas «Casas do Povo», possuindo um carácter essencialmente caritativo e vocacionada a auxiliar uma colectividade de cidadãos sem consciência de direitos sociais.

Atente-se no facto de apenas os trabalhadores, assim como, a sua respectiva família que descontavam parte do seu salário para a sua Caixa de Previdência, possuírem o direito de acesso aos cuidados de saúde, como designadamente consultas com médico. Este sistema ficou tão popular e granjeou tanta simpatia junto da população, que ainda hoje há quem fale em «médico da Caixa», resultante do sistema de saúde assente em «rede dos postos das “Caixas”»<sup>821</sup>.

No âmbito desta rede, os médicos desempenhavam a sua actividade em regime de duas horas diárias sem se encontrarem integrados em carreira profissional, desprovidos de adequadas condições de trabalho, no seio de uma estrutura excluída do Ministério da Saúde, porquanto se integrava antes no organigrama das Corporações, caracterizado por uma mínima harmonização e nível de coordenação entre o Ministério da Saúde e as Corporações.

Esta situação caracterizada por uma saúde débil e absolutamente inadequada à satisfação plena do direito humano e fundamental que é a saúde, retrata o fraco investimento económico, inerente à inexistente “aposta política” do Estado Novo com o sector da saúde.

Em 1972, apenas 2.8% do PIB era destinado à saúde, quando os países mais desenvolvidos da Europa Ocidental, alocavam 4% do PIB a esse sector.

Como reflexo inevitável deste “estado de coisas”, a taxa de mortalidade infantil era vergonhosa, pela sua dimensão, quando comparada com os outros países europeus. Em Portugal, em 1000 crianças morriam 58, ao passo que na Suécia faleciam 12, por 1000 crianças<sup>822-823</sup>, já para não falar no falecimento de mães e dos respectivos bebés devido a partos medicamente não assistidos (mortalidade infantil neonatal).

---

pp.151 e seguintes, assim como, JOSÉ NEVES CRUZ, “A Intervenção pública no domínio dos cuidados de saúde”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos*, Almedina, Coimbra, pp. 692 e seguintes.

<sup>821</sup> Assim, PAULO MENDO, “O que foi, o que é, o que será”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002, pp.36 e seguintes.

<sup>822</sup> Esta informação encontramos no artigo de PAULO MENDO, “O que foi, o que é, o que será”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002, pp.36.

<sup>823</sup> Sobre a questão relativa à mortalidade materna, infantil e neonatal, bem como, sobre aspectos fundamentais acerca do estado actual do SNS, aconselha-se a leitura do artigo de TERESA PIZARRO BELEZA, “Carta a minha mãe sobre o SNS e outras coisas em Portugal”, in *Jornal Público*, de 10 de janeiro de 2013, Ano XXIII, nº8310, pp. 12 e 13.

Ora, este era o panorama geral da saúde em Portugal em momento prévio à democracia, ou seja, antes de 1974, sendo que o SNS foi erguido em 1979. E, como declara PAULO MENDO, «partindo do nada, a democracia quis atingir o tudo»<sup>824</sup>, mediante a criação de um SNS universal (porque todos os cidadãos, independentemente da sua condição social deveriam ter acesso a cuidados de saúde), geral (porquanto abrange toda a prestação preventiva e reabilitadora) e gratuito (visto que os utentes-beneficiários não teriam de pagar qualquer quantia pela prestação de cuidados de saúde, salvo se existisse uma eventual taxa moderadora).

Eis, que deste modo, foram lançados os alicerces para um sistema de saúde justo, equitativo e com vontade para dar resposta a todas as solicitações da colectividade, sociais e particularmente nos cuidados de saúde primários e diferenciados. Como resultado, na década de oitenta assistiu-se a uma viragem inovadora e modernizadora na saúde, ao nível dos equipamentos, da rede de estabelecimentos de prestação, da tecnologia, de novas terapêuticas e dos medicamentos, a par da construção de toda uma rede de hospitais públicos e centros de saúde que se espalhavam por todo o país, cobrindo toda a população.

Mas, esta radical reconfiguração e transmutação do sector da saúde em Portugal e, particularmente, as ambições do SNS provindas do espírito idealista revolucionário do “Pós 25 de Abril”, pese embora ter colhido os seus frutos reflectidos na melhoria da qualidade de prestação de cuidados de saúde e no acesso “democratizado” em termos sociais (já não são os mais ricos os únicos a ter direito a uma “boa saúde”) por parte do cidadão, culminaram num revés ou num verdadeiro “rombo” nas contas públicas, devido ao incremento de despesas públicas que pesam crescentemente nos Orçamentos de Estado, onerando o cidadão que tem de suportar o aumento da carga tributária como forma inevitável de assegurar a subsistência do SNS e do tão amado «Estado Social».

E, assim sendo, a manifesta incapacidade de o SNS continuar a dar resposta em termos de volume, diversidade e qualidade dos cuidados de saúde exigidos pelo utente, em virtude da sua incapacidade para se “auto-sustentar” representou um autêntico «chamariz» para os privados, atentos à luta do SNS em sobreviver com recurso aos seus próprios meios, cada vez menores.

A inaptidão do SNS em se auto-alimentar, através dos seus fundos económicos, revelou-se apelativa para o surgimento dos privados apetrechados economicamente no cenário da saúde, por um lado e, por outro lado, tornou-se óbvio para o Estado - que se considera “Social” ou de

---

<sup>824</sup> Assim, PAULO MENDO, “O que foi, o que é, o que será”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002, pp.37.

“Bem-Estar”, por força dos imperativos oriundos de uma Constituição socialmente generosa, - que era inevitável e urgente proceder a uma “fuga” para o privado.

Com efeito, o Estado consciente das suas limitações, da sua inaptidão e incapacidade económico-financeira foi procurar junto do sector privado, acolhimento e apoio económico, financeiro, técnico, científico e até mesmo, jurídico (veja-se o caso das parcerias público-privadas, em que o Estado solicitou assessoria jurídica a consultores fora do seu organograma e integrados em Sociedades de Advogados e em Empresas Multinacionais de Consultoria).

No que especificamente concerne ao sector da saúde e ao âmbito hospitalar, a senda empresarializadora iniciou-se com celebração, pela primeira vez em 1995, de um contrato de gestão com um parceiro (Grupo Mello), na área da saúde: Hospital «Professor Doutor Fernando Fonseca HFF», também conhecido por Hospital «Amadora-Sintra»<sup>825</sup>.

Foi, porém, somente a partir do ano 2000 que se verificou a decisão política conducente à implementação de parceria público-privada no sector da saúde. Recorrer-se-ia, a partir desse momento, às PPP's com vista à construção, implementação, renovação e gestão pelo sector privado de cerca de dez hospitais, tendo-se encetado a primeira vaga de hospitais criados sob os auspícios da parceria público-privada.

Esta primeira vaga iniciou-se em 2001-2002 com os Hospitais de Sintra, Loures (novos hospitais, de raiz), Cascais e Vila Franca de Xira (hospitais de substituição). Num segundo fenómeno parcerístico hospitalar, acresceram os Hospitais de Évora, Vila Nova de Gaia, Póvoa de Varzim-Vila do Conde, Algarve e Guarda.

Em 2007, o Governo socialista decidiu criar um novo Hospital em Lisboa, o Hospital de Todos-os-Santos, que iria potenciar a qualidade na prestação de cuidados de saúde aos utentes de Lisboa e todas as demais valências científicas e ao nível dos tratamentos médicos, que os outros hospitais espalhados pela cidade, não tão tecnicamente apetrechados, não logravam alcançar.

É curioso assinalar que outro dos objectivos apontados para a construção deste hospital era a requalificação e a potenciação dos espaços urbanos «deixados» pelos outros hospitais e, com isso, uma melhoria dos níveis de qualidade de vida dos munícipes.

Percorreu-se um processo formado por uma multiplicidade de etapas vocacionadas à concretização e à implementação de PPP no domínio da saúde, que podemos sintetizar por estes passos: (a) em 2001, assistiu-se à criação de uma «unidade de missão – PPP Saúde»,

---

<sup>825</sup> Particularmente sobre os contornos precisos do modelo de gestão adoptado para o hospital Fernando da Fonseca, assim como, de outros hospitais do SNS, objecto de modelos de gestão inovadores, aconselha-se o estudo profundo de ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 77 e seguintes.

através de uma Resolução do Conselho de Ministros nº 162/2001, de 16 de Novembro, a par da divulgação do primeiro Programa de PPP «Desenvolvimento da Rede Hospitalar em regime de Parcerias»; (b) em 2002, dá-se a aprovação do novo regime jurídico das PPP's no sector da saúde, o Decreto-Lei nº 185/2002; (c) em 2003, procede-se ao desenvolvimento do modelo do qual constam os elementos estratégicos e as especificações técnicas das parcerias público-privadas que vão ser objecto de implementação; (d) ocorre a intervenção da PARPÚBLICA a respeito da análise realizada sobre as principais propostas aventadas pelos intervenientes.

De acordo com os termos do modelo preconizado em 2001, relativamente aos dez novos hospitais a ser criados em regime de parceria público-privada, esta assentaria num contrato de gestão que teria por finalidades, as actividades de concepção, construção, financiamento, conservação, exploração do edifício hospitalar, assim como, a gestão do hospital incluindo a prestação dos serviços clínicos.

As parcerias público-privadas no sector da saúde seriam implementadas mediante a criação de duas entidades gestoras com desideratos e moldes contratuais de desenvolvimento da actividade e de modos de remuneração distintos<sup>826</sup>. Estas entidades gestoras seriam por um lado, a «Entidade Gestora do Estabelecimento de Saúde» e, por outro lado, a «Entidade Gestora do Edifício Hospitalar». Mas, estes aspectos serão aprofundados com particular acuidade, no ponto *infra* do presente trabalho.

## **1. Breve Resenha Evolutiva da Organização e Gestão da Saúde portuguesa: As diversas realidades existentes no sector da saúde.**

Iniciamos este ponto do nosso estudo com a consideração formulada por PAULO MENDO, antigo Ministro da Saúde, dando resposta à questão “*Que serviço público e que financiamento?*”: «(...) ou mantemos a ideia, já abandonada por quase todo o mundo, de que serviço público tem que ser do Estado e por ele financiado, ideia que presidiu ao nosso SNS com o Estado prestador e que, se se mantiver, nos conduzirá ao bloqueio e à falência, ou optamos pela modernização do conceito, estendendo serviço público a todos os prestadores, de modo a introduzirmos no sistema diversidade, concorrência, rapidez de resposta, com

---

<sup>826</sup> Aconselha-se o estudo da análise sobre o «retrato da saúde» portuguesa constante na obra de JORGE ABREU SIMÕES, *As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde, Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, Sintra, NPF - Pesquisa e Formação, 2004, pp. 66 e 67 e, ainda, do mesmo autor, *O Retrato Político da Saúde. Dependência do Percurso e Inovação em Saúde: da Ideologia ao Desempenho*, Almedina, Coimbra, 2004. Veja-se, igualmente, NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, 2009, pp. 170. Sobre os modelos de gestão pública, em particular aplicados à saúde, vide ALEXANDRE DINIS POETA, FERNANDA NOGUEIRA e JOSÉ MARIA ANDRADE, “Entre a Inovação e o Planeamento. Novos Modelos de Gestão das Compras Hospitalares”, in *Estudos Políticos e Sociais*, vol. XXIII, nºs 1 a 4, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2001, pp.418 e seguintes.



constante conhecimento dos custos e das necessidades da população, fazendo do SNS peça fundamental de regulação, mas não prestador único»<sup>827</sup>.

No que respeita ao aspecto que se prende com o financiamento, «(...) ou mantemos a total irracionalidade actual da forma de financiamento que faz com que a política de saúde se faça do orçamento para a realidade e iremos gerando irresponsabilidades de gestão e défices mortíferos, ou se opta pelo abandono deste primado burocrático e se parte das necessidades reais para se encontrar o financiamento necessário, única forma de se atingirem objectivos programados, se poderem estabelecer prioridades e se ter permanente consciência dos custos»<sup>828</sup>.

Segundo a posição de FRANCISCO MORAIS BARROS, «a consolidação do Sistema Nacional de Saúde (SNS), caracterizado pelo acesso universal e tendencialmente gratuito da população a cuidados de saúde, que o actual Governo quer promover, abre novas oportunidades de negócios aos grupos privados que actuam neste sector da economia (...)»<sup>829</sup>.

Sobre a tendência privatizante na saúde, este Autor refere que, LUÍS FILIPE PEREIRA, Ministro da Saúde na altura do «boom» empresarializador na saúde em Portugal, considerava que a capacidade de satisfazer cabalmente a procura dos cuidados de saúde, assim como, a garantia de eficiência do SNS, apenas seria plenamente alcançada mediante parcerias com grupos privados<sup>830</sup>.

Nesta senda, procedeu-se à construção de dez hospitais através de concursos públicos internacionais com vista à concepção, financiamento e gestão dos novos estabelecimentos de saúde, os quais apesar de integrarem o SNS vão, contudo, pertencer a «mãos privadas» durante prazo de trinta anos, sendo que findo este prazo, aquelas unidades de saúde irão passar para a propriedade do Estado.

Pese embora, esteja contemplado o imperativo constitucional que vincula o Estado português à prestação de cuidados de saúde, a iniciativa e a intervenção de privados é encarada de modo positivo, sendo até estimulada.

A alínea b), da Base XXIV, constante da Lei de Bases da Saúde, permite a existência de uma responsabilidade-garantia do Estado em alternativa à responsabilidade na execução directa e integral da prestação de cuidados de saúde.

---

<sup>827</sup> Assim, vide PAULO MENDO, “O que foi, o que é, o que será”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002, pp.36 e seguintes (maxime, pp. 39 e 40).

<sup>828</sup> Neste sentido vide PAULO MENDO, “O que foi, o que é, o que será”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002, pp.36 e seguintes (maxime, pp. 39 e 40).

<sup>829</sup> Neste sentido, vide FRANCISCO MORAIS BARROS, “Um negócio a crescer”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002, pp.56.

<sup>830</sup> Assim, vide FRANCISCO MORAIS BARROS, “Um negócio a crescer”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002, pp.56.

Mais precisamente, a sua redacção é: «o SNS caracteriza-se por prestar integralmente cuidados de saúde ou garantir a sua prestação». A matriz original do SNS assentava na existência de centros de saúde e de hospitais, com gestão totalmente pública, assumindo o Estado a responsabilidade directa por todas as operações, desde o financiamento à prestação dos cuidados de saúde.

O Serviço Nacional de Saúde foi estruturalmente concebido segundo um modelo uniforme: (a) No regime de Direito Público, para os centros de saúde sem personalidade jurídica, constituindo uma Pessoa Colectiva Pública na modalidade de institutos públicos, designados por estabelecimentos públicos sociais; (b) uniforme no financiamento (directamente resultante do Orçamento de Estado: as taxas moderadoras não alteraram este facto devido ao seu fraco peso no financiamento do SNS); (c) uniforme na organização (centros de saúde organicamente integrados nas Administrações Regionais de Saúde hierarquicamente sujeitos aos respectivos conselhos directivos e os hospitais com o mesmo formato organizatório, podendo admitir-se uma certa nuance resultante de eventuais especificidades em conexão com a classificação dos hospitais por grupos (hospitais universitários, hospitais gerais, hospitais especializados, etc.); (d) uniformidade na gestão, a qual é exclusivamente pública e orientada por regras públicas, designadamente, como as relativas à contabilidade pública, com especificidades próprias do Plano de Contabilidade do SNS, regime laboral público e regime financeiro público.

À semelhança do que sucede com outros aspectos da economia e da sociedade, também na área da saúde, tem-se vindo a assinalar alterações profundas em diversos patamares. São eles: o regime jurídico, os modos de gestão e de organização, assim como, as relações entre os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde e o Estado, sobretudo no que concerne aos estabelecimentos prestadores de cuidados diferenciados dos quais enalteçemos, em particular, os hospitais.

Existe uma miríade de modos de organização e de gestão ao longo dos últimos anos, pelos quais têm surgido uma multiplicidade de etapas da vida dos estabelecimentos inseridos no Serviço Nacional de Saúde.

E, verificou-se no âmbito do SNS, uma crescente empresarialização pautada pela contratualização entre si e os hospitais mediante a celebração de contratos-programa, que tinha como grande finalidade «(...) substituir a lógica da cobertura dos custos, independentemente da quantidade e qualidade dos serviços, pelo pagamento dos serviços efectivamente prestados, tendo em conta a complexidade técnica da prestação»<sup>831</sup>.

---

<sup>831</sup> Neste sentido, ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 87.

O contrato-programa apresentava duas grandes ordens de razões ou de desideratos. Por um lado, permitir ao hospital programar a respectiva actividade consoante uma planificação de actos em termos plurianuais, tendo em linha de conta os meios económico-financeiros disponíveis. Por outro lado, favorecer uma mais eficiente gestão orçamental ao SNS, com definição clara da quantidade de serviços clínicos que poderá disponibilizar aos utentes, estabelecendo ao mesmo tempo, o volume de despesas a realizar com esses cuidados de saúde.

Nos termos do artigo 2º, da Lei nº27/2002, de 8 de Novembro, é aprovado o regime jurídico da gestão hospitalar. De acordo com este diploma legal é perfeitamente plausível que os hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde possam revestir diversos formatos jurídicos e organizatório e ainda ser objecto de uma multiplicidade de modos de gestão, relativamente aos quais apraz-nos proceder a uma breve menção como forma de conceder um panorama mais global da realidade concernente ao sector da saúde em Portugal.

No que diz respeito a estabelecimentos de saúde privados, damos particular destaque aos «Hospitais Privados de Portugal» (HPP), do Grupo Caixa Geral de Depósitos, constituído em 1998, os quais têm como primordial objectivo a criação de um sistema de saúde que, em termos organizacionais, funcionais e qualitativos, represente uma verdadeira alternativa ao SNS, designadamente mediante a implementação de unidades de internamento, de ambulatório e de reabilitação <sup>832</sup>.

Esta empresa (HPP), ocupa-se essencialmente de uma carteira de clientes privados provindos de subsistemas de saúde de grandes empresas e organismos públicos, de seguros de doença e saúde, de seguros de acidentes laborais, de seguros de automóveis, assim como, de seguros de acidentes pessoais, sem esquecer os exames de saúde.

Independentemente de colaborar maioritariamente com estes grupos privados, o Grupo «Hospitais Privados de Portugal», encontra-se disponível para desenvolver actividade de saúde em cooperação com o SNS, mediante a celebração de concessões de serviços do sistema público e, igualmente, através de parcerias público-privadas.

Citando LUIS FILIPE PEREIRA, Ministro da Saúde no momento da grande expansão dos «Hospitais-Empresa», a respeito da LEI DE GESTÃO HOSPITALAR (LGH) que potenciou esta nova realidade no sector da saúde: «criámos na LGH o conceito de rede – *rede nacional de cuidados hospitalares*. Esta rede admite *várias realidades*: hospitais empresarializados sob a forma de sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos, hospitais do sector público administrativo mas com outro modelo de gestão, e hospitais construídos pelos

---

<sup>832</sup> Neste sentido, vide FRANCISCO MORAIS BARROS, “Um negócio a crescer”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002, pp.57.

privados em *project finance*. Esta é a novidade, porque estes últimos hospitais continuam a ser *rigorosamente gratuitos e de acesso generalizado*»<sup>833</sup>.

Podemos dizer que no seio do sistema de saúde português existe uma vasta e rica gama de estabelecimentos e de instituições, quer de cariz público, como também de carácter privado. São eles, designadamente, os seguintes que ora elencamos.

**a) Estabelecimentos dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, com ou sem autonomia patrimonial.**

No que concerne a esta tipologia de estabelecimentos de saúde, são regulados em consonância com os artigos 9º e seguintes, constantes da Lei nº27/2002, de 8 de Novembro, regulada pelo Decreto-Lei nº188/2003, de 20 de Agosto. Nestes diplomas legais, encontram-se os hospitais dotados de personalidade jurídica de Direito Público e inseridos organicamente no sector público administrativo (SPA). Em regra, os hospitais que se enquadram neste modelo jurídico-institucional são hospitais psiquiátricos e/ou centros hospitalares integrados por aqueles.

**b) Estabelecimentos públicos dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de natureza empresarial.**

Estes estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde, em conformidade com o disposto no artigo 18º, contido na Lei nº27/2002, são havidos como estabelecimentos públicos de saúde, aqueles que pese embora possuam personalidade jurídica de Direito Público, possuem igualmente natureza empresarial, a qual se encontra regulada pelo Direito Privado, designadamente no tocante aos aspectos financeiro e laboral.

---

<sup>833</sup>(itálico nosso) Quando questionado sobre se os «Hospitais S.A.», constituídos sob a forma de sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos, iriam ser “desanexados” do SNS, o Ministro da Saúde de então, LUIS FILIPE PEREIRA, referiu que esses hospitais pertenceriam ao SNS, tendo adiantado que na legislatura do Governo do qual fazia parte, pretendia lançar dez novos hospitais sob a forma de parcerias com grupos privados em *project finance*, mediante concursos internacionais, com vista à construção, financiamento com sujeição a cláusulas de eficiência, passando esses hospitais após o decurso de trinta anos, para a propriedade do Estado. Noutros termos, a gestão seria privada, mas os respectivos hospitais encontrar-se-iam incluídos na rede nacional de cuidados de saúde.

Resta dizer, que no momento em que esta entrevista teve lugar (2002), Portugal, vivia um contexto económico-financeiro e político em que os governantes e, no sector que ora nos ocupa, o Ministro da Saúde, encaravam as parcerias público-privadas e qualquer forma de colaboração com o sector privado, como a «panaceia» para todos os males e problemas sociais e económicos. Vemos, hoje, que não era bem assim...

Entrevista realizada por ALVARO DE MENDONÇA e FRANCISCO MORAIS BARROS ao então Ministro da Saúde LUIS FILIPE PEREIRA, sob o título “SNS chega para as necessidades”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002, pp.27. Igualmente sobre o mesmo assunto relativo à empresarialização no sector da saúde, vide BIANCA SANTANA, “A Reforma da saúde em Portugal, notadamente por meio da empresarialização dos hospitais públicos portugueses”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, nº2, Centro de Direito Biomédico, 2004, pp. 71 a 85.

Encontramos como casos exemplificativos desta realidade, os Hospitais de Santa Maria da Feira e do Barlavento Algarvio, Unidade Local de Saúde de Matosinhos, sendo que esta última integra os centros de saúde de Matosinhos, Senhora da Hora, S. Mamede da Infesta e de Leça da Palmeira, por virtude dos Decretos-Lei nº 151/98, de 5 de Junho; nº 76/2001, de 27 de Fevereiro e Decreto-Lei nº 207/99, de 9 de Junho. Estes estabelecimentos vieram a ser posteriormente transformados em sociedades anónimas, não se encontrando este modelo ainda em vigor no sistema de saúde português.

### **c) Hospitais em Regime de Gestão e Financiamento Privado.**

Neste caso, encontramos-nos perante parcerias público-privadas em saúde, as quais envolvem uma ou mais actividades de concepção, construção, financiamento, conservação e exploração dos estabelecimentos integrados ou a ser inseridos no Serviço Nacional de Saúde, com transferência e partilha de riscos e recurso a financiamento de outras entidades, nos termos do artigo 2º, nº2, do Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto.

Em conformidade com o despacho nº 19946/2002, de 10 de Setembro encontrava-se prevista a construção de dez hospitais que teriam por missão proceder à substituição de hospitais antigos e outros seriam totalmente novos; c) Hospitais sob Gestão delegada ou concessionada. A exploração e gestão do estabelecimento construído e colocado a funcionar pelo Estado é entregue a outra entidade mediante a celebração de um contrato de gestão<sup>834</sup> e, esta situação, foi a que sucedeu com o Hospital Fernando da Fonseca cuja gestão foi entregue a uma entidade privada nos termos da Portaria nº 704/94, de 29 de Julho. Um contrato de gestão pode ter como objecto a totalidade do estabelecimento ou somente partes funcionalmente autónomas dele.

### **d) Estabelecimentos Hospitalares geridos em Regime de Convenção por grupo de Médicos.**

Este modelo de gestão hospitalar encontra-se previsto de acordo com o artigo 2º, nº2, do Anexo à Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro, assim como, no nº2, da Base XXXVI da Lei de Bases da Saúde e nos artigos 28º e seguintes, constantes do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde.

---

<sup>834</sup> Vide, a este respeito, a Base XXXVI da Lei de Bases da Saúde, assim como, os artigos 28º, 29º e 31º do Estatuto do SNS.

### e) Estabelecimentos Privados de Saúde.

O sistema hospitalar português (ou a rede de prestação de cuidados de saúde diferenciados) é igualmente constituído pelos hospitais privados, com ou sem fins lucrativos, com os quais sejam celebrados contratos de prestação de cuidados de saúde, segundo o disposto no artigo 2º, alínea d) e artigo 20º, do Anexo à Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro; f) Os Agrupamentos de Centros de Saúde. Os centros de saúde constituem o suporte físico e funcional da «rede de prestação de cuidados de saúde primários». Aliás, de acordo com o Decreto-Lei nº 413/71, de 27 de Setembro<sup>835</sup>, os serviços de saúde e a assistência sanitária passam a incluir a criação de centros de saúde, o que de certo modo, encerrou uma viragem conducente à criação do Serviço Nacional de Saúde, mas igualmente da rede de cuidados de saúde primários.

Esta reforma tinha como desiderato a criação de uma estrutura de serviços subordinados a uma política unitária de saúde com capacidade para, paulatinamente, em esforço conjunto com outros serviços, assegurar ao utente do Serviço Nacional de Saúde, um grau de qualidade de cuidados médicos, tendo sido criados diversos centros de saúde distribuídos por várias regiões do país. Este objectivo meritório veio a granjear determinado

---

<sup>835</sup> O Decreto-Lei nº 413/71, de 27 de Setembro refere o seguinte teor: 1. Pelo presente diploma são reorganizados os serviços do Ministério da Saúde e Assistência, a fim de se ajustar a sua orgânica aos princípios definidos no Estatuto da Saúde e Assistência, aprovado pela Lei n.º 2120, de 19 de Julho de 1963, e atender à instantânea necessidade de intensificação e desenvolvimento das actividades de saúde pública e de promoção social, criando condições mais favoráveis à sua realização, mediante a integração dos serviços públicos e a condenação das iniciativas e instituições particulares que devem assegurar a cobertura médico-social, sanitária e assistencial das populações. O princípio enunciado na base I da referida lei, de que a política de saúde e assistência tem por objectivo o combate à doença e a prevenção e reparação das carências do indivíduo e dos seus agrupamentos naturais, para além de assinalar o firme propósito de assegurar o bem-estar social das populações, constitui a consagração do reconhecimento do direito à saúde implícito na própria Constituição e que tem como únicos limites os que, em cada instante, lhe são impostos pelos recursos financeiros, humanos e técnicos das comunidades beneficiárias. Ao alargamento de funções e objectivos pretendidos não pode deixar de corresponder a renovação dos meios de acção, o aperfeiçoamento dos métodos de trabalho, o desenvolvimento dos serviços, a preparação do pessoal necessário e consequente instalação de carreiras profissionais, cobrindo os serviços centrais e locais, e a unidade de planeamento e direcção das actividades por que se efectiva a política de saúde, com vista ao estabelecimento de um sistema nacional de saúde e à integração da política de assistência no contexto mais vasto da política social globalmente considerada. A complexidade dos problemas de saúde e de acção social não se compadece com improvisações de índole administrativa ou técnica, nem permite soluções definitivas a partir de esquemas rígidos. É forçosa a prudência na escolha dos caminhos que se reputam tècnicamente mais perfeitos, sem prejuízo de, nos sectores já estudados e experimentados, se adoptarem as medidas de execução adequadas. O Estatuto da Saúde e Assistência fixou as bases gerais em que deve assentar a política naqueles domínios e o seu regime jurídico. O presente diploma, que estabelece a orgânica dos serviços, parte dos seguintes corolários fundamentais:

a) Os princípios e os métodos de administração da saúde pública e da estratégia sanitária, informadores da estruturação dos serviços, condicionam o funcionamento destes à disciplina do planeamento e à verificação regular da eficiência do trabalho realizado;

b) A reconversão da orgânica actual, de acentuadas características individualistas, deve conduzir a uma estrutura de serviços subordinados a uma política unitária de saúde e assistência com capacidade bastante para, progressivamente, por si e em ligação com outros serviços e instituições, assegurar a toda a população um nível aceitável de cuidados médicos e de apoio social;

c) O aperfeiçoamento e a intensificação das medidas atinentes à preparação do pessoal técnico, a incluir em quadros devidamente hierarquizados sob a forma de carreiras profissionais, constituem meio indispensável para a eficiência dos serviços;

d) Em correlação com a acção de saúde pública, os serviços assistenciais têm por objectivo a integração social da infância, juventude e população idosa ou diminuída carecidas de auxílio e o incremento da promoção comunitária e social da população, sempre atendendo à dignidade da pessoa humana e à família como agrupamento social imprescindível ao desenvolvimento integral do homem.

nível de concretização graças à criação do Serviço Nacional de Saúde, merecendo os cuidados de saúde primários, a par dos denominados «centros comunitários de saúde»<sup>836</sup>, considerados como o cerne estrutural do sistema de saúde, mediante um tratamento autónomo por parte da Lei nº 56/79, de 15 de Setembro.

Estes actos normativos de natureza administrativa constituíram a base de gestão dos «centros de saúde». A disciplina legislativa que concerne aos «centros de saúde» não teve, na realidade, muita aplicação por razões de ordem política.

Em momento ulterior à criação do Serviço Nacional de Saúde, apenas em 1999, viria a ser criado um diploma legal<sup>837</sup> com valor de lei sobre a organização e funcionamento dos «centros de saúde», os quais aparecem orgânica e funcionalmente inseridos nas Administrações Regionais de Saúde com a qualidade de pessoas colectivas públicas dotadas de autonomia técnica, administrativa e financeira, bem como, com património próprio sob superintendência e tutela do Ministério de Saúde<sup>838</sup>.

Posteriormente, mediante o Decreto-Lei nº 60/2003, de 1 de Abril veio a ser implementada juridicamente a rede de cuidados de saúde primários, na qual haveria um retorno dos «centros de saúde» ao seu estatuto originário de serviços públicos de prestação de cuidados de saúde integrados nas Administrações Regionais de Saúde, ainda que dotados de autonomia técnica e administrativa.

Estes «centros de saúde» eram estruturados por unidades funcionalmente integradas, constituídos pela denominada «unidade de cuidados médicos», pela «unidade de apoio à comunidade e de enfermagem», pela «unidade de saúde pública», bem como, «unidade de gestão administrativa». Contudo, apesar das boas intenções, também ao diploma legal nº60/2003, de 1 de Abril foi reconhecida pouca relevância, não tendo tido grande aplicação<sup>839</sup>.

---

<sup>836</sup> A tutela legal acerca da organização e funcionamento dos centros de saúde, denominados por «centros de saúde comunitários», é concretizada por meio do Decreto Regulamentar nº 85/79, de 31 de Dezembro, tendo sido posteriormente aprovado o Despacho nº 97/83 o qual consiste no regulamento dos centros de saúde.

<sup>837</sup> O Decreto-Lei nº 157/99, de 10 de Maio foi objecto de alteração pelo Decreto-Lei nº 39/2002, de 26 de Fevereiro, tendo este diploma legal, por mérito principal proceder à criação de duas instituições. São elas: (a) centros de saúde; (b) associação de centros de saúde.

<sup>838</sup> Vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 265.

<sup>839</sup> Em momento ulterior, o Decreto-Lei nº 88/2005, de 3 de Junho revogou o Decreto-Lei nº 60/2003, de 1 de Abril, tendo originado a repristinação do regime jurídico criado pelo Decreto-Lei nº 157/99, de 10 de Maio, com as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 39/2002, de 26 de Fevereiro. Mas, na verdade, também o Decreto-Lei nº 157/99, de 10 de Maio veio, ele próprio, a ser objecto de revogação, pelo Decreto-Lei nº 28/2008, de 22 de Fevereiro. Este veio a ser modificado pelo Decreto-Lei nº 102/2009, de 11 de Maio, o qual, por seu turno, veio a ser operar uma substituição do Decreto-Lei nº157/99, inicialmente citado.

Podemos referir que este novo acervo jurídico acolhe determinados princípios constantes do Decreto-Lei nº 157/99, de 10 de Maio, assim como, do Decreto-Lei nº 60/2003, no que particularmente respeita às unidades funcionais e à natureza dos centros de saúde. E, na realidade, a concretizar esta ideia temos os «centros de saúde», os quais voltaram a granjear a natureza de «serviços prestadores de cuidados de saúde» sem personalidade jurídica, o mesmo sucedendo com os designados «agrupamentos de centros de saúde». Como refere LICÍNIO LOPES MARTINS, este novo formato organizatório dos «centros de saúde» constitui um serviço de saúde com autonomia administrativa, formado por uma multiplicidade de unidades funcionais que incorporam um ou mais centros de saúde. Neste sentido, Vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 266.



Os denominados «agrupamentos de centros de saúde» encontram-se inseridos nas Administrações Regionais de Saúde, I.P., constituem serviços desconcentrados destas, ao mesmo tempo que se encontram submetidos ao seu poder de direcção.

Mormente, no que concerne a aspectos de cariz funcional, os «centros de saúde», simultaneamente, aos «agrupamentos de centros de saúde», encontram-se estruturados em «unidades funcionais». Na verdade, os «agrupamentos de centros de saúde» abrangem a unidade de saúde familiar, unidade de cuidados de saúde personalizados, unidade de cuidados na comunidade, unidade de saúde pública, unidade de recursos assistenciais partilhados e outras mais unidades de serviços propostos pelas Administrações Regionais de Saúde, I.P., mediante aprovação por despacho do Ministro da Saúde<sup>840</sup>.

É, a este propósito, interessante verificar que em cada «centro de saúde» componente de um «agrupamento de centros de saúde» funciona uma «unidade de saúde familiar» ou uma unidade de cuidados de saúde personalizados, a par de uma unidade de cuidados continuados ou serviços desta, sendo que cada «agrupamento de centros de saúde» possui unicamente uma unidade de saúde pública e uma unidade de recursos assistenciais partilhados.

Por seu turno, cada «unidade funcional» é dirigida por um coordenador designado pelo Director executivo do «agrupamento dos centros de saúde», após parecer ou aprovação do Conselho Clínico respectivo.

No que se prende com a composição orgânica, os «agrupamentos de centros de saúde» possuem determinados órgãos. Desde logo, um órgão singular de natureza executiva, ao qual compete dirigir o «agrupamento de centros de saúde», ou seja, o Director Executivo.

O Ministro da Saúde nomeia o Director Executivo, após proposta do Conselho Directivo da Administração Regional de Saúde, I.P., com competência para tal. E, para além daquele órgão singular, existe um órgão colegial com natureza normativa, na medida em que visa aprovar os regulamentos internos. Todavia, este órgão assume, de igual modo, uma função estratégica e programática, porquanto realiza e planifica os projectos dos «agrupamentos de centros de saúde» que é composto pelo Director Executivo e pelos Presidentes do Conselho Clínico e do Conselho da Comunidade.

Outro órgão que participa do organigrama dos «agrupamentos de centros de saúde» é o órgão com a função de governação clínica, sendo composto por quatro membros, de entre os quais, se incluem dois médicos, um enfermeiro e um profissional com outras funções num

---

<sup>840</sup> Vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 267.

dos centros de saúde integrante do respectivo agrupamento. Para além destes três órgãos, existe ainda o conselho da comunidade, que exerce funções de cariz consultivo.

Relativamente ao processo da sua constituição, os «agrupamentos de centros de saúde» são criados por portaria do Ministro da Saúde mediante proposta das Administrações Regionais, I.P.<sup>841</sup>. Neste sentido, assinala LICÍNIO LOPES MARTINS, actualmente «o modelo organizatório dos centros de saúde é bicéfalo», na medida em que existem «centros de saúde» inseridos em «agrupamentos de centros de saúde» desprovidos de personalidade jurídica e sujeitos ao poder de direcção das Administrações Regionais de Saúde.

A favor da ideia de dualidade no modelo dos «centros de saúde», temos a constatação de uma realidade constituída por «centros de saúde» incorporados em «unidades locais de saúde, E.P.E.» e, enquanto tal, gozam das características destas entidades, desde logo, o facto de possuírem personalidade jurídica e serem entidades empresariais. Seja como for, independentemente do modelo de centros de saúde adoptado, os «centros de saúde» são integrados no Serviço Nacional de Saúde, pelas entidades do sector privado, com ou sem fins lucrativos, que se dediquem à prestação de cuidados de saúde primários a utentes do Serviço Nacional de Saúde nos termos dos contratos celebrados ao abrigo da legislação em vigor, bem como, por profissionais e «agrupamentos de profissionais em regime liberal».

LICÍNIO LOPES MARTINS elenca os seguintes modos de gestão dos «centros de saúde», de acordo com o preceituado no Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto. São eles: (a) Centros de saúde sob gestão directa das Administrações Regionais de Saúde, I.P.; (b) Centros de saúde sob gestão das unidades locais de saúde E.P.E.; (c) Centros de saúde com gestão concessionada mediante a figura do contrato de gestão celebrado de acordo com os ditames legais ínsitos no Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto; (d) Estabelecimentos de entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, inseridos no (sub)sistema de prestação de cuidados de saúde primários mediante contratos de colaboração; (e) Postos médicos privativos de empresas para a prestação de cuidados de saúde primários aos respectivos trabalhadores e respectivos dependentes, por meio da devida autorização por parte das Administrações Regionais de Saúde, I.P.

No que diz respeito ao sistema de saúde português e a toda a organização administrativa envolvente, dedicada à prestação de cuidados de saúde, também importa enaltecer o papel imprescindível das autarquias locais (administração autónoma) na missão do artigo 64º da CRP. Nesta senda, é de louvar a intenção do Decreto-Lei nº 28/2008, no que concerne à celebração de protocolos de colaboração ou de apoio e ainda de contratos de

---

<sup>841</sup> Vide LICÍNIO LOPES MARTINS, *“Direito Administrativo da Saúde”, in Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 269 e 270.

prestação de serviços com outras entidades públicas ou não, nomeadamente com autarquias locais, nos termos do artigo 22º, do supracitado diploma legal.

«Contudo, a participação dos municípios nesta matéria tem *ficado aquém do que seria desejável* (...) limitando-se, em geral, mais por responsabilidade do Estado do que dos próprios municípios, a participar com terrenos para a construção de centros de saúde e/ou assumindo o encargo da própria construção (...). Nestes termos, «(...) devia abrir-se a possibilidade aos municípios (...) de colocarem ao dispor desta área estrutural do SNS *formas imaginativas de construção, gestão e de financiamento, incentivando a colaboração de entidades privadas, designadamente as instituições privadas de interesse público* (...)»<sup>842</sup>.

Verificamos, por isso, com algum pesar que, pese embora o considerável leque de atribuições dos municípios no domínio da saúde, estes não logram concretizar os objectivos inerentes à prossecução do interesse público «saúde» junto dos seus munícipes.

Os órgãos dos municípios possuem um conjunto de poderes no âmbito da «saúde» bastante ambicioso e que encontra acolhimento no preceito ínsito no artigo 22º, da Lei nº 159/99, os quais enunciamos agora: (a) participar no planeamento da rede de equipamentos de saúde concelhios; (b) construir, manter e apoiar centros de saúde; (c) participar nos órgãos consultivos dos estabelecimentos inseridos no SNS; (d) participar na definição das políticas e das acções de saúde pública levadas a cabo pelas delegações de saúde concelhias; (e) participar nos órgãos consultivos de acompanhamento e avaliação do SNS; (f) participar no plano da comunicação e de informação do cidadão e nas agências de acompanhamento dos serviços de saúde; (g) participar na prestação de cuidados de saúde continuados no âmbito de apoio social à dependência em colaboração activa com a Administração Central e outros institutos locais; (h) cooperar no sentido da conciliação do interesse público «saúde» com o planeamento estratégico de desenvolvimento concelhio; (i) gestão de equipamentos termais municipais<sup>843</sup>.

#### **f) Unidades de Saúde Familiar.**

O Decreto-Lei nº 157/99, de 10 de Maio estabeleceu o regime de criação, organização e funcionamento dos «centros de saúde», estruturando-os em unidades funcionais, com particular enfoque para a unidade de saúde familiar caracterizada como a «unidade elementar

---

<sup>842</sup> Itálico nosso. Citação de LICÍNIO LOPES MARTINS. Vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 273.

<sup>843</sup> Neste sentido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 272.

de prestação de cuidados de saúde a uma população identificada mediante a inscrição em lista de utentes»<sup>844</sup>.

À luz do supra mencionado diploma legal, foi emitido o despacho normativo nº 9/2006, de 16 de Fevereiro que teve o mérito de aprovar o regulamento que estabelece a disciplina de lançamento e de implementação das «unidades de saúde familiar».

Importa fazer menção ao facto de o modelo de «unidades de saúde familiar» assentar num sistema de adesão ao modelo legal destas unidades por parte de uma equipa multiprofissional. Acresce, sob uma outra perspectiva, que os recursos financeiros de cada «unidade de saúde familiar» são negociados anualmente entre esta «unidade» e o «centro de saúde».

A melhoria da eficiência e do grau evolutivo das «unidades de saúde familiar» é estruturada e organizada de modo a harmonizar diversas valências e cambiantes em função de três vectores primaciais: (a) grau de autonomia funcional e técnica; (b) diferenciação do modelo retributivo e de incentivos; (c) modelo de financiamento. Seja como for, o acervo normativo que regulamenta o funcionamento e a actuação das «unidades de saúde familiar» é essencialmente constituído pelo Decreto-Lei nº 298/2007, de 22 de Agosto, o qual definiu a estrutura orgânica das «unidades de saúde familiar», sendo formada pelo coordenador da equipa, pelo conselho técnico e o conselho geral. Este diploma legal veio estipular igualmente o regime de trabalho e de remuneração dos respectivos profissionais.

#### **g) Estabelecimentos Prestadores de Cuidados Continuados de Saúde: Rede de Prestação de Cuidados de Saúde.**

A criação da rede de prestação de cuidados continuados de saúde foi levada a cabo por uma inovadora legislação concretizada no Decreto-Lei nº 281/2003, de 8 de Novembro<sup>845</sup>,

---

<sup>844</sup> Também nos merece considerável atenção os contratos-programa celebrados entre os agrupamentos de centros de saúde e as Administrações Regionais, I.P.. Na verdade, a tendência actual vai no sentido da celebração de contratos-programa com autarquias e com instituições privadas de solidariedade social, potenciada pela municipalização e pelo fenómeno de devolução de funções e da respectiva responsabilidade do Estado-governo (poder central ou Administração Directa) para a periferia da organização administrativa, *maxime* para a Administração Autónoma, Local ou municipal, fruto da descentralização. A transferência do feixe de tarefas, atribuições e poderes do Estado para o município, encontra-se contemplada no próprio Estatuto do SNS, aprovado pelo Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de Janeiro.

Neste sentido, *vide*, com elevado grau de pormenor e desenvolvimento, LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 275 e 276, assim como, ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, “Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp.1098 e 1099.

<sup>845</sup> Este diploma legal levou por diante a institucionalização da rede de prestação de cuidados continuados de saúde. Contudo, atingiu apenas de modo parcial o seu desiderato, uma vez que a sua implementação não foi alcançada em plenitude. Com efeito, a parte desta rede que foi concretizada foi a que resultou da celebração de um protocolo com a União das Misericórdias, as quais teriam a missão de materializar a prestação de cuidados de saúde. Para além deste facto, em momento ulterior, por intermédio do Decreto-Lei nº 101/2006, de 6 de Junho, foi introduzida a «rede de cuidados continuados integrados», tendo substituído a «rede de cuidados continuados de saúde».

sendo que nos termos do artigo 1º, nº2, esta rede é constituída pelos serviços inseridos no Serviço Nacional de Saúde, Instituições Particulares de Solidariedade Social, Misericórdias, Pessoas Colectivas de Utilidade Pública e outras entidades pertencentes ao sector privado que tivessem por finalidade prestar cuidados de saúde complementares a utentes do Serviço Nacional de Saúde.

De uma perspectiva da caracterização subjectiva ou tendo em consideração as formas de gestão adoptadas, seriam integrados naquela rede vários tipos de estabelecimentos, que de acordo com o preceito do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 281/2003 seriam, entre outros, os seguintes: (a) estabelecimentos públicos dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, com ou sem autonomia patrimonial; (b) estabelecimentos públicos com natureza empresarial; (c) estabelecimentos públicos com gestão concessionada, de modo absoluto ou parcial, a outras entidades públicas ou privadas, mediante a celebração de um contrato de gestão; (d) estabelecimentos públicos com gestão concessionada, total ou parcialmente, em regime de convenção a grupos de médicos.

A rede de prestação de cuidados continuados de saúde é constituída por uma miríade de entidades vocacionadas à prossecução do interesse público «saúde», ainda que de forma meramente complementar, no âmbito de contratos, acordos de colaboração ou protocolos. Algumas dessas entidades com maior protagonismo no sistema de saúde são as Instituições Particulares de Solidariedade Social, Misericórdias, Pessoas Colectivas de Utilidade Pública Administrativa, bem como, estabelecimentos privados, com ou sem fins lucrativos.

Interessa referir que enquanto instrumento de concretização do Decreto-Lei nº 101/2006, de 6 de Junho, foi decidido proceder à criação da «Estrutura de Missão para os Cuidados Continuados Integrados» dedicada à orientação, coordenação e implementação eficiente daquela «rede».

Por outro lado, enalteçemos, com especial entusiasmo, o denominado «serviço comunitário de proximidade», fruto da colaboração dinâmica entre instituições locais de saúde, de segurança social, entre outras, no sentido de se assegurar a «prestação de cuidados continuados integrados» formado pelas «unidades de saúde familiar», assim como, os serviços

---

O Decreto-Lei nº 101/2006 é de aplicação universal, aplicando-se a todas as entidades inseridas naquela rede. A própria denominação «rede» tem origem na noção legal de cuidados continuados integrados, enquanto panóplia vasta de intervenções sequenciais de saúde e/ou apoio social resultante de uma avaliação conjunta, focalizado na recuperação global do utente encarada como o «processo terapêutico», com carácter de continuidade vocacionado às melhorias do sistema de saúde ao nível da autonomia, funcionalidade da pessoa em situação de dependência, em conformidade com o preceito insito no artigo 3º, do Decreto-Lei nº 101/2006, de 6 de Junho, supra mencionado. Sobre esta matéria, tratada de modo mais desenvolvido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 279.

locais de segurança social, autarquias locais e demais serviços públicos, sociais e privados de apoio comunitário<sup>846</sup>.

Deste modo, é curial considerar que a «Estrutura de Missão para os Cuidados Continuados Integrados» consiste num órgão de coordenação geral de âmbito nacional de uma complexa teia de entidades coordenadoras da «rede», nos termos do artigo 9º constante do Decreto-Lei nº 101/2006. Rede, esta, que opera a um nível não apenas local ou regional, mas que, pelo contrário, cobre todo o território nacional<sup>847</sup>.

Quanto ao papel desempenhado pelas autarquias locais, com especial atinência para os municípios, decorre da própria lei fundamental, a incumbência daquelas em matéria de atribuições na saúde traduzida, desde logo, na participação referente à prestação de cuidados continuados de saúde no âmbito do apoio social à dependência, em parceria com a Administração Central do Estado, a par de outras instituições locais, nos termos do artigo 22º, da Lei nº 159/99.

Dentro das autarquias locais, convém salientar a relevância do papel desempenhado pelos municípios, aos quais é atribuído um *estatuto dinamizador*<sup>848</sup> de actuações no domínio da saúde, com especial atinência para o sector privado não lucrativo.

Nesta senda, munido deste intuito prestacional da saúde aos munícipes (ou utente a nível local), o Estado confere aos municípios um amplo leque de atribuições e do correspondente espaço de liberdade de actuação, *maxime*, ao nível do financiamento.

---

<sup>846</sup> Neste sentido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 279.

<sup>847</sup> A este respeito, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 280 a 283.

<sup>848</sup> Neste sentido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 284.

### 1.1. O Surgimento dos Hospitais sob a forma de Sociedade Anónima de Capitais exclusivamente Públicos: «Hospitais S.A.».

Após a reforma ocorrida na saúde, em 2002, no sector de saúde português passam a existir três categorias de hospitais públicos<sup>849</sup>: a) Hospitais S.A.<sup>850-851</sup>; b) Hospitais públicos inseridos no sector público administrativo (SPA)<sup>852</sup>; c) Hospitais de parcerias público-privadas<sup>853</sup>.

Segundo JOSÉ MENDES RIBEIRO, «os Hospitais S.A. são o meio (instrumento), e não o fim, para obter maior eficiência (objectivo) na afectação dos recursos e na gestão da capacidade existente na rede pública de prestação de cuidados».

Adianta o mesmo Autor que «os Hospitais S.A. constituíram-se como um poderoso catalisador da reforma estrutural do sector hospitalar português (modelo de financiamento, avaliação do mérito no desempenho) e um incubador de novas ideias e experiências (*benchmarking* sistemático, inovação na gestão da lista de inscritos para cirurgia)»<sup>854</sup>.

A respeito da empresarialização<sup>855-856</sup> do sector da saúde portuguesa, mormente a partir da constituição de «Hospitais S.A.», consideramos pertinente transmitir um excerto de

---

<sup>849</sup> Assim, ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp.92.

<sup>850</sup> Em traços gerais, podemos dizer que os hospitais S.A. consistem em empresas públicas, sendo o Estado o accionista exclusivo, tendo sido criados mediante a transformação de trinta e quatro hospitais públicos de dimensão média e que tenham revelado possuir uma considerável capacidade de gestão. Estas empresas públicas beneficiaram do seu financiamento e receberam todo o património das unidades públicas de saúde prévias.

No que respeita aos respectivos Conselhos de Administração, os hospitais S.A. possuem autonomia e independência, encontrando-se simultaneamente responsáveis pelos resultados económico-financeiros e operacionais obtidos.

Estes hospitais entraram em funcionamento em Dezembro de 2002, tendo nova equipas de administração nomeadas pelo Ministro da Saúde. No que concerne a limites de endividamento, a legislação de então estipulava o limite máximo de endividamento até 30% do capital social.

Estas informações foram colhidas do estudo de ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 92.

<sup>851</sup> Sobre a aplicação ao sector hospitalar, do modelo jurídico-contratual tipicamente societário, sob a modalidade de «sociedades anónimas», vide COUTINHO DE ABREU, “Sociedade Anónima, A Sedutora (Hospitais, S.A., Portugal, S.A.)”, in *Miscelâneas*, nº1, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2003.

<sup>852</sup> Os hospitais do SPA são instituições públicas com autonomia administrativa e financeira, encontrando-se igualmente sob gestão pública e submetida a regras próprias do sector público administrativo.

<sup>853</sup> No que respeita aos Hospitais-PPP, foi projectada a concretização de PPP's na saúde que envolve dez hospitais sob este modelo jurídico-contratual, sendo duas as construções de novos hospitais de «raiz», e oito os hospitais de substituição de hospitais já existentes. Assim, ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 92.

<sup>854</sup> Acerca dos hospitais S.A. e da análise sobre o fenómeno de empresarialização do sector da saúde em Portugal, sobre os respectivos objectivos e resultados, vide JOSÉ MENDES RIBEIRO, “Reforma do sector público hospitalar: programa de empresarialização de 34 hospitais portugueses”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol.4, Lisboa, 2004, pp. 65 e seguintes.

<sup>855</sup> A «empresarialização» no sector hospitalar foi alargada a trinta e quatro hospitais pertencentes ao sector público administrativo, mais precisamente, ao SNS, tendo sido, nessa senda, convertidos em sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos. Para melhor acautelar os interesses superiores do utente e do erário público, procedeu-se à criação de uma «Comissão de Acompanhamento» por obra do Despacho nº24 828/2002, de 17 de outubro, do Ministro da Saúde.

Mais tarde, essa mesma Comissão veio a ser implementada através da Unidade de Missão dos Hospitais S.A. por mérito da Resolução do Conselho de Ministros nº 15/2003, de 17 de Janeiro. Vide, JORGE ABREU SIMÕES, “As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.80, nota de rodapé nº2.

<sup>856</sup> Acerca dos hospitais S.A., vide COUTINHO DE ABREU, “Sociedade Anónima, a sedutora (Hospitais S.A., Portugal, S.A.)”, in *Miscelâneas*, Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho (IDET), Almedina, Coimbra, 2003, bem como, vide BIANCA SANTANA, “A Reforma da saúde em Portugal, notadamente por meio da empresarialização dos hospitais públicos portugueses”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, nº2, Centro de Direito Biomédico, 2004, pp. 75 e seguintes.



uma entrevista ao Ministro da Saúde, que impulsionou a separação entre financiamento e prestação no âmbito da saúde, a qual consideramos absolutamente ilustrativa dos desideratos e metas que foram almejados com a «Reforma do SNS» e que conduziram à situação actual: *«captura» do Estado pelos privados.*

Em 2002, no âmbito desta entrevista, o então Ministro da Saúde LUIS FILIPE PEREIRA, afirmou o seguinte<sup>857</sup>: «temos um sistema que é composto exclusivamente, no que respeita ao Serviço Nacional de Saúde (SNS), por entidades públicas. (...) não tencionamos fazer qualquer privatização do SNS, apesar do sistema ser gerido por sistemas de gestão típicos da função pública. Pretendemos alterar esta situação de duas formas. Por um lado, vamos promover a empresarialização de um conjunto significativo de hospitais, concretamente trinta e quatro, que terão uma gestão diferente daquela que é seguida pelos hospitais do SNS. Terão autonomia, personalidade jurídica, serão empresas com capital social próprio, exclusivamente público e (...) reger-se-ão por práticas típicas de outras organizações».

Veja-se, ainda, a seguinte consideração de LUIS FILIPE PEREIRA: «(...) o SNS, relativamente a estes hospitais, *comportar-se-á como um cliente* que adquirirá serviços para a população. Assim, *teremos uma incursão num conceito muito importante, que é separar o financiamento da prestação.* Isto é, aqueles hospitais vão comprometer-se a prestar determinados serviços, atingindo determinadas metas e a gestão vai recorrer a mecanismos de prémio de desempenho e mérito e de aumento de produtividade, ou seja, mais actos médicos (...)».

Outro grande objectivo do Governo de então, com a reforma no SNS, através de uma crescente vaga de empresarializações no sector da saúde, não era operar uma privatização, mas sim, tornar mais eficientes os estabelecimentos de saúde, alterando, simultaneamente o modo de financiamento, desde logo, atribuindo recursos aos hospitais como contrapartida da prestação efectiva de serviços<sup>858</sup>.

Os denominados «Hospitais S.A.» são empresas públicas, ou seja, entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, funcionando nos termos da Lei das Sociedades Anónimas e da Lei do Sector Empresarial do Estado.

---

<sup>857</sup> Entrevista realizada por ALVARO DE MENDONÇA e FRANCISCO MORAIS BARROS ao então Ministro da Saúde LUIS FILIPE PEREIRA, sob o título “SNS chega para as necessidades”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002, pp.26 e seguintes.

<sup>858</sup> Entrevista realizada por ALVARO DE MENDONÇA e FRANCISCO MORAIS BARROS ao então Ministro da Saúde LUIS FILIPE PEREIRA, sob o título “SNS chega para as necessidades”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002, pp.27.

São ainda financiados maioritariamente pelo Estado sendo, de igual modo, objecto de um controlo orgânico e funcional por parte daquele. Permanecem no seio do SNS, porém, com uma gestão diferenciada<sup>859</sup>.

Num momento inicial, foram criados cerca de trinta e um estabelecimentos hospitalares com esta natureza jurídica, sendo relevante mencionar que, na medida em que alguns destes estabelecimentos incluem mais do que um hospital, – designados por «centros hospitalares» - tínhamos na verdade trinta e quatro hospitais.

Em momento ulterior, foi constituído o «centro hospitalar» do Baixo Alentejo que abarcava os Hospitais de Beja e de Serpa, o «centro hospitalar» do Barlavento Algarvio formado pelo Hospital do Barlavento Algarvio e pelo Hospital de Lagos. É curioso verificar que estes hospitais constituídos inicialmente sob a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos vieram a evoluir para o modelo de «EPE's» (Entidades Públicas Empresariais)<sup>860</sup>.

A criação dos Hospitais sob a forma de sociedades anónimas exclusivamente de capitais públicos<sup>861-862</sup> assentou na base legal constituída por um conjunto de Decretos-Leis,

---

<sup>859</sup> Sobre as características dos hospitais S.A., vide ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 85 e seguintes.

<sup>860</sup> Vide, a este respeito, a Base XXXVI, nº3, da Lei de Bases de Saúde alterada pela Lei nº27/2007, de 8 de Novembro e ainda o artigo 19º desta última Lei.

<sup>861</sup> Os Hospitais sob a forma de Sociedade Anónima de Capitais exclusivamente Públicos foi objecto de alguma controvérsia no seio da doutrina portuguesa. Por um lado, autores como COUTINHO DE ABREU, defendeu uma posição hostil face aos «Hospitais S.A.», pugnano inclusive pela sua inconstitucionalidade. Mas, na verdade, a Constituição não estabelece qualquer tipo de proibição ou imposição relativamente ao modelo organizativo e de gestão do SNS.

Existe, aliás, segundo LICINIO LOPES MARTINS, uma margem de liberdade que é reconhecida ao legislador infraconstitucional absolutamente assumida, com a condição *sine qua non* de não ser colocada em causa a garantia constitucional do SNS. Portanto, deste modo, a questão está em saber se as finalidades são constitucionalmente legítimas, sublinhando-se o facto de os desideratos que orientam a empresarialização do serviço público de saúde têm de ser compagináveis com o imperativo constitucional constante do artigo 64º, na medida em que somente se reconduzem às exigências de uma gestão com eficácia, eficiência, ganhos económicos, «know-how» dos privados, aplicados ao domínio da saúde, tendo como marca de água a qualidade do nível dos cuidados de saúde prestados ao utente do SNS, acompanhado de um efectivo decréscimo de gastos supérfluos no decurso dos mesmos. Seja como for, o grande traço significativo deste novo modelo de gestão adaptado à saúde foi a separação funcional entre o prestador/financiador dos serviços de saúde, que no modelo anterior centravam-se numa só entidade: o Estado. Mas, existe um imperativo que se prende com o respeito escrupuloso dos princípios estruturantes da universalidade, generalidade e de tendencial gratuitidade do SNS, pese embora este termo «tendencial» ser muito abstracto e elástico, mais próximo da «onerosidade» que da própria «gratuidade». Para tanto, o Estado procedia à celebração de um «contrato-programa» com cada «hospital S.A.». Por outra banda, outra doutrina preconizada por VITAL MOREIRA considera que a empresarialização dos estabelecimentos públicos de saúde não colide com o estatuto constitucional do SNS constante do artigo 64º da Constituição. Assim, a gestão descentralizada e participada de que aquele preceito faz menção, tem de ser necessariamente assegurada. E, determinante é, sem dúvida, que o primacial desiderato que se prende com a prossecução do interesse público «saúde», seja ponto de ordem no âmbito de qualquer «contrato-programa» celebrado com os hospitais empresa. Ora, os «Hospitais S.A.» respeitaram estes ditames constitucionais, tendo somente incluído diferentes regras de gestão.

O núcleo duro de garantias fundamentais que o SNS possui, manteve-se na sua plenitude, sendo que, na verdade, o pagamento pela prestação de cuidados de saúde continuou a ser assegurado pelo Estado, não tendo sido financiado pelos utentes-beneficiário. Aliás, o Estado substitui-se, de certa forma, aos utentes, no que respeita ao pagamento de encargos resultantes dos serviços de saúde efectivamente prestados, financiando ele mesmo os estabelecimentos públicos de saúde via contratualização com os hospitais empresa.

A Constituição revela um certo grau de indiferença perante os modos de organização e de gestão dos estabelecimentos que incorporam o SNS, conquanto que não sejam postos em causa ou, pelo menos, numa situação de maior vulnerabilidade, os princípios constitucionais do artigo 64º.

<sup>862</sup> Sobre o fenómeno de empresarialização no sector da saúde, vide BIANCA SANTANA, «A Reforma da saúde em Portugal, notadamente por meio da empresarialização dos hospitais públicos portugueses», in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, nº2, Centro de Direito Biomédico, 2004, pp. 71 a 85, assim como, ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais*

desde o Decreto-Lei nº 272/2002 a 281/2002, de 9 de Dezembro; do Decreto-Lei nº 282/2002 a 292/2002, de 10 de Dezembro e pelo Decreto-Lei nº 293/2002, de 11 de Dezembro.

No entendimento de BIANCA SANTANA, partindo do princípio de que o escopo das empresas públicas que assumem o formato societário é o *lucro* (e a sua maximização), levanta-se uma pertinente questão relativa a esta modalidade societária aplicada à realidade hospitalar, que é a seguinte: «(...) como, então, conciliar a actividade de prestação de cuidados de saúde com o escopo lucrativo peculiar às sociedades comerciais, de que as sociedades anónimas são espécies?»<sup>863</sup>.

Quer dizer, como alcançar o ponto de equilíbrio ou de harmonização entre a natureza ou desiderato próprio das sociedades comerciais, que consiste no lucro, por um lado e, a natureza ou desiderato próprio de um sector (de saúde) no seio do qual são concretizados os imperativos constitucionais e sociais *mais caros* ao Estado Social e ao cidadão, por outro lado.

Entendemos nós que existem sectores do Estado, cuja existência, indissociável de um Estado de Direito democrático, de forte pendor social, não têm de visar o lucro. O exemplo paradigmático é o sector da saúde ou mesmo o da Justiça (tribunais), os quais têm de preocupar-se exclusivamente com o serviço público, prestado em condições de qualidade e de efectividade.

No tocante ao sector da saúde, esta prestação deverá ser desenvolvida da melhor forma possível, em termos de qualidade, volume e diversidade (cuidados de saúde primários, diferenciados e continuados), respeitando os direitos fundamentais sociais do cidadão, mediante as garantias de universalidade, generalidade e de tendencial gratuitidade no acesso à saúde, tal como a Constituição prescreve e tal como consta da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, assim como, da própria Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Toda a lógica de pensamento e de actuação inerente à busca incessante pelo lucro deve ser relegado para sectores de mercado tipicamente económicos e financeiros dos quais o Estado se ocupa (v.g. energia, transportes, portos, aeroportos, auto-estradas, etc.), deixando aos sectores sociais com profunda vocação constitucional, mormente ao nível de concretização de direitos fundamentais, somente a preocupação de racionalização, racionamento, contenção de gastos supérfluos e de eliminação de desperdício.

Deste modo, concordamos em plenitude, com a posição preconizada por BIANCA SANTANA, «(...) pelo facto de ser uma incoerência a obtenção de lucro, na sua acepção mais

---

*transformados em Empresas. Análise do Impacto da Eficiência: Estudo Comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008.

<sup>863</sup> Assim, vide BIANCA SANTANA, "A Reforma da saúde em Portugal, notadamente por meio da empresarialização dos hospitais públicos portugueses", in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, nº2, Centro de Direito Biomédico, 2004, pp. 80 e seguintes (*maxime*, pp.82 e 83).

literal, por parte das sociedades anónimas hospitalares de capitais públicos, na hipótese de a actividade de prestação de cuidados de saúde permanecer deficitária, a conclusão deveria ser no sentido da impossibilidade de adopção desse figurino societário para os estabelecimentos hospitalares, pois não se poderia instituir como empresa pública societária uma actividade essencialmente deficitária, sob pena de incorrer em ilegalidade e, mesmo inconstitucionalidade»<sup>864</sup>.

Abordaremos, em momento ulterior deste estudo, a problemática que respeita à (in)constitucionalidade resultante da aplicação do modelo parcerístico à área da saúde.

Seja como for, ainda, particularmente sobre os «Hospitais S.A.», aprez-nos mencionar a análise realizada por JOSÉ MENDES RIBEIRO, o qual considera que, no cômputo geral, no respeitante a metas atingidas pela operacionalidade daqueles: «no primeiro ano de actividade saldou-se por um significativo aumento de eficiência (redução de 5.8 % nos custos unitários), fruto de um considerável aumento de produção e da contenção dos custos operacionais. (...) melhorou o acesso e o nível de qualidade e de serviço, contribuindo para futuros ganhos de saúde sustentável»<sup>865</sup>.

## **1.2. Os Hospitais constituídos sob a forma de Entidade Pública Empresarial: «Hospitais E.P.E.».**

Mediante o Decreto-Lei nº 93/2005, de 7 de Junho, o legislador procedeu à transformação dos estabelecimentos hospitalares que foram criados, sob a forma de sociedade anónima em «entidades públicas empresariais», assim como, de outros estabelecimentos que permaneciam como institutos públicos.

Verificou-se, deste modo, uma transição do modelo societário que havia sido criado em 2002 para um modelo de natureza institucional («EPE»), sendo que alguns dos factores distintivos entre ambos os modelos ora enunciados são essencialmente os seguintes: (a) regime de organização e funcionamento; (b) os Hospitais S.A. possuem natureza jurídica privada e o seu capital social é detido pelo Estado ou por empresas de capitais exclusivamente públicos representados por acções nominativas que revestiam a forma escritural, de acordo com os artigos 6º e 7º, dos diplomas legais mencionados supra; (c) os Hospitais EPE são pessoas colectivas de direito público e, enquanto entidades públicas empresariais são dotadas

---

<sup>864</sup> Neste sentido, vide BIANCA SANTANA, “A Reforma da saúde em Portugal, notadamente por meio da empresarialização dos hospitais públicos portugueses”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, nº2, Centro de Direito Biomédico, 2004, pp. 82 e 83.

<sup>865</sup> Assim, vide JOSÉ MENDES RIBEIRO, “Reforma do sector público hospitalar: programa de empresarialização de 34 hospitais portugueses”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol.4, Lisboa, 2004, pp. 65 e seguintes.

de capital estatutário (capital não divisível por acções, ao contrário do capital social das sociedades anónimas), encontrando-se sujeitas a superintendência e tutela do Estado, segundo o disposto no artigo 5º, do citado Decreto-Lei nº 93/2005.

A transição de unidades de prestação de cuidados de saúde públicos em entidades públicas empresariais<sup>866-867</sup>, pautadas por uma gestão tipicamente empresarial reguladas, nos seus aspectos principais, pelo direito comercial, é perfeitamente plausível com as exigências constitucionais que orientam o Serviço Nacional de Saúde. E, aliás, foi orientado por esta preocupação que o legislador teve o mérito de acautelar através da solução adoptada, que fosse alterado unicamente o *modelo de gestão hospitalar*, mantendo-se inalterável a assunção de responsabilidade estadual em virtude dos cuidados de saúde prestados.

Este aspecto consiste, aliás, numa verdadeira imposição constitucional: o ente Estado não pode eximir-se da sua responsabilidade pública de fundamento e cariz constitucional.

A empresarialização da gestão do serviço público de saúde não equivale à privatização deste «sendo disso inegável sintoma o facto de o capital social dos hospitais ser exclusivamente assumido pelo Estado ou por entidades públicas detidas por este»<sup>868</sup>.

Os Hospitais e os demais estabelecimentos de saúde, tais como, os centros de saúde e unidades locais de saúde «E.P.E.» são qualificadas de entidades adjudicantes à luz do Código dos Contratos Públicos (CCP), enquanto «organismos de direito público» previstas do artigo 2º, nº2, do citado Código.

As entidades públicas empresariais («E.P.E.»)<sup>869</sup> consistem em pessoas colectivas criadas para satisfazer necessidades de interesse geral, desprovidas de carácter industrial ou mercantil.

Acresce que, por outro lado, ainda que o financiamento disponibilizado pelo ente «Estado» possua natureza contratual enquanto contrapartida dos serviços prestados pelos Hospitais, não é curial afirmar que aquelas se encontram legalmente submetidas ao controlo e gestão estadual, pese embora os poderes de superintendência e tutela que o Estado exerce sobre esses organismos. O próprio facto de ser o Governo (órgão máximo do Estado), na pessoa do Ministro da Saúde, a designar os membros do órgão de administração, não permite concluir que as E.P.E.'s se encontram sujeitas ao controlo estadual.

---

<sup>866</sup> Sobre esta matéria, vide BIANCA SANTANA, "A Reforma da saúde em Portugal, notadamente por meio da empresarialização dos hospitais públicos portugueses", in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, nº2, Centro de Direito Biomédico, 2004, pp. 71 e seguintes.

<sup>867</sup> Vide COUTINHO DE ABREU, "Privatização de empresas públicas e empresarialização pública", in *Miscelâneas*, nº3, Instituto de Direito das Empresas do Trabalho (IDET), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 59 e seguintes.

<sup>868</sup> Assim, LICÍNIO LOPES MARTINS, "Direito Administrativo da Saúde", in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 251.

<sup>869</sup> O Supremo Tribunal Administrativo (STA) considerou, no seu Acórdão de 28/10/2009, no Processo nº 484/09, que os Hospitais E.P.E. são «organismos de direito público», à luz do Direito Comunitário Derivado (directivas comunitárias). Ver, a respeito da aplicação do Direito Comunitário à matéria de contratação pública, com maior acuidade, CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários aplicáveis à Contratação Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

O CCP excluiu expressamente os «Hospitais E.P.E.» do regime jurídico constante da Parte II. Deste modo, o CCP na sua Parte II não colhe aplicação no âmbito de formação dos seguintes contratos: a) contratos de empreitadas de obras públicas, cujo valor seja inferior ao referido na alínea c), do artigo 7º, constante da Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março (5 milhões de euros)<sup>870</sup>; b) contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços cujo valor seja inferior ao valor referido na alínea b), do artigo 7º, contido na Directiva nº 2004/18/CE, mencionada supra (130 000 euros). Mas, o facto de a formação dos contratos mencionados não se encontrarem regulamentados em qualquer dos procedimentos previstos no CCP, tal não significa que não se tratem de contratos administrativos, nos termos do artigo 5º, nº3, alíneas a) e b), do CCP<sup>871</sup>.

Subscrevemos, em plenitude, a posição de CLÁUDIA VIANA, segundo a qual dever-se-á aplicar o regime de contratação pública aos Hospitais E.P.E.<sup>872</sup>, com base na denominada jurisprudência “principalista” que brotou do Acórdão Telaustria, de 7 de Dezembro de 2000.

A jurisprudência “principalista” aplica-se fundamentalmente aos contratos de concessão de serviços públicos, às parcerias público-privadas, assim como, aos contratos parcialmente abrangidos ou não abrangidos pelas directivas comunitárias, encontrando-se aqui inseridos os contratos excluídos das directivas por virtude do seu valor económico<sup>873</sup>.

---

<sup>870</sup>[http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei\\_mostra Estrutura.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=999&nversao=&tabela=lei](http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=999&nversao=&tabela=lei) s. (site oficial da procuradoria geral da república, do qual consta a legislação sobre contratação pública: CCP na sua versão mais recente constante do Decreto-Lei nº 149/2012, de 12 de Julho e directivas comunitárias).

Os limiares comunitários presentes nas directivas nº 2004/17/CE e nº 2004/18/CE foram objecto de actualização.

Na directiva 2004/17/CE, os contratos de empreitadas de obras públicas têm novos limiares de 5.000.000 euros (anteriormente eram 4.485.000.00 euros); os contratos de locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços, os limiares são de 400.000 euros quando em momento anterior eram de 387.000.00 euros. Ao abrigo da directiva nº 2004/18/CE, os contratos de empreitadas de obras públicas são de 5.000.000.00 euros (antes eram de 4.485.000.00 euros) e o que respeita aos contratos de locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços celebrados pelo Estado, os limiares ascendem a 130.000.00 euros (antes eram de 125.000.00 euros); os contratos celebrados pelas demais entidades adjudicantes, têm o limiar comunitário de 200.000.00 euros (anteriormente era de 193.000.00 euros).

Veja-se ainda o site oficial da União Europeia: [http://europa.eu/youreurope/business/profitting-from-eu-market/benefiting-from-public-contracts/portugal/index\\_pt.htm](http://europa.eu/youreurope/business/profitting-from-eu-market/benefiting-from-public-contracts/portugal/index_pt.htm)

<sup>871</sup> Vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 263 a 320.

<sup>872</sup> Veja-se, neste sentido, a posição da Autora, em anotação por si realizada ao Acórdão do STA (1ª secção), de 14/07/2010, no Processo nº 381/10, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº85, Janeiro-Fevereiro, 2011, pp. 51 a 65; vide, ainda, da mesma Autora, o artigo sob o título “Contratação Pública e empresas públicas”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº52, Julho-Agosto, 2005, pp. 8 a 32.

<sup>873</sup> Podemos retirar alguns traços determinantes que enformam o conteúdo da jurisprudência “principalista”, nomeadamente os seguintes: a) todos os contratos públicos encontram-se sob tutela do regime dos princípios e regras constantes do Direito Originário (Tratados); b) é exigida a publicidade prévia mormente através de publicitação na internet e no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), mas também meios de comunicação nacionais e locais, com vista a dar efectividade à concorrência, aos princípios de transparência, de não discriminação em razão da nacionalidade e da igualdade (o respeito por estes princípios encontra-se sujeito a controlo judicial); c) impõe-se como imperativo legal, a existência de um procedimento transparente, enquanto garante do respeito cabal por aqueles princípios comunitários; d) devem imperar os valores relativos à imparcialidade e objectividade da decisão de adjudicação, sendo, para o efeito, necessário o cumprimento escrupuloso daqueles princípios inseridos no procedimento de contratação.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), criador da jurisprudência “principalista”, veio, ele próprio, atenuar e suavizar os termos rígidos da mesma, admitindo que perante determinadas “circunstâncias especiais”, poder-se-ia evitar a realização de um procedimento concorrencial, o qual era encarado como pressuposto de efectividade da referida jurisprudência “principalista”. Entendia-se como sendo “circunstâncias especiais”, o valor ou interesse económico reduzido do contrato, assim como, a condição de os contratos em causa representarem em si mesmos “interesse transfronteiriço”. Este último aspecto compete concretamente, a cada entidade adjudicante determinar.

No que em especial concerne aos Hospitais E.P.E., aquela Autora conclui que «(...) afigura-se-nos evidente que o Código dos Contratos Públicos fez “tábua rasa” desta jurisprudência, ao permitir que os Hospitais E.P.E. apliquem o regime da contratação pública prevista na Parte II do Código apenas em relação aos contratos abrangidos pelas directivas comunitárias»<sup>874</sup>, não se encontrando justificação para a discriminação ou incoerência de regime.

Quer dizer, em determinadas circunstâncias e para uns efeitos, os Hospitais E.P.E. são qualificados como “organismos públicos” (entidades adjudicantes) e, ao invés, noutros circunstancialismos e para outros fins, aqueles Hospitais deixam de ser vistos como “entidades adjudicantes”.

Tomando como exemplo paradigmático, os contratos com valor inferior aos limiares estabelecidos pelas directivas, não escrutinamos as motivações que levam à distinção de regime sufragada pelo STA<sup>875</sup>, que opera o “cisma” entre os «Hospitais E.P.E.» enquanto “organismos públicos” ou “entidades adjudicantes”, os quais o legislador nacional optou por colocá-los sob tutela jurídica do regime de contratação pública e as «demais entidades adjudicantes» que são, do mesmo modo, “organismos de direito público”.

Um argumento de peso invocado por CLÁUDIA VIANA, para manifestar a sua discordância relativamente à douta decisão do STA, prende-se com o facto de o conceito de “organismo público”<sup>876</sup> consistir tão-somente a uma “manifestação funcional e teleológica” da

---

Na verdade, a decisão tomada por cada entidade adjudicante no sentido de considerar que o contrato em mãos, a ser objecto de adjudicação, representa ou não, interesse para os demais Estados membros e respectivos agentes económicos, deverá ser fundamentada e não adoptada com base num qualquer livre arbítrio. Aliás, impera a ponderação de todas as condicionantes do caso, de onde realçamos, a pertinência, do valor e do objecto do contrato, as especificidades do sector económico em causa, assim como, a localização geográfica do local de execução.

Em momento ulterior, motivada por alguma resistência revelada por certos Estados membros como a Alemanha, à aceitação plena e integral desta jurisprudência, a Comissão Europeia viu-se impelida, em Agosto de 2006, à realização de diversas Comunicações Interpretativas sobre o Direito Comunitário aplicável a adjudicação de contratos não abrangidos ou apenas parcialmente abrangidos pelo acervo de directivas comunitárias referentes aos contratos públicos. Pese embora, as explicitações contidas neste “soft law” de autoria da Comissão Europeia, a Alemanha e outros Estados membros não acolhem o entendimento sufragado por esta Instituição, o que resultou no incidente de ilegalidade junto do TJUE como forma de “abolir” aquela Comunicação Interpretativa desenvolvida supra. Este Tribunal, por seu turno, em Acórdão proferido em 20 de Maio de 2010, manifesta o seu apoio incontestável àquela Comunicação, referindo que esta limita-se tão-só a explicar os aspectos mais significativos da jurisprudência “principalista” com aplicação aos contratos públicos, tendo saído claramente reforçado o denominado “Direito Europeu de Contratação Pública”. Neste sentido, *vide* CLÁUDIA VIANA, “A aplicação do regime de contratação pública aos hospitais E.P.E. – Ac. do STA de 14.07.2010, P. 381/10”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº85, Janeiro-Fevereiro, 2011, pp.61 a 63.

<sup>874</sup> Assim, *vide* CLÁUDIA VIANA, “A aplicação do regime de contratação pública aos hospitais E.P.E. – Ac. do STA de 14.07.2010, P. 381/10”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº85, Janeiro-Fevereiro, 2011, pp.63.

<sup>875</sup> Veja-se, a este propósito, o Acórdão do STA (1ª secção), de 14/07/2010, no Processo nº 381/10, anotado por CLÁUDIA VIANA, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº85, Janeiro-Fevereiro, 2011, pp.63, bem como, da mesma Autora, “Contratação Pública e empresas públicas: direito nacional e direito comunitário”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº52, Julho-Agosto, 2005, pp. 8 a 32.

<sup>876</sup> Sobre o conceito de «organismo público», aconselha-se o estudo do Acórdão Beentjes, de 20 de Setembro de 1988, Processo nº 31/87, proferido pelo TJCE, assim como, Acórdão Mannesmann, de 15 de Janeiro de 1998, Processo nº C-44/96, o qual tem o mérito de desenvolver a interpretação daquele conceito, com destaque especial para a noção de «entidade adjudicante». *Vide*, ainda, a respeito do conceito de «organismo público», o artigo de RAMÓN PARADA, “Derecho Público y Derecho Privado en los contratos de las Administraciones Públicas”, in *Revista de Estado & Direito*, nº12, 2º semestre, 1993, pp.9 e seguintes. Segundo o entendimento deste Autor, do conceito de «organismo público» podemos retirar a conclusão de que se trata de um «ente de Direito Público» que apenas permitiria excluir as empresas públicas com forma societária ou não, que se dedicam a uma actividade industrial ou mercantil em regime de concorrência de mercado. Encontrar-se-iam excluídos daquele conceito os



noção de “Administração Pública” a que o TJUE recorre como forma de assegurar a primazia e efectividade do Direito Europeu, em todo o ordenamento jurídico do espaço comunitário, ou seja, o respeito pelo princípio da uniformidade do Direito Comunitário por parte de todos os Estados membros, no âmbito da contratação pública.

Na realidade, qualquer introdução de cláusulas de excepção no regime legal, pelo qual se pautam os Hospitais E.P.E., em sede de contratos de valor inferior aos limiares de aplicação das directivas, contribui inevitavelmente para uma viragem à regra da primazia do Direito Europeu sobre o direito nacional, sendo uma “lacuna” ou omissão na aplicação deste.

A admitir-se esta ordem de raciocínio por parte do julgador nacional de cada Estado membro, estaremos a abrir a porta à lógica do Direito Europeu tipo “queijo suíço”, por virtude de fugas à aplicação do mesmo, pelas várias ordens jurídicas nacionais, colocando em causa a tutela jurisdicional efectiva dos agentes económicos que actuam no espaço europeu.

De acordo com a posição preconizada por CLÁUDIA VIANA, que acolhemos em plenitude: «(...) apesar da sua exclusão da Parte II do Código dos Contratos Públicos, os (ou, ao menos, alguns dos) contratos de aquisição de serviços dos hospitais E.P.E. de valor inferior aos limiares comunitários podem ser qualificados como contratos administrativos, o que, (...) constitui um novo argumento que os tribunais administrativos terão necessariamente de ponderar para efeito de reverem esta jurisprudência»<sup>877-878</sup>.

---

entes de Direito Público que vivem directa ou indirectamente dos pressupostos ou que exercem uma actividade em regime de monopólio ou ainda, aqueles que têm como objecto de actividade a celebração de contratos com empresas de construção destinadas a obras públicas e com recurso a fundos públicos. Vide CLÁUDIA VIANA, “Contratação Pública e empresas públicas: direito nacional e direito comunitário”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº52, Julho-Agosto, 2005, pp. 8 a 32.

<sup>877</sup> Neste sentido, vide CLÁUDIA VIANA, “A aplicação do regime de contratação pública aos hospitais E.P.E. - Acórdão do STA (1ª secção), de 14/07/2010, no Processo nº 381/10”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº85, Janeiro-Fevereiro, 2011, pp.65. Esta Autora faz menção ao artigo 5º, nº6, do CCP que vai no sentido da obrigatoriedade de impor os contratos em causa, a um procedimento de natureza jurídico-pública, na medida em que refere que à formação dos contratos, ainda que não abrangidos pelas directivas, se aplicam os princípios gerais da actividade administrativa e as normas que concretizam os preceitos constitucionais presentes no Código de Procedimento Administrativo (CPA).

<sup>878</sup> Recorde-se que o STA decidiu, no âmbito do Acórdão do STA (1ª secção), de 14/07/2010, supra citado, que os contratos de valor inferior aos limiares de aplicação das directivas estavam excluídos do regime de contratação pública (regime comunitário) e, consequentemente, excluídos da égide de jurisdição administrativa, pelo facto de inexistir legislação específica que os submetesse ou que admita que eles se encontram sujeitos a um procedimento pré-contratual regulado por normas de Direito Público, tal como o artigo 4º, nº1, alínea e), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF).

Neste processo estava em causa a legislação constante do Decreto-Lei nº 233/2005, de 29/12 (posteriormente revogado pelo CCP), cujo artigo 13º prescrevia que a aquisição de bens e serviços e a contratação de empreitadas pelos Hospitais E.P.E. encontram-se sujeitos às *normas de direito privado*, sem prejuízo da aplicação do regime comunitário relativo à contratação pública. Deste modo, os Hospitais E.P.E. encontravam-se somente vinculados à aplicação do regime de contratação pública relativamente a contratos que, por força do seu valor, se encontravam no espectro de aplicação das directivas comunitárias. Pese embora, o Decreto-Lei nº 233/2005, de 29/12 tenha sido revogado pelo CCP, manteve-se, na verdade, o seu conteúdo normativo no que respeita aos Hospitais E.P.E. e os referidos contratos de valor inferior aos limiares das directivas. Na verdade, saliente-se que o artigo 5º do CCP exclui da aplicação do regime de contratação pública, os contratos de valor inferior aos limiares de aplicação da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, celebrados pelos Hospitais E.P.E.

Assim sendo, mantém-se o regime aplicável aos Hospitais E.P.E., que já constava do Decreto-Lei nº 233/2005, de 29/12, entretanto “substituído” pelo CCP.

### 1.2.1. Considerações acerca da (in)adequação do modelo de Empresa Pública no âmbito hospitalar.

De entre as vantagens reconhecidas ao fenómeno da empresarialização<sup>879</sup> da saúde em Portugal, apontamos a eliminação ou diminuição dos desperdícios, o incremento do grau de eficiência característico da gestão privada, porquanto passa a ser desburocratizada, leve, simplificada, eficiente e dotada de elevado nível de «*know-how*», assim como, a profissionalização associados à experiência dos seus recursos humanos (v.g. gestores).

Estas virtualidades reconhecidas ao sector privado surgem - a par da dinamização da qualidade e volume dos serviços prestados, de uma lógica de «*accountability*» associados aos níveis de ganhos obtidos e do mérito e diligência revelados - como resposta às ineficiências do sector de saúde, revelando-se imprescindíveis à melhoria da qualidade dos serviços, em termos de volume e de diversidade, prestados nos estabelecimentos de saúde, assim como, à redução de gastos públicos estaduais com a saúde.

ALEXANDRA LEITÃO, pese embora reconheça este conjunto de vantagens trazidas pela gestão privada na saúde, mediante a criação de «Hospitais S.A.» e «Hospitais E.P.E.», indica, por outro lado, um leque considerável de riscos que um «Hospital-Empresa» é passível de criar para o Estado e para o erário público: «(...) há dúvidas sobre o que fazer a um hospital-empresa cuja gestão venha a manifestar-se ineficaz, com acumulação dos inerentes prejuízos. Por não se tratar de um tipo de empresa vulgar, onde a produtividade e competitividade, face à concorrência são factores essenciais à sua sobrevivência e desenvolvimento, o hospital-empresa, pela sua especificidade, por se tratar de uma instituição que, pela sua natureza dos serviços que presta a uma comunidade mais ou menos vasta, não pode encerrar as suas portas de qualquer maneira, pelas graves implicações sociais que isso acarretaria para essas populações». Por conseguinte, «o poder político poderá vir a ser pressionado a injectar verbas adicionais para acudir a essas situações, o que põe em causa as conhecidas vantagens da gestão privada»<sup>880</sup>.

Como refere BIANCA SANTANA, «configurando-se mais como uma temeridade do que como uma novidade (...), afigura-se a possibilidade de os hospitais empresarializados poderem recorrer a crédito na Banca»<sup>881</sup> (...). Consiste em uma fonte alternativa de financiamento, não

---

<sup>879</sup> Sobre o fenómeno de empresarialização do sector público, em particular, no domínio autárquico ou municipal e para uma sua melhor compreensão, que podemos ajustar à realidade da saúde, vide PEDRO GONÇALVES, *Regime jurídico das empresas municipais*, Almedina, Coimbra, 2007.

<sup>880</sup> Assim, ALEXANDRA LEITÃO, «Remédios para a doença da saúde», in *Revista de Economia Pura. Mercados e Tendências*, Ano V, nº 51, outubro, 2002, pp. 54 e 55. Vide ainda, ALEXANDRE DINIS POETA, FERNANDA NOGUEIRA e JOSÉ MARIA ANDRADE, «Entre a Inovação e o Planeamento. Novos Modelos de Gestão das Compras Hospitalares», in *Estudos Políticos e Sociais*, vol. XXIII, nºs 1 a 4, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2001, pp.415 438.

<sup>881</sup> Assim o permite o artigo 25º, alínea e), dos estatutos dos hospitais S.A., em quase tudo idêntico ao teor do artigo 13º, alínea g), do regime jurídico da gestão hospitalar, pese embora a Lei de Bases da Saúde, na sua Base XXXIII, não ter sido objecto de qualquer acréscimo jurídico ou menção nesse sentido.

recorrente às dotações estatais, mas proveniente de recursos a crédito, objectivando atingir as metas fixadas no contrato-programa firmado com o Estado. Assim, buscar-se-ia esta via transversa sempre que a verba estatal se mostrasse insuficiente para alcançar os objectivos pactuados»<sup>882</sup>.

Atendendo ao facto que se prende com a comum e típica ocorrência de atrasos sucessivos do SNS aos seus fornecedores, como garantir o cumprimento cabal e pleno das respectivas obrigações por parte dos Hospitais-Empresa? Considerando que as dívidas permanecem «públicas», como assegurar que o défice do Estado perante a Banca não sofre um aumento exponencial?

Segundo o entendimento de BIANCA SANTANA, através do qual «(...) os hospitais empresarializados teriam que ter a rentabilidade assegurada, o que é, no mínimo, complicado dada a dificuldade de se obter lucro com o serviço público de saúde. Assim, se de um lado tal possibilidade, em virtude do recurso a capitais bancários, favorece o alcance dos objectivos programados com o Estado, de outro, agrava o risco de endividamento dos hospitais empresarializados (*podendo ser o primeiro passo para uma suposta (...) falência*)»<sup>883</sup> do próprio Estado.

O mesmo é dizer, se em tese e em termos absolutamente teóricos, o modelo de empresa e de gestão privada, traria enormes benefícios para um sector tão agastado e marcado pelo excesso de desperdício e ineficiência, na prática, contudo, pode não ter o êxito esperado. E, nesse caso, mais uma vez, recai sobre o erário público, ou seja, sobre o cidadão o ónus de “salvar” as «empresas hospitalares», através do aumento da carga tributária.

Assim sendo, como forma de obviar a esta possibilidade, impõe-se a adopção de uma conduta rigorosa de fiscalização e de controlo estadual (Estado-accionista), o que colide com a ideia matriz de autonomia de gestão, acompanhada de uma filosofia de prestação de contas públicas e de responsabilização dos respectivos gestores pelas decisões tomadas de cariz económico-financeiro no âmbito da gestão hospitalar.

Atente-se no facto de que as sanções para um hospital empresarializado que não logre atingir os seus objectivos económico-financeiros e, que pelo contrário, gere ainda mais custos que o «hospital clássico», plenamente público, acabam por se diluir em meras intenções de responsabilização sem, que no entanto, haja qualquer consequência efectiva, para além da

<sup>882</sup> Assim, vide BIANCA SANTANA, “A Reforma da saúde em Portugal, notadamente por meio da empresarialização dos hospitais públicos portugueses”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, nº2, Centro de Direito Biomédico, 2004, pp. 83 e 84.

<sup>883</sup> Nestes termos, vide BIANCA SANTANA, “A Reforma da saúde em Portugal, notadamente por meio da empresarialização dos hospitais públicos portugueses”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, nº2, Centro de Direito Biomédico, 2004, pp. 84. De igual modo, vide OSMIR ANTONIO GLOBEKNER, *A Saúde entre o Público e o Privado. O Desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*, Juruá Editora, Curitiba, 2011, pp.151 e seguintes, assim como, JOSÉ NEVES CRUZ, “A Intervenção pública no domínio dos cuidados de saúde”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos*, Almedina, Coimbra, pp. 692 e seguintes.

eventual substituição de direcções ou administrações hospitalares que se revelarem incompetentes.

Neste sentido vai o Ministro da Saúde de então, LUIS FILIPE PEREIRA, o qual confrontado com a questão da sanção a aplicar aos hospitais empresarializados responde o seguinte: «na perspectiva empresarial pura, *in extremis*, o hospital falia. Mas é evidente que *não nos podemos dar ao luxo de fechar hospitais* por irem à falência. Não podemos aplicar uma lógica pura de empresarial ao sistema nacional de saúde. Queremos importar a lógica de funcionamento, os métodos de gestão e as práticas de actuação. *Se não houver resultados não podemos*, meramente por critérios de leis do mercado, *fechar hospitais* que são muito importantes para uma determinada região, como consequência de uma gestão ruinosa. (...) havendo uma *maior responsabilização, do ponto de vista institucional*»<sup>884</sup>.

Este (antigo) Ministro da Saúde iria introduzir no sistema de saúde o critério de responsabilização dos gestores-decisoros, tendo como consequência pela sua má conduta e não cumprimento de metas traçadas, a exoneração<sup>885</sup>.

Assim sendo, em termos de responsabilização real e concreta, existe, neste modelo empresarialista no sector hospitalar, apenas uma eventual “substituição” e somente de uma perspectiva institucional, por uma conduta eventualmente negligente, desleixada, consubstanciada numa “gestão ruinosa” susceptível de onerar gerações de contribuintes, o que nos parece ser muito insuficiente.

A responsabilização quase “platónica” existente nos «hospitais empresa», com o inerente risco de oneração do contribuinte e do acréscimo de gastos dos dinheiros públicos constituem, do nosso ponto de vista, fortes óbices e desvantagens que nos levam a considerar a inadequação deste modelo de gestão empresarialista, quando aplicável ao sector da saúde.

A empresarialização da gestão na área da saúde abrange várias tipologias de modelos e formas, tais como<sup>886</sup>: (a) hospitais em regime de gestão e financiamento privados, tratando-se neste caso de parcerias público-privadas em saúde; (b) estabelecimentos hospitalares sob gestão delegada e concessionada, em que a exploração e gestão do estabelecimento que se encontra já em estabelecimento é entregue a outra entidade mediante um contrato de gestão, segundo o disposto nos artigos 28º, 29º e 31º, do Estatuto do SNS e na Base XXXVI da Lei de Bases. Exemplo paradigmático é o Hospital Amadora-Sintra, na medida em que a sua gestão foi entregue a uma entidade privada nos termos da Portaria nº 704/94, de 29 de Julho.

<sup>884</sup>(itálico nosso) Neste sentido, vide LUIS FILIPE PEREIRA, in Entrevista realizada por ALVARO DE MENDONÇA e FRANCISCO MORAIS BARROS ao então Ministro da Saúde LUIS FILIPE PEREIRA, sob o título “SNS chega para as necessidades”, in Revista *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002, pp.27.

<sup>885</sup>Vide FRANCISCO MORAIS BARROS, “O imperativo da reforma”, in Revista *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002, pp. 32 e seguintes (*maxime* 33 e 34).

<sup>886</sup>Cfr. LICINIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 240, nota de roda-pé nº 9.

Ora, o processo empresarializador do Serviço Nacional de Saúde iniciou-se em 1995 através da entrega da gestão do Hospital Amadora-Sintra a uma entidade privada mediante a celebração de um contrato de gestão.

Nos termos deste contrato, o Estado teve como objectivo encontrar no mercado, o «*know-how*» e a experiência empresarial, colocando-o ao dispor do interesse público «saúde». O estabelecimento público de saúde não perderia, à partida, a sua natureza originária de «instituto público» na modalidade de estabelecimento público social.

A modificação operada no âmbito dos estabelecimentos hospitalares iria verificar-se poucos anos após, mediante a introdução da figura jurídica do estabelecimento público de natureza empresarial. Na sequência desta modificação foram criados os hospitais de Santa Maria da Feira, Barlavento Algarvio, Unidade Local de Saúde de Matosinhos, entre outros.

Mas, a grande viragem na natureza e nos modos de organização e gestão dos estabelecimentos hospitalares do SNS ocorreu em 2002, graças ao modelo societário sob a forma de sociedade anónima e, não de «empresa pública», pelo qual foram convertidos vários hospitais em sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos.

E, deste modo, foi definitivamente concretizado o processo de empresarialização do SNS que encerrou, em si mesmo, uma assinalável mutação do paradigma de gestão hospitalar. Com efeito, o modelo do Hospital «instituto público» foi substituído pelo modelo de Hospital «empresa» e, por conseguinte, a personalidade jurídica de direito público foi abandonada em favor da personalidade jurídica de direito privado própria das sociedades comerciais.

Como foi já mencionado anteriormente, assistimos em Portugal, no tocante à gestão hospitalar, a uma preferência pelo modelo de «Hospital E.P.E.», entidade pública empresarial.

Nos termos do diploma legal, Decreto-Lei nº 558/99 que consagra o regime das empresas públicas, são de enaltecer particularmente os artigos 10º, 11º, 12º e 13º, porquanto revelam uma clara evolução no sistema de relações entre o Estado e as Empresas Públicas que, em momento anterior, operava-se no âmbito de tutela e de superintendência administrativa.

Segundo o disposto no artigo 11º, aparece abrangido o conceito de «orientações estratégicas» por parte de um Estado na veste de accionista, sendo aquelas estabelecidas pelo Conselho de Ministros, com objectivos e finalidades específicas.

Essas «orientações» podem prever a celebração entre o Estado e as empresas públicas, tendo necessariamente influência nos planos de acção anuais definidas em Assembleia Geral e nos contratos de gestão a celebrar com os gestores.

O preceito ínsito no artigo 10º estipula que a função accionista pode ser concretizada pelo ente Estado sob uma multiplicidade de formas, atendendo ao abrangente conceito de «empresa pública», em concordância com a ampla liberdade de actuação estadual.

Em termos orgânicos, a função accionista do Estado é exercida pelo Ministro das Finanças através da Direcção Geral do Tesouro, podendo inclusivamente existir delegação de poderes, de acordo com os ditames estratégicos nos termos do artigo 11º. Por outro lado, também poderá existir uma prévia coordenação entre os diversos sectores de actividade, com a combinação de esforços entre os vários ministérios envolvidos.

Este diploma legal revela uma patente preocupação em cumprir os princípios da coordenação, coerência, unidade e eficiência no domínio do sector empresarial do Estado. No que particularmente concerne sobre este ponto, o legislador não veda a possibilidade de serem escolhidas diferentes soluções técnicas, nos termos do artigo 10º, nº3.

Acresce que os direitos resultantes da função accionista do Estado podem ser exercidos indirectamente mediante sociedades gestoras de participações sociais, cujas acções sejam definidas pelo Estado e/ou por outras entidades de direito público ou de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos<sup>887</sup>.

Os poderes de controlo financeiro, os deveres especiais de informação, em conformidade com os artigos 12º e 13º, estão sujeitos ao controlo financeiro do Tribunal de Contas, assim como, do Ministro das Finanças (Inspecção-Geral das Finanças). Acresce, por outra banda, que o acompanhamento da gestão dos Hospitais E.P.E. acarretam consigo a prestação de informações especiais inerentes à função accionista nos termos da lei comercial.

Quer dizer, as especiais exigências relativas à prestação de informações traduzem-se na prestação de informações ao Ministro das Finanças e ao Ministro Sectorial, nos termos do artigo 13º, nº1, do citado diploma legal.

Contudo, a aplicação desta tipologia de entidades públicas empresariais ao sector hospitalar, no nosso concreto SNS, apresenta determinados contornos, porquanto a constituição dos Hospitais em sociedades anónimas foi objecto de concretização através da transformação do anterior estatuto, ficando o regime daquelas sociedades reservado para o seu posterior funcionamento e respectivas modificações no seu estatuto.

Essa modificação foi realizada mediante os termos patentes nos Decretos-Lei nº 272/2002 a 281/2002, de 9 de Dezembro, 282/2002 a 292/2002, de 10 de Dezembro, 293/2002, de 11 de Dezembro, por virtude dos quais procedeu-se à constituição de trinta e um estabelecimentos hospitalares, alguns deles integrando mais do que um hospital, com a designação de «centros hospitalares»<sup>888</sup>.

---

<sup>887</sup> Veja-se a «PARPÚBLICA», prevista no artigo 6º, do Decreto-Lei nº 209/2000.

<sup>888</sup> Cfr. LICINIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 246.

As sociedades anónimas possuíam diversos níveis de capital social subscrito pelo Estado, repartido em acções nominativas e com forma escritural, cuja titularidade competia somente ao Estado e a empresas de capitais exclusivamente públicos, sendo os Ministros competentes o Ministro das Finanças e o Ministro da Saúde. Estas acções poderiam vir a ser posteriormente objecto de alienação, conquanto que o fossem para outras entidades públicas.

Seja como for, as sociedades ora mencionadas encontravam-se vinculadas ao compromisso constitucional do Estado inscrito no preceito do artigo 64º da Constituição da República Portuguesa, mormente no que se refere à política nacional de saúde e à actividade financeira, ficando, neste ponto, sujeitas ao regime do Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro, devendo os Conselhos de Administração submeter aos Ministros das Finanças e da Saúde, o relatório de gestão, as contas de cada exercício e os demais documentos de prestação de contas, bem como, prestar informações mensais sobre a execução do Orçamento de Estado, previsto no disposto dos artigos 10º e 11º, dos supra mencionados diplomas legais.

Por seu turno, de acordo com o artigo 11º, alínea n), dos Estatutos dos Hospitais S.A. vinculou as sociedades à exigência traduzida na introdução de mecanismos de controlo interno contidos no teor legal do nº3, do artigo 12º, do Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro. Ora, nos termos deste preceito, as empresas públicas devem adoptar procedimentos de controlo interno adequados a assegurar a fiabilidade das contas e da respectiva informação financeira.

Mostra-se pertinente mencionar o facto de o endividamento dos Hospitais S.A. ter um tecto máximo que não pode ser ultrapassado em 30% do seu capital social. Por uma outra perspectiva, o nível de endividamento superior a 10 % do capital social impõe de modo obrigatório que haja prévia autorização da Assembleia Geral, nos termos do artigo 12º dos respectivos diplomas legais que estiveram na base legal das sociedades.

No que respeita à sua organização interna, os Hospitais S.A. de capitais exclusivamente públicos possuíam três órgãos sociais: (a) Assembleia Geral; (b) Conselho de Administração; (c) um Fiscal Único, de acordo com o artigo 5º, constante nos Estatutos das Sociedades. Ainda em termos orgânicos, as sociedades integram o conselho consultivo, os órgãos de apoio técnico e outros órgãos que se encontrem previstos ora na lei ora no regulamento interno do Hospital em causa.

A Assembleia Geral das Sociedades é constituída por um corpo accionista dotado do poder de voto, sendo que nas suas reuniões participam igualmente os membros do conselho de administração e o fiscal único, nos termos do artigo 6º, dos respectivos Estatutos das Sociedades. Os conselhos de administração contêm até cinco membros, possuindo o respectivo presidente um «voto de qualidade».



Por sua vez, os membros do conselho de administração são eleitos pela Assembleia Geral com excepção do Director Clínico e o Enfermeiro Director, segundo o disposto nos artigos 6º, 10º e 14º, constantes dos Decretos-Lei supra mencionados. A função de fiscalização das sociedades pertence à égide do fiscal único eleito pela Assembleia Geral, partilhada com o revisor oficial de contas, por força do artigo 17º, dos citados diplomas legais.

Para além destas linhas mestras caracterizadoras de sociedades anónimas, os hospitais tinham de deter reservas legais próprias e ainda de constituir reservas para investimentos a partir dos resultados apurados em cada exercício e das receitas afectas ou destinadas a esse determinado fim, em conformidade com o artigo 26º, dos Decretos-Lei supra mencionados a este respeito.

Por outro lado, o instrumento normativo imprescindível de concretização do modelo empresarial e dos princípios que lhe servem de suporte legal foi, sem dúvida, o denominado «contrato-programa», do qual deveriam fazer parte os desideratos e linha de alcance dos hospitais, bem como, a concreta planificação concernente à sua concretização em termos de datas, meios e instrumentos para os atingir, sobretudo o nível dos investimentos necessários à sua execução<sup>889</sup>.

Deste modo, a execução do plano de actividades a ser levada por diante no seio hospitalar, com a qualidade e estatuto de sociedades passou a pautar-se por um «contrato-programa» plurianual e a ser objecto de celebração com o Ministério da Saúde.

Sob uma perspectiva de análise da performance, os indicadores de avaliação do desempenho e de satisfação das necessidades relevantes e demais obrigações para as partes envolvidas têm de constar expressamente desses «contratos-programa», sendo que, de uma óptica financeira, de acordo com o artigo 24º dos mencionados Decretos-Lei, cada ponto financeiro de todo e qualquer contrato deverá ser reportado previamente ao Ministro das Finanças, para que este tenha o devido conhecimento e preste o seu “consentimento”, em função da disponibilidade económico-financeira, pois este é o Ministro com a competência para gerir os fundos públicos envolvidos em função da dotação orçamental plurianual.

Assim sendo, com o novo paradigma de gestão e de modelo hospitalar consubstanciado no modelo empresarial societário e em virtude do «contrato-programa», segundo LICINIO LOPES MARTINS, encontram-se presentes as condições necessárias e aptas à «separação entre as funções acumuladas integralmente “no” e “pelo” Estado»<sup>890</sup>. Na verdade,

---

<sup>889</sup> Vide LICINIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 249 e 250.

<sup>890</sup> Vide LICINIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 249.

opera-se taxativamente a separação da função de prestador de cuidados de saúde da função relativa ao financiamento do SNS.

Hoje, o Estado já não é o principal prestador de cuidados de saúde no próprio seio do SNS, na medida em que neste momento são os hospitais sob a forma de PPP que assumem essas funções nos termos contratualmente previstos no «contrato-programa» celebrado com o Estado. Por seu turno, o Estado paga os cuidados de saúde prestados pelo parceiro privado, “em vez” dos utentes-beneficiários desses serviços.

### **1.3. A «Explosão» das Parcerias Público-Privadas na Saúde: a «nova» panaceia para o serviço público de saúde?**

Em Portugal, a reforma do sector hospitalar contemplava a criação de dez hospitais sob a forma de parcerias público-privadas, tendo o respectivo regime legal sido aprovado apenas em 2002, mediante a publicação do Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto e pelo Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, recentemente alterado pelo Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de Maio.

Segundo MÁRIO AROSO DE ALMEIDA<sup>891</sup>, apoiado na posição preconizada por JORGE ABREU SIMÕES, pese embora as parcerias público-privadas na saúde, com vista à construção e colocação em funcionamento de novos hospitais tenham sido pensadas como contratos de gestão<sup>892</sup>, verifica-se, que «na realidade, são contratos de concessão de serviços públicos, na medida em que os concessionários assumem o encargo de montar e, subsequentemente, de explorar o serviço».

Os contratos de parceria público-privada no sector hospitalar<sup>893</sup> português envolvem uma miríade de fases, desde a concepção, construção, financiamento e operação dos hospitais assente num modelo jurídico-contratual típico do *Project Finance* com a categoria de «DBFO»<sup>894</sup>.

Mas, importa referir que o contrato de PPP, será somente um contrato de gestão - e não já de concessão de serviços públicos - se, por força da celebração desse contrato não

---

<sup>891</sup> Assim, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, pp. 189 e 190, assim como, JORGE ABREU SIMÕES, “As parcerias público-privadas na saúde”, in *Manual Prático das...* pp.67.

<sup>892</sup> Dá-se como o exemplo o contrato de gestão privada aplicado ao Hospital Fernando da Fonseca, o primeiro hospital público sob a forma de PPP.

<sup>893</sup> Sobre as PPP’s na saúde, vide o estudo de BIANCA SANTANA, *A reforma da saúde em Portugal: Aspectos jurídico-empresariais dos hospitais S.A. e das parcerias público-privadas em saúde* (dissertação de mestrado sob orient. VITAL MOREIRA), Coimbra, 2005 e, ainda, da mesma Autora, “A Reforma da saúde em Portugal, notadamente por meio da empresarialização dos hospitais públicos portugueses”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, nº2, Centro de Direito Biomédico, 2004, pp. 80 e seguintes.

<sup>894</sup> Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, pp. 190.

resultar para o parceiro privado a obrigação de assumir a responsabilidade pelos encargos da instalação do serviço de saúde, mas apenas o compromisso de gerir o mesmo<sup>895</sup>.

Tal como salienta ANA PAULA HARFOUCHE, «as PPP no sector da saúde têm subjacentes três importantes aspectos com relevância no âmbito do direito financeiro: - consubstanciam um contrato que envolve a realização de desembolsos públicos; - as respectivas despesas realizam-se em vários anos económicos; - a contratação de uma parceria pressupõe uma orçamentação plurianual dos respectivos encargos»<sup>896</sup>, sendo que os dois grandes critérios matrizes são a competência técnica e a capacidade económica.

Em termos de implementação da PPP na saúde, temos de distinguir duas vertentes, a de *construção e gestão do edifício hospitalar* e a de *gestão do estabelecimento hospitalar*, em consonância com o *modelo «um concurso público – um contrato de gestão – duas sociedades gestoras»*.

A adopção deste modelo obriga a que os concorrentes surjam repartidos em dois componentes que originarão duas entidades gestores distintas, complementares entre si, cada uma com tempos de vida e fluxos de remuneração distintos, de modo a habilitar uma afectação de riscos para cada uma dessas entidades<sup>897</sup>.

Uma entidade aparece na veste de gestora do edifício (*Eged*) e outra, na qualidade de gestora do edifício (*Egest*). A primeira tem por função a concepção, construção e manutenção da infraestrutura (edifício), ao passo que a segunda ocupa-se da prestação dos serviços de saúde, clínicos<sup>898</sup>.

No que se prende com a duração da vida contratual, estes contratos de parceria público-privada, entre o Estado e os privados, estipulam a duração de trinta anos para a modalidade infraestrutural concernente à construção, gestão e manutenção do edifício hospitalar e, a duração de dez anos no que respeita ao aspecto clínico, a qual se prende com a prestação de cuidados hospitalares.

Fruto da influência e relevância do britânico *project finance initiative*, o fenómeno relacionado com a forte expansão do modelo de parcerias público-privadas na saúde surgiu no

---

<sup>895</sup> Esta posição preconizada por EDUARDO PAZ FERREIRA e MARTA REBELO é mencionada por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, pp. 190, nota de rodapé nº11.

<sup>896</sup> Neste sentido, vide ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp.91. Sobre PPP, vide, igualmente o artigo de JOSÉ EDUARDO ALVARENGA, “Parcerias Público-Privadas: breves comentários”, in *Revista Electrónica de Direito Administrativo Económico*, nº2, maio-junho-julho, 2005, Salvador da Bahia, Brasil.

<sup>897</sup> Assim, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, pp. 190.

<sup>898</sup> Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, pp. 190.

panorama global essencialmente a partir da década de noventa, divergindo a tipologia do modelo de parceria concretamente adoptado por cada país<sup>899</sup>.

Na base da opção pelo modelo parcerístico encontra-se uma multiplicidade de razões, desde logo, a necessidade premente sentida pelos Estados de índole Social para satisfazer as crescentes necessidades sociais dos respectivos cidadãos, ao nível de investimento.

Os privados têm a capacidade de contribuir para as infraestruturas pesadas que os Estados já não conseguem mais pagar. Por outro lado, o facto de o pagamento posterior aos privados financiadores ser relegado para o futuro, de modo diferido no tempo, e repartido pelos sucessivos Orçamentos de Estado, torna as parcerias apelativas.

Acresce que a possibilidade de transferência do risco para o sector privado, assim como, a abrangência do objecto contratual e toda a engenharia jurídica, económica e financeira do contrato são factores que tornam o modelo parcerístico inovador e apreciado pelos Estados.

JORGE ABREU SIMÕES considera que «em regra, uma parceria em saúde consubstancia-se numa associação duradoura entre um ente público do SNS e um operador do sector privado e/ou social, sendo materializada numa relação contratual de longo prazo com uma (ou mais) sociedades veículo de natureza comercial – enquanto entidade gestora -, cujo objecto exclusivo é o exercício do objecto ou objectos contratuais»<sup>900</sup>.

A ideia que presidiu à escolha das parcerias com o sector privado, no sector da saúde, principalmente no domínio hospitalar, foi a de que através do incentivo e do apelo ao

---

<sup>899</sup> Não existe um único modelo de parceria público-privada na saúde, aplicável e aceite por todas as diversas realidades sócio-económicas e *inclusive* jurídicas dos vários países europeus. Pronunciamo-nos em especial ao modelo britânico, visto que é o modelo mais consensualmente aceite, designadamente por países como o Japão, Canadá, Itália e África do Sul.

No que diz respeito à Austrália, também existe acolhimento do modelo britânico de onde se destaque o Estado de Vitória. E, também em Espanha, verifica-se esta aceitação, revelado, por exemplo, pela construção de hospitais em Madrid com base neste modelo parcerístico.

O que provavelmente torna tão atractivo o modelo britânico é o facto de a gestão clínica encontrar-se fora do escopo de actuação do parceiro privado, permanecendo a prestação de cuidados de saúde pertencente ao hospital, exclusivamente sob alçada do sector público.

Na verdade, o Reino Unido adoptou um modelo de PPP assente na prestação a ser realizada pelo parceiro privado em termos de «pacote» ou «lote» (*package* de serviços). Dentro deste pacote de serviços a ser levado a cabo pelo partner privado encontra-se não os cuidados de saúde, não a gestão hospitalar ou clínica, mas sim os serviços relacionados com as infra-estruturas em si consideradas, bem como, os serviços de gestão de *hard* e *soft facilities*.

O contrato de concessão encontra-se focalizado em vários aspectos, como a concepção, construção, financiamento inicial das novas ou das renovadas infra-estruturas. Mas também, das operações de manutenção dessas infra-estruturas recém construídas, para além dos serviços de apoio logístico ao longo da vida contratual que medeia entre os 25 e 30 anos. Em momento posterior esses activos infra-estruturais revertem para as mãos do Estado, mais precisamente, do SNS. E, no que se prende com o pagamento, citando JORGE ABREU SIMÕES «o mecanismo de pagamento baseia-se na disponibilidade dos serviços contratados, de acordo com os princípios *no hospital*, *no fee* e pagamento 100% variável (com eventuais deduções devidas por falhas de *performance*)». Neste sentido, vide JORGE ABREU SIMÕES, “As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.84 e 85.

<sup>900</sup> Assim, vide JORGE ABREU SIMÕES, “As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.80.

financiamento privado, seria concretizável uma *renovação mais rápida e menos onerosa dos hospitais*, com base na seguinte asserção: «*trocar investimento por pagamentos futuros*»<sup>901</sup>.

As parcerias público-privadas, encerram em si mesmas, uma inovadora modalidade de gestão pública destinada à realização de infraestruturas e à prestação de serviços públicos, numa lógica de combinação óptima entre as virtualidades, «*know-how*» e *performances* dos sectores público e privado<sup>902</sup>.

Mais concretamente, no sector da saúde, as parcerias público-privadas constituem um novo mecanismo de provisão e de contratação da prestação de cuidados públicos de saúde, quer diferenciados, quer especializados, passando pela prestação de cuidados primários e continuados de saúde.

O novo modelo jurídico-contratual «parcerístico» que alia o Estado e o sector privado, no que à saúde concerne, tem especial enfoque nos projectos de modernização hospitalar, o qual foi desencadeado mediante o lançamento de dez hospitais novos «de raiz» (*green field projects*)<sup>903</sup> até ao termo do ano de 2006, mas igualmente, no desenvolvimento de projectos de hospitais de substituição. A implementação de parcerias na saúde foi, assim, desencadeada por *vagas sucessivas*<sup>904</sup>.

Para além desta inovação no sector hospitalar, é interessante salientar que foi igualmente projectado sob o modelo de parcerístico, o «Centro de Atendimento do SNS», destinado à concepção, projecto, instalação, financiamento, exploração e respectiva transferência daquele para a entidade pública contratante, de duração estimada para quatro anos, susceptível de prorrogação até mais um ano. Pese embora, a curta durabilidade da sua vida contratual (até cinco anos), o contrato do «Centro de Atendimento do SNS»<sup>905</sup> não deixa, por esse motivo, de ser um verdadeiro «contrato PPP» de elevada relevância no contexto do SNS.

Essa parceria é estabelecida entre o Ministério da Saúde e o sector privado, estando em causa a conjugação entre a contratação do fornecimento da plataforma tecnológica e a prestação do próprio serviço de atendimento.

---

<sup>901</sup> Assim, PEDRO PITA BARROS, em informações constantes de apontamentos académicos sobre PPP's na Saúde. Vide o seguinte site:

<sup>902</sup> Neste sentido, vide JORGE ABREU SIMÕES, "As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal", in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.79 a 90.

<sup>903</sup> Assim, JORGE ABREU SIMÕES, "As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal", in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.82.

<sup>904</sup> Vide JORGE ABREU SIMÕES, "As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal", in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.82.

<sup>905</sup> O «Centro de Atendimento do SNS» integra numa só plataforma multicanal, os actuais serviços de atendimento telefónico no seio do SNS, tais como o Saúde 24, Linha de Saúde Pública e o serviço de apoio pediátrico. Vide, neste sentido, JORGE ABREU SIMÕES, "As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal", in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.82 e 83.

Este «Centro de Atendimento do SNS» tem por missão proporcionar ao utente uma diversidade de serviços de saúde, com cobertura em todo o território nacional, desde logo, proceder à triagem, aconselhamento e encaminhamento dos telefonemas do utente doente que necessite de esclarecimentos de saúde. Para tanto, esse Centro permite o acesso ao contacto com um profissional de saúde com capacidade para avaliar o estado de saúde do doente, através dos sintomas descritos por este e, se se verificar urgência, o doente será encaminhado para a unidade de cuidados de saúde mais próxima ou adequada à sua patologia.

A um segundo nível, este Centro concede efectiva assistência em saúde pública, através da actuação de profissionais de saúde competentes para proceder ao esclarecimento e auxílio em matérias de saúde que a toda a colectividade respeita.

No âmbito hospitalar, o modelo de parcerias público-privadas,<sup>906</sup> adoptado para os novos hospitais a ser criados de «raiz», assenta num contrato de gestão que engloba uma multiplicidade de fases, desde a concepção, construção, financiamento, manutenção e exploração das infraestruturas até à própria gestão geral do hospital, incluindo a prestação de serviços clínicos por parte do parceiro privado.

Acresce ainda o facto de este modelo de parcerias ser levado a cabo por duas entidades gestoras, munidas de objectos e metas contratuais distintas, sendo remuneradas por dois mecanismos de pagamento diversos<sup>907</sup>.

A ideia catalisadora do recurso e da implementação de parcerias público-privadas no sector hospitalar em Portugal prendeu-se com a necessidade de proceder a uma reforma conducente à eficiência, autonomia e responsabilidade dos hospitais, os quais retinham a maior parte do financiamento estadual com o SNS.

Mas, para além do combate ao avultado défice das contas públicas com o SNS, a adopção do modelo de parcerias público-privadas tinham como desideratos primaciais os seguintes:

Em primeiro lugar, a melhoria significativa da prestação de cuidados de saúde, em termos de volume e de diversidade, ou seja, dos cuidados de saúde primários, diferenciados e especializados de saúde, dando cumprimento cabal ao disposto no artigo 64º, da Constituição da República.

Em segundo lugar, o acréscimo da qualidade dos serviços prestados no que se prende com o nível de atendimento e de acolhimento, assim como, de uma maior *humanização*<sup>908</sup> e,

---

<sup>906</sup> Nesta lógica, é importante realçar que as parcerias terão de respeitar cabalmente os princípios de universalidade, acessibilidade, equidade e gratuidade tendencial, em conformidade com os princípios constitucionais constantes do artigo 64º.

<sup>907</sup> Assim, vide JORGE ABREU SIMÕES, “As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.79.

numa terceira linha, a construção de unidades hospitalares de ponta, com técnicas e infraestruturas inovadoras, com grande capacidade de adaptação ao futuro, a novas doenças e a novas necessidades do doente.

Por último, um objectivo incontornável que se encontra na base da decisão da entidade pública em optar pelo modelo parcerístico prende-se com a adopção de um modelo de gestão empresarial, economicamente mais vantajoso e eficiente, assente na transferência de riscos para o parceiro privado.

Mas, neste aspecto, torna-se imperioso fazer uma ressalva para a qual PEDRO PITA BARROS chama a atenção. Tem de se ter presente a ideia de que *a transferência de risco para o sector privado é somente um instrumento e não um objectivo em si mesma*. Tal deve-se ao facto de *o Estado possuir maior capacidade de absorção do risco do que o sector privado*<sup>909</sup>. Acresce, por outro lado, que «não se pode dar por adquirido que toda e qualquer transferência de risco é boa ou má sem se saber que objectivo cumpre»<sup>910</sup>, tendo de presidir a essa transferência de risco, um *razoável* fundamento jurídico, económico e de carácter financeiro.

Por conseguinte, não devemos apontar como vantagem exclusiva, sem olhar a mais, para a opção pelas PPP's na saúde, a transferência do risco para o sector privado, tendo de existir uma confluência de virtudes nesse sentido (v.g. «*Value for Money*»).

O elevado grau de despesismo público do Estado com o sector hospitalar exigia de modo premente, a adopção de reformas de melhoria de *performance*, com vista à obtenção de ganhos acrescidos de saúde e melhor utilização de fundos atribuídos ao sector, com controlo de crescimento dos gastos públicos. Neste sentido, importava, alcançar dois grandes objectivos.

Por um lado, a introdução da *abordagem* das parcerias público-privadas, com forte incentivo aos privados para a participação na gestão e no financiamento de hospitais pertencentes ao SNS, criando-se uma lógica de «empresarialização» no domínio da gestão hospitalar, denominada de «*New Public Management*». Inseridos nesta primeira categoria de objectivos, encontrar-se-ia uma nova forma de financiamento dos projectos de índole pública e a introdução de mais eficientes metodologias de gestão pública.

---

<sup>908</sup> Neste sentido, vide JORGE ABREU SIMÕES, “As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.81.

<sup>909</sup> Assim, em informações constantes de apontamentos académicos sobre PPP's na Saúde, PEDRO PITA BARROS, professor de Economia na Universidade Nova de Lisboa e Autor de *Economia da Saúde. Conceitos e Comportamentos*, Col. Olhares sobre a Saúde, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009. Este Autor defende ideias muito inovadoras e determinantes para a melhoria da qualidade e eficiência na prestação de cuidados de saúde, como por exemplo, o «task shifting», que se traduz na possibilidade de a realização de tarefas «mais simples» ser trocada entre médicos e enfermeiros, “aliviando” (dando-lhes maior disponibilidade de tempo) os primeiros para tratamentos e cirurgias mais relevantes para a saúde do doente.

<sup>910</sup> Neste sentido, PEDRO PITA BARROS, *Economia da Saúde. Conceitos e Comportamentos*, Col. Olhares sobre a Saúde, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009.



Por outro lado, numa segunda linha, operar-se-ia, graças às parcerias público-privadas, uma alteração do estatuto administrativo hospitalar em virtude do modelo empresarialista adoptado e, assim, haveria controlo accionista do Estado, na maioria dos hospitais<sup>911</sup>.

As parcerias público-privadas constituem um mecanismo de provisão e de prestação de cuidados de saúde que se fundamenta em três matrizes ou alicerces, tais como o planeamento e financiamento públicos, o investimento ou gestão privados e o controlo e titularidade públicos.

JORGE ABREU SIMÕES aponta como sendo uma grande vantagem deste modelo parcerístico, desde logo, a garantia de ganhos de saúde para o utente do SNS, o acréscimo de ganhos de valor para o erário público, tendo como ponto de partida o duplo princípio de transferência do risco para os agentes privados e de incorporarem a experiência, «*know-how*» e gestão eficiente, característicos do sector privado em prol do sector público<sup>912</sup>.

Está, portanto, patente no modelo parcerístico, o princípio de transferência de risco para o parceiro privado associado ao *input* de eficiência no «modo de actuar» do sector público.

De entre o catálogo de virtudes reconhecidas ao modelo de parcerias público-privadas no sector da saúde enalteçemos o facto de ser colhido de ambos os sectores, público e privado, o que de melhor possuem.

O sector público contribui com os recursos humanos (pessoal médico), altamente qualificado, ao passo que, da parte do sector privado, temos a sublinhar a importância da sua aptidão e capacidade de gestão e de captação de financiamento, assim como, a capacidade de assumir riscos inerentes à própria natureza da actividade empresarial privada.

O modelo de parcerias público-privadas que foi acolhido para a concepção, construção, manutenção e gestão dos hospitais do SNS assenta fundamentalmente num sistema binómio: concurso público e contrato de gestão cujo objecto vai desde o momento embrionário da concepção do projecto até à gestão do hospital entretanto construído, encontrando-se incluída a prestação de serviços clínicos.

Como já referido supra, neste projecto existe a intervenção de duas entidades gestoras com responsabilidades distintas e balizadas por funções e objectivos, numa filosofia de complementaridade. Ambas as entidades são remuneradas, mas através de modos de pagamento distintos, com vista a delimitar de modo conciso, a transferência de risco para o

---

<sup>911</sup> Assim, vide JORGE ABREU SIMÕES, “As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.80.

<sup>912</sup> Neste sentido, vide JORGE ABREU SIMÕES, “As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.80. vide, ainda, BIANA SANTANA, *A Reforma da Saúde em Portugal. Aspectos jurídico-empresariais dos hospitais S.A. e das parcerias público-privadas em saúde* (dissertação de mestrado sob orientação de VITAL MOREIRA), Coimbra, 2005.

parceiro privado, ao mesmo tempo que se determina com acuidade a afectação de risco entre os dois *players* envolvidos<sup>913</sup>.

A implementação e a concretização das parcerias na saúde são desencadeadas pela actuação de duas entidades. Uma entidade que é sociedade gestora do *estabelecimento hospitalar* e uma outra entidade gestora, que se ocupa da gestão do *edifício hospitalar*.

A primeira desenvolve actividades de gestão do estabelecimento hospitalar e sobre a prestação dos serviços clínicos durante dez anos, prazo, este, que é passível de ser prorrogado e ocupa-se das *soft facilities management*, bem como, de *equipamento móvel*. Por seu turno, a segunda entidade debruça a sua actividade sobre a prestação dos serviços infraestruturais pelo período temporal de cerca de trinta anos, revelando-se responsável pela concepção, construção e manutenção do edifício e das demais infraestruturas hospitalares, para além, das actividades de *hard facilities management* e *equipamento fixo pesado*<sup>914</sup>.

Ora, para conciliar harmoniosamente e potenciar as virtualidades de ambas as sociedades gestores, com reflexo benéfico de uma perspectiva de eficiência, o modelo parcerístico carece de um «instrumento regulador adequado da sua interacção e respectivas interfaces, bem como, a assunção de uma responsabilidade subsidiária (...)»<sup>915</sup>.

No que em especial concerne aos hospitais de substituição, o parceiro privado deveria ocupar-se da gestão em termos gerais do hospital já existente e a ser objecto de futura substituição, para além da gestão clínica do mesmo, durante a fase de construção do novo hospital.

Deste modo, será sobre o parceiro privado que impenderá a responsabilidade relativa à transição da actividade desenvolvida no hospital antigo para o hospital novo de substituição, caindo em desuso as instalações do primeiro. Por sua vez, no tocante aos hospitais novos de «raíz», a entidade pública adjudicante procederá à abertura de um processo conducente à escolha e selecção do parceiro privado, cuja proposta seja a que se revele melhor do ponto de vista do interesse do utente, às exigências do SNS, aos imperativos constitucionais, bem como, em especial, se revelem conformes às boas práticas clínicas e de gestão hospitalar.

Posteriormente, a entidade adjudicante irá celebrar com o candidato escolhido<sup>916</sup>, que ofereceu a «proposta economicamente mais vantajosa» (o critério do «valor mais baixo» não é

---

<sup>913</sup> Neste sentido, vide JORGE ABREU SIMÕES, “As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.85.

<sup>914</sup> A este respeito, vide JORGE ABREU SIMÕES, “As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.85.

<sup>915</sup> A este propósito, vide o entendimento JORGE ABREU SIMÕES, “As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.86.

<sup>916</sup> No que em particular respeita ao procedimento concursal a adoptar para as PPP's na saúde, em regra, partiu-se de um procedimento com uma tramitação clássica na contratação pública, ou seja, procedimento-padronizado no âmbito da celebração de contratos públicos, mas recortado e adaptável às respectivas características e vicissitudes das parcerias.

o critério preferencial neste tipo de projecto), um contrato de gestão de longa duração, com as finalidades de concepção, construção, manutenção e exploração dos hospitais.

O sucesso ou fracasso da PPP depende, em grande parte, da maior ou menor pro-actividade do parceiro público na fase de gestão contratual ou de acompanhamento e controlo da execução do objecto do contrato.

Em particular, a função de acompanhamento e controlo do contrato compete ao Estado ou sector público, em nome da cabal satisfação do interesse público que subjaz ao contrato. E, nas parcerias na saúde esta função compete duplamente, a dois ministérios, ao Ministério das Finanças em matérias respectivas económico-financeiras e ao Ministério da Saúde no tocante à efectiva prestação de cuidados de saúde junto do utente.

Como JORGE ABREU SIMÕES refere, nos projectos hospitalares que se encontram em curso, encontra-se estipulado que a entidade pública contratante proceda à nomeação, em momento seguinte à fase de adjudicação, de uma «Comissão de Acompanhamento Permanente» a desenvolver funções junto do novo hospital.

De entre as principais incumbências desta Comissão enunciamos apenas as seguintes: a) assegurar que as obrigações a que se vincularam as sociedades gestoras são cumpridas de modo integral; b) realizar relatórios sobre a actividade hospitalar e sobre o modo/qualidade de prestação de cuidados de saúde, com vista a manter o parceiro público a par de toda a

---

Assim sendo, para além da existência de uma eventual fase de qualificação prévia ao momento de apresentação das propostas e de uma concomitante fase de negociações posterior à avaliação das propostas, o procedimento matriz implica a realização de um leque composto por várias etapas de que em síntese se dá conta: a) anúncio da decisão de contratar ou apresentação de propostas; b) acto público, no âmbito do qual se procede á abertura das propostas apresentadas, com a verificação do preenchimento dos requisitos que os candidatos deverão revelar em função dos requisitos constantes do anúncio. No fundo, analisa-se a idoneidade dos candidatos; c) qualificação, no decurso da qual se pretende avaliar os concorrentes em função de critérios de capacidade económica, técnica e financeira, mais uma vez, de acordo com o padrão exigido no anúncio; d) selecção das propostas, caracterizada pela avaliação das mesmas segundo escalas de priorização, escolhendo-se neste momento os melhores candidatos que merecem seguir à etapa conducente à negociação; e) negociação, no âmbito da qual os candidatos são questionados sobre os pontos fortes das suas propostas e convidados a melhorar os pontos mais vulneráveis das mesmas, sendo que no termo destas negociações é seleccionado o concorrente com a proposta mais vantajosa sob diversas perspectivas, como forma de permanecer na fase das negociações e destinado à elaboração da minuta de contrato de gestão; f) adjudicação, nesta fase, a entidade adjudicante declara aceitar a proposta do concorrente classificado em primeiro lugar, sendo aprovada a minuta negociada; g) celebração do contrato de gestão propriamente dito, que irá vincular o parceiro público e o parceiro privado, no longo prazo. Revela-se pertinente o poder que a entidade pública adjudicante possui em, ao invés de celebrar o contrato, extinguir o procedimento ou não adjudicar. Isto poderá suceder quando se revele que nenhuma proposta apresentada cumpre os interesses do Estado (interesse público subjacente que esteve na base da decisão de contratar com o sector privado) ou na circunstância em que se verifique que o valor global anual líquido dos pagamentos anuais a sair do Orçamento de Estado, nos termos da melhor proposta apresentada pelo privado, seja superior o valor de custo público comparável.

Custo Público Comparável consiste numa «estimativa do custo provável do contrato relativo ao projecto, caso este fosse desenvolvido pelo sector público, em moldes tradicionais, sendo determinado inicialmente durante a fase de preparação e avaliação prévia e sujeito a refinamento durante o próprio concurso» (nota de rodapé nº19, pp.88, JORGE ABREU SIMÕES, "As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal", in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004).

JORGE ABREU SIMÕES salienta ainda o facto de existir uma Comissão de Avaliação das Propostas que tem a missão de avaliar o mérito das propostas, avaliar os riscos e encargos, com os quais o parceiro privado decide arcar, nos termos escrupulosos constantes da Lei de enquadramento orçamental (LEO).

A nosso ver, o procedimento denominado diálogo negocial é o que possui mais valências, conducentes à escolha do melhor parceiro privado e da melhor solução do ponto de vista do interesse público. Vide, neste sentido, o ponto do presente estudo acerca do diálogo concorrencial.

As informações aqui expostas sobre o procedimento tendente à celebração do contrato de gestão com o privado, consta do artigo de JORGE ABREU SIMÕES, "As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal", in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.87 e 88.

execução contratual; c) intermediar e estabelecer a relação entre as duas entidades gestoras e o parceiro público<sup>917</sup>.

A par desta «Comissão de Acompanhamento Permanente», existe a intervenção de uma outra, «Comissão Conjunta», formada por representantes do parceiro público, da entidade gestora do estabelecimento hospitalar e da entidade gestora do edifício hospitalar, a desenvolver a sua actividade ao longo da vida contratual.

As competências desta segunda Comissão prendem-se essencialmente com a intervenção ao nível da elaboração das propostas susceptíveis de conduzir à modificação do próprio contrato<sup>918</sup>, assim como, proceder ao acompanhamento da execução normal das prestações contratuais.

A «Comissão Conjunta» pode ainda elaborar propostas de medidas ou diligências que se repute como necessárias à melhoria da qualidade do desempenho das actividades que constituem as prestações a que as partes se vincularam<sup>919</sup>. E, no sentido do cumprimento das suas funções, em que se insere a elaboração de recomendações às partes envolvidas, esta Comissão terá direito de aceder a toda a documentação e registos que se prendem com as prestações que constituem o objecto do contrato, sem que no entanto, possua qualquer poder decisório.

O acompanhamento, controlo e avaliação da *performance* das parcerias na saúde compete ao Ministério da Saúde, tal como referido, tendo sido *inclusive* criada para o efeito, a «Estrutura de Missão Parcerias.Saúde».

Na verdade, em 2001, por Resolução do Conselho de Ministros nº162/2001, de 16 de Novembro e por Resolução do Conselho de Ministros nº41/2002, de 14 de Fevereiro, o Governo constituiu a «Estrutura de Missão Parcerias.Saúde» como resultado da institucionalização do novo modelo contratual de parceria público-privada na saúde.

Através da primeira Resolução, esta entidade deveria ocupar-se da supervisão e coordenação das fases de preparação, lançamento e acompanhamento ou condução dos procedimentos concursais relativos aos projectos de parceria público-privada.

Por virtude da segunda Resolução supra mencionada, a «Estrutura de Missão Parcerias.Saúde» daria especial enfoque à função de coordenação da «empresarialização» da gestão hospitalar.

---

<sup>917</sup> Assim, JORGE ABREU SIMÕES, "As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal", in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.88.

<sup>918</sup> Na verdade, a Comissão Conjunta, pode propor modificações contratuais ou, inclusive, dos termos da sua execução, como propostas de metas ou objectivos a atingir nos resultados («fixação da produção prevista»), ou ao nível de revisão de especificações de serviços de apoio e de realização de alterações substanciais ao edifício). Estas informações foram colhidas do artigo de JORGE ABREU SIMÕES, *As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal*, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.89.

<sup>919</sup> Assim, JORGE ABREU SIMÕES, "As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal", in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.89.

Seja como for, mais concretamente, de entre o leque de atribuições, um dos objectivos inerentes à actuação dessa «Missão» que nos merece especial atenção é o da criação de mecanismos adequados ao desempenho da actividade reguladora debruçada sobre as sociedades gestoras de unidades hospitalares e demais unidades de saúde criadas no âmbito de parcerias público-privadas e parcerias entre entidades públicas («parcerias público-públicas»). Para além desta finalidade, esta estrutura funcional («Missão Parcerias.Saúde»), teria como primordial desiderato o exercício de funções de regulação sobre a actividade desenvolvida pelas sociedades gestoras, no âmbito das parcerias público-privadas a ser objecto de futura criação.

Em momento ulterior, o Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto foi promulgado tendo unicamente em vista a tutela das parcerias público-privadas em saúde, as quais «envolvem uma ou mais actividades de concepção, construção, financiamento, conservação, exploração dos serviços inseridos» ou a integrar no Serviço Nacional de Saúde, com transmissão e partilha de riscos e recurso a financiamento de outras entidades, nos termos do artigo 2º, nº2, do supra citado diploma legal.

Para além desta entidade, com o desiderato de assegurar que o máximo interesse do utente seja acautelado, existe o denominado «delegado do utente», a *tomar posse* com a entrada em funcionamento dos estabelecimentos hospitalares.

O «delegado do utente» tem a função de aceitar todas as queixas, reclamações e sugestões oferecidas pelo utente, tendo ainda o poder de elaborar recomendações e tomar providências no seio das entidades gestoras, com vista a contribuir para a resolução de questões relacionadas com o funcionamento hospitalar.

No sentido de assegurar a satisfação plena dos direitos dos utentes, assim como, a qualidade na prestação de cuidados de saúde, revela-se incontornável e determinante a actuação da Entidade Reguladora da Saúde.

Também do ponto de vista sobre o controlo exercido sobre a actuação das entidades gestoras, apraz-nos referir que enquanto entidades que desempenham funções na «*qualidade de concessionárias de um serviço público*»<sup>920</sup>, encontram-se necessariamente vinculadas à obrigação de sujeição a auditorias regulares, nos termos legalmente previstos, assim como em conformidade com o estipulado no «contrato de PPP».

---

<sup>920</sup> Neste sentido, vide JORGE ABREU SIMÕES, “As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.89. Sobre esta matéria vide, ainda, BIANA SANTANA, *A Reforma da Saúde em Portugal. Aspectos jurídico-empresariais dos hospitais S.A. e das parcerias público-privadas em saúde* (dissertação de mestrado sob orientação de VITAL MOREIRA), Coimbra, 2005.

### 1.3.1. As PPP's na Saúde e os «Contratos de Gestão».

Os contratos de gestão constituem, na área da saúde, o contrato-base ou «matricial» de implementação das parcerias público-privadas e é por este facto que o seu regime jurídico consta de diploma legal específico, ou seja, o Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto alterado pelo Decreto-Lei nº 86/2003 e, este, por seu turno, foi recentemente modificado pelo Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de Maio. Este novo diploma introduz modificações significativas no regime jurídico aplicável à preparação, lançamento, execução e alteração das parcerias público-privadas de âmbito estadual.

Para determinados autores, os contratos de gestão na área da saúde<sup>921</sup> constituem uma modalidade de concessão de serviço público, apesar dos diversos fins e funções que o Estado mantém na concretização da sua missão de garante do imperativo de «Bem-Estar» da colectividade, mediante a concretização do serviço público e enquanto regulador.

Aliás, nesta senda, vai o Preâmbulo daquele diploma legal, revelada pela seguinte afirmação: «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, nomeadamente, porque é necessário que todos os cidadãos (...) tenham o acesso a cuidados de saúde (SNS) que observe as características de generalidade e de universalidade, ainda que com o concurso de outras entidades na sua gestão». Inversamente, autores como MARQUES e MOREIRA consideram que o contrato de gestão possui semelhanças com os contratos de arrendamento de serviços públicos (*«affermage»*).

Segundo esta doutrina, através da celebração do contrato de gestão procede-se unicamente à transferência para o parceiro privado, de operações de financiamento e manutenção do estabelecimento ou serviço público que se encontre em funcionamento, sem que, no entanto, o parceiro privado assuma o risco associado à respectiva montagem económico-financeira. De facto, é sobre o parceiro público, o Estado, que recai a assunção deste risco financeiro (neste aspecto, distingue-se da figura contratual de «concessão»).

No que diz respeito à satisfação da remuneração do «gestionário», parceiro privado, compete igualmente ao Estado, podendo ser consensualmente estipulada em função do número de operações realizadas, número de consumidores e actividades concretizadas, etc. Este ponto em concreto contribui para a distinção entre o contrato de gestão do contrato de arrendamento.

---

<sup>921</sup> Neste sentido, sobre as entidades gestoras de estabelecimentos do SNS, vide a obra de PEDRO GONÇAVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp.894.

A cobrança de tarifas é assumida pela entidade contratada, o «gestionário», não em nome próprio, mas em nome do Estado. No tocante ao período temporal de duração, não excede, em regra, os cinco anos, apesar da possibilidade que existe de o legislador poder permitir que tenha a duração máxima de trinta anos, prorrogável, nos termos do artigo 11º, do Decreto-Lei nº 185/2002. É, por isso, de prazo consideravelmente inferior ao do contrato de concessão ou do contrato de arrendamento.

No que toca à «gestão negocial do risco», de forma a salvaguardar o interesse público, o parceiro público, o Estado, deverá ter particular atenção aos seguintes aspectos, aquando da celebração dos contratos, contemplados no Decreto-Lei nº 185/2002: (a) escolha do contrato; (b) desenvolvimento do procedimento de contratação.

O diploma legal ora mencionado, revela uma determinada preocupação com a «reserva de prossecução do interesse público», assim como, contempla deveres e reconhece direitos ao parceiro privado gestor, nos termos dos artigos 15º e seguintes. São prova desta preocupação, as especificidades que o procedimento pré-adjudicatório possui face ao regime-regra de contratação pública, plasmadas nos artigos 12º e seguintes.

Importa trazer à colação a «célula-base» de qualquer parceria público-privada e que se reporta à colaboração entre um ente público, pertença ele ao poder central ou a outra entidade inserida em qualquer tipo de organização administrativa (central ou directa, indirecta, autónoma) e um particular.

Citando JORGE ABREU SIMÕES, o «contrato de gestão» constitui a matriz dos instrumentos contratuais, assumindo a natureza de técnica concessória numa lógica de contrato de serviço público. Dentro das tipologias contratuais, são ainda expressamente previstas mais duas formas: o contrato de prestação de serviços e o contrato de colaboração»<sup>922</sup>.

Deste modo, é curial considerar que existe uma determinada elasticidade jurídica envolvente à configuração legal sob a qual os contratos de gestão podem surgir. Enunciamos, neste sentido, como forma de ilustrar a expressão camaleónica dos contratos de gestão na saúde, o seguinte catálogo de configurações<sup>923-924</sup>:

---

<sup>922</sup> Assim, vide JORGE ABREU SIMÕES, “As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.83.

Esta informação foi colhida igualmente da intervenção de GUSTAVO FERREIRA, precisamente sobre «PPP’s na saúde», no decurso do Seminário sob o tema de «Parcerias Público-Privadas», que ocorreu em 28 de Junho de 2011, na Universidade do Minho, assim como, da intervenção de LICINIO LOPES MARTINS, no mesmo seminário.

<sup>923</sup> Este leque de configurações legais do contrato de gestão foi colhido do artigo da autoria de JORGE ABREU SIMÕES, “As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004, pp.83 e 84.

<sup>924</sup> Por virtude de tão rica diversidade de vestes legais em que as parcerias público-privadas podem aparecer, considerou-se conveniente estabelecer o modelo de parceria com o desenho mais apropriado e ajustado a cada situação supra mencionada, assim como, o respectivo procedimento concursal. Nesta senda, refere JORGE ABREU SIMÕES «(...) procedeu-se à regulamentação do *procedimento concursal standard* aplicável às parcerias celebradas sob a forma de contratos de gestão, no



- a) Concepção, construção, financiamento e manutenção de uma nova infraestrutura de saúde, quer seja um novo hospital de «raíz», quer seja um hospital de substituição ou ainda, um outro estabelecimento de prestação de cuidados de saúde, primários, diferenciados ou continuados;
- b) Concepção, construção, financiamento e manutenção de uma nova unidade de saúde. Também poderá abranger a gestão e exploração dessa unidade de saúde, e do mesmo modo, reportar-se à prestação de serviços clínicos através de um novo hospital, de um hospital de substituição, de uma unidade de prestação de cuidados primários (centros de saúde) ou ainda, de uma unidade de cuidados continuados;
- c) Concepção, construção, financiamento e manutenção dos activos infraestruturais numa acção conducente à renovação e reabilitação de uma unidade de saúde antiga necessitada de melhorias e de obras de conservação;
- d) Gestão de uma unidade ou de uma variedade de unidades de saúde integradas no SNS, incluindo a prestação dos correspondentes serviços de saúde, tais como hospitais, centros de saúde de uma determinada área ou conjunto de unidades de cuidados continuados de uma determinada área;
- e) Articulação entre a gestão de uma ou mais unidades de saúde já existentes com a concepção, construção, financiamento e manutenção de uma ou mais infraestruturas de saúde. Para além desta variedade de situações, poder-se-á incluir ainda a gestão e a prestação de serviços clínicos.

A este respeito, JORGE ABREU SIMÕES, dá como exemplo, um «*cluster* de centros de saúde novos e existente na sua área de atracção/influência»;

- f) Poderão ainda reportar-se a «projectos de tipo discreto», ou seja, assentes na gestão e financiamento de partes funcionalmente autónomas de unidades de saúde ou serviços de auxílio à prestação de cuidados de saúde.

Mais concretamente, no que concerne às parcerias público-privadas em saúde, uma lógica de colaboração poderá ser igualmente estabelecida entre um privado e as Administrações Regionais de Saúde, I.P., actuando «em nome e por conta» do Estado.

E, como já foi mencionado, existe como corolário lógico contratual das parcerias público-privadas, uma real e efectiva transferência de risco para o contraente privado, no que respeita aos aspectos de elaboração, concepção, construção, gestão e ao nível do próprio financiamento.

---

*âmbito dos cuidados hospitalares». Citámos, neste sentido, JORGE ABREU SIMÕES, "As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal", in Revista Portuguesa de Saúde Pública, vol. 4, 2004, pp.83.*

No decurso da execução contratual deste novo modelo de contratação pública, «PPP», torna-se imperioso assegurar o respeito pelos ditames constitucionais em torno dos princípios de igualdade, universalidade e de tendencial gratuitidade, bem como, da própria equidade e qualidade de acesso aos cuidados de saúde.

Por outras palavras, a efectividade da garantia no acesso à saúde é a «pedra de toque» a que as parcerias público-privadas não poderão deixar de atender, sobretudo quando se trate de factores como o «preço» corresponsivo a um determinado serviço de saúde efectivamente prestado.

Com efeito, o «equilíbrio» económico-financeiro na fixação de patamares económicos mínimos de acesso à saúde terá de constituir, sem sombra de dúvida, um ponto contratual a ser exaustivamente debatido, após séria reflexão<sup>925</sup>. No que concretamente diz respeito a este aspecto, LICÍNIO LOPES MARTINS, refere que «a tentação de estabelecer preços que garantam o êxito destes projectos surge como natural».

Adianta, por outra banda, este Autor, que «(...) coloca-se ainda o problema de saber se nos contratos de parceria público-privada deve haver uma tabela de preços universal ou tabelas diferenciadas em função dos diferentes tipos ou modos de gestão adoptados para os estabelecimentos e serviços do SNS (...)».

Atendendo a este circunstancialismo, a construção e/ou a gestão de estabelecimentos públicos de saúde em regime de parcerias público-privadas «não coloca apenas um problema de garantia de acesso aos cuidados de saúde (...), mas também um problema de regulação económica». De uma outra perspectiva, este Autor salienta a necessidade de que «(...) também aqui devem ser garantidos e respeitados os princípios de igualdade, universalidade, equidade e qualidade do acesso» (à saúde). E é por esta ordem de razões que «este novo modelo de gestão do serviço público de saúde pressupõe uma intervenção regulatória diferente e mais exigente do que a regulação tradicional»<sup>926</sup>.

De todo o exposto, afigura-se-nos razoável considerar que existe, na área da saúde, um forte «mercado», marcadamente concorrencial e competitivo. Neste sentido, como refere LICÍNIO LOPES MARTINS «há concorrência entre o sistema público e o sector privado; há concorrência entre os operadores deste último sector; há competitividade dentro do próprio sistema público e há complementaridade de (outras) entidades públicas e privadas em relação àquele sistema, organizadas por este efeito através de subsistemas de saúde, públicos ou

---

<sup>925</sup> Neste sentido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 287.

<sup>926</sup> Esta posição é preconizada por LICÍNIO LOPES MARTINS. De modo mais desenvolvido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 288.

privados, como é o caso do sector social e dos subsistemas de saúde, públicos ou privados (...)»<sup>927</sup>.

Para além deste contexto de simultaneidade e coexistência de sistemas de prestação de cuidados de saúde, acresce o facto de os subsistemas de saúde encontrarem previsão expressa na alínea b), nº1, artigo 31º plasmado no Estatuto do Serviço Nacional de Saúde.

Tal significa que os subsistemas de saúde são todas as entidades públicas ou privadas que complementam o serviço público proporcionado pelo Serviço Nacional de Saúde na efectivação do direito à saúde.

Os subsistemas de saúde de natureza privada ou pública assumem o pagamento correspondente à prestação dos cuidados de saúde prestados por parte de estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde ou no seio destes, aos beneficiários daqueles sistemas.

## 2. Principais Implicações Sociais e Económico-Financeiras das PPP's no Sector da Saúde.

Segundo o Presidente do Tribunal de Contas, GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, «O Estado moderno tem que fazer menos Despesa Corrente», desiderato, este, alcançado através do labor e esforço de várias entidades, desde logo, mediante a definição sensata e ponderada de objectivos e metas ao nível da Despesa Pública por parte do Governo, consistindo «o Tribunal de Contas uma peça essencial num Estado de Direito para concretizar esses objectivos»<sup>928</sup>.

A obrigatoriedade de contenção orçamental não resulta somente da missão sagrada que o Estado tem para com o dinheiro do cidadão. Essa obrigatoriedade deriva ainda do facto de o Estado se encontrar inserido na União Europeia e participar da “zona euro”, o que gera compromissos relativos à dívida pública e ao défice orçamental, existindo a exigência de cumprimento dos respectivos Programas de Estabilidade e de Crescimento. Ora, é neste contexto, que «o Tribunal de Contas tem uma função insubstituível (...)»<sup>929</sup>.

GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS apela, nesta senda, a uma mudança de consciência cívica a ser adoptada pelo próprio Estado, o qual deverá dar o exemplo de isenção e de boa conduta: « (...) o Estado, enquanto utilizador dos meios dos contribuintes – dos impostos –

---

<sup>927</sup> A este respeito, de modo mais desenvolvido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 292.

<sup>928</sup> Neste sentido, vide a entrevista a GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, Presidente do Tribunal de Contas, sob o tema: “Missão: Responsabilizar a Administração Pública”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, Agosto-Setembro, 2006, pp.26. Acerca dos resultados financeiros obtidos da experiência das PPP's na saúde no sentido de terem «violado a boa gestão pública», com base em resultados de Auditorias conjuntas das inspecções de Finanças e da Saúde, vide o artigo do Jornal Público constante do site: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/parcerias-com-privados-na-saude>. Este artigo conclui que «o Estado não salvaguardou os seus interesses nos contratos dos novos hospitais».

<sup>929</sup> Neste sentido, vide a entrevista a GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, Presidente do Tribunal de Contas, sob o tema: “Missão: Responsabilizar a Administração Pública”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, Agosto-Setembro, 2006, pp.26.

somos nós»<sup>930</sup>, em nome do dever de solidariedade social para com os cidadãos com menores recursos económicos.

Com vista a atingir os objectivos ora mencionados, no âmbito da contratação pública, o Estado deverá ter atenção aos critérios da legalidade e da economicidade, pondo-se termo aos “trabalhos a mais” devido a ausência de definição de regras de boa gestão financeira, e os quais acarretam pesadas derrapagens orçamentais. Recorrendo às palavras de GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS «É, afinal, o cerne da questão que nos ocupa: muitas vezes o desperdício está nos trabalhos a mais; está na ausência das regras para a melhor utilização do dinheiro que não é nosso»<sup>931</sup>.

Com o novo regime, as empresas públicas sem sustentabilidade, que se “alimentam” predominante ou exclusivamente dos dinheiros públicos e que tenham sido criadas com o único fito de lançar concursos e de oferecer alguns benefícios a alguns administradores, já não fogem às malhas da fiscalização do Tribunal de Contas. Assim, no que se refere às empresas públicas em geral e, às entidades públicas empresariais em especial, com particular enfoque para os denominados «Hospitais E.P.E.», podemos referir o seguinte.

As parcerias público-privadas, designadamente no sector da saúde, levantam questões decisivas que desafiam os critérios de racionalidade, racionamento e de racionalização do Estado Social, que pretende assegurar a sua sustentabilidade.

Segundo PEDRO SIZA VIEIRA, esta grande questão reconduz-se a uma outra: como se contabiliza a despesa de uma PPP<sup>932</sup>?

Concretamente no âmbito do sector da saúde, no ano em que o hospital é construído, nenhum pagamento é feito ao parceiro privado. Apenas a partir desse ano é que os desembolsos públicos serão feitos para o sector privado.

Deste modo, a despesa pública com essas parcerias não vai ser contabilizada para efeitos do défice no ano da construção do hospital, pese embora o risco inerente a este ter de estar todo transferido para o privado (ou, pelo menos, deveria estar). Outro aspecto a ter em linha de conta, prende-se com os «sobre-custos» ou atrasos por força dos quais se revele necessário incorrer para concluir a construção. Tal não confere o direito ao particular de receber mais quantias.

---

<sup>930</sup> Neste sentido, *vide* a entrevista a GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, Presidente do Tribunal de Contas, sob o tema: “Missão: Responsabilizar a Administração Pública”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, Agosto-Setembro, 2006, pp.28.

<sup>931</sup> Neste sentido, *vide* a entrevista a GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, Presidente do Tribunal de Contas, sob o tema: “Missão: Responsabilizar a Administração Pública”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, Agosto-Setembro, 2006, pp.28, bem como, PEDRO LOPES FERREIRA, “Saber quantificar os ganhos”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp.42 e seguintes.

<sup>932</sup> Segundo PEDRO SIZA VIEIRA, in Seminário sob o tema de «Parcerias Público-Privadas», de 28 de Junho de 2011, na Universidade do Minho.

O risco de procura é assegurado pelo parceiro privado, o que significa que existe um determinado montante de pagamentos que apenas pode ser afectado em caso de cumprimento defeituoso relativo à construção do hospital, designadamente na circunstância de este não se encontrar em condições adequadas, situação em que haverá lugar a deduções nos pagamentos a ser realizados pelo parceiro público. Fora deste circunstancialismo, os custos públicos são contabilizados como despesas do Estado desse ano («défice do ano»).

A despesa pública com a contratação é decidida pelo Governo e sujeita a debate e a aceitação pela Assembleia da República, no Orçamento de Estado desse ano, sendo aprovada a criação de eventuais impostos para fazer face às despesas do ano. Existe, portanto, um controlo parlamentar e uma discussão política acerca da comportabilidade dos contratos celebrados pelo Estado.

Outra preocupação imprescindível a ter em consideração neste debate é assegurar o “retorno” do investimento público, em termos de ganhos económicos e sociais denominado por «*Value for Money*».

Quando falamos em «*Value for Money*» de um qualquer empreendimento ou serviço a ser realizado, pretendemos, no fundo, averiguar se existe uma outra forma mais vantajosa de realizar esse projecto, mediante a avaliação de um programa alternativo. Quer dizer, pretende-se determinar qual seja a solução contratual mais eficiente para o Estado: saber se são as PPP's ou os modelos contratuais clássicos ou tradicionais que oferecem melhores garantias, condições ou benefícios. A esta ponderação dá-se a denominação de «*public sector comparator*» (comparador público).

Suponha-se que foi tomada a decisão pública de iniciativa do Governo, mediante a aprovação da Assembleia da República, no sentido de se proceder à construção de um novo hospital. A questão a que se terá de responder, de modo fundamentado: qual a forma mais vantajosa para realizar a concepção, construção e edificação dessa infraestrutura?

Pese embora, tal como já foi mencionado, estar assegurado o controlo democrático ao nível da contratação pública, importa, de todo o modo, assegurar a transparência do negócio, mediante a fixação e cumprimento por rígidos critérios de contabilização de despesas públicas, com o integral respeito pela lei de enquadramento orçamental, pelo programa plurianual de despesas do Estado, do qual conste as despesas públicas subjacentes à realização de PPP's e, ainda, pela lei de orçamento de Estado<sup>933</sup>.

---

<sup>933</sup> Neste sentido, PEDRO SIZA VIEIRA, in Seminário sob o tema de «Parcerias Público-Privadas», de 28 de Junho de 2011, na Universidade do Minho.

## 2.1. As PPP's na Saúde e a Sustentabilidade do SNS: «captura» do Estado pelos privados?

Começamos este ponto do nosso trabalho aludindo à posição preconizada por MIGUEL GOUVEIA<sup>934</sup>: «A criação do Serviço Nacional de Saúde (SNS) consistiu um erro histórico. O pecado original do SNS foi o pressuposto de que só um modelo com propriedade, prestação e regulação estatais é capaz de garantir o acesso universal aos cuidados de saúde. Hoje, é óbvio que a criação do SNS com base em tal argumento se fundou num erro»<sup>935</sup>.

O erro a que este Autor se refere é o de, em Portugal, se ter encarado e configurado o direito de acesso universal à saúde mediante a criação de um «SNS completamente estatizado»<sup>936</sup>, no âmbito do qual o Estado aparece detentor de uma situação monopolista na saúde.

Quer dizer, o Estado surge no panorama da saúde portuguesa simultaneamente na veste de proprietário, de prestador, de financiador ou “pagador” e de empregador dos profissionais de saúde, sem esquecer a veste de regulador da mesma actividade que presta.

MANUEL DELGADO vai igualmente neste sentido considerando que «o Estado tem desempenhado na Saúde um papel predominante desde a instauração do SNS em 1979. A propriedade dos hospitais e centros de saúde é pública, a sua exploração também, o financiamento, através de orçamentos subsidiados pelo Tesouro, é também público e os profissionais são funcionários públicos»<sup>937</sup>.

Pese embora, o sistema de saúde português tenha sido criado com base no modelo integrado de Beveridge, é erróneo considerar que a matriz universalista de acesso à saúde encontra acolhimento exclusivo naquele sistema de raiz britânica.

Com efeito, é facto comumente conhecido, o de que na maioria dos países europeus com Estados-Providência, de origem Bismarckiana, existe idêntica vertente universalista da saúde. Contudo, existe uma distinção abissal entre ambos os modelos de saúde, o de Beveridge (que influencia o SNS) e o de Bismarck.

Na verdade, no modelo de saúde Bismarckiano, de feição sectorial, o Estado surge numa dupla veste: por um lado, como financiador das despesas inerentes à saúde e, por outro lado, como uma entidade supervisora que preside e superintende um sistema de saúde

---

<sup>934</sup> Professor da Faculdade de Ciências Económicas e Empresariais da Universidade Católica Portuguesa que colabora com a Revista *Economia Pura*, fonte de informação muito importante no nosso presente estudo.

<sup>935</sup> Neste sentido, vide MIGUEL GOUVEIA, “Do pecado original às reformas”, in Revista *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp. 26.

<sup>936</sup> A respeito da análise sobre a caracterização e evolução do SNS vide MIGUEL GOUVEIA, “Do pecado original às reformas”, in Revista *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp. 26 e seguintes.

<sup>937</sup> Assim, vide MANUEL DELGADO, “Cenários, problemas e soluções”, in Revista *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, nº51, outubro, 2002, sob o tema: “Os Remédios para a Saúde”, pp.52.

proliferado e descentralizado por uma constelação de entidades privadas prestadoras de cuidados de saúde.

MIGUEL GOUVEIA pronuncia-se, na sua reflexão sobre o SNS e sobre os erros trágicos em que se fundaram as decisões políticas e legislativas que nos conduziram até a este ponto de pré-colapso do SNS, referindo a seguinte ideia: «Este modelo (referindo-se ao bismarckiano), com maior ou menor acuidade, corresponde aos sistemas de saúde da Bélgica, da Alemanha, da Holanda e até mesmo da França e Portugal teria hoje um melhor sistema de saúde se tivesse seguido por esta via. (...) serão referidos os factores que tornam o *modelo integrado ou beveridgiano particularmente inadequado à situação portuguesa*»<sup>938</sup>.

Este Autor encontra fundamento para o “*fracasso do SNS*” ou, pelo menos, dos objectivos e metas traçados aquando do momento revolucionário de 1974 e da Constituição Portuguesa de 1976, fruto daquele espírito, em duas ordens de razões, para além da patente “ingenuidade” (expressão utilizada por aquele Autor)<sup>939</sup> manifestada pelos seus criadores.

Ora, em primeiro lugar, o argumento aduzido por MIGUEL GOUVEIA para a inadequação do modelo de Beveridge ao SNS parte, desde logo, da existência de uma clara dissonância entre as exigências próprias e intrínsecas à gestão política daquele modelo que é “integrado” e a incapacidade natural do sistema político português em dar-lhes resposta.

Numa segunda linha argumentativa, este Autor refere que o SNS acolheu o modelo britânico, acriticamente e sem ter logrado proceder aos devidos ajustamentos e adaptações, tendo ignorado em absoluto a realidade e as vicissitudes próprias do sistema de saúde português («(...) o SNS ter sido criado *tabula rasa*, ignorando as características que o sistema de saúde português já tinha e que continuou a ter mesmo depois da criação do SNS») <sup>940</sup>.

Para além do que foi ora mencionado, o factor político tem de ser tido em consideração na análise da situação actual em que o SNS se encontra. De acordo com o entendimento preconizado por MIGUEL GOUVEIA, associado ao «falhanço do SNS» encontra-se o «falhanço político», por força da própria natureza e do modo de funcionamento do sistema político-partidário e, porque não dizê-lo, devido à própria cultura enraizada no Estado Português caracterizada por um espírito de «*laissez faire-laissez passer*» (sem que, com esta afirmação, queiramos qualificar o Estado Português de Liberal ou Neoliberal), de laxismo e

<sup>938</sup> (itálico nosso) Neste sentido, vide MIGUEL GOUVEIA, “Do pecado original às reformas”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp. 26 e 27.

<sup>939</sup> Citando MIGUEL GOUVEIA: «Por que foi feita a escolha errada pelo modelo integrado em 1979? Provavelmente, porque a solução dos problemas de saúde através da criação de um SNS foi apelativa para o racionalismo voluntarista que sempre acompanha as revoluções, mas que acaba por falhar devido ao seu simplismo e ingenuidade». Neste sentido, vide o artigo do Autor citado, “Do pecado original às reformas”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp. 27.

<sup>940</sup> Esta consideração consta do artigo, do mesmo Autor, intitulado de “Do pecado original às reformas”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp. 27.



incúria na sua actuação de vigilante, supervisor ou fiscalizador dos seus colaboradores, próprios ou externos, pertencentes ao sector privado.

Na verdade, como sublinha MIGUEL GOUVEIA, visto que o modelo Beveridgiano é especialmente dotado de elevado grau de estatização e centralização, onera particularmente o Estado num sentido de monitorização e de gestão activa do poder político-democrático.

Os deputados, com assento na Assembleia da República, representam o povo e, nessa medida, em representação do interesse público e do Bem-Estar da colectividade, deveriam adoptar uma conduta mais dinâmica e pró-activa como forma de acautelar o acesso à saúde, mediante o cumprimento escrupuloso de todos os deveres e funções relacionados com a prestação de cuidados de saúde, realizados pelos privados com quem o Estado contrata.

Neste sentido vai igualmente MANUEL DELGADO, referindo que «quanto às funções reguladora e de avaliação parece não haver dúvidas de que as mesmas devem continuar na esfera pública, seja através do Ministério da Saúde e suas Administrações Regionais, seja através de institutos públicos ou privados devidamente credenciados pelo Estado»<sup>941</sup>.

O sistema de Beveridge possui reconhecido mérito no Reino Unido, seu berço, porque a democracia e os cânones culturais<sup>942</sup> e de funcionamento do sistema político são dotados de uma cultura de elevado escrutínio público, sendo que «más performances do SNS levam a prestações de contas e ao “rolar” de cabeças»<sup>943</sup>, sendo raras as situações em que a *culpa morre sozinha*...

Em finais da década de noventa, ocorreu em Portugal um fórum no seio do qual se debateu o estado da saúde portuguesa por iniciativa da Comissão Parlamentar da Saúde e do qual resultaram dois grandes objectivos, entre si, contraditórios.

Por um lado, a decisão de manutenção e de reforço do Serviço Nacional de Saúde como elemento indiscutível no panorama de protecção social na saúde e, por outro lado, tomou-se consciência de que, para sobreviver esse serviço público de saúde teria de se munir

---

<sup>941</sup> Neste sentido, vide MANUEL DELGADO, “Cenários, problemas e soluções”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, nº 51, outubro, 2002, pp. 52, bem como, pugnando por uma regulação acrescida e eficaz no SNS, ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, “Imperfeições e assimetrias”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, nº 51, outubro, 2002, pp.40 e seguintes.

<sup>942</sup> MIGUEL GOUVEIA refere que no Reino Unido, as despesas com a saúde pública é das mais baixas da Europa, por força de medidas de contenção orçamental espartilhadas mediante um rigoroso controlo racionamento de recursos. Por seu turno, a Suécia conseguiu reduzir o nível de despesismo público com a saúde, ao passo que em Portugal estas despesas com o sector da saúde sofreram um assinalável acréscimo como percentagem do PIB, sendo dos países com piores desempenhos revelados nessa área, pese embora o elevado nível de recursos alocados ao sector, o que revela um grau de desperdício significativo. Ora, aquele Autor aponta que a razão para este cenário tão desprestigiante para Portugal prende-se com a «(...) cultura política prevalecente em Portugal (...) não atribuírem a mesma importância que os britânicos ou os escandinavos dão à monitorização do desempenho do SNS». A este facto acresce um outro que se relaciona com os efeitos de uma centralização do poder político-governamental que decide sobre o SNS: «os níveis de decisão muito longe da população tornaram o interesse dos cidadãos uma força meramente residual na política de saúde. Essa falta de escrutínio do público e a centralização do sistema facilitaram a sua corporativização e o crescimento da influência dos grupos de pressão». Neste sentido, vide MIGUEL GOUVEIA, no seu artigo “Do pecado original às reformas”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp. 28.

<sup>943</sup> Expressão utilizada por MIGUEL GOUVEIA, no seu artigo “Do pecado original às reformas”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp. 27.

de medidas enérgicas conducentes a uma maior eficiência, equidade e, acima de tudo, a uma forte contenção de gastos e de puro desperdício<sup>944</sup>. Aliás, hoje, no sector da saúde «vivemos num paradoxo de se investir cada vez mais em cuidados de saúde que, cada vez menos satisfazem os cidadãos»<sup>945</sup>, mas no que se traduzirá, na verdade, um «sistema de saúde eficiente»?

ANTÓNIO PALHINHA MACHADO qualifica como sistema eficiente, aquele que consegue cumprir os objectivos relacionados com a prestação de cuidados de saúde que lhe sejam solicitados pelo utente, em termos de volume e de variedade sem que, contudo, sejam esgotados os respectivos recursos com os quais foi dotado nesse período pelo Estado<sup>946</sup>.

Por outras palavras, o SNS para continuar a ser um serviço verdadeiramente *público*, ou seja, universal, geral e tendencial gratuito, tal como até a esse momento, o cidadão o conhecia, teria de ser “reformado”.

É facto sempre consensual no panorama político português o de que qualquer reforma tenha de ter como linha de horizonte, as finalidades de aumento de eficiência e de redução da “iniquidade”<sup>947</sup> do SNS, designadamente no que concerne às condições efectivas de acesso por parte do utente economicamente mais carenciado.

Aspecto desta reforma que igualmente granjeou consenso, pelo menos aparente, foi o que se prende com a transição do sistema actual para um “modelo integrativo de saúde”, o que significaria articular harmoniosamente as virtualidades da medicina do sector privado com o financiamento a cargo do Estado.

Deste modo, existe uma franja da sociedade civil que defende que o novo modelo do SNS deva seguir as pisadas da Bélgica, Alemanha, Holanda, França ou outros países do espaço

---

<sup>944</sup> Particularmente no que respeita ao «desperdício» e debilidade no sistema de saúde português, aconselha-se a obra de MARIA JOÃO ANTUNES, *A Doença da Saúde: SNS, Ineficiência e Desperdício*, Quetzal, Lisboa, 2000. Ainda, sobre o mesmo assunto, vide OSMIR A. GLOBEKNER, *A Saúde entre o Público e o Privado. O desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*, Juruá Editora, Curitiba, 2011, assim como, a multiplicidade de pertinentes artigos presentes na Revista *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”. Enaltecemos, em particular, o artigo de MIGUEL GOUVEIA, “O Falhanço do Sistema Nacional de Saúde. Do pecado original às reformas” (pp.26-28), bem como, o estudo de EMMANUEL QUAINON, intitulado de “O mau exemplo americano” (pp.38-41), a análise de PEDRO LOPES FERREIRA, “Saber quantificar os ganhos” (na saúde) (pp.42 a 45)

<sup>945</sup> Assim, PEDRO LOPES FERREIRA, “Saber quantificar os ganhos”, in Revista *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp.42.

<sup>946</sup> Este Autor considera que tal como está o SNS nunca alcançará o desiderato de eficiência, podendo nessa medida, o sistema de mercado dar uma “ajuda” mediante um movimento de desgovernamentalização dos estabelecimentos hospitalares. Parece, assim, defender a iniciativa e intervenção dos privados na área da saúde em Portugal, como medida para auxiliar o SNS a sair da complexa situação económico-financeira. Mas, este Autor não ignora os perigos relacionados com essa transição de modelo, lançando, neste contexto, as seguintes indagações: a) como irá o SNS prevenir rupturas localizadas na oferta de cuidados de saúde se uma determinada Entidade Gestora de Estabelecimentos Hospitalares (EGEH), por má gestão, insuficiência de receitas ou incumprimento do próprio SNS, entrar em colapso financeiro?; b) que meios irão ser colocados ao alcance dessas EGEH para que estas consigam de modo célere obrigar o SNS a pagar com pontualidade, visto que daí resultará a liquidez de que irão dispor?; c) que poderá vir a suceder quando, por efeitos de flutuação estatística das taxas de mortalidade e sinistralidade, uma ou outra EGEH, apesar da sua boa gestão, não gerar receitas suficientes para se manter em actividade?.

Neste sentido, vide ANTÓNIO PALHINHA MACHADO, “O modelo de mercado revisitado”, in Revista *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, nº51, outubro, 2002, pp. 44 e seguintes (*maxime* pp. 44 e 49)

<sup>947</sup> Vide, neste sentido, o artigo “SNS. Terapias para um sector doente”, in Revista *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp. 20.

européu<sup>948</sup>, cujos modelos conjugam os sistemas de saúde privados com o financiamento e gestão estadual.

Mais precisamente, tratar-se-ia de um sistema de saúde em que o Estado na sua missão de garante de Bem-Estar Social asseguraria a universalidade, equidade e igualdade de acesso à saúde, ao mesmo tempo que ao sector privado caberia complementar o SNS com subsistemas privados.

A este propósito, importa mencionar o facto de em Portugal persistir um sistema de base mista, que sobreviveu à reforma ocorrida entre 1974 e 1979, mediante a existência de caixas de previdência e de instituições não integradas no SNS. Por outro lado, também existe uma panóplia de subsistemas de saúde, a actuar fora da égide e álea do SNS, como a ADSE (dos funcionários públicos), o SAMS e os sistemas particulares da Portugal Telecom, dos Correios, da EDP e da TAP-Air Portugal.

Desta situação resulta que os beneficiários destes subsistemas usufruem, por vezes, de uma dupla ou tripla cobertura de protecção ao nível dos cuidados de saúde, em virtude do princípio constitucional de universalidade que caracteriza o SNS. Por isso, para MIGUEL GOUVEIA «(...) é vital introduzir a separação entre prestação e financiamento», conferindo ao utente a liberdade de escolha entre a protecção da saúde ao abrigo do SNS e o «*opting-out*», que se traduz na saída voluntária do SNS e escolha por um outro subsistema de saúde privado ou realizado por entidades não estaduais<sup>949</sup>.

---

<sup>948</sup> Para uma perspectiva globalizada do problema levantado pelo sector da saúde aos diversos Estados no contexto internacional, concluindo-se pela manutenção do fosso profundo de desigualdade nas condições de acesso e na qualidade da prestação de cuidados de saúde entre países desenvolvidos e os países em vias de desenvolvimento, com reflexo directo nas estatísticas oficiais das taxas de mortalidade, probabilidade de morte, de doença, de esperança de vida, das doenças infecciosas, nas condições efectivas de saneamento básico e de higiene, vide os artigos “Um mapa de assimetrias” e “O mau exemplo americano” (EMMANUEL QUAINON), in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp. 34 e seguintes; pp. 38 e seguintes. Neste último artigo mencionado, é realizada uma análise sobre as vantagens e desvantagens do sistema de saúde americano e da influência e papel dos privados na prestação de cuidados de saúde aos cidadãos. Sem querer aprofundar demasiado este aspecto comparatístico, consideramos pertinente, todavia, elencar algumas características deste sistema de saúde, tais como:

Antes da Reforma ObamaCare, ainda que parte do financiamento seja pública, federal ou estadual, a maioria dos prestadores e dos players no sector da saúde é privada, sobretudo desde a década de setenta com a introdução de Organizações de Manutenção da Saúde (HMO). Estas organizações visam fornecer redes para a coordenação da assistência e que fazem parte de um agrupamento mais alargado de sistemas de saúde colectivos privados, de «cuidado de saúde gerido» (*managed health care*).

Em segundo lugar, o seguro privado cobre apenas os que podem pagar. Importa referir que em 2000, existiam 37 milhões de americanos sem protecção, porque não eram pobres o “suficiente” que lhes habilite a beneficiar de assistência pública. São os “pobres trabalhadores” que, não auferindo um salário considerável e próspero, também não são pobres ao ponto de ser considerados “dignos” de apoio social estadual na saúde. Por outro lado, a maioria dos trabalhadores que desenvolvem actividade no seio de grandes empresas, goza de um conjunto de contratos de «cuidados geridos», variando os benefícios em função do sistema particular escolhido e os respectivos fornecedores.

No que concerne aos mais idosos e carenciados, os sistemas públicos de saúde fornecem um nível mínimo essencial ao nível da prestação de cuidados de saúde que vêm a ser complementados com seguros privados. Pelo exposto, compreende-se que, numa sociedade capitalista e individualista e, atendendo aos elevados montantes envolvidos com as despesas de saúde, seja difícil para um hospital privado aceitar doentes com um nível de cobertura de saúde, ou seja, com reembolso de apenas uma parcela de certos tipos pré-determinados de cuidado e operação. Aliás, esta situação de enorme fragilidade do doente mais carenciado levou à criação da “Constituição do Doente” com vista a sensibilizar a opinião pública e a salvaguardar os direitos mais prementes dos doentes de sistemas colectivos, face a recusas de tratamento ou à aplicação de tratamentos inadequados e insuficientes ao seu estado de saúde.

<sup>949</sup> Vide o artigo “SNS. Terapias para um sector doente”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp. 21.

No que em especial concerne ao sistema misto de saúde, parece que o sistema de saúde em Portugal, em tudo se assemelha aos países europeus supra mencionados. É verdade, mas com uma importante diferença - mais atenuada actualmente, como veremos adiante -, que se reconduz à separação entre o financiador e o prestador.

Esta mutação do sistema de saúde revela-se apelativa, por considerar-se que, à semelhança do que sucede com a experiência dos países europeus, haverá um acréscimo significativo de eficiência que permite a concretização da cobertura universal do SNS, sem, contudo, provocar desequilíbrios excessivos nas contas orçamentais do Estado. Citando, nesta linha, PEDRO LOPES FERREIRA<sup>950</sup>: «Medir bem os ganhos é imprescindível na reforma do sistema de saúde»<sup>951</sup>.

Neste particular contexto, apraz-nos citar a posição preconizada por MIGUEL GOUVEIA, segundo a qual *«os moldes em que o SNS foi criado, com uma gestão estatal e centralizada, constituíram um erro. (...) Em vez de criar um novo sistema de raiz de forma deficiente, devia ter-se alargado a cobertura, aumentando a qualidade das instituições já existentes (...), sem que isso levasse a iniquidades ou à existência de estruturas centralizadas e pesadas, que se tornaram um pesadelo para gerir»*<sup>952</sup>.

Por outro passo, na medida em que se tem por assente que «as questões do financiamento e da ineficiência do sistema são (...) os argumentos que alimentam o debate sobre a tão reclamada reforma», lançando-se uma miríade de questões, tais como: *«quem paga?, quem beneficia?, qual a cobertura do sistema?, a que custo? Como evitar as desigualdades entre os beneficiários e as duplas coberturas dos benefícios?»*<sup>953</sup>, associadas a uma dura realidade financeira que permite concluir pela existência de um abismal *«despesismo, com um crescimento acelerado das despesas de saúde (...) acompanhado por níveis de insatisfação muito elevados e indicadores de saúde ainda substancialmente inferiores aos europeus»*<sup>954</sup>, revelou-se imperiosa a implementação de um sistema que separasse o prestador do financiador.

E, nesta senda, defendeu-se a necessidade de separação entre o financiador e o prestador da saúde mediante o abandono do clássico modelo em que o Estado assumia em plenitude ambas as funções e vestes e a adopção de um modelo contratual, agilizado,

---

<sup>950</sup> Professor da Faculdade de Economia e coordenador do Centro de Estudos e Investigação em Saúde da Universidade de Coimbra, que colabora com a Revista *Economia Pura*, fonte de informação muito importante no nosso presente estudo.

<sup>951</sup> Neste sentido, vide PEDRO LOPES FERREIRA, "Saber quantificar os ganhos", in Revista *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: "O Estado da Saúde", pp.42.

<sup>952</sup> Vide o artigo "SNS. Terapias para um sector doente", in Revista *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: "O Estado da Saúde", pp. 21.

<sup>953</sup> (itálico nosso) Vide, neste sentido, o interessante e esclarecedor artigo "SNS. Terapias para um sector doente", in Revista *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: "O Estado da Saúde", pp. 21.

<sup>954</sup> Neste sentido, vide a consideração realizada por MIGUEL GOUVEIA citada na análise aprofundada constante do artigo "SNS. Terapias para um sector doente", in Revista *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: "O Estado da Saúde", pp. 21.

eficiente, desburocratizado, que combinava as valências do sector público e do sector privado, mormente no que respeita ao financiamento.

Este modelo contratual na saúde continha e contém, pese embora as suas indesmentíveis virtudes, um perigo latente denominado de «*desnatação* do SNS»<sup>955</sup> que consiste numa espécie de fenómeno de mescla ou de interpenetração cinzenta entre as actividades públicas e as actividades privadas. Por conseguinte, a par dos benefícios reconhecidos justamente ao papel do sector privado na saúde, tornava-se e torna-se imperioso traçar uma linha de separação entre este sector e o sector público, como modo de assegurar a autonomia de gestão dos hospitais, centros de saúde e sistemas locais de saúde, no seio dos quais se estimule os regimes de trabalho a tempo inteiro e dedicação exclusiva com remunerações que tenham em consideração factores como a produtividade e qualidade do serviço prestado<sup>956</sup>.

Constitui, por isso, um verdadeiro desafio a conformação e harmonização do Sistema Nacional de Saúde com as várias “camadas privadas” (subsistemas de saúde), mediante uma Lei de Bases de Saúde e um novo Estatuto do SNS mais dinâmico e elástico que se adapte às várias realidades existentes na saúde portuguesa.

ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS<sup>957</sup>, tendo partido da análise dos encargos do Estado com o Serviço Nacional de Saúde, concluiu que em Portugal, existia e persistia uma «suborçamentação crónica»<sup>958-959</sup>, sendo a situação agudizada devido à complexidade do sector da saúde.

<sup>955</sup> Vide MANUEL DELGADO, “Cenários, problemas e soluções”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, nº 51, outubro, 2002, pp. 50 e seguintes.

<sup>956</sup> A este propósito ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS tece a seguinte consideração: «No que respeita à articulação do SNS com o sistema de saúde, o texto (o Autor refere-se às “Grandes Opções do Plano do Governo para 2001” – constante da LEI Nº 30-B/2000, nº299, de 29 de Dezembro de 2000, 1ª série”) reconhece o «papel importante dos sectores social e privado e apoio ao seu desenvolvimento estável, baseado no princípio da complementaridade e numa relação de contratualização segundo objectivos e requisitos claros». O cerne de medidas consiste em recomendações para a melhoria dos serviços públicos, como um novo estatuto jurídico dos hospitais, uma política de recursos humanos, medidas para garantir a qualidade, para desenvolver o sistema de informação, para melhor gerir os equipamentos, e propõe-se realizar uma nova política do medicamento». Mas, este Autor salienta uma lacuna naquele texto governamental, designadamente a sua omissão manifesta no que particularmente se prende com a «separação do financiamento e prestação, competição dentro do sector público ou novas experiências de gestão». Neste sentido, vide ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, “Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp.1085.

<sup>957</sup> ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS é Professor da Escola Nacional da Saúde Pública (UNL) e foi Ministro da Saúde.

<sup>958</sup> A este respeito, vide o estudo aprofundado de ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, “Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp.1079 e seguintes (*maxime*, pp. 1084 a 1104). Acerca do aspecto concernente à elevada despesa pública do Estado com a saúde, vide, ainda, JORGE SIMÕES e O.LOURENÇO, “As políticas públicas da saúde em Portugal nos últimos 25 anos”, in *Livro de Homenagem a Augusto Mantas*, Lisboa, APES, 1999.

<sup>959</sup> Esta conclusão foi retirada da análise financeira realizada às despesas correntes que o Estado Português despendeu ao longo de sete exercícios (de 1995 a 2001), com o sector da saúde, ou seja, com o SNS, verificando-se que este tem uma taxa média de crescimento anual de 10.3%, muito superior à restante economia no mesmo período temporal. Com efeito, o Estado para fazer face ao despesismo naquele sector, aumentou em cerca de 80% as dotações iniciais com o SNS, ou seja, de 550 para 990 milhões de contos. Para além deste facto, crescem dotações extraordinárias, na sua maioria extra-orçamentais, para fazer face ao agravamento do défice e às dificuldades de gestão devido ao excesso de endividamento («(...) admitindo que todos os recursos concedidos foram bem geridos, a suborçamentação inicial do SNS ronda os 16%»).

Também o ex-Ministro da Saúde LUÍS FILIPE PEREIRA, em entrevista dada à Revista *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pronunciando-se a respeito do SNS e da necessidade urgente de proceder a uma reforma estrutural num sector havido como um sector “doente” e fragilizado, incapaz de dar resposta

Na verdade, o sector da saúde é tão complexo quanto as forças que nele actuam e se degladiam, desde logo, as forças da indústria, distribuição, instituições, profissionais privados, função pública e, sem esquecer, os utentes-beneficiários do serviço de saúde<sup>960</sup>.

E, neste contexto, afirma aquele Autor que «o sector da saúde foi evoluindo e configurando-se de modo irregular e incoerente. Hoje poucos se reconhecem no sistema, embora nenhuma dessas forças internas deseje que ele seja alterado, ainda que o seu discurso possa ser o oposto».

Aquele Autor continua referindo, que neste contexto, «o governo dispõe de escassa iniciativa, não consegue controlar a despesa, não pode reorientar o sistema para soluções mais eficientes»<sup>961</sup>. Problema, este, que é exacerbado pelo «efeito-tesoura» que ameaça a sustentabilidade de qualquer sistema de saúde que se afirme «universal».

EMMANUEL QUAINON alerta que o «efeito-tesoura», que se consubstancia no paralelo aumento da esperança média de vida e decréscimo das taxas de natalidade, “delapida” o financiamento de qualquer sistema de saúde, independentemente do seu modelo organizativo, porquanto existe uma parcela de população activa cada vez menos significativa face ao crescente peso da população idosa, cujo estado de saúde exige mais do Estado ou de outro ente público ou privado prestador desses cuidados<sup>962</sup>. QUAINON sublinha, por isso, o perigo de colapso dos sistemas de saúde universais, devido a ruptura financeira e à incapacidade de resposta à população<sup>963</sup>.

---

às solicitações (crescentes) do cidadão-utente, refere que em 2006, os gastos anuais com o SNS ascendem aos 10 mil milhões de euros. Ora, sabemos que actualmente esta linha de água de despesa pública com a saúde, já por si excessiva, encontra-se sobejamente ultrapassada, por virtude de factores relacionados com o envelhecimento da população, com o menor número de nascimentos – fenómeno a que se dá a designação de «inversão da pirâmide demográfica» - a que se juntam o gasto público resultante da celebração de parcerias público-privadas, no entender do Tribunal de Contas, ruinosas. Mas, este é um aspecto que será desenvolvido noutro momento deste estudo.

Sobre a suborçamentação do SNS e mais especificamente, acerca dos dados e análise financeira supra mencionados vide ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, “Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp.1086, 1087 e seguintes. Cfr. ainda *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp.20 e seguintes.

<sup>960</sup> Assim, vide ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, “Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp.1085.

<sup>961</sup> Citamos, a este propósito, a consideração de ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, no artigo intitulado “Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp.1085 e 1086.

<sup>962</sup> Sobre o «efeito-tesoura» e os seus reflexos negativos no SNS, mormente no impacto sobre os gastos públicos, vide PEDRO LOPES FERREIRA, “Saber quantificar”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp.42 e seguintes.

Como refere este Autor, «a procura dos cuidados de saúde tem vindo a crescer a um ritmo mais acelerado do que a disponibilidade de recursos. As principais causas são a melhoria de condições de vida e o aumento da esperança de vida, decorrente dos avanços tecnológicos da medicina, que permitem diagnósticos mais precisos e um maior controlo sobre as doenças. As doenças agudas já têm uma taxa de cura assinalável e as doenças crónicas têm associados aumentos da sobrevida. Em Portugal, os índices de dependência de idosos e de envelhecimento tendem a subir, enquanto a taxa de substituição tem descido, aproximando-se da unidade».

<sup>963</sup> Vide o artigo “SNS. Terapias para um sector doente”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano III, nº25, Junho 2000, sob o tema: “O Estado da Saúde”, pp. 24. Sobre a matéria relativa aos gastos públicos com o sector da saúde e, mais precisamente, sobre a problemática respeitante à alocação de recursos escassos num panorama em que coexistem forças de mercado do sector privado e do sector público, vide OSMIR ANTONIO GLOBEKNER, *A Saúde entre o Público e o Privado. O desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*, Juruá Editora, Curitiba, 2001, pp. 150 e seguintes.



ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS considera que para resolver a questão da (in)sustentabilidade do SNS não é suficiente imputar-se a responsabilidade na “vítima” (o utente), encarada como a fonte de todos os gastos e, que em consequência, deveria ser chamado a comparticipar mais fortemente com os seus impostos para o SNS.

Considera, de igual modo, que os problemas financeiros e o elevado despesismo na saúde não radica única e exclusivamente na “má gestão financeira”, sendo que a adopção de medidas de controlo, de proibição e de punição<sup>964</sup> são por si só, isoladamente, havidos como desadequados ao propósito de assegurar a sustentabilidade do SNS.

Para MANUEL DELGADO, as palavras de ordem essenciais à sobrevivência do SNS, tal como o conhecemos ou, pelo menos, tal como o desejamos são: «modernização, cuidados continuados e redução de custos». Com efeito, com base na sua experiência profissional, enquanto Presidente da Associação Portuguesa de Administradores Hospitalares (APAH), MANUEL DELGADO defende que «a modernização dos cuidados de saúde primários, a criação e o desenvolvimento de cuidados continuados e a redução de custos no sector são claramente prioridades a atender na agenda da saúde (...), pela sua dimensão estratégica e para viabilizar o futuro do SNS»<sup>965</sup>.

De acordo com a perspectiva adoptada por MANUEL DELGADO, «a questão do financiamento é essencial para o equilíbrio e para a equidade do sistema de saúde e, ou através do Estado (via impostos), ou através de uma entidade seguradora pública (via prémios

---

<sup>964</sup> «A gestão financeira do sector pode ser mais modernizada e disciplinada, mas tal só será possível com mais responsabilização, e não apenas com mais controle. Em sector tão vasto, o controle centralizado é impossível, contraproducente e obsoleto». Adianta ainda o Autor por nós citado, que «(...) o que importa é responsabilizar por objectivos e metas, e não controlar, proibir ou punir». Soluções mais ajustadas ao problema do gasto público com a saúde serão, do ponto de vista deste Autor, as seguintes: a) prevenção da suborçamentação; b) aumento de receitas próprias; c) redução de despesa; d) maior agilidade na cobrança de serviços distribuídos pelo SNS. Deste modo, de acordo com esta perspectiva, o cidadão que opta por subsistemas em qualidade e eficácia de cuidados, desde que os subsistemas e eles próprios, reponham a diferença entre a compensação recebida do SNS e os gastos efectivos *per capita*; ainda, por outro lado, as instituições do SNS que prestam cuidados ao cidadão que optou por subsistemas passam a obter remuneração em virtude de custos reais como resultado de serviços prestados ao utente, assistindo-se a um incremento de receitas e de incentivo financeiro pelo seu desempenho.

Neste sentido, *vide* mais aprofundadamente ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, “Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp.1093 e seguintes. Do mesmo Autor, *vide* ainda um artigo sobre a evolução dos gastos públicos com a saúde em Portugal, “Contas da Saúde. Como vamos e para onde vamos?”, in *Revista da Saúde Pública*, nº1, Janeiro, 1983, pp.11 a 17.

<sup>965</sup> Neste sentido, *vide* MANUEL DELGADO, “Saúde. Modernização, cuidados continuados e redução de custos”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº75, fevereiro-março, 2006, pp. 121 e seguintes. Ainda do mesmo Autor, “Cenários, problemas e soluções”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, nº 51, outubro, 2002, pp. 50 e seguintes.

Este Autor considera que o ideal para o SNS seria «inserir em hospitais de agudos, unidades funcionais especializadas em cuidados de convalescença, paliativos ou de evolução prolongada. E, complementarmente, contratualizar com entidades privadas a prestação de cuidados nesta área», sem olvidar a necessidade de «racionalidade no consumo e nos custos», acautelando o perigo de «*opting out* feito *ad hoc* pelos mais abastados». Outro perigo para o qual MANUEL DELGADO aponta é o de «desnatação do SNS»: «O florescimento rápido de uma oferta privada em segmentos estratégicos bem seleccionados irá, a breve trecho, desnatar os hospitais públicos e remetê-los para as patologias mais dispendiosas e de evolução lenta, para os idosos e as classes sociais de menores rendimentos».



de seguros de saúde em função do rendimento), esta função deve permanecer sob o controlo directo do Estado para cerca de 80% das despesas de Saúde»<sup>966</sup>.

Segundo o entendimento de ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, também não se afigura como solução à questão do despesismo na saúde, a imposição de «taxas moderadoras», co-pagamentos ou franquias, com os objectivos de reduzir o “acesso desnecessário” à saúde e de obter receita, na medida em que este tipo de encargo sobre o utente penaliza situações de doença grave (e não apenas havidas como “triviais”), contribuindo para o fosso de desigualdade entre os cidadãos mais abastados e os mais carenciados, no acesso à saúde.

De uma outra perspectiva, considera ainda ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, que os montantes envolvidos se, por um lado, servem para restringir o acesso à saúde por parte dos cidadãos com menos capacidade económica ao arrepio da Constituição, por outro lado, não é suficientemente significativa para exercer uma influência positiva sobre os gastos públicos com a saúde<sup>967</sup>.

Aliás, para ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS o tema relativo às «taxas moderadoras» prende-se mais com uma discussão de cariz ideológico do que propriamente uma solução de cariz financeiro. Mais precisamente, propostas e soluções realistas susceptíveis de conduzir a uma reconformação da saúde portuguesa, seriam essencialmente as que incluem medidas de natureza organizativa, de fundo e estruturais.

Estas medidas actuam em duas vertentes complementares. De uma banda, ao nível da melhoria da qualidade de informação acerca do desempenho económico e financeiro do sistema de saúde, por somente assim, ser possível proceder a uma avaliação objectiva e concreta da realidade portuguesa e à correspondente selecção de medidas com influência sobre a eficiência e controlo de gastos. Por outra banda, numa segunda linha de actuação, adoptar-se-iam medidas não de carácter coercivo exercidas sobre as entidades gestoras, por entender-se que a aplicação desse tipo de mecanismo conduziria à desmotivação do gestor com a redução do bom desempenho, ao aumento do desperdício, culminando no incremento da espiral de gastos.

Quanto a esta última linha de raciocínio, tendemos a discordar do Autor, porquanto consideramos que eficazes medidas de «*accountability*» no sistema de saúde, possuem o mérito de afastar os mais incompetentes e de aproximar dos níveis superiores de gestão, os

---

<sup>966</sup> Vide MANUEL DELGADO, “Cenários, problemas e soluções”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, sob o tema “Os Remédios para a Saúde”, Ano V, nº 51, outubro, 2002, pp. 52.

<sup>967</sup> A respeito de pagamentos na saúde a onerar o utente, vide ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, *Saúde, O Custo de Um Valor sem Preço*, Ed. Port. De Livros Técnicos e Científicos, Lisboa, 1983. (pp.157-182) e, igualmente do mesmo Autor, “Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp.1093.

mais aptos e os melhor “intencionados” que nada têm a temer, por virtude das suas elevadas capacidades técnico-científicas e do intenso esforço do seu labor.

E, se num momento inicial, houvesse aumento de gastos com este «mecanismo», em momento ulterior, o aumento de eficiência da actuação e do desempenho dos gestores dos hospitais e estabelecimentos de saúde (os quais saberiam que qualquer negligência ou descuido não ficaria impune), traria compensações económicas que, a nosso ver, superaria amplamente os gastos iniciais.

Por outro lado, até de uma perspectiva moral inerente ao carácter sagrado dos impostos que o cidadão tem de suportar para tornar possível um sistema de saúde universal, justifica a implementação de um regime de «*accountability*», sob pena de pela má conduta de poucos, pagarem muitos, por vezes, durante gerações, colocando em risco a própria sustentabilidade do SNS.

Regressando à primeira vertente, entende ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, que o SNS (leia-se «Estado») tem desrespeitado os deveres de transparência e de responsabilidade social («*accountability*»), na medida em que o utente não toma conhecimento efectivo “do que anda a pagar” e “para quê anda a pagar” no SNS, visto que a informação existente consta de quadros sintéticos, de compreensão complexa para o “homem médio” que não possui profundos conhecimentos de gestão e de finança.

E, pese embora, essa informação presente em relatórios, pareceres e auditorias seja debatida na “Casa da Democracia” (Assembleia da República), sobretudo em sede de discussão orçamental, ela não prima pela qualidade, mas sim pela referida ausência de clareza e de objectividade, expressa numa linguagem que se revela insusceptível de ser compreendida por todos.

A contribuir para um sustentável modelo de saúde em Portugal seria um acervo de medidas conducentes ao aperfeiçoamento da eficiência<sup>968</sup> do sistema de saúde como um todo, globalmente considerado e não por sectores.

Outro aspecto a ter em consideração neste modelo de incremento dinamizador de eficiência é o princípio em que assenta: princípio da separação entre o financiador e o prestador. Este princípio revela-se, na verdade, absolutamente determinante para a

---

<sup>968</sup> Igualmente a propósito de uma análise sobre a eficiência no sistema de saúde, vide ANTÓNIO PALHINHA MACHADO, “O modelo de mercado revisitado”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, nº51, outubro, 2002, pp. 44 e seguintes. No entender deste Autor, existe um grande dilema nos sistemas de saúde europeus, de redistribuição, quer sejam gratuitos pelo doente, quer ainda na hipótese de o utente pagar ainda que parcialmente os custos imputados aos cuidados de saúde de que beneficia e esse dilema prende-se com a problemática relativa a dois vectores. Por um lado, o direito individual à saúde e à vida, encarado como um direito positivo a que a sociedade actual tem a obrigação (jurídica e moral) de dar resposta; e, por outro lado, o custo elevado e crescente resultante do investimento em saúde, designadamente com recursos tecnológicos, científicos e humanos, necessários ao prolongamento da esperança média de vida.

concretização do desiderato de maximização da eficácia, porquanto estimula a concorrência entre os actores ou *players* que actuam no sector da saúde.

Deste modo, num cenário em que o SNS progressivamente presta mais serviços de saúde a subsistemas e, *inclusive* ao sector segurador privado, mas em que, o fenómeno inverso também ocorre, ou seja, em que o sector privado sozinho ou em colaboração com o sector público prestam serviços de saúde a utentes do SNS, o princípio de separação entre financiador e prestador vem claramente potenciar a denominada «competição gerida»<sup>969</sup>.

Esta consiste na concorrência efectiva entre entidades públicas entre si e, entre estas e as entidades do sector privado, na distribuição e na prestação de cuidados de saúde, em melhor qualidade, em melhores condições de tempo e prazo (menor tempo de espera para uma cirurgia ou para ter uma consulta de especialidade; menor custo ao utente por esses serviços prestados).

Com efeito, aquele princípio contribui, ainda que de modo indirecto para a melhoria do nível da qualidade dos serviços de saúde, visto que “quem paga não é quem presta os serviços de saúde” e, assim, o pagador/financiador pode sempre exigir ao prestador, qualidade e eficiência, redução de gastos e de tempo na prestação.

Ora, esta situação não sucede com a lógica de monopólio financiador-prestador, porque não existe estímulo ao aperfeiçoamento e à eficiência. Pelo contrário, tende a existir um certo laxismo e abstencionismo num modelo de saúde em que «(...) o sistema que financia é o mesmo que presta cuidados, não funcionando o financiador nem como provedor do cliente<sup>970</sup> nem como defensor do seu próprio dinheiro, a força social mais poderosa é constituída pelos prestadores»<sup>971</sup>.

E, neste aspecto, tal como refere ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS «só por ilusão se pode julgar que é o Estado (...) que presta os cuidados de saúde»<sup>972</sup> e, conseqüentemente, não resta ao Estado outra hipótese senão a de delegar essas funções de prestador a outras entidades, a vasta maioria das vezes, pertencentes ao sector privado e as quais, acabam por aparecer simultaneamente como financiador.

---

<sup>969</sup> Neste sentido, vide ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, *Saúde, O Custo de Um Valor sem Preço*, Ed. Port. De Livros Técnicos e Científicos, Lisboa, 1983 (pp.157-182) e, ainda do mesmo Autor, “Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp.1098 e 1099.

<sup>970</sup> Preferimos o termo “doente” ou “utente” ao invés de “cliente”, visto que apesar de estarmos a falar de um sector em que existe um forte mercado económico e competitivo, o sector da saúde não deixa de possuir uma especial sensibilidade, desde logo, quando pensamos no cidadão enquanto pessoa humana, digna de respeito e de decoro. Por outro lado, a saúde é um direito fundamental (direito social) que se diferencia de bens de consumo ou da generalidade de serviços, tais como sejam a energia, transportes ou água, susceptíveis de avaliação pecuniária.

<sup>971</sup> Neste sentido, vide ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, “Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp. 1099.

<sup>972</sup> Assim, vide ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, *Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública*, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp. 1099.

Para além deste “paradoxo circular”, aquele Autor recorda e sublinha o facto de que **«O Estado é um ente abstracto, susceptível de ser enganado a todo o momento e passível de captura pelos grupos profissionais dominantes»<sup>973-974</sup>**. Daí a necessidade de o próprio Estado-patrão, se não quiser ou não estiver disposto a delegar a função prestadora em autarquias, entidades não lucrativas ou empresas privadas, assumir um desdobramento em duas personalidades: uma reguladora, contratante de serviços, outra prestadora<sup>975</sup>.

Atendendo ao imperativo absoluto de protecção dos interesses do Estado, PEDRO SIZA VIEIRA, defende que tem de existir um efectivo acompanhamento técnico e financeiro especializado<sup>976</sup> por parte do sector público, em vários quadrantes, políticos, legislativos e administrativos, com vista a impedir a «captura» por parte das malhas do sector privado<sup>977</sup>.

E este esforço tem de ser proveniente do próprio Estado, porque seguramente a Banca (parceiro privado investidor) não vai salvar o interesse público<sup>978</sup>, ao arrepio da sua natureza e vocação...

Como já foi mencionado anteriormente, a par do SNS, existe desde 1978 um sector privado de prestação de cuidados de saúde, residual e electivo em hospitalização, mas preponderante em ambulatório, consultas de especialidade e em meios complementares de diagnóstico e terapêutica. Aliás, é interessante verificar que o sector privado sobrepõe-se, em termos de peso e relevo, ao sector público, no que se prende com medicinas de especialidade como a imagiologia, fisioterapia e a diálise renal.

Ora, a este «clássico» ou «tradicional» sector privado que sempre andou de mãos dadas com o SNS<sup>979</sup>, veio juntar-se toda uma rica gama de modalidades contratuais, dentro das quais destacamos a gestão privada de hospitais, com exploração concessionada pelo SNS, por concurso, assim como, os «Hospitais S.A.» (hospitais aos quais foi reconhecido estatuto de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos), cujo modelo foi aplicado a cerca de trinta e cinco hospitais existentes<sup>980</sup>, tendo estes vindo a ser posteriormente convertidos em

---

<sup>973</sup> Itálico e negrito, nossos.

<sup>974</sup> Sobre a matéria relacionada com entidades públicas que actuam no sector da saúde, vide ARMÉNIA COIMBRA, “Entidades Públicas em matéria de saúde”, in *Direito e Justiça*, Ano XIX, Tomo I, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, Abril, 2007, pp.207 e seguintes.

<sup>975</sup> Esta interessante consideração pertence a ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, no âmbito do seu pertinente estudo: “Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp.1099.

<sup>976</sup> Assim, PEDRO SIZA VIEIRA, in Seminário sob o tema de «Parcerias Público-Privadas», de 28 de Junho de 2011, na Universidade do Minho.

<sup>977</sup> Aconselhamos, com vista a uma perspectiva global da problemática envolvente às PPP's, o estudo da obra de CARLOS MORENO, *Como o Estado gasta o nosso dinheiro*, Caderno, 2010.

<sup>978</sup> Parafraseamos PEDRO SIZA VIEIRA, no mencionado Seminário acerca das PPP's, na Universidade do Minho.

<sup>979</sup> A este respeito, vide OSMIR ANTONIO GLOBEKNER, *A Saúde entre o público e o privado. O desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*, Juruá Editora, Curitiba, 2011, pp. 151 e seguintes.

<sup>980</sup> Assim, vide ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, “Imperfeições e assimetrias”, in *Revista de Economia Pura. Mercados e Tendências*, Ano V, nº 51, outubro, 2002, pp. 40 e seguintes, assim como, vide ALEXANDRA LEITÃO, “Remédios para a doença da saúde”, in *Revista de Economia Pura. Mercados e Tendências*, Ano V, nº 51, outubro, 2002, pp. 54 e 55.

Hospitais E.P.E», também conhecidos por «Hospitais-Empresa» sob a forma de entidades públicas empresariais.

Mas, o sector privado também se faz assinalar numa *novidade* face ao “modelo de saúde originário de 1978”, a qual se reconduz à aquisição de cirurgias electivas, na “gestão” de listas de espera para além dos tempos considerados “aceitáveis” mediante a criação do PROGRAMA PECLEC, levado a cabo pelos privados, mas também pelo sector público e pelo “terceiro sector” (sector social).

Seguiu-se a inovadora construção de hospitais com financiamento privado sob a forma de «*Project Finance Initiative*», de origem britânica, à qual seguiu-se a *vaga* das parcerias público-privadas na saúde<sup>981</sup>.

Mas, que panaceias poderemos então elencar para aliviar o SNS, que lhe permitam tornar-se sustentável?

Na verdade, existe todo um leque diversificado e rico em medidas organizativas no sistema de saúde com a finalidade de contenção de custos e de aumento de receita, com vista à sustentabilidade e autonomia do mesmo.

São elas as seguintes<sup>982</sup> que ora enunciaremos e as quais devem associar-se a uma lei de gestão hospitalar que confira maior autonomia aos hospitais: a) maior responsabilização dotada dos adequados mecanismos de efectivação de «*accountability*» aos funcionários ou gestores menos “eficientes”; b) adopção de regras flexíveis de agilização da gestão com desburocratização; c) remuneração dos funcionários e gestores atribuída em função do mérito; d) simplificação das compras hospitalares devido à aplicação de regras do direito privado; e) adopção de uma cultura e prática “profissional” de gestão; f) capacidade de o utente escolher entre hospitais públicos e privados, sendo o financiamento dependente dessa escolha, de acordo com uma tabela de preços<sup>983-984</sup>. Mais especificamente.

Em primeiro lugar, medidas que delegam responsabilidade de prestação dos cuidados de saúde para centros de proximidade junto do utente ou doente. É o caso da municipalização contratualizada de serviços de cuidados primários, da criação do subsistema de base geográfica, assim como, da contratualização de serviços de gestão ou de prestação de

---

<sup>981</sup> Sobre as reformas na saúde, ao nível da gestão, financiamento e organizacionais e, sobretudo acerca das PPP's no sector da saúde, vide VASCO PINTO REIS, “A intervenção privada na prestação pública: da expansão do Estado às parcerias público-privadas”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol.4, Lisboa, 2004, pp.128; 131 e seguintes.

<sup>982</sup> Vide ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp. 1100 e seguintes.

<sup>983</sup> Neste sentido, vide ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, “Cenários, problemas e soluções”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, nº51, outubro, 2002, pp.50 e seguintes (*maxime*, pp.51).

<sup>984</sup> Sobre a melhoria dos cuidados de saúde prestados em Portugal, vide ABEL M. MATEUS, “Concorrência, Eficiência e Saúde”, in Conferência proferida nos Seminários sobre Novas Perspectivas para o Sector da Saúde”, Bioética, FMUP, Porto, pp. 1 a 17.

cuidados de saúde a instituições sem fins lucrativos, a entidades privadas (v.g. Hospital Amadora-Sintra)<sup>985</sup>, grupos de prestadores e indivíduos.

As metas principais são o aumento da «*accountability*», da qualidade e eficiência dos cuidados de saúde prestados, a par da redução de custos supérfluos, tendo ainda como ambição uma maior aproximação entre o utente e a fonte de poder nos estabelecimentos de saúde prestadores.

Outro desafio destas medidas é assegurar a separação efectiva entre financiador e prestador, resultando na criação de «competição gerida» e proceder ao aumento da produtividade, qualidade, ao controlo mais rígido do desperdício, atenuando a posição de hegemonia dos prestadores do sector privado sobre os do sector público.

Em segundo lugar, medidas responsabilizantes, a actuar sobre a *performance* e desempenho, com estipulação de objectivos de produtividade e de custos, mediante negociação contratual e não dispensando, neste âmbito, a intervenção de entidades públicas independentes do Estado, ainda que possam dele fazer parte (v.g. ERS), com a função de garantir a efectiva separação entre regulador-financiador-prestador (tarefa tão difícil num sistema de saúde universal e liberalizado).

Em função dos ganhos de produtividade alcançados ou não, haveria lugar a prémios a ser atribuídos aos respectivos gestores de comprovado mérito ou, pelo contrário, um “convite a sair” por força da manifesta inaptidão, incúria ou incapacidade reveladas.

Em terceiro lugar, medidas de flexibilização de gestão no seio do sector público de saúde, das quais realçamos em especial, a gestão provisional de efectivos com vista à sua diminuição a prazo, a justa retribuição pelo empenho e actuação, a criação de orçamentos clínicos para todos os agentes económicos que celebram contratos e convenções com o Estado, mormente no que respeita à prescrição de serviços e bens financiados pelo SNS.

As grandes metas deste corpo de medidas são assegurar o aperfeiçoamento do recurso aos meios humanos tão necessários aos objectivos traçados, com particular enfoque para os mais preparados e mais ambiciosos. No que se prende com a remuneração do pessoal, do menos ao mais qualificado, a par de objectivos e níveis de produtividade a atingir, dever-se-ia estabelecer um tecto máximo de remuneração, atendendo ao orçamento de cada ano e em função do tipo de estabelecimento prestador.

---

<sup>985</sup> Foi celebrado um contrato de gestão entre o Estado e uma entidade privada, com vista à gestão eficiente do Hospital de Fernando da Fonseca (também conhecido por Amadora-Sintra), tendo granjeado a qualificação de Administração Indirecta do Estado e realizado nos moldes constantes na Portaria nº 704/94, de 29 de Julho. Com efeito, a gestão de unidades de saúde e de estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde, primários ou diferenciados, pode ser perfeitamente delegada pelo Estado a outras entidades, públicas ou privadas.

Por outro lado, orçamentos ditos «de prescrição» seriam balizados dentro de limites de responsabilidade financeira, sendo unicamente reconhecidos a quem para tal possui a necessária competência (v.g. médicos), sob pena de se instalar o desperdício e a desadequação da prescrição concretamente passada ao doente. Se assim não fosse, o Estado teria gravosos desafios ao nível da “responsabilidade médica”, mas também no respeitante ao cumprimento dos diversos e onerosos compromissos com as empresas farmacêuticas e demais fornecedores de material médico, tendo de, no limite, romper esses contratos, com as inerentes consequências judiciais.

Por último, mas sem esgotar as imensas “receitas” para o débil estado da saúde, impor-se-ia a adopção de medidas de competição dentro do sector público e entre este e o sector privado, sendo a actuação destes operadores económicos pautada pelos princípios de imparcialidade, objectividade, boa administração, igualdade de oportunidade e livre e leal concorrência, com protecção da probidade, eliminação da corrupção, tentando evitar-se o conflito ou litígio, que acarretam avultadas despesas suportadas pelo erário público.

É neste contexto em particular, que o Estado não se deverá limitar a adoptar um papel esfíngico, de mero observador e meramente passivo e de árbitro. Mais que isso: o Estado deverá comportar-se de modo dinâmico, tendo a iniciativa de criar ou aceitar novos modelos de organização mais ágeis e actuais, ajustados à nova realidade económico-financeira e social que impende e que caracteriza o sistema de saúde. O Estado pode e deve ainda «(...) criar mecanismos de avaliação de experiências e de selecção de boas práticas e dá-las a conhecer, pode reforçar as obrigações de transparência»<sup>986</sup>.

Segundo ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, «informações recentes, veiculadas pelos *media*, acerca da retirada de medicamentos da comparticipação pelo SNS acentuam a preferência pela culpabilização da vítima, em vez da assunção de reformas mais difíceis que restrinjam poderes profissionais absolutos»<sup>987</sup>.

### **3. Particularmente sobre a (in)adequação da Figura Jurídico-Contratual «PPP» no sector da «saúde».**

O recurso às parcerias público-privadas na saúde assenta, fundamentalmente, em factores de eficiência, eficácia, investimento privado, transferência do risco para o sector privado, e a determinadas virtudes relacionadas com a «contratualização», por oposição à

---

<sup>986</sup> Vide ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp. 1101 e seguintes.

<sup>987</sup> Vide ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp. 1104.



tradicional ou clássica forma de a Administração Pública actuar, unilateral e impositivamente, através do «acto administrativo».

As razões subjacentes à opção pelo modelo jurídico-contratual «PPP» no sector da saúde encontram-se presentes nos «Estudos Estratégicos e Económico-Financeiros» que foram realizados no decurso das fases de preparação e aprovação do lançamento do respectivo concurso, os quais foram posteriormente aprovados pelo Ministério das Finanças<sup>988</sup>.

Como já referido anteriormente, sobre a empresarialização dos estabelecimentos públicos prestadores dos cuidados de saúde, assistimos a um fenómeno actual de separação entre o prestador e o financiador desses mesmos serviços, quando em momento anterior, o Estado reunia em si próprio essas funções e qualidades.

E a este respeito, importa salientar ainda o facto de os elementos «lucro» e «receita» serem os vectores estruturantes deste novo modelo de saúde em voga em Portugal, o qual é marcadamente mercantilista orientado por raciocínios e modos de gestão economicistas, muitas vezes em detrimento de uma componente socializante e humana no que particularmente concerne à prestação do serviço de saúde.

Aliás, é neste contexto, que LICINIO LOPES MARTINS faz menção a fenómenos denominados «fenómenos de selecção adversa», os quais se reportam a uma tendência em reduzir a produção nos serviços de saúde mais dispendiosos, como modo de contribuir para um acréscimo de receitas a par de um corte profundo nos custos correspectivos. A estes fenómenos vêm associar-se um outro, de «competitividade intra-sistemática» que se relaciona com a relação entre a produção e os seus custos num raciocínio característico de mercado livre.

Entende-se por «competitividade intra-sistemática», a concorrência entre prestadores privados, entre si, que têm por função desempenhar serviços complementares ou até mesmo alternativos aos fornecidos pelo Estado e, entre estes e as entidades pertencentes ao sector público classicamente prestadoras de cuidados de saúde. Com efeito, existe um autêntico mercado público da saúde, pautado por um forte sentido de concorrência por parte dos seus intervenientes e revelado por componentes-chave como o pagamento contratual da produção efectiva dos serviços médicos e a busca incessante pelo ganho económico<sup>989</sup>.

---

<sup>988</sup> Vide ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 92.

<sup>989</sup> Acerca da temática concernente à concorrência existente entre os estabelecimentos de saúde e os pertencentes ao sector privado, importa referir a observação realizada por LICINIO LOPES MARTINS, no sentido de que «o Estado apoia o desenvolvimento do sector privado de prestação de cuidados de saúde, em função das vantagens sociais decorrentes das iniciativas em causa e em concorrência com o sector público», em conformidade com a letra e espírito da Base XXXVII, nº1, da Lei de Bases da Saúde. Aliás, esta concorrência e a participação activa e dinâmica do sector privado (dos *players* privados) é sempre bem vinda, conquanto que tal se compagine harmoniosamente com os valores e imperativos constitucionalmente assentes (universalidade, igualdade e tendencial gratuitidade ou equidade) no que concerne ao direito de acesso à saúde, bem como, da qualidade na prestação da mesma. E, no fundo, este encerra o grande desafio que a regulação na saúde pretende dar cabal

Por seu turno, nos contratos de gestão de estabelecimentos públicos, como sejam hospitais, centros de saúde ou até mesmo outros estabelecimentos e serviços especialmente dedicados à prestação de cuidados continuados de saúde levantam desafios consideráveis à própria regulação, os quais se prendem com o respeito pela lei fundamental e seus princípios sociais, de acesso à saúde<sup>990</sup>.

Às entidades privadas que assumem a gestão dos estabelecimentos públicos de saúde é exigida, em termos mais exigentes e acrescidos, a obtenção de determinados patamares de rendibilidade e receitas, porquanto estas, desde sempre, regem-se e adequam a sua conduta por uma filosofia puramente empresarial ou, se se preferir, mercantilista com regras próprias de gestão privadas.

A contratação de serviços ao sector público é prosseguida por meio de convenções com entidades privadas com o respectivo regime-regra consagrado no Decreto-Lei nº 97/98, de 18 de Abril coexistentes com o Decreto-Lei que consagram regimes específicos, consoante a especificidade dos cuidados médicos em causa.

As entidades pertencentes ao sector privado que prestem serviços médicos terão de reunir condições fácticas e jurídicas, sem as quais não estarão habilitadas por lei, a operar no mercado, do qual o «acto de licenciamento» é exemplo<sup>991</sup>.

Concomitantemente, no que se refere à contratação de serviços de saúde, importa ter em consideração o regime jurídico específico dos contratos de prestação de serviços no âmbito das parcerias em saúde que o preceito do artigo 35º presente no Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto estipula como sendo «aqueles em que o co-contratante da Administração realiza uma actividade de apoio à realização de prestações de saúde no âmbito de um estabelecimento de saúde, podendo ter por objecto uma ou mais actividades referidas no artigo 2º, nº2, do citado diploma.

---

resposta. Nesta senda, o Estado celebra «contratos-programa» com as entidades públicas empresariais (EPE's), mediante os quais é assegurado, ainda que parcialmente, o financiamento dos serviços prestados pela EPE concretamente seleccionada como parceira. Todavia, sob uma perspectiva diversa, surge a questão de saber até que ponto e de que modo, o Estado desempenha objectiva e imparcialmente as suas funções de regulador, ao mesmo tempo que é *player* activo, enquanto financiador e comprador, prestador, do mercado que regula. Quer dizer, colocando a questão noutros termos, importa saber até que ponto existe efectiva garantia da prestação de cuidados de saúde e, acima de tudo, real qualidade dessa prestação, num sector em que o regulador que visa zelar por essa «boa prestação» é ao mesmo tempo prestador e financiador. É que tal como diz o popular ditado «Juiz em causa própria...». E, na realidade, a este propósito, levanta-se a questão de saber se não poderão ou, pelo menos, deverão ser adoptadas medidas rígidas de fiscalização e de estribado controlo, de modo a obviar esta «lacuna» ou «fragilidade» na área da saúde, como forma de melhorar e de potenciar as virtualidades da prestação deste serviço público.

Neste sentido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, *“Direito Administrativo da Saúde”, in Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 289.

<sup>990</sup> No âmbito destes contratos de gestão de estabelecimentos de saúde ou de partes funcionalmente autónomas, o «poder de gestão é transferido para a titularidade de outra entidade» que tanto pode ser pública ou privada. Convém, neste contexto, sublinhar uma destriça entre contratos de gestão de estabelecimentos públicos de saúde – mediante os quais é a própria gestão que o Estado exerce tradicionalmente sobre os seus estabelecimentos que é objecto de transmissão sem que, no entanto, abdique da respectiva titularidade – sendo que o fenómeno de «empresarialização», que envolve a introdução de regimes e instrumentos de gestão empresarial no seio dos estabelecimentos públicos. Este estudo encontra-se mais aprofundado in LICÍNIO LOPES MARTINS, *“Direito Administrativo da Saúde”, in Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 290 e 291.

<sup>991</sup> A este respeito, cfr. o Decreto-Lei nº 13/93, de 15 de Janeiro.

Seja como for e independentemente do regime jurídico ou modelo contratual adoptado, permanece inalterável o facto de o Estado ter a capacidade e a liberdade de escolher outras entidades alheias ao seu «organigrama» e pertencentes ao sector privado para desempenhar ou prestar um serviço público, em sua substituição<sup>992</sup>.

ANA PAULA HARFOUCHE refere que a «principal lição a retirar da experiência do HFF<sup>993</sup>, é a necessidade de impor forte legislação quanto à supervisão das PPP (...). Será também importante assegurar a apertada monitorização das performances dessas PPP, o que faltou na maioria dos projectos PPP em Portugal»<sup>994</sup>.

Concluimos com a consideração de ABEL M. MATEUS: «Fundamentalmente por causa das limitações orçamentais têm-se multiplicado nos últimos anos as chamadas PPP's para a construção de hospitais públicos. São um tipo de *Project Finance* em que a empresa concessionada constrói, opera durante o período de concessão e depois transfere para o Estado, o hospital (BOT).

O mérito desta forma de investimento e da provisão dos serviços hospitalares reside em dois factores. Embora do lado do financiamento, o custo de capital seja em geral *superior àquele que o Estado obteria se recorresse à dívida pública*, é do lado da gestão que pode compensar: a capacidade de o sector privado fazer uma gestão do hospital mais eficiente do que o sector público. (...) Contudo, uma das questões fundamentais para o Estado é *ter capacidade para negociar* contratos de BOT que sejam equilibrados em termos do prosseguimento do *interesse público* e dos incentivos correctos para o sector privado. Esta capacidade de negociação por parte do Estado *ainda está longe de ser atingida*. Repare-se que essa capacidade não se esgota na celebração do contrato inicial de concessão, pois estes contratos requerem o acompanhamento e monitorização contínua»<sup>995</sup>.

### **3.1. Perspectiva Jurídico-Constitucional: serão as Parcerias Público-Privadas compatíveis com os imperativos constitucionais que impendem sobre o Estado Social no que à saúde concerne?**

Ultrapassada a questão que se prende com a “delegação” do interesse público «saúde» na esfera de actuação ou intervenção de privados, facto que é perfeitamente admitido pela Constituição (artigo 64º, nº 4), importa dar resposta a um leque diverso de sub-

---

<sup>992</sup> Neste sentido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, pp. 291.

<sup>993</sup> Hospital Fernando da Fonseca também conhecido por Hospital Amadora-Sintra, o qual foi o primeiro hospital público com gestão privada, no decurso do inovador «contracting-out» na saúde, e que teve péssimos resultados.

<sup>994</sup> Neste sentido, vide ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp.92.

<sup>995</sup> (itálico nosso) Neste sentido, vide ABEL M. MATEUS, “Concorrência, Eficiência e Saúde”, in Conferência proferida nos Seminários sobre Novas Perspectivas para o Sector da Saúde”, Bioética, FMUP, Porto, pp. 17.

questões que nos permita concluir pela compatibilidade do modelo jurídico-contratual parcerístico com a Lei Fundamental.

A resposta à questão que se prende, no fundo, com a «constitucionalidade» das parcerias público-privadas desdobra-se em três aspectos ou vertentes distintos, a saber.

Num primeiro aspecto, cumpre determinar se as parcerias público-privadas permitem ou fomentam que a saúde seja prestada em termos de qualidade e com respeito pela Constituição, ou seja, em conformidade com os princípios da igualdade, equidade (tendencial gratuitidade) e universalidade.

Numa segunda vertente, importa averiguar se as parcerias na saúde colocam, seja de que forma for, o Serviço Nacional de Saúde em risco, designadamente em risco de colapso financeiro.

Por último, num terceiro aspecto, é relevante considerar se e, em resposta afirmativa, de que modo é que poderão as parcerias público-privadas, colocar em causa a sustentabilidade do próprio Estado Social, violando a Constituição nesse aspecto, mais precisamente inviabilizando a realização material dos direitos sociais, *maxime* o direito de acesso à saúde.

Respondemos a primeira questão formulada em sentido positivo, porquanto a rede hospitalar proporcionada pelas parcerias veio dar resposta às necessidades da colectividade, em termos de uma clara melhoria de qualidade por oposição aos cuidados de saúde que eram prestados pelos estabelecimentos públicos antigos e desprovidos de tecnologias e de novas técnicas de tratamento de que a população carece, por virtude do envelhecimento e de novas doenças que resultam dos novos hábitos de vida e de alimentação.

No que diz respeito aos princípios estruturantes do sistema de saúde – universalidade, generalidade e equidade – pese embora, se assista a um aumento das taxas moderadoras, parece estar acautelado o acesso à saúde por parte das populações mais carenciadas, por virtude da manutenção do apoio do Estado (v.g. subsídios, isenções).

Entretanto, foram adoptadas políticas “menos sociais”, susceptíveis de restringir ou condicionar o acesso à saúde, tais como a subtracção de apoios estatais a transportes de doentes a centros de saúde e a hospitais para tratamento, assim como, fechos de maternidades em zonas do interior ou ainda a uma acentuada quebra de comparticipação do Estado nos medicamentos, mas estes são factores de índole exclusivamente política que nada têm a ver com as parcerias público-privadas como modelo contratual aplicado ao sector da saúde.

No que concerne à segunda questão, não é verdade que as parcerias público-privadas coloquem o SNS em risco de insustentabilidade financeira, desde logo, porque o SNS já se

encontrava em condições de manifesta incapacidade para solver economicamente as suas despesas, como designadamente, o pagamento atempado aos seus fornecedores de produtos farmacêuticos e outro material sanitário.

Aliás, esta foi uma tendência que conduziu justamente ao recurso por parte do Estado a mais inovadoras formas de contratação no sector da saúde, procurando junto do sector privado mais e melhores condições de investimento e de financiamento para as infra-estruturas necessárias à prestação de cuidados de saúde generalizados a toda a população.

Assim, recorreu-se às PPP's com vista à criação de uma nova rede de estabelecimentos de saúde que proporcionasse uma melhoria no acesso e prestação efectiva de saúde por todas as regiões do país, fechando-se estabelecimentos antigos e desadequados à nova realidade social.

Pese embora, os resultados de auditorias dos Tribunais de Contas, revelem um acréscimo de despesismo com a saúde, originário das experiências dos «hospitais PPP», não nos afigura correcto que sejam as PPP's a colocar em risco, de algum modo, o SNS.

Na verdade, foi o SNS que se colocou a ele próprio em risco, através de modos inadequados de gestão pautados pelo desperdício e pela ausência de receita, devido à ausência de metas economicistas, de poupança, de “bom investimento” por contraposição ao “mau gasto”.

O SNS, fruto do labor ideológico, em 1979, não foi concebido nem preparado para as mudanças drásticas nas taxas de fertilidade, de natalidade, do aumento espantoso da esperança média de vida, conquista dos avanços da medicina e pela existência de vastas redes de saneamento básico.

Com a velhice vem a doença e, com a doença vêm os inerentes custos de combate à mesma, o que sobrecarrega o SNS, antigo e impreparado para estas novas e crescentes exigências sociais, solicitadas por um cidadão mais consciente dos seus direitos sociais que quer e exige mais saúde (e ainda bem que assim é).

Foi neste panorama, como já se frisou noutro local neste estudo, que nasceu a necessidade emergente do Estado em procurar soluções mais vantajosas para o sector da saúde, em decadência, por falta de dinheiros públicos que modificasse este estado de deterioração.

As parcerias público privadas conseguiram alcançar este desiderato: foram lançadas e implementadas novas infraestruturas, hospitais de ponta, com novas tecnologias, munidos de técnicas médicas e cirúrgicas inovadoras que são capazes de ajudar a população, a qual tem mais doenças crónicas, mais dispendiosas.'

As parcerias revolucionaram a saúde em Portugal e, se os resultados económicos não foram positivos, não é ao modelo contratual parcerístico que devemos imputar esse facto, mas sim à má gestão dos respectivos responsáveis.

Em tese e em termos teóricos, o modelo jurídico-contratual da PPP é versátil, ajustável e adequado à realidade presente do sector da saúde e da sociedade, o que falha são as pessoas que o implementam, merecendo ser objecto da devida responsabilização civil.

No que concerne à terceira vertente enunciada, relativa à questão de saber se as parcerias público-privadas são susceptíveis de colocar em risco a sustentabilidade do Estado Social, quase que poderíamos afirmar, *mutatis mutandis*, o que ora foi dito.

As parcerias não colocam em risco a sobrevivência do Estado Social, mormente no que respeita à saúde nos termos constitucionalmente prescritos no artigo 64º, nem sequer condicionam seja de que forma for a concretização de outros direitos sociais por parte do Estado.

O que inviabiliza a existência do Estado Social é, desde logo, a sua conformação desajustada de uma realidade com que pretendia actuar, envolver-se, ajudar, organizar e regular, prestando bens e serviços públicos sem qualquer espécie de disciplina financeira ou de gestão. Sem dinheiro, não há Estado Social. O problema é que o Estado Social, desde que existe, apenas encontrou como forma de sobreviver economicamente, a receita obtida por impostos sobre o contribuinte ou através de empréstimos obtidos junto de instituições bancárias e financeiras internas e externas/internacionais.

Quer dizer, apenas por via da carga tributária que conhece limites, desde logo, o de «fadiga tributária» (expressão de ADRIANO MOREIRA), que assenta sobre a população activa cada vez menor face aos pensionistas beneficiários e através do endividamento é que o Estado se tem “aguentado à tona da água” enquanto Estado que promove as prestações, os serviços públicos de cariz social.

Ora, foi atingido e superado o limite de endividamento e o de sobrecarga fiscal sobre o contribuinte, sobretudo neste clima de crise financeira, em que os níveis de desemprego crescem cada vez mais, tendo o Estado de assumir as pesadas prestações sociais com os desempregados.

Apraz-nos aludir, a este propósito, à questão suscitada por STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN, a qual afigura-se-nos, a nosso ver, decisiva: «why a penniless state cannot protect rights?», associada à máxima «rights are costly because remedies are costly»<sup>996</sup>.

---

<sup>996</sup> Neste sentido, vide STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN, *The cost of Rights. Why liberty depends on Taxes*, Norton & Company, 1999, pp. 35 e seguintes (*maxime* pp.43).

Estes Autores sob expressão «futility of dichotomy» rejeitam a distinção entre direitos constitucionais entre si, em categorias «direitos positivos» por um lado e, «direitos negativos», por outro lado, com as respectivas consequências ao nível da tutela jurídica conferida aos primeiros e subtraída aos segundos: «It makes little sense to distinguish between property rights and Welfare rights by calling the former negative and the latter positive»<sup>997</sup>.

Em termos de concretização e de exigibilidade judicial dos direitos constitucionais, todos eles são «direitos positivos» («all rights are positive»), no sentido em que o cidadão tem o direito de exigir ao Estado o cumprimento de todos os seus direitos em idêntica medida, sentido e alcance.

Deste modo, segundo o nosso entendimento, nunca poderá o Estado sob pretexto de «falta de dinheiros públicos» negar ou vedar, parcial ou totalmente, subtil ou manifestamente, o acesso do cidadão ao seu mais elementar direito social, o direito à saúde, pelo facto «retórico» de este direito – fundamental e direito humano, por excelência – se encontrar sob a alçada de normas programáticas e dependentes ou contingentes da realidade económico-financeira do Estado, sob pena de o próprio Estado adoptar medidas legislativas, administrativas, políticas ou materiais inconstitucionais.

É verdade que o Estado tem de priorizar, racionar e racionalizar, mas com parcimónia, mediante critérios sensatos e objectivos, sem nunca descorar a sua missão de Estado Social, tal como o exige a Lei Fundamental, designadamente no preceito do artigo 64º:

**«Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover»**, desde logo, primeiramente e por último, o Estado (Social). Para tanto, com vista a alcançar esse desiderato social, as parcerias público privadas pelo Estado celebradas têm a desempenhar um papel determinante.

### **3.2. Perspectiva Jurídico-Administrativa: serão o modelo jurídico mais eficiente de a AP contratar no âmbito da saúde?**

A maior ou menor eficiência ao nível da contratação pública, em termos de resultados obtidos para o sector público, *vulgo* mediante a fórmula economicista básica «receitas obtidas vs. custos», depende não tanto do modelo de contratação adoptado, mas mais da conduta positiva e/ou negativa do seu principal interveniente, da perspectiva do interesse público: o Estado.

---

<sup>997</sup> Assim, vide STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN, *The cost of Rights. Why liberty depends on Taxes*, Norton & Company, 1999, pp. 37 e seguintes; pp.49 e seguintes (*maxime* pp.51 e 52).



O parceiro público, Estado, tem de ter presente que, independentemente do contrato que celebra ou, independentemente da qualidade em que contratualmente surge, munido ou desprovido da sua *autorictas publica*, ele visa prosseguir o interesse público e da melhor forma possível.

Se é verdade que, em sede contratual, nas parcerias público-privadas, o Estado aparece numa posição de igualdade face ao seu parceiro privado, já não é verdade, que ele pode, por esse motivo, “escapar” ou furtar-se à sua responsabilidade social perante o cidadão, designadamente na fase preliminar, na fase da celebração ou na fase de execução do contrato.

O Estado pode num contrato adoptar a posição de um privado perante outro privado, mas nunca poderá o Estado deixar de se comportar como Estado perante o cidadão, terceiro face a esse contrato, mas para o qual este foi celebrado.

O Estado tem uma missão pública e é somente nas circunstâncias que ele aparece mandatado por esta que pode actuar, seja ao abrigo dos seus tradicionais poderes de autoridade que o colocam numa clara e manifesta posição de supremacia ou de *ius imperium* face ao privado que é “objecto” da sua vontade, quer seja, em posição de equidade, como se de um privado se tratasse (em jeito de “fuga” para o privado, como diria MARIA JOSÉ ESTORNINHO).

Mas, seja em que circunstância for, seja dotado de soberania estadual, seja desprovido deste especial poder público, poderá o Estado esquecer a sua vocação, missão e objectivos que o conduziram à celebração de teias de relações jurídicas com os outros parceiros, públicos ou privados. E, também é assim, nas parcerias público-privadas.

De acordo com esta premissa de responsabilidade e de responsabilização pública, o Estado deverá no momento prévio à celebração de PPP, no próprio momento da conclusão do contrato de PPP e durante toda a vida de execução contratual comportar-se de modo diligente na concretização das suas prestações, perante o seu parceiro privado e igualmente perante o cidadão.

Apenas dotado desta filosofia, é que qualquer modelo contratual adoptado poderá gerar benefícios para o Estado e para a sociedade e, ainda mais, com as parcerias público-privadas, na medida em que são uma figura contratual projectadas para o longo prazo (podendo durar trinta ou cinquenta anos), envolvendo um elevado investimento que, apesar de implicarem um pagamento diferido no tempo, acarretam implicações decisivas para o futuro do país, sendo susceptíveis de afectar a vida de várias gerações de contribuintes.

Dito isto, e particularmente a propósito das parcerias público-privadas implementadas no sector da saúde, por comparação com outros tipos de contratos a que o Estado pode

recorrer na sua actuação, em nome do interesse público, a nossa posição vai no sentido de se recorrer a esta modalidade contratual de tipo parcerístico.

Na nossa perspectiva, a parceria público-privada enquanto modelo jurídico-contratual é o que oferece mais ao sector público de saúde, em termos do financiamento requerido e em termos da lógica inerente à transferência do risco para o sector privado.

Como foi já mencionado em momento anterior neste estudo, este elemento não é um dado adquirido, mas tem de o passar a ser. O Estado tem de velar intensamente pela melhor solução para o interesse público e, assim, tem de acautelar no momento da negociação que o factor «risco» seja transferido ou, em alternativa, verdadeiramente comungado e partilhado por ambos os parceiros.

Nunca poderá o Estado subscrever um contrato de PPP, em que garantidas são apenas as margens de lucro do privado, sem que seja devidamente igual o grau de certitude face aos interesses do parceiro público, designadamente em termos de riscos assumidos pelo parceiro privado e de mais-valias para o interesse público que se pretende concretamente prestar (v.g. saúde), como a melhoria no acesso à saúde pelo cidadão e nas condições em que a saúde é prestada.

Por outro lado, a modalidade contratual «PPP» oferece maior *elasticidade* na execução contratual, em virtude da «engenharia jurídica e económico-financeira» envolvida, da qual emerge uma panóplia rica de prestações positivas e negativas para ambos os parceiros, *inclusive* para o Estado.

Em especial, no que concerne às enormes exigências características do interesse público «saúde», em termos de qualidade, volume e diversidade (cuidados de saúde primários, diferenciados e continuados), apenas por via das parcerias, se podem alcançar as metas traçadas pelo Estado para a prestação de cuidados de saúde, com o respeito pela universalidade, igualdade e equidade, visto que o Estado, sozinho, já não o consegue proporcionar.

Com efeito, o Estado revela-se manifestamente incapaz de cumprir a Constituição, dando cumprimento ao respectivo preceito do artigo 64º, por via exclusiva do Serviço Nacional de Saúde e através da rede de cuidados de saúde prestados pelas Misericórdias e outras entidades públicas e instituições de solidariedade social («terceiro sector») nascida do Pós-Revolução de 25 de Abril de 1974, desajustada e desenquadrada do novo retrato da saúde portuguesa.

Em termos globais, atendendo a uma perspectiva jurídica, mas também económica, financeira e social, as parcerias público-privadas num contexto de profundo desgaste e inaptidão do SNS para dar resposta às exigências de saúde por parte do cidadão, é a

modalidade de contratação pública que mais cuidados de saúde, melhor qualidade e melhores condições de financiamento ao sector público, oferece.

Existem Autores que encaram a parceria público-privada como uma nova veste jurídica do contrato de concessão, mas discordamos desta posição, aproximando-nos do entendimento preconizado por SIZA VIEIRA, segundo o qual a PPP vai muito mais além que a concessão.

Para nós, este facto é especialmente verídico no sector da saúde, em virtude das valências vastas e abrangentes que a parceria público-privada proporciona e que a concessão não possui a virtualidade de atingir.

E, se assim é relativamente à figura jurídica da concessão, mais sentido faz afirmar relativamente ao contrato de gestão de serviços, ainda mais circunscrito no seu objecto e limitado no seu alcance e sentido. Mas, estes aspectos já foram desenvolvidos em ponto supra do nosso estudo, pelo que neste momento, resta-nos assumir a nossa preferência pelo modelo parcerístico.

O que nos apraz reforçar é o aspecto que se prende com dois arcos contratuais, mais precisamente com o momento da preparação do contrato e com a fase da execução contratual, exigindo-se, sob pena de responsabilização do próprio Estado, por omissão de deveres e por violação flagrante da sua missão social, dos princípios de responsabilidade intergeracional, boa fé, boa administração, imparcialidade e lealdade para com o cidadão, em nome do contrato social sufragado no momento da eleição política pelo povo, que ele (o Estado) ***seja peremptório nas negociações e assegure os interesses do sector público e aproveite as virtualidades óptimas que a parceria oferece***, estipulando cláusulas e metas de modo responsável e sensato. O Estado celebra o contrato de PPP para prosseguir o interesse público, não para proporcionar riqueza e vantagens ao parceiro privado.

No que respeita ao momento de execução contratual, ao Estado exige-se que cumpra escrupulosa e rigorosamente os seus deveres de supervisão, fiscalização, enquanto vigilante da actuação desenvolvida pelo parceiro privado, para quem transferiu as suas funções de prestação.

Sobre os factores que nos levam a pugnar pela adequação das parcerias público-privadas ao sector da saúde, encarado sob a perspectiva de modelo de contratação pública mais eficiente, remetemos para o capítulo das respectivas características, porque estas são os melhores argumentos possíveis. Os traços marcantes das PPP's "falam por si".

Em síntese, podemos referir que a parceria público-privada enquanto modelo jurídico-contratual é o mais *rico* e *vantajoso* de entre os modelos de contratação pública mais tradicionais. Contudo, para tanto importa, que ***o Estado actue em nome do interesse público***,

*acautelando zelosa e ferozmente os respectivos interesses em momento anterior e posterior* à celebração do mesmo. Visto que o clausulado e objecto contratual é definido e estipulado anteriormente, na fase preliminar de negociações, no momento da celebração da parceria, o mal já poderá estar consumado...

#### 4. Conclusão: As Parcerias Público-Privadas na Saúde. Balanço Crítico.

Como já foi referido anteriormente no Capítulo sobre o Sistema de Saúde Português<sup>998</sup>, a Lei de Bases da Saúde ofereceu ao sector privado um novo estatuto associado a um papel preponderante no que respeita à prestação de cuidados de saúde, numa dupla vertente.

---

<sup>998</sup> A Constituição da República Portuguesa oferece um modelo de Serviço Nacional de Saúde caracterizado por ser um serviço de saúde «público» que envolve e incentiva a participação de entidades privadas. O Serviço Nacional de Saúde assenta, por isso, em determinados elementos estruturantes no que particularmente concerne à intervenção dos privados na saúde. São eles, a gestão participada e a gestão descentralizada, ambos previstos no artigo 64º, nº4.

A actuação dos privados na área da saúde tem de ser compaginável com duas exigências constitucionais, as quais nunca poderão ser postas em causa tais como, a universalidade (todos os cidadãos são possuidores do direito à saúde, ao seu livre acesso, sem qualquer discriminação) e a generalidade (inclusão no âmbito de actuação do SNS de todos os serviços de cuidados de saúde). Com efeito, o SNS abarca uma vasta panóplia de serviços de saúde, englobando os serviços de prestação de cuidados de saúde, ligando-os entre si numa teia de relações hierárquicas no seio organizacional, cuja gestão deverá ser participada e descentralizada.

Este modelo organizacional foi concretizado na Lei nº 56/79, de 15 de Setembro que criou o Serviço Nacional de Saúde, na Lei de Bases da Saúde aprovada pela Lei nº 48/90, de 24 de Agosto e no Estatuto do SNS aprovado pelo Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de Janeiro. Contudo, a Lei de Bases da Saúde, na sua Base XII, nº1, utiliza o conceito de «sistema de saúde», referindo que este sistema «é constituído pelo SNS e por todas as entidades públicas que desenvolvem 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 prestação de todas ou de algumas dessas actividades».

A Base XII, nº2, nº3 e nº4, constantes da Lei de Bases da Saúde procede à distinção entre o SNS e a rede nacional de prestação de cuidados de saúde, sendo que no nº2, é mencionado o facto de que o SNS abrange todas as instituições e serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde dependentes do Ministério da Saúde. Por seu turno, a rede de cuidados de saúde inclui os estabelecimentos daquele serviço e os estabelecimentos privados e os profissionais em regime liberal com quem sejam celebrados contratos.

Esta distinção é igualmente acolhida pela Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro, a qual aprova o novo regime de gestão hospitalar e procede a determinadas alterações à Lei de Bases da Saúde. Acresce, por outro lado, que o nº2 do artigo 1º menciona que a rede de prestação de cuidados de saúde abrange os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde, assim como, os estabelecimentos privados que prestem cuidados aos utentes deste serviço e outros serviços de saúde, nos termos dos contratos celebrados. Também os profissionais liberais prestadores de cuidados de saúde, como médicos e enfermeiros, com quem o Ministério da Saúde celebra convenções estão abrangidos na rede de cuidados de saúde.

Do elenco de leis ora citadas derivam três grandes conceitos: (a) Serviço Nacional de Saúde; (b) Sistema de Saúde; (c) Rede nacional de prestação de cuidados de saúde.

O Serviço Nacional de Saúde é constituído pelo conjunto de estabelecimentos e serviços prestadores de cuidados de saúde dependentes orgânica e funcionalmente do Ministério da Saúde, podendo ou não ser dotados de personalidade jurídica. Assim sucede com os estabelecimentos hospitalares, mas já não os centros de saúde, encontrando-se em termos hierárquicos inseridos no Ministério da Saúde, podendo ou não ser dotados de personalidade jurídica. Dá-se como referência desta ideia os estabelecimentos hospitalares, mas não com os centros de saúde, encontrando-se organicamente inseridos nas Administrações Regionais de Saúde e Institutos Públicos.

O conceito de Serviço Nacional de Saúde patente na Constituição e na Lei de Bases da Saúde possui uma natureza essencialmente orgânica, na medida em que a sua definição e delimitação é realizada atentando à inserção orgânica das unidades prestadoras de cuidados de saúde no Ministério da Saúde, em conformidade com o artigo 1º Anexo ao Decreto-Lei nº11/93, de 15 de Janeiro que aprova o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, encontrando-se aí definido como «conjunto ordenado e hierarquizado de instituições e de serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde, funcionando sob a superintendência ou tutela do Ministério da Saúde». Como assinala LICÍNIO LOPES MARTINS, o grau desta inserção orgânica é geométrico, na medida em que se mostra mais profunda e intensa nos centros de saúde, visto que se encontram inseridos na estrutura orgânica própria das Administrações Regionais de Saúde e Institutos Públicos, não possuindo autonomia de gestão, salvo no que respeita à autonomia técnica resultante dos actos médicos e/ou terapêuticos, com autonomia administrativa difusa.

A inserção orgânica será mais enfraquecida nos estabelecimentos hospitalares, visto que são dotados de personalidade jurídica, sendo-lhe reconhecida autonomia de gestão sob uma variedade de aspectos, como o aspecto financeiro, patrimonial, etc., embora limitada pelos poderes de intervenção do Governo concretizados nos poderes de superintendência e de tutela

Os privados desenvolvem actividade prestadora na saúde enquanto agentes que desenvolvem e praticam actos médicos no âmbito de um exercício privado de medicina, ao mesmo tempo que podem actuar em vez e por conta do Estado, assumindo a prestação directa de cuidados de saúde e/ou, assumindo funções de gestão e exploração dos estabelecimentos de saúde. Exemplo deste facto foi o Hospital Fernando da Fonseca (Amadora-Sintra), o qual foi entregue a uma entidade privada mediante a celebração de um contrato de gestão<sup>999</sup>, ao passo que os Hospitais de Santa Maria da Feira, Barlavento Algarvio e a unidade local de saúde de Matosinhos vieram a ser transformados em Entidades Públicas Empresariais.

A «Entidade Gestora do Estabelecimento de Saúde» teria por missão primacial e responsabilidade, a organização e gestão hospitalar, para além do exercício das actividades assistenciais, *inclusive* as actividades de natureza hoteleira durante o período de dez anos.

Este prazo é, no entanto, objecto de prorrogação em função da verificação de diversos pressupostos objectivos ou fácticos.

Por seu turno, a «Entidade Gestora do Edifício Hospitalar», assumiria a responsabilidade por ter a seu cargo a concepção, construção, financiamento, conservação e exploração do edifício e infraestruturas hospitalares, às quais acrescem as actividades conhecidas por «*hard facilities management*» por um período de trinta anos. Porém, em 2005, o novo Governo, mais precisamente, o novo Ministro da Saúde António Correia de Campos veio proceder a modificações no âmbito da concretização das PPP's, mormente no que se referia ao respectivo modelo de contratação.

Este modelo passou, por isso, a incidir essencialmente sobre a construção das infraestruturas em detrimento da gestão hospitalar, sem prejuízo dos concursos já lançados para a construção e gestão dos Hospitais de Loures e de Cascais.

---

administrativa, exercidos através do Ministro da Saúde, de acordo com a Lei de Bases da Saúde, mais precisamente, no nº1 da Base XXVI articulado com o artigo 1º, nº1, do Anexo ao Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de Janeiro.

No que diz respeito à noção de «sistema de saúde» é mais abrangente, na medida em que integram os estabelecimentos e serviços integrados no Ministério da Saúde, assim como, as entidades privadas e sociais que a ele se associem mediante a celebração de contratos e convenções, tendo por objecto a prestação de cuidados de saúde.

Revela-se, por isso, preferível utilizar o conceito de sistema num sentido objectivo, entendida como estrutura organizacional e funcionalmente vocacionada para a prestação de cuidados de saúde, integrando uma pluralidade de elementos de variada natureza, como as entidades pertencentes à esfera pública, privada e de vocação social.

Caracterizando em termos objectivos o sistema de saúde português, podemos indicar os seguintes traços: (a) a Constituição e a Lei de Bases da Saúde atribuem ao Estado a responsabilidade pela prestação de cuidados de saúde. Consiste numa responsabilidade de origem e força constitucional, da qual o Estado não poderá eximir. E, neste sentido, a prestação de cuidados de saúde consubstancia-se numa obrigação pública, cuja concretização por imposição directa constitucional, cabe ao Estado mediante a institucionalização de um sistema estruturado e funcionalmente vocacionado para a prestação de cuidados de saúde ou para efectivação do direito à saúde, em concordância com o disposto do nº1, Base IV, da Lei de Bases da Saúde. Deste modo, a prestação de cuidados de saúde merece a qualificação de «serviço público» enquanto objectivo ou actividade, cuja determinação compete ao Estado, assim como, a respectiva execução «pelos seus próprios meios e serviços». E, neste ponto, pode realizar os cuidados de saúde com recurso a privados.

Neste sentido, *vide* LICÍNIO LOPES MARTINS, «Direito Administrativo da Saúde», in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol.III, Almedina, 2010, pp. 232 a 234.

<sup>999</sup> A este respeito, *vide* LICÍNIO LOPES MARTINS, «Direito Administrativo da Saúde», in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol.III, Almedina, 2010, pp. 229.

É, contudo, interessante observar que o Hospital «Professor Doutor Fernando Fonseca» foi entretanto convertido em E.P.E., ou seja, entidade pública empresarial, por Decreto-Lei nº 203/2008, de 10 de Outubro. O presente estabelecimento hospitalar foi entregue à gestão pública em 1 de Janeiro de 2009<sup>1000</sup>.

Por seu turno, o Decreto-Lei nº 85/2002 tem o mérito de incidir sobre a mais recentemente criada «rede nacional de prestação de cuidados de saúde», englobando os cuidados primários, cuidados hospitalares e entidades continuadas», nos termos dos artigos 1º e 8º. De acordo com este novo paradigma legal e segundo o entendimento de ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, dotado de considerável flexibilidade, as parcerias público-privadas na área da saúde podem ser concretizadas e implementadas numa lógica de «geometria variável».

Na verdade, partindo do «contrato de gestão» como contrato-matricial, surge uma verdadeira constelação de parcerias público-privadas no firmamento jurídico da contratação pública portuguesa: (a) concepção, construção, financiamento e manutenção de uma nova infraestrutura de saúde; (b) concepção, construção, financiamento e manutenção de uma nova infraestrutura de saúde associada, cumulativamente, à gestão e exploração da mesma unidade de saúde, inclusive a prestação de serviços clínicos; (c) renovação ou reabilitação de uma unidade de saúde já existente; (d) gestão de uma unidade de saúde ou de um conjunto de unidades de saúde existentes integradas no Serviço Nacional de Saúde, *inclusive* a prestação dos respectivos cuidados de saúde; (e) modelo de misto de articulação entre a «gestão» de uma unidade ou de um conjunto de unidades e a «concepção, construção, financiamento, manutenção» de uma ou mais novas infraestruturas de saúde, *inclusive* a respectiva gestão e prestação de serviços clínicos.

Deste modo, do ora exposto, verificamos que o Estado Português adoptou uma nova filosofia relativamente ao que considera ser como o melhor modelo para a provisão dos serviços de saúde, sobretudo dos serviços clínicos.

Assistimos, assim, à adopção de uma nova opção traduzida na conversão das unidades hospitalares já existentes em entidades públicas empresariais: «E.P.E.». E, não apenas dos estabelecimentos de cuidados de saúde hospitalares que anteriormente integravam o Sector Público Administrativo (SPA) enquanto «estabelecimentos públicos», mas igualmente verifica-se essa tendência, no que concerne às unidades de prestação de cuidados de saúde que, a partir de 2002 e 2003 constituíam o Sector Público Empresarial (SPE) sob forma societária.

---

<sup>1000</sup> Cfr. <http://www.portaldasaude.pt>.

Para além destes estabelecimentos de saúde e, tal como foi já referido, também o «Hospital Amadora-Sintra» que até a esse momento havia sido gerido nos moldes PPP, foi objecto de transformação em «Entidade Pública Empresarial» (E.P.E.).

Este processo de conversão em E.P.E. foi composto por duas fases, as seguintes: (a) transformação em 2002-2003, de alguns Hospitais-Estabelecimentos Públicos em sociedades anónimas (v.g. Hospital Santa Maria da Feira); (b) passagem dos Hospitais S.A. e de todos os outros, a «E.P.E.».

O desiderato teleológico subjacente a esta viragem no domínio hospitalar, deve-se a uma ideologia «anti-privatizante» ou «socializante» que tinha por missão a preservação da essência ou cariz público do S.N.S., a par da garantia dos princípios constitucionais charneira da universalidade, generalidade e de tendencial gratuitidade, não olvidando as exigências conexas com os ganhos de eficiência e na melhor qualidade na prestação dos cuidados de saúde.

NAZARÉ COSTA CABRAL observa que, pese embora a experiência de mais uma década com o HFF, tenha sido encarada como positiva por certos quadrantes da sociedade, de uma perspectiva de ganhos de eficiência e de qualidade do serviço, parece contudo não ter entusiasmado os actuais decisores políticos com a opção PPP, mormente no que respeita à gestão clínica e hospitalar<sup>1001\_1002</sup>.

Continua esta Autora, afirmando que «(...) e o caso não é para menos», em virtude da inadequada gestão negocial do risco, a qual se revela mais preocupante no âmbito das parcerias na saúde.

Este facto implica a adopção de cautelas especiais em diversos níveis: (a) com a definição da alocação de riscos financeiros e da partilha de benefícios; (b) com a implementação dos mecanismos que implicam a tomada de decisões, a priorização de medidas e a assunção de responsabilidades; (c) a aplicação de um adequado parâmetro normativo e contratual.

Por seu turno, existe também o elenco de «riscos de contratação» a ser tido em consideração nos momentos de ponderação e de celebração do contrato («processo de contratualização»), em que deverão presidir os princípios de transparência, de publicidade com respeito pelo escrutínio público.

---

<sup>1001</sup> Neste sentido vão as Auditorias dos Tribunais de Contas constantes dos seguintes relatórios: a) Relatório de Auditoria nº 31/2000 – 2ª secção: - Concessão Estado/LusoPonte SA, com a Auditoria à aplicação do Modelo Contratual e aos Acordos de Reposição do Equilíbrio Financeiro; Relatório de Auditoria nº 38/1999 – 2ª secção, com a Auditoria ao SNS – relatório final; Relatório de Auditoria nº 15/2009 – 2ª secção, com Auditoria ao Programa de PPP da Saúde. Primeira vaga de hospitais; Relatório de Auditoria nº 16/2011 – 2ª secção, com Auditoria orientada à consolidação de contas e à situação económico-financeira do SNS 2008-2009, entre outros.

<sup>1002</sup> Vide, a este respeito, NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 175.



Existe, deste modo, um certo grau de «desencanto» com que se encarou as parcerias público-privadas na saúde, restando a dúvida sobre se estas serão uma alternativa viável no tocante ao nível de provisão dos serviços de saúde, com vista ao tão desejado «Bem-Estar» da colectividade.

Não podemos deixar de fazer menção, na nossa análise sobre a aplicação desta modalidade contratual no sector da saúde, em detrimento das tradicionais formas de contratação pública, à *mutação da sociedade*, desde logo, na própria demografia cada vez mais envelhecida (inversão da pirâmide demográfica), que conduz inevitavelmente a um acréscimo de custos com a prestação de cuidados de saúde. A própria evolução tecnológica desempenha o seu papel na despesa pública sanitária, porque é responsável pelo encarecimento dos tratamentos médicos.

A lógica de maximização do «lucro» por parte dos parceiros privados do Estado, no âmbito das parcerias público-privadas, é absolutamente determinante para a forte pressão financeira que a área da saúde sofre actualmente.

Mas, no cômputo geral e porque os Estados precisam de realizar investimentos avultados num domínio tão sensível e imprescindível para o «Bem-Estar» da população, as PPP's continuam a revelar-se apelativas aos Estados. Até porque as suas complexas montagens financeiras permitem «camuflar», no momento concreto da tomada de decisões políticas de contratar, a pesada orçamentação com os investimentos na saúde que têm como co-interveniente o sector privado que não prescinde da sua considerável e generosa margem de lucros.

Tanto é assim, que estes ficam logo à partida, no próprio momento da celebração dos contratos, bem assegurados contratualmente. («(...) os Estados, mais e menos desenvolvidos, contam com as parcerias público-privadas como importante veículo de investimento nos cuidados médicos (terapêuticos e nos serviços de saúde em geral)»<sup>1003</sup>).

Todavia, é interessante verificar que o «fenómeno PPP» também está em voga nos países menos desenvolvidos, carentes em recursos económico-financeiros e impotentes perante as gritantes necessidades sociais e de saúde das respectivas populações.

As parcerias público-privadas possuem, assim, uma relevância incontornável, porquanto são criadas para promover avanços decisivos no estado actual da medicina, marcando progressos científicos e terapêuticos, absolutamente essenciais à melhoria da

---

<sup>1003</sup> Vide, a este respeito, NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 176.

qualidade na prestação de cuidados de saúde (v.g. mais terapias inovadoras e investigação científica).

A concretização das parcerias público-privadas nestes países não dispensa a participação de múltiplos *players* ou parceiros: Estado, empresas multinacionais farmacêuticas, ONG's (organizações não governamentais), como os Médicos sem Fronteiras, assim como, fundações privadas especializadas em investigações médico-científicas.

No que particularmente respeita à realidade portuguesa, perante o forte espartilhamento económico-financeiro ao nível das contas públicas, num contexto de crise económica globalizada, de raio de influência internacional, que restringe o grau de investimento pretendido pelo Estado com a saúde, a «solução PPP» afigura-se como a opção a adoptar nos anos vindouros.

De facto, perante a inadequação das clássicas formas de contratação pública, no domínio especial que é a *saúde*, a parceria público-privada revela-se como o caminho a seguir pelo Estado, no que concerne à miríade incontável de serviços a ser prestados na saúde.

Assim é, em virtude das soluções diversificadas que oferece, designadamente as seguintes: (a) provisão pública em estabelecimento de saúde do Sector Público Administrativo; (b) provisão pública por empresas integradas no Sector Público Empresarial, sob a forma de E.P.E., a qual consiste, aliás, numa nova tendência; (c) provisão pública por empresas integradas no SPE, sob a forma de S.A. («Sociedades Anónimas de Capitais»); (d) PPP e «*contracting out*»; e, por último, (e) provisão privada de serviços.

Em jeito de balanço, conforme mencionado em momento anterior do presente trabalho, actualmente assistimos a um fenómeno empresarializador do sector da saúde, o qual se alicerça nas seguintes traves mestras. Primeira, a existência das empresas públicas e pela transição dos hospitais do Sector Público Administrativo para o Sector Empresarial do Estado. Outra característica é o recurso usual aos instrumentos de gestão que são próprios dos agentes e operadores privados no contexto da gestão pública.

Vale a pena assinalar que a reforma no âmbito da saúde é reflexo de uma reforma profunda a um nível mais amplo, da própria Administração Pública, ora designado por «*New Public Management*»<sup>1004</sup>, o qual tem vindo a verificar-se na vasta maioria dos países europeus.

---

<sup>1004</sup> O «*New Public Management*» ou a «nova gestão pública» é marcadamente caracterizada por três vectores: (a) controlo das despesas públicas; (b) adopção de técnicas e processos de gestão empresarial; (c) mudança do Estatuto dos funcionários. Por outro lado, importa enaltecer a distinção entre as funções de prestação e de financiamento. Um dos pressupostos essenciais desta reforma na Administração Pública é que os gestores possuam a competência para assumir e executar as funções de gestão das entidades prestadoras de cuidados de saúde com autonomia e responsabilização, sendo devidamente objecto de avaliação pelos resultados obtidos.

As despesas em saúde, elevadíssimas, verificadas nas últimas décadas têm crescido a um ritmo acelerado em virtude do crescente desenvolvimento científico e tecnológico e ao aumento da oferta em cuidados, conduziram, globalmente, a que os governos instituíssem políticas no sentido de melhorar o funcionamento das instituições prestadoras de cuidados de saúde,

Após o que foi mencionado acerca da «nova gestão pública» e da *invasão* de competências e respectivas *potestades* públicas na esfera de actuação privada ou ainda, sob outra perspectiva, da delegação de funções sociais do Estado para os privados, restará sempre responder à questão que se prende com a responsabilidade.

Responsabilidade que se mede em vários quadrantes. Responsabilidade, desde logo, por virtude de danos ocasionados por actos materiais ou actos jurídicos causados pelos privados que actuam em vez, em nome e por conta do Estado, na esfera jurídica de outros privados.

Os privados que actuam em substituição do Estado terão, tal como se do próprio Estado se tratassem, desenvolver a missão de prossecução do interesse público, orientados pelas exigências resultantes dos princípios de imparcialidade, objectividade, legalidade, de boa administração, transparência e independência relativamente a outros privados e até a entidades públicas. Independência, numa perspectiva não apenas de autonomia material e funcional, mas mais que isso, numa perspectiva de isenção.

Outro aspecto a ser tido em conta na actividade desenvolvida pelos particulares aos quais o Estado acorre, deverá ser o de encarar o «interesse público» como o desiderato central dessa mesma actuação, sem olvidar jamais as garantias e direitos fundamentais dos cidadãos. Apraz-nos assinalar o facto de as entidades privadas encontrarem-se, neste contexto, vinculadas aos direitos, liberdades e garantias, tal como plasma o artigo 18º, nº3, da lei fundamental, mas não como entidades privadas que são, mas enquanto entidades públicas, porquanto é nesta veste que actuam.

Na medida em que actuam dotadas de uma especial *autoritas*, munidas de *ius imperium* e apetrechadas dos respectivos *poderes exorbitantes*, como se de verdadeiro Estado se tratassem, à luz do Direito Constitucional e, com maior pormenor, à luz do Direito Administrativo, fará todo o sentido fazer-lhes idênticas exigências constitucionais e enquanto guardiãs de interesse público, tendo um regime sancionatório mais agravado.

Encerra um enorme desafio para estas entidades privadas o de, prosseguir o interesse geral, em vez do seu próprio interesse, quando concorrem com outros privados economicamente rivais. Quer dizer, é particularmente difícil, por exemplo, a um sujeito privado que exerce funções públicas em vez do Estado, alhear-se do facto de ser um privado, de procurar o lucro e de aproveitar a “oportunidade”, de estar melhor posicionado naquele

---

mediante o aumento de eficiência e eficácia dos serviços e do desenvolvimento de novos modelos de gestão favorecendo a autonomia e responsabilidade dos gestores.

Para além destes aspectos a ter em consideração, os métodos de gestão empresarial incorporados no domínio da saúde consiste essencialmente na constituição de entidades com natureza e formato empresarial através da criação «*ex novo*» e mediante a transformação de entidades já existentes.

momento, para esmagar a concorrência que se dedica à prestação do mesmo serviço ou bem. É, no fundo, pedir ao privado que esqueça plenamente a sua verdadeira natureza, que é “privada”.

Pelo facto de a imparcialidade, a boa administração e a missão de serviço público constituírem algo tão difícil de alcançar por parte dos privados, nunca deverá isentar-se de responsabilidade, de igual modo, o Estado por actos praticados por aqueles, abrindo-se a porta a uma manifesta objectivização da responsabilidade administrativa.

Na verdade, um Estado que sabe que lhe poderá ser assacada responsabilidade, tendo de pagar indemnizações aos cidadãos, com consequências inevitáveis para a sobrecarga do erário público e da despesa pública, é um Estado que será mais vigilante, mais prudente, mais sensato, desde logo, no momento em que escolhe o seu parceiro, o seu substituto, assim como, no momento em que lhe dá instruções e orientações para exercer uma dada actividade, num concreto sector, nunca deixando de exercer diligentemente as suas funções de fiscalização sobre essa mesma actividade.

Deste modo, ainda que ao parceiro privado possa ser imputada responsabilidade por acções ou omissões decorrentes do exercício da sua actividade em vez e por conta do Estado, nunca este, se encontrará eximido de igual grau de responsabilidade, ainda que possa inexistir qualquer grau de culpa.

Mas, em regra, o Estado encontrar-se-á sempre vinculado juridicamente às suas escolhas, por força da influência e do impacto no «interesse público», podendo ser-lhe imputada culpa por *eligendo* (pela escolha e reconhecimento de um determinado privado como seu contraente-substituto), por *instruendo* (pelas suas directrizes e instruções) e por *vigilando* (pelas lacunas e omissões na sua função de fiscalizador ou, simplesmente, pela deficiente e má fiscalização realizada).

No limite, o Estado sempre arcará com a responsabilidade objectiva, em nome do princípio ancestral de Direito «*casum sentit dominus*», na medida em que usufrui da actividade exercida pelo privado, a par do critério do «*bonus pater familias*» (artigo 483º, nº2, do Código Civil) que obriga a ser diligente.

Mas claro, sendo alegada e provada a existência de prejuízos patrimoniais e não patrimoniais, sofridos por outros privados na sua esfera de direitos e liberdades ou tão-só de cariz patrimonial, causados “pelo” e “por causa” do exercício da actividade desenvolvida por parte do privado, em vez e por conta do Estado.

Quando falamos em responsabilidade, temos de ter um prejuízo, pois o instituto da responsabilidade tem como grande finalidade a reposição do lesado na situação em que estaria se não tivesse existido a lesão, visando-se o justo e adequado ressarcimento deste,

para além da ideia inerente a qualquer tipo de responsabilidade, que é a da “leitura pedagógica” subjacente à retribuição, sanção ou punição, na medida em que o próprio privado “aprende” com os seus erros e os outros privados comportar-se-ão de modo mais diligente que o privado “prevaricador”.

O Estado respondendo patrimonial e, diga-se, “moralmente”, por actos ou omissões por parte dos “privados”, seus parceiros, colaboradores ou contraentes, substitutos, em que ele delega as suas funções, terá direito ao denominado direito de regresso contra esses mesmos “privados”<sup>1005</sup>.

Solução diversa seria, aliás, susceptível de conduzir a uma desresponsabilização intolerável num Estado de Direito, cujos funcionários, agentes e colaboradores, públicos ou privados que actuem sob a veste de *autoritas publica*, terão de primar pela excelência, ou seja, pela busca incessante da perfeição do interesse público. Para tanto, utilizando uma expressão de ORTEGA ALVAREZ, o Estado tem de adoptar como sendo seu, o imperativo ou o dogma da eficácia<sup>1006</sup>.

---

<sup>1005</sup> Existe o entendimento de, pelo menos, uma franja da doutrina espanhola que vai no sentido de considerar que o Estado deverá responder em segunda linha, como *última ratio*, não respondendo com o seu próprio património directamente. Quer dizer, apenas nas circunstâncias em que esse determinado privado que actua em vez e em nome dele, não possuir património suficiente, após accionar os mecanismos de seguradora, para o ressarcimento pleno dos privados lesados é que o Estado deverá pagar as indemnizações, enquanto «responsável subsidiário». Neste sentido, vide C. PADROS REIG, *Actividad Administrativa y entidades colaboradoras*, Tecnos, Madrid, 2001, pp.187 e seguintes.

<sup>1006</sup> Vide, neste sentido, ORTEGA ALVAREZ, “El reto dogmático de la eficacia”, in *Revista de Administración Pública*, nº133, pp.1994.

## CONCLUSÃO À SEGUNDA PARTE

Reflexos da Experiência das Parcerias Público-Privadas na Saúde em Portugal: o ***Advento do Estado Mínimo de Regulação*** e o ***direito de acesso à saúde***.

Assistiremos, hoje, a uma demissão do Estado perante a sua missão social mais sagrada? Estará o Estado a violar o seu Juramento de Hipócrates teleologicamente vertido no Contrato Social celebrado com o cidadão, utente do SNS e, desse modo, inevitavelmente a violar a cláusula suprema da dignidade da pessoa humana, com tutela nacional e internacional? De que modo é que o fenómeno parcerístico contribuiu ou não para esse facto?

Estas são reflexões que ao longo da nossa excursão pretendemos dar resposta, tendo considerado que o Estado encontra-se num verdadeiro *limbo*. Assim é, em virtude da seguinte ordem de razões e de ideias que enunciamos em síntese nesta conclusão.

Autores como URÍA FERNÁNDEZ consideram que as parcerias público-privadas permitem a construção de infraestruturas, sua manutenção e exploração, sobretudo quando se reportam a sectores da actividade administrativa que pela sua (*“tendencial”* ou total) gratuidade pareciam, à partida, incapazes de contribuir para a obtenção de recursos económicos, como a saúde, educação, determinadas infraestruturas de transportes (v.g. pontes) e enquanto tal, afiguravam-se insusceptíveis ou inadequados para a concessão tradicional ou para a colaboração de empresas privadas<sup>1007</sup>.

Assim, um dos méritos desta nova forma de contratar consiste na compatibilização dos mecanismos alternativos de financiamento (quase) exclusivamente privado, aliviando o défice nas contas públicas, contribuindo para um acréscimo assinalável por parte do Estado na iniciativa em realizar obras de relevância imprescindível para o desenvolvimento do país e à melhoria da qualidade de prestação de serviços públicos e, desse modo, contribuir para o aumento do “Bem-Estar” da população.

Por esta ordem de razões, as parcerias são uma figura de contratação pública em franca expansão, bastante apelativa para não dizer sedutora, aos Governos determinados em concretizar o imperativo constitucional ínsito na cláusula de «Bem-Estar», mais precisamente, no desempenho da sua missão concretizadora e prestadora do «interesse público», numa época de enorme crise económica, perante a qual se encontram em posição de considerável vulnerabilidade.

---

<sup>1007</sup>Podemos encontrar a citação deste Autor a propósito do balanço crítico sobre os benefícios ou vantagens das PPP's, na obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 536.

(...) Apesar das valências enunciadas ao longo deste estudo, a verdade é que existem opiniões dissonantes no sentido de “desimportantizar” a parceria público-privada como alternativa às clássicas formas de contratação pela Administração.

Há quem considere que esta nova modalidade de contratar por parte da Administração não é necessária, visto que as tradicionais formas de contratação pública já possuem, por si próprias, as valências e virtualidades aptas para preencher as necessidades colectivas, defendendo a ideia de que a introdução da parceria público-privada foi realizada sem que tenha sido devidamente fundamentada a necessidade da sua incorporação e, sobretudo, sem que tenha existido uma adequada delimitação face às demais figuras contratuais, como a concessão de obras e serviços, o que resulta em inevitáveis confusões e situações obscuras da responsabilidade de uma não tão feliz técnica legislativa<sup>1008</sup>.

MARÍA J. MAS considera, a respeito das potencialidades das parcerias público-privadas, que «a novidade prática desta figura é relativa, visto que o Estado já tem vindo a utilizar esta fórmula contratual *«si bien no bajo la cobertura de esta nueva figura de contrato típico sino más bien como contrato administrativo especial»*<sup>1009</sup>.

Adianta ainda a seguinte consideração: «Posiblemente en todo o caso una de las razones que hayan exigido la creación de esta figura contractual típica sea análoga a la que ha causado que los contratos como los bancários y de seguros se consideren privados: ninguna entidad privada querría en otro caso hacer frente a las elevadas inversiones y riesgos que este contrato comporta si además ello no fuera acompañado de una cierta modulación de las prerrogativas de la Administración durante la vida do contrato. (...) Es posible que una das verdaderas razones de esta figura sea ésta: la conveniencia en ciertos casos de modular asunción de la totalidad del riesgo por el sector privado»<sup>1010</sup>.

Segundo o entendimento de GONZÁLEZ GARCIA a necessidade tanto dos riscos de construção, como riscos de exploração tecnológicos e de financiamento são definidos com algum pormenor e rigor quanto à matéria relativa à sua repartição, no próprio momento da celebração do contrato.

O Direito Europeu (derivado), patente na Comunicação da Comissão 2000/101/02, pronuncia-se em relação às diferenças entre o contrato de obras “normal” e o contrato de

---

<sup>1008</sup> «Además, se há configurado de tal forma su régimen jurídico que se produce un solapamiento con otros contratos típicos (bien el de obras, bien el de servicios, bien el de suministros) dependiendo de cuál sea la prestación predominante, de forma que, al final, no se sabe cuál es el régimen jurídico que resulta aplicable a este contrato». Neste sentido, vide a obra sob a coordenação de HILARIO LLAVADOR CISTERNES, *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 537 e 538, nota de roda-pé nº5.

<sup>1009</sup> (itálico nosso) Vide a obra sob a coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la contratación pública. En especial en la Administración local Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial La Ley, 2009, pp. 433.

<sup>1010</sup> Vide a obra sob a coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la contratación pública. En especial en la Administración local Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial La Ley, 2009, pp. 441.



concessão de obra pública, indo no sentido de permitir uma maior transferência de riscos para o parceiro privado<sup>1011</sup>.

Este autor indica uma outra razão para a preferência pela modalidade contratual PPP: «(...) dar al contratista un mayor protagonismo a lo largo de la vida do contrato». Por outro lado, a possibilidade de o «valor ou preço do contrato» poder ser pago ao longo da vida do contrato, mas também em função de resultados e metas atingidas ao nível do rendimento (receitas) obtido.

Estes aspectos são, na verdade, particularidades dos contratos de parcerias público-privadas que impelem o Estado, outros entes e organismos públicos a recorrer a esta nova modalidade contratual em vez dos tradicionais modos de contratar.

Nem sempre existiu um Estado Prestador ou Produtor<sup>1012</sup>. Tal como salienta ANA PAULA HARFOUCHE, na época do Estado Liberal, não existia uma intervenção pública enquanto agente regulador do mercado, na medida em que se acreditava nos poderes de auto-regulação e de «auto-regeneração» deste em si próprio, voltado para os mecanismos de funcionamento. Muito excepcionalmente, era admitida a intervenção estadual para colmatar eventuais «falhas de mercado», designadamente quando a lógica de preço-oferta-procura não era harmoniosa conduzindo a situações de má distribuição de recursos<sup>1013</sup>.

Aliás, até à Primeira Guerra Mundial, qualquer estabelecimento de distribuição e prestação de serviços públicos competiam inteiramente às entidades públicas, sendo a partir do Pós-Guerra, de 1918 em diante, que paulatinamente foi-se assistindo à criação de serviços públicos de cariz comercial e industrial, encontrando-se submetidos ao direito privado.

Com efeito, passa a existir uma nova tendência de actuação estadual na sua missão de prestação de serviços públicos que se caracteriza pelo crescente envolvimento dos privados, mediante a celebração de contratos de concessão ou do denominado «serviço público personalizado». Esta situação vai ser prolífera para o surgimento de novas formas de organização do Estado, na veste de Estado Prestador ou Produtor de bens e serviços, essenciais à comunidade.

Ora, a partir de 1945, Pós Segunda Guerra Mundial, os «serviços públicos económicos» vão evoluir para o conceito de «empresas públicas» e, no que se refere em particular à

---

<sup>1011</sup> Neste sentido, Vide a obra sob a coordenação de AMPARO K. FRASQUET, *Aspectos Prácticos y Novedades de la contratación pública. En especial en la Administración local Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial La Ley, 2009, pp. 441 e 442.

<sup>1012</sup> Sobre as metamorfoses fáticas pelas quais o ente «Estado» tem passado ao longo do tempo e da História, bem como, sobre a intervenção estadual e intervenção privada na sociedade, vide VASCO PINTO REIS, “A intervenção privada na prestação pública: da expansão do Estado às parcerias público-privadas”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol.4, Lisboa, 2004, pp.121 e seguintes.

<sup>1013</sup> Vide, ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 45 e 46.

realidade portuguesa, apenas a partir da «Revolução de Abril», sobretudo a partir de 1976 é que o sector empresarial do Estado conheceu o seu «boom»<sup>1014</sup>.

Na verdade, é consagrado um regime especial para as empresas públicas, munidas de verdadeira personalidade jurídica e dotadas de autonomia nas vertentes: financeira, administrativa e patrimonial. Deste ponto até ao momento em que o Estado começa a desenvolver a sua actividade, como se de um privado se tratasse, foi um «passo de bebé», mediante a adopção de forma societária, mais precisamente, a forma de sociedades comerciais por acções (de capitais públicos).

Mais recentemente, por virtude do fenómeno das Parcerias Público-Privadas nos diversos sectores de actividade do Estado, com particular enfoque no sector da saúde, as funções e atribuições classicamente realizadas pelo Estado passaram a ser desempenhadas pelos privados. Mas, tal não implica necessariamente uma «verdadeira retirada do Estado, já que este permanece responsável, apesar da crescente preferência por esquemas reguladores, nomeadamente pela imposição de regras públicas sobre actividades privadas de cariz social»<sup>1015</sup>.

Contudo, é interessante assinalar que ao mesmo tempo que a intervenção do Estado enquanto prestador, na sociedade, na economia e, mais concretamente, no sector da saúde sofre uma significativa redução, a sua intervenção enquanto regulador beneficia de uma considerável expansão.

Assim, ocorre em movimento proporcionalmente inverso, um decréscimo do papel prestador do Estado e um aumento da função reguladora<sup>1016</sup> do mesmo e, na área da saúde, através da criação de uma entidade inserida no tecido público, mas dotada de independência: Entidade Reguladora da Saúde<sup>1017</sup>, considerando-se que para além de uma «previsão contratual adequada e hábil», as parcerias público-privadas na saúde deverão ser «(...) complementada(s) por um sistema de regulação correcto e blindado e por modalidades de acompanhamento e fiscalização eficazes»<sup>1018</sup>.

---

<sup>1014</sup> O sector empresarial do Estado, no entendimento de ANA PAULA HARFOUCHE, aquele define-se como sendo uma plêiade de «entidades produtivas e outras entidades públicas, organizadas e geridas de forma empresarial».

Neste sentido, vide ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 45 e 46.

<sup>1015</sup> Assim, ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 49.

<sup>1016</sup> BILHIM, autor citado por ANA PAULA HARFOUCHE, define regulação do Estado na actividade económica como «(...) conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas, através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla, ou influencia o comportamento de agentes económicos». Vide, ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 49.

<sup>1017</sup> O Decreto-Lei nº 309/2003, de 10 de Dezembro foi responsável pela criação da ERS, a qual tem o mérito de estabelecer a regulamentação legal da intervenção, modos de actuação dos *players* pertencentes ao sector privado e social, no que em especial concerne à prestação de cuidados de saúde.

<sup>1018</sup> Sobre a relevância de uma entidade reguladora no sector da saúde, mais premente em virtude do fenómeno parcerístico e da «invasão» do sector privado na saúde, vide VASCO PINTO REIS, «A intervenção privada na prestação pública: da

No que concerne ao sector da saúde, JORGE ABREU SIMÕES, citado por ANA PAULA HARFOUCHE, considera que «(...) o Estado deixa progressivamente de ser produtor, empresário e principal prestador de serviços públicos (que passam a ser dirigidos por empresas privadas, por delegação do Estado ou em parcerias público-privadas) e, passa a assumir, cada vez mais, um papel de regulador e de organizador e comprador de serviços públicos»<sup>1019</sup>. Para esta nova realidade contribuiu, em grande parte, a adopção de uma nova filosofia de actuação estadual, que se pretendia mais eficiente, ágil, célere, simplificada e até rentável designada de «*New Public Management*».

A perspectiva inovadora oferecida pela filosofia subjacente ao «*New Public Management*»<sup>1020</sup> contribuiu para uma realidade jurídico-política marcada pela mutação do Estado de Providência, Estado Assistencial ou Estado Social, agora sob a veste de um Estado empresarialista ou dotado de uma índole mercantilista e reguladora, com as necessárias consequências ao nível do estatuto e das respectivas funções sociais e económicas estaduais.

Neste sentido, enunciamos a posição preconizada por J.A. OLIVEIRA ROCHA, segundo o qual «a adopção do *New Public Management* como paradigma inspirador da reforma sentida na Administração Pública fez-se em paralelo com a *transformação do Estado de Welfare em Estado Managerial*»<sup>1021</sup>.

Em traços sintéticos, o «*New Public Management*», enquanto nova forma de o sector público pensar e actuar, possui as seguintes linhas-mestras<sup>1022</sup>: a) separação em compartimentos estanques, o aspecto político e o aspecto económico-financeiro, dando espaço a uma gestão flexível, mediante a fixação de *targets* económicos e através da imposição de mecanismos de responsabilização aos gestores, assim como, da introdução de indicadores e critérios empresarialista de avaliação da actuação desenvolvida. Assim aparece como sendo um aspecto determinante a inclusão, na filosofia do Estado, de uma lógica de separação entre governar ou *steering* (veste política) e executar, actuar ou *rowing* (veste prestadora no fornecimento de serviços); b) introdução de mecanismos de mercado na prestação ou distribuição de serviços públicos; c) exige-se do Estado não a função de

---

expansão do Estado às parcerias público-privadas”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol.4, Lisboa, 2004, pp.133 e seguintes.

<sup>1019</sup> Vide ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 50.

<sup>1020</sup> Acerca do «*New Public Management*», bem como, sobre as tão necessárias «reformas de financiamento» no sector público, sobretudo no âmbito do sector da saúde, vide VASCO PINTO REIS, “A intervenção privada na prestação pública: da expansão do Estado às parcerias público-privadas”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol.4, Lisboa, 2004, pp.129 e seguintes.

<sup>1021</sup> (itálico nosso) Assim, J.A. OLIVEIRA ROCHA mencionado no estudo de ANA PAULA HARFOUCHE *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 49.

<sup>1022</sup> Neste sentido, vide ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 50 a 52.

empregador, mas que se torne um *player* económico competitivo, capaz de proporcionar a qualidade do serviço público pelo valor mais inferior possível ou, noutros termos, pretende-se que o Estado seja eficiente.

E, neste contexto, revela-se sobejamente desadequado o tradicional e pesado modelo de organização administrativa, demasiado burocrático e ineficiente, pelo que em consequência é curial concluir que: «o *New Public Management* apresentou-se como uma alternativa ao modelo burocrático tradicional de conduzir a gestão pública (...)», devendo o Estado apenas actuar nos espaços deixados em branco pelos privados<sup>1023</sup>.

Em alternativa ao modelo oferecido pelo «*New Public Management*» aparece o designado «*New Public Service*», o qual pese embora possua pontos de contacto e de semelhança com o primeiro, assenta em diferentes pressupostos, preocupando-se com a «acessibilidade, segurança, atenção pessoal, postura de ajuda, equidade, uso responsável do dinheiro e sensibilidade à opinião do cidadão»<sup>1024</sup> por considerar que mediante o estrito critério de racionalidade aplicado ao serviço público mediante metodologias de gestão privada, não é possível alcançar um sistema de serviço público justo e equitativo. Esta ideia é particularmente premente no sector da saúde.

Com a adopção do modelo jurídico-contratual parcerístico ou até por via da concessão, como modelos preferenciais de contratação, o Estado aceita, ainda que tacitamente, uma modificação à lógica da responsabilidade de garantia no que concerne a actividades e serviços tipicamente qualificados como «monopólios naturais», ou seja, relativamente a serviços públicos ou infraestruturas públicas pertencentes à titularidade estadual, cuja gestão passa para mãos de privados.

Com efeito, nas palavras de PEDRO COSTA GONÇALVES, «(...) contrato de concessão (ou contrato de parceria público-privada) transforma a responsabilidade pública inicialmente executiva (assente na titularidade de uma actividade de serviço público e na incumbência de a gerir) numa responsabilidade de garantir ou de assegurar que o concessionário privado explora essa mesma actividade, segundo certas regras (dispostas na lei e no contrato). A colaboração provoca, portanto, um fenómeno de partilha de responsabilidades, confiando ao parceiro privado a execução e mantendo no parceiro público a fiscalização e a garantia do funcionamento do modelo»<sup>1025</sup>.

---

<sup>1023</sup> Assim, ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 53.

<sup>1024</sup> Neste sentido, ANA PAULA HARFOUCHE, *Hospitais transformados em Empresas. Análise do Impacto na eficiência: estudo comparativo*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2008, pp. 58.

<sup>1025</sup> Neste sentido, vide PEDRO COSTA GONÇALVES, “Estado de Garantia e Mercado”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, VII especial, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.126. Vide, de igual modo, a necessária relação entre Estado e Regulação, no artigo de PEDRO GONÇALVES, “Regulação económica e contrato”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.987 e seguintes.

Deste modo, é curial considerar que, em virtude de uma delegação de funções ou de atribuições classicamente estaduais para a esfera do sector privado, quer através da centenária concessão, quer através da inovadora parceria público-privada, o Estado como que se demite da prestação directa de serviços públicos e «assume uma situação institucional mais recuada, uma “posição de garante”»<sup>1026</sup>.

O modelo parcerístico apresenta, por isso, a enorme vantagem de aproveitar e alocar os recursos públicos associando-os à eficiente experiência de actividade e «*know-how*» dos privados, para a concretização do serviço público e realização da missão social do Estado.

A parceria público-privada serve, igualmente, o «interesse na activação do potencial de inovação e de eficiência gestonária que o sector privado pode aportar à gestão de infraestruturas e de serviços públicos».

Acresce que, no entendimento de PEDRO COSTA GONÇALVES, «o desenvolvimento de expedientes de colaboração público-privada associa-se, em grande medida, ao crescimento da importância do contrato na vida administrativa e ao fenómeno que tem sido designado pela *administração pública por contrato*»<sup>1027</sup>.

No quadro legal e regulamentar das parcerias público-privadas, que alia o sector público ao sector privado, a figura do «contrato público administrativo» possui uma posição de destaque incontornável afirmando-se como um «instrumento de grande significado e relevância na construção do Estado de Garantia e, em especial, na dinamização de uma Administração de Garantia – no caso, de uma Administração que tem a incumbência, por um lado de assegurar a celebração de contratos que acautelem e respondam às exigências de interesse público e, por outro lado, de regular actuação do co-contratante, assegurando que este cumpre pontualmente as obrigações assumidas»<sup>1028\_1029</sup>.

CARLA AMADO GOMES lança as seguintes questões: «Significa isto que a locução Estado Social está ultrapassada? Que o modelo mais “sensível e nobre da história das instituições políticas se esgotou? Que razão têm aqueles que diagnosticam o Estado Social em “liquidação” e o trânsito para uma nova realidade, a do Estado pós-social, ou qualquer outra ainda tão recente como inominada?» e conclui que «parece-nos que a crise se prende mais com a espécie do que com o género.

<sup>1026</sup> Assim, vide PEDRO COSTA GONÇALVES, “Estado de Garantia e Mercado”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.126.

<sup>1027</sup> Assim, vide PEDRO COSTA GONÇALVES, “Estado de Garantia e Mercado”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, especial, pp.127.

<sup>1028</sup> Neste sentido, vide PEDRO COSTA GONÇALVES, “Estado de Garantia e Mercado”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.126 e 127.

<sup>1029</sup> Sobre a problematização relacionada com o surgimento do Estado Social actual enquanto Estado de Garantia, vide JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social? A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos “Direitos Adquiridos”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 95 e seguintes.

Quer com isto dizer, dito doutro modo, que o desgaste e a crise que se denota actualmente cinge-se às estruturas em que assenta o Estado-Providência, não colocando em causa o desiderato-matriz em que o Estado assenta, mormente no que respeita à vontade em contribuir para uma maior e mais equitativa redistribuição da riqueza<sup>1030</sup>.

Deste modo, a nosso ver, não assistimos a uma mutação do Estado para um Estado mínimo, pese embora a manifesta redução de tarefas desempenhadas directamente por si. Pelo contrário, verifica-se sim, uma reconformação das funções do Estado ainda Social, mas que por virtude da sua debilidade económica perante as transformações demográficas, sociais e económicas, já não possui a capacidade para, em termos sustentáveis, manter a sua veste de *Estado Pai Natal*.

Do nosso ponto de vista, não estamos a assistir ao advento do Estado mínimo, com o inevitável retrocesso das funções sociais, mas sim a uma delegação dessas funções em quem melhor se encontra em posição económico-financeira e técnica, para as concretizar. Neste momento, existe um paradoxo: o Estado apenas consegue cumprir a Constituição graças ao papel dos privados.

Os imperativos constitucionais que vinculam o Estado<sup>1031</sup>, designadamente, os relacionados com a garantia de acesso à saúde, em termos de qualidade, igualdade, equidade e de universalidade na saúde apenas é alcançado, hoje, por via da actuação de privados e de instituições particulares de solidariedade social («terceiro sector»), em virtude dos contratos de colaboração celebrados entre o Estado e os privados.

Por isso, o Estado não pretende converter-se num Estado mínimo, porque tal implicaria um assumir de demissão pura e simples das suas funções, que consideraria não lhe pertencer, remetendo em termos absolutos para a esfera da sociedade civil essas mesmas funções. Ora, não é o que hoje sucede.

Temos um Estado que não pretendendo abdicar da sua vocação social, está, no entanto, consciente da sua incapacidade financeira para a concretizar, tal como até ao presente momento. Nestes termos, estabelece laços e parcerias com o sector privado, para que o cidadão não deixe de usufruir dos serviços públicos em termos de qualidade, volume e de diversidade, enaltecendo-se actualmente o papel determinante das parcerias público-privadas neste desiderato.

---

<sup>1030</sup> Assim, CARLA AMADO GOMES, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *Revista da Faculdade Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 25 e 26.

<sup>1031</sup> Acerca do «discurso do Estado Social no constitucionalismo português», vide JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social? A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos “Direitos Adquiridos”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 100 e seguintes.

O Estado não é mínimo. Afastamos a ideia aventada por alguns Autores e interventores no espaço de debate público que pugnam pelo surgimento do Estado Mínimo pelo facto de o Estado ser hoje não já de Prestação, mas de Regulação. Pelo contrário, trata-se tão-somente de um Estado Social demasiado ambicioso, que já não se pode dar ao “luxo” de ser um Estado Assistencial tal como concebido no Pós Segunda Guerra Mundial.

Nesta senda, vai o entendimento preconizado por CARLA AMADO GOMES, a respeito do Estado Social, que «é, por si mesmo, cada vez menos interventor – e cada vez mais regulador (...)»<sup>1032</sup>.

E, assim é, porque atendendo à verdade comumente aceite, o Estado Social não é mais sustentável, não podendo mais assumir-se como um “Estado-faz tudo” ou “Estado-dá tudo”, porque as consequências tributárias<sup>1033</sup> teriam um nefasto e incomensurável peso sobre a vida do cidadão e seria sempre uma solução não estruturante, de curto prazo, tipo ciclo-vicioso.

Assim sendo, o Estado que tradicionalmente era prestador, transferiu grande parte dessa sua componente prestadora para os privados e reconformou a sua posição e estatuto, passando a vigiar e supervisionar a realização das funções agora concretizadas por outros e, deste modo, o Estado converteu-se num Estado Regulador, sem que, no entanto, e sublinhe-se esta ideia, seja um Estado demissionário e mínimo.

Atendendo à plêiade de incumbências estaduais no que concerne ao catálogo de direitos sociais e ao correlativo feixe de serviços públicos que deles resultam, o Estado de hoje é tudo menos mínimo.

Na verdade, Estado Regulador não equivale a Estado mínimo, porquanto ele mantém a sua vocação social mas noutro patamar, a montante, preocupando-se com o cumprimento da Constituição e velando pela concretização cabal dos direitos sociais, como a saúde, por parte dos seus parceiros privados. E, mais que isso, sobre esse Estado de Regulação impende uma forte e rigorosa responsabilidade de manutenção e conservação dos compromissos do Estado com as gerações presentes e futuras, com quem estabeleceu um «contrato social» inalienável, sob pena de ele próprio (Estado) e demais entidades reguladoras às quais ele recorre, serem objecto de responsabilização e de sancionamento<sup>1034</sup>.

---

<sup>1032</sup> Assim, CARLA AMADO GOMES, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *Revista da Faculdade Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 21 e 22.

<sup>1033</sup> A respeito da oneração tributária do cidadão-contribuinte, aconselha-se a análise do estudo profundo e esclarecedor, de CASALTA NABAIS, “Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social”, in *Revista da Faculdade Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.51 e seguintes.

<sup>1034</sup> A este respeito, vide DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Um ou vários contratos sociais em Rousseau?”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, vol.I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.15 a 30, assim como, LUIS MENEZES LEITÃO, “A Responsabilidade civil das entidades reguladoras”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, vol.III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 113 a 122.



A diminuição do leque de funções do Estado, através da respectiva delegação em particulares, não é sinónimo da *deserção*<sup>1035</sup> ou demissão do Estado<sup>1036</sup> enquanto Estado Social, mas sim de uma sua adaptação à realidade da sociedade para a qual vive e na qual se embrenha.

Neste sentido, vão igualmente PEDRO GONÇALVES e LICINIO LOPES MARTINS, cujo entendimento aparece assim expresso: «O novo modelo, de Estado regulador, não representa portanto a retirada, abdicação ou renúncia do Estado a toda e qualquer forma de compromisso em face das novas actividades correspondentes aos serviços públicos económicos. (...) essa lógica de mercado é temperada pela presença do Estado, do qual se reclama a definição da disciplina que rege a actuação dos agentes do mercado, a supervisão e a fiscalização do cumprimento do que nessas regras se estabelece e se exige que *garanta* a realização, pelo mercado, de certos fins sociais (para esse efeito, cabe-lhe estabelecer uma *regulação social*, que, entre outras coisas, assegure o acesso de todos os cidadãos a certos serviços essenciais: para explicar esta nova forma de realização daquilo que, apesar de tudo, continua a ser uma incumbência social do Estado fala-se em *serviço universal* e de *obrigações de serviço público*)<sup>1037</sup>.

Outro aspecto que merece ser reforçado, prende-se com o incremento do peso e da relevância da responsabilidade do Estado pelo cumprimento das políticas públicas, ao nível do controlo, supervisão, organização, direcção, vigilância da concretização daquelas pelo sector privado. Com efeito, os deveres de prestação, fornecimento ou distribuição dos direitos sociais e dos serviços públicos foram, pois, substituídos por deveres de garantia, de zelo, de orientação através de directrizes estaduais, de fiscalização e de supervisão sobre a realização daqueles.

Não existe uma *eliminação tout court* das funções sociais e do papel do Estado Social que, a existir o tornaria num Estado Mínimo, o que existe, sim, é uma *libertação* do Estado de determinado modo de “lidar” com essas mesmas funções.

Este facto é traduzido exemplarmente pela consideração realizada por PEDRO GONÇALVES e LICINIO LOPES MARTINS, «(...) é que como se percebe, a ideologia neo-liberal que conduziu à

---

<sup>1035</sup> Neste sentido, vide JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social? A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos “Direitos Adquiridos”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 90 e seguintes, maxime pp.93, 94 e 95.

<sup>1036</sup> Sobre o Estado de Garantia, ou seja, Estado enquanto garante do fornecimento de serviços essenciais e acerca da verificação de um certo recuo do Estado fornecedor, produtor, prestador, bem como, sobre a matéria de regulação, vide o artigo de relevância incontornável, de PEDRO COSTA GONÇALVES, “Estado de garantia e mercado”, in *Revista da Faculdade Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.106 e seguintes (maxime, pp.118 e seguintes). Sobre Regulação, em particular sobre a regulação e o contrato público, vide, de igual modo, PEDRO GONÇALVES, “Regulação económica e contrato”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.987 e seguintes.

<sup>1037</sup> Assim, PEDRO GONÇALVES e LICINIO LOPES MARTINS, “Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado Regulador”, in *Estudos de Regulação Pública – I*, Direito e Regulação, 5, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 182. Ainda, sobre regulação, vide PEDRO GONÇALVES, “Regulação administrativa e contrato”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol.II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.987 a 1024.

retracção do Estado explica também a tendência de ele não se envolver na gestão efectiva das tarefas de natureza económica que continua a assumir como suas»<sup>1038</sup>.

Sublinhe-se, outrossim, que o Estado Social de Prestação não se transformou em Estado de Regulação, por vontade ou iniciativa espontânea, tendo sim, sido impelido a isso.

Seja por motivos *financeiros e económicos*<sup>1039</sup>, em virtude da falta de recursos económicos, em muito inferiores ao nível de funções e de serviços públicos a realizar, seja por motivos de *ordem política*, resultante do Tratado de Maastricht que obrigou os Estados a conter os orçamentos em balizas estritas, não podendo superar a barreira dos 3% de défice (Pacto de Estabilidade), a par de factores sócio-demográficos como o envelhecimento da população, baixa taxa de natalidade, doenças crónicas mais desafiantes, com reflexos na dotação orçamental com as mesmas e na segurança social<sup>1040</sup>.

Todos estes factores combinados, em contexto de enorme crise económico-financeira, constitui uma *mistura explosiva* que atenta contra a sustentabilidade do Estado Social e, desse modo, contra a própria concretização dos direitos sociais<sup>1041</sup>.

Nas palavras de JOÃO CAUPERS, «(...) o Estado Social pressupõe e exige a verificação de algumas condições de natureza política, ideológica, económica e social, hoje claramente postas em crise»<sup>1042</sup>.

Com efeito, nas palavras de COLAÇO ANTUNES, «o Estado não é apenas limitado no espaço, é-o também no tempo»<sup>1043</sup>. E, assim é, devido a uma fase de descontinuidade e de contradição, no entender de COLAÇO ANTUNES, caracterizado por um crescente recurso a instrumentos jurídicos de direito privado, alheios à natureza da Administração, que distorcem e a colocam à mercê de uma elite de interesses económicos e não tanto do interesse público para que foi criada e para o qual existe.

<sup>1038</sup> Neste sentido, PEDRO GONÇALVES e LICINIO LOPES MARTINS, “Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado Regulador”, in *Estudos de Regulação Pública – I*, Direito e Regulação, 5, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 183.

<sup>1039</sup> Sobre o «custo dos direitos», sociais e de liberdade, vide CASALTA NABAIS, “Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social”, in *Revista da Faculdade Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.51 e seguintes e, ainda, igualmente STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN, *The cost of Rights. Why liberty depends on Taxes*, Norton & Company, 1999, pp. 35 e seguintes

<sup>1040</sup> Como refere JOÃO CAUPERS, o Estado Social implica a adopção de uma conduta interventiva e dinâmica respeitante à protecção contra os *riscos e infortúnios sociais* (doença, velhice, desemprego). Ora, a «manutenção de tal protecção custa dinheiro, pressupondo um nível mínimo de financiamento público. O financiamento do Estado Social depende, entre outros factores, de um certo equilíbrio entre a população activa/contribuinte e a população inactiva/beneficiária; se este equilíbrio se altera, reduzindo o número de activos por cada inactivo, a consequência inevitável é a degradação da protecção social (redução das pensões, aumento das taxas moderadoras, etc.). Neste sentido, vide JOÃO CAUPERS, “A Agonia do Estado Social”, in... pp.38.

<sup>1041</sup> Sobre a forma como os direitos sociais são encarados pelo Tribunal Constitucional, vide FERNANDO ALVES CORREIA, “A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional”, in *Revista da Faculdade Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 35 e seguintes

<sup>1042</sup> Assim, JOÃO CAUPERS, “A Agonia do Estado Social”, in *Revista da Faculdade Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.37 e seguintes. Vide ainda Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Routledge, London and New York, 1960, 1999, 2003, pp.303 a 305 acerca da «the crisis of social security» e PIERRE ROSANVALLON, *La crise de l’État-providence*, Essais, Éditions du Seuil, 1981, 1984, 1992.

<sup>1043</sup> Citando L.F. COLAÇO ANTUNES «(...) o Estado é apenas um nome que serve para designar uma forma histórica de poder público que já não existe como personificação histórica da unidade de um ordenamento jurídico de fins gerais». Neste sentido, vide L.F. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência jurídica administrativa. Noções fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 48 e seguintes.

Esta dita «descontinuidade» é patente igualmente na dicotomia entre o incremento da jurisdição do poder administrativo e tutela judicial e pela concomitante e dissonante desconexão da Administração e do seu Direito. Direito este, cada vez menos próprio, menos nacional, ao mesmo tempo que é mais transfronteiriço, mais europeu e supostamente mais cosmopolita, dando azo a um *Estado sem Direito* e a uma *Constituição sem Estado* <sup>1044</sup>.

A este estado de coisas, vem juntar-se outro factor preocupante, consubstanciado já não apenas no fenómeno sobejamente conhecido por «fuga para o privado», marcada pela privatização formal e material da actividade administrativa, mas mais que isso: privatização da própria organização administrativa.

A par deste circunstancialismo, assinala-se a «emergência da Administração de resultados (de direito privado) que parece querer substituir a Administração de garantia das prestações sociais», suscitando-se, a este propósito, a incontornável questão: estaremos nós perante um novo Direito Administrativo que, à imagem do Estado seu criador, surge despublicisticizado, refém de interesses económicos, «*no âmbito do qual alguns privados podem ser mais iguais que outros?*» <sup>1045</sup>.

Ainda concretamente sobre o *fado* do Direito Administrativo, impõe-se citar COLAÇO ANTUNES: «o direito administrativo escrito deixou-se seduzir pelo canto da sereia do direito privado e, deste modo, deixou-se instrumentalizar pelo mundo vital da economia, mundo esse absolutamente alheio aos valores que só o Direito pode fixar» <sup>1046</sup> e, nessa medida apenas o direito administrativo jurisprudencial ou judiciário, porque axiológico, pode afirmar-se como *guardião dos valores jurídicos*.

Destarte, a crise do Estado Social faz-se acompanhar pela crise do respectivo Direito (Administrativo), «*advogaticio sem alma, rendido à performance da economia e à codificação pragmática, como acontece com o Código dos Contratos Públicos*».

Com efeito, segundo COLAÇO ANTUNES, este, «*não é verdadeiramente um Código*», mas sim o «*expoente máximo da ideologia contratual e da banalização jurídica do direito administrativo*» <sup>1047</sup>, pelo que quase podemos ironizar no sentido de considerar que, se é

---

<sup>1044</sup> Neste sentido, vide L.F. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência jurídica administrativa. Noções fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 50 a 52 e, igualmente, do mesmo Autor, *O Direito Administrativo sem Estado. Crise ou fim de um Paradigma?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

<sup>1045</sup> Assim, L.F. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência jurídica administrativa. Noções fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp.52; vide ainda, do mesmo Autor, *Direito Administrativo sem Estado – Crise ou fim de um paradigma*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

<sup>1046</sup> Deste modo, L.F. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência jurídica administrativa. Noções fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp.671.

<sup>1047</sup> Citações colhidas da obra de L.F. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência jurídica administrativa. Noções fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp.671 e 672.

verdade que temos um «Direito Administrativo sem Estado»<sup>1048</sup>, o inverso também parece adivinhar-se no horizonte, ou seja, «Estado sem Direito Administrativo».

Pese embora, por outra banda, se tenha assistido a uma profusão de entidades públicas dedicadas ao Bem-Comum, assiste-se incrivelmente a uma desadministrativização da Administração, porquanto é o privado que predominantemente assume hoje o papel de prossecução do interesse público que antes pertencia monopolisticamente (ou quase) ao Estado Social.

Por força de uma miríade de condições, ora expostas e outras, JOÃO CAUPERS não acredita na manutenção ou sobrevivência do Estado Social: «(...) não revelaria grande lucidez manifestar optimismo quanto ao futuro de Estado Social. Talvez o que de melhor lhe possamos desejar seja uma morte tranquila e sem sobressaltos e a sua pacífica substituição por qualquer outra realidade, que não implique a agonia trágica das suas indiscutíveis realizações».

Estamos, por isso, em plena consonância com a posição preconizada por COLAÇO ANTUNES, para quem «A trágica realidade que nos cabe viver, a que chamam crise fiscal-financeira, é apenas uma manifestação grosseira de um fenómeno que a doutrina já vinha detectando há algum tempo. O Estado, tal como pensado pela juspublicística moderna, *já não serve para cumprir o escopo que o legitimou*. É apenas um *pequeno mercado de interesses em conflito nas mãos de uma “clientela” feita de grupos e de interesses egoístas* que esbulham e retêm prisioneiras as entidades públicas. (...) A fortuna dogmática jurídica em torno da personalidade jurídica do Estado deveu-se à sua capacidade, numa determinada época histórica, para realizar a unidade do sistema jurídico e de satisfazer o equilíbrio, o limite e a garantia da relação autoridade-liberdade. Quando estas condições deixam de existir, só podemos falar de *Estado de Direito sem Estado* (soberano), de um “Estado” que *já não é capaz de interesse público*»<sup>1049</sup>.

Por último, no que à saúde especialmente concerne, revela-se imperativo para nós mencionar um Autor eminentemente liberal, propulsor da Escola Austríaca: FRIEDRICH A. HAYEK.

---

<sup>1048</sup> Neste sentido, L.F. COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo sem Estado. Crise ou fim de um Paradigma?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, *maxime* pp. 27 e seguintes.

Obras de incontornável relevância sobre esta matéria são igualmente as de HANS Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Martins Fontes Editores, São Paulo, 2000 e de RAYMOND CARRÉ DE MALBERG *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Éditions Dalloz, Paris, 2004. A propósito de reflexões sobre a eventual necessidade de reconformação do papel e do estatuto do Estado enquanto tal, vide PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Pensar o Estado*, Quid Juris, Coleção Erasmus, Ensaios e Monografias – Linha de Direito e Ciências Políticas, Lisboa, 2009.

<sup>1049</sup> Neste sentido, vide L.F. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência jurídica administrativa. Noções fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 50 e 51. E, de incontornável pertinência a respeito do “novo” estatuto e papel do Estado, vide, do mesmo Autor, a brilhante obra *O Direito Administrativo sem Estado. Crise ou fim de um Paradigma?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, *maxime* pp. 27 e seguintes.

Nos antípodas de uma solução para o serviço público de saúde que imprime ao Estado uma matriz socializante defendida sobejamente por LUDWIG von MISES<sup>1050</sup>, encontra-se FRIEDRICH A. HAYEK, o qual preconiza uma posição da qual, a nosso ver, parece emergir uma solução minimalista do Estado (ou uma vertente político-económica típica de «Estado mínimo»).

Este Autor vai ao ponto de afirmar que a ideia de um serviço de saúde universal e generalizado a toda a população, acessível em termos de gratuidade (*«free medicine»*) assenta em duas falácias ou concepções erradas. Ideia, esta, traduzida na seguinte consideração e alicerçada nos seguintes fundamentos:

«But there are strongly arguments against a single scheme of state insurance; and ***there seems to be an overwhelming case against a free health service for all.*** From what we have seen of such schemes, it is probable that their inexpediency will become evident in the countries that have adopted them, although political circumstances make it unlikely that they can ever be abandoned, now that they have been adopted. One of the strongest arguments against them is, indeed, ***that their introduction is the kind of politically irrevocable measure that will have to be continued, whether it proves a mistake or not.***

The case for a *free* health service is usually based on ***two fundamental misconceptions.*** They are, first, the belief that medical needs are usually of an objectively ascertainable character and such that ***they can and ought to be fully met in every case without regard to economic considerations*** and, second, that is economically possible because an improved medical service normally ***results in a restoration of economic effectiveness or earning power and so pays for itself.*** Both contentions mistakes the nature of the problem involved in most decisions concerning the preservation of health and life»<sup>1051</sup>.

Afastamo-nos radicalmente desta posição.

De acordo com a nossa perspectiva, o nosso Estado é um Estado que não sendo mínimo, (já) não consegue e nem pode ser um Estado máximo<sup>1052-1053</sup>... e sem ignorar os enormes

---

<sup>1050</sup> Vide a obra de incontornável relevância sobre o papel do Estado nos serviços públicos e concretamente sobre as suas responsabilidades e encargos estaduais para com o cidadão, LUDWIG von MISES, *Socialism. An Economic and Sociological Analysis*, Liberty Fund – Library of Studies on Economic Liberty, Indianapolis, 1981. Mas, também vide ainda, DIDIER FISCHER, *L'Homme providential. Un mythe politique en République de Thiers à de Gaulle*, Logiques Historiques, L'Harmattan, Paris, 2009, assim como, FRANÇOIS EWALD, *L'État Providence*, Éditions Grasset & Fasquelle, Paris, 1986.

<sup>1051</sup> (itálico e negrito nossos) Vide, assim, Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Routledge, London and New York, 1960, 1999, 2003, pp. 297 a 300 (esta concreta citação consta da pág.297), sob a matéria intitulada: «health insurance versus free medicine». Veja-se, de igual modo, do mesmo Autor e em mesma obra, as pp.303 a 305 acerca da «the crisis of social security», assim como, a obra intitulada *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1948, 1<sup>st</sup> paper back edition in 1980, maxime as pp.57 a 76: «the facts of the social sciences».

<sup>1052</sup> Acerca das razões pelas quais não é mais sustentável a ideia de um Estado «máximo» de Providência, vide PIERRE ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Essais, Éditions du Seuil, 1981, 1984, 1992. Vide, outrossim, PIERRE DARDOT, CHRISTIAN LAVAL, *La nouvelle raison du Monde. Essai sur la société néolibérale*, Éditions La Découverte, Paris, 2009, 2010.

<sup>1053</sup> Sobre um Estado de cariz totalitário, vide o pensamento de THOMAS HOBBS, *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, 2ª edição, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Estudos Gerais/ Série Universitária/Clássicos de Filosofia, 1651, 1999.

desafios<sup>1054</sup> que o Estado enfrenta, subscrevemos a posição de CARLA AMADO GOMES no sentido de considerar que «a história curta do Estado-providência pode ter terminado, mas a do Estado Social continua»<sup>1055</sup>, mas noutros termos.

Adoptamos, nesta senda, uma visão Darwinista sobre o Estado Social, o qual para sobreviver na sua veste de Garante de Bem-Estar do cidadão, tem de se adaptar, evoluir ou morrer. E, parece-nos que o Estado vai trilhando um longo caminho em direcção à sua sobrevivência, tendo consciência que já não o pode sozinho, aliou-se aos privados...

---

<sup>1054</sup> Abordando os dilemas com que o Estado se defronta vide DAVID HELD, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford University Press, Stanford-California, 1995, assim como, GEORGES BURDEAU, *L'État*, Essais, Éditions du Seuil, 1970; DANILO ZOLO, *Democracy and Complexity. A realism approach*, Polity Press, 1992 e PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Para uma Ética Republicana*, Coisas de Ler, Lisboa, 2010 e ROBERT NOZICK, *Anarquia, Estado e Utopia*, Edições 70, Lisboa, 2009.

<sup>1055</sup> Neste sentido, vide CARLA AMADO GOMES, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *Revista da Faculdade Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 26.

## BIBLIOGRAFIA

### 1. Doutrina

**A.A.V.V. (coord. Manuel Terol Becerra),**

- “El Estado Social y sus exigencias Constitucionales”, in *Construcción del Estado Social*, nº5, Tirant lo Blanch, 2010.

**A.A.V.V.,**

- *Privatizações e Reprivatizações – Comentário à Lei-Quadro das privatizações*, Almedina, Coimbra, 2011.

**A.A.V.V.,**

- *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

**A.A.V.V., (coord. MANUEL AFONSO VAZ e RAQUEL CARVALHO)**

- *Direito Constitucional. O Sistema Constitucional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

**A.A.V.V.,**

- *Cadernos de Justiça Administrativa*, V Seminário (sobre Responsabilidade do Estado), nº40, julho-agosto, 2003.

**A.A.V.V., (coord. Francisco José R. de Neto e outros)**

- *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

**A.A.V.V.,**

- in *IV conferência: meios alternativos de resolução de litígios*, ed. Agora Comunicação, Lisboa, 2005.

**A.A.V.V., (coord. Pedro Gonçalves)**

- *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

**A.A.V.V., (coord. Vital Moreira)**

- *Estudos de Regulação Pública – I*, Direito Público e Regulação, 5, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

**A.A.V.V.,**

- *Contratos, Adjudicaciones y Concesiones de la Administración Pública*, IV Coloquio Italo-Español, Tribunal Supremo, Consejo General del Poder Judicial, 2002.

**A.A.V.V.,**

- *Contratos de las Administraciones Públicas (Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo)*, vol. I, El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, 1995.



- *Contratos de las Administraciones Públicas (Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo)*, vol. II, El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, 1995.

**A.A.V.V.,**

- *Autarquias Locais – descentralização e melhor gestão*, Verbo, 2000.

**A.A.V.V., (coord. Eduardo Paz Ferreira)**

- *Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado*, Almedina, Coimbra, 2000.

**A.A.V.V.,**

- *“Regulação da Saúde”, in Vida Económica*, 2005.

**A.A.V.V., (coord. Diogo Freitas do Amaral)**

- *O Poder de execução coerciva das decisões administrativas nos sistemas de tipo francês e inglês e em Portugal*, Almedina, Coimbra, 2012.

**A.A.V.V.,**

- *Reflexiones sobre el Contrato de Concesión de Obra Pública*, Consejería de Obras Públicas y Transportes, Hispalex, 2005.

**A.A.V.V. (ed. José María Gimeno Feliú),**

- *El Derecho de los Contratos del Sector Público*, in Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Gobierno de Aragon, 2008.

**A.A.V.V. (coord. Jesús Colás Tenas/Manuel Medina Guerrero),**

- *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Institución Fernanado el Católico, 2009.

**A.A.V.V., (coord. Amparo K. Frasquet),**

- *Aspectos prácticos y novedades de la contratación pública. En especial en la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, 2009.

**A.A.V.V. (coord. Jose Vicente Catalá Martí),**

- *La Contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, 2008.

**A.A.V.V.,**

- *Constituição da República Portuguesa*, Porto Editora, Porto, 2009.

**A.A.V.V.,**

- *Revue Française d' Administration Publique*, nº76, octobre-décembre, 1995.

**A.A.V.V.,**

- *Contratos de las Administraciones Públicas (Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo)*, vol. II, El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, 1995.

**A.A.V.V., (coord. Federico A. Castillo Blanco),**

- *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, 60, Temas de Administración Local, CEMCI, 1996.

**A.A.V.V. (coord. Hilario LLavador Cisternes),**

- *Contratación Administrativa*, Cosital, Thomson, Editorial Aranzadi, 2008.

**A.A.V.V. (coord. Joaquín Tornos Mas),**

- *Las Reclamaciones de cantidad en el ámbito de la contratación pública. Estudio del artículo 99 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio*, Atelier, 2006.

**A.A.V.V.,**

- *Constituição e Estado Social. Os Obstáculos à concretização da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

**A.A.V.V., (coord. Vital Moreira)**

- *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

**A.A.V.V.,**

- *Separata de Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, nº13, 2010. (p.57-68)

**A.A.V.V. (coord. Guilherme Oliveira),**

- *Direito da Medicina*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

**A.A.V.V.,**

- *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos*, Almedina, Coimbra, 2007.

**A.A.V.V.,**

- *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol.I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol.II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol.III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

**A.A.V.V.,**

- *Desafios para Portugal: seminários da Presidência da República* (pref. Jorge Sampaio), 1ª ed., Cruz Quebrada, Casa das Letras, 2005.

**A.A.V.V. (director Javier Guillén Caramés),**

- *Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters, Civitas, 2011.

**A.A.V.V.,**

- *AutoRegulación y Sanciones*, Editorial Lex Nova, Colección de Derecho Público, 2008.

**A.A.V.V. (coord. Jesús Colás Tenas e Manuel Medina Guerrero)**

- *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Institución Fernando el Católico, Cátedra Royo Villanova, 2009.

**A.A.V.V. (coord. Tomás Cano Campos),**

- *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo, Tomo VII, Servicios Públicos*, Iustel, 2009.

- *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo, Tomo VIII, Los Sectores Regulados, Vol.II*, Iustel, 2009.

**A.A.V.V.,**

- *Contrato de Empreitada – Manual de Execução, Gestão e Fiscalização*, Quid Juris, 2002.

**A.A.V.V. (coord. José M. Moreira e outros),**

- *Estado, Sociedade Civil e Administração Pública – para um novo paradigma de serviço público*, Almedina, Coimbra, 2008.

**A.A.V.V. (director Adolfo Menéndez Menéndez),**

- *Instrumentos Españoles de Colaboración Público-Privada: El Contrato de Concesión de Obras Públicas*, 2ª ed., Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2010.

**A.A.V.V. (directores Alberto Dorrego de Carlos y Francisco Martínez Vázquez),**

- *La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, Claves la Ley, La Ley, 2009.

**A.A.V.V.,**

- *La Colaboración Público-Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Aranzadi Editorial, 2011.

**A.A.V.V.,**

- “Los contratos administrativos en el Derecho europeo”, in *Noticias CEE*, nº21, octubre, 1986.

**A.A.V.V.,**

- *Direito da Saúde – regime, organização e funcionamento do sistema de saúde. Colectânea de legislação, vol.I e vol.II*, Administração Regional de Saúde do Norte, 2001.

**A.A.V.V.,**

- *Contrato de Empreitada – Manual de Execução, Gestão e Fiscalização*, Quid Juris, 2002.

**A.A.V.V.,**

- *O contrato de subempreitada de obras públicas*, Almedina, Coimbra, 2002.

**A.A.V.V.,**

- *Subempreitadas de obras públicas e subcontratação*, Quid Juris, 2001.

**A.A.V.V.,**

- *Código de Procedimento Administrativo Anotado*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2007. (pp.303 ss)

**A.A.V.V. (CEDOUA, FDUC, IGAT),**

- *Contratação Pública Autárquica*, Almedina, Coimbra, 2006.

**A.A.V.V.,**

- *Moderna Gestão Pública: dos meios aos resultados – Acta Geral do 2º Encontro do Instituto Nacional de Administração (INA)*, 2000.

**A.A.V.V., (dir. François Llorens e Pierre Soler-Couteaux)**

- “Contrats et marchés publics. Actualité de l’achat public”, in *Les Revues Juris Classeur*, nº2, 12 année, février 2011.

**AARON, Henry J.,**

- “Six Welfare Questions Still Searching for Answers”, in *Brookings Review*, vol. 3, nº1, 1984.

**AALEN, J.B.,**

- "Public-private partnership: A review of literature and practice", Saskachewan Institute of Public Policy, Paper nº4, 1999.

**ABBAMONTE O.,**

- *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi: diritto interno e fonti comunitarie, in Studi in memoria di Franco Piga*, vol.I, Milano, 1992.

**ABREU, Carlos Pinto de,**

- "Lei de Saúde Mental e as Garantias dos Direitos dos Cidadãos", in *Direito e Justiça*, vol. 19, nº1, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, UCP, 2005 (pp.129 ss)

**ABREU, Coutinho de,**

- "Privatização de Empresas Públicas e Empresarialização Pública", in *Miscelâneas*, nº3, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (IDET), Almedina, Coimbra, 2004.

- "Sociedade Anónima, A Sedutora (Hospitais, S.A., Portugal, S.A.)", in *Miscelâneas*, nº1, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2003.

- *Sobre as Novas Empresas Públicas*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Volume Comemorativo, Coimbra, 2002.

- *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996.

**ACERETE GIL, José Basilio,**

- "Aspectos contables de las colaboraciones público-privadas", in *Presupuesto y Gasto Público*, nº 45, 2006. (pp.199-215)

- *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.

**AHADZI, M./G. Bowles,**

- "Public-private Partnerships and Contract Negotiations: An Empirical Study", in *Construction Management and Economics*, nº22, 2004.

**AICARDI, Nicoli,**

- *La Sanità*, in *Diritto Amministrativo Speciale, Tomo I*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, org. Sabino Cassese, Giuffrè, Milão, 2000. (pp.377 ss)

**AKINTOYE, A./M. Beck/C. Hardcastle,**

- *Public-private partnerships, Managing risks and opportunities*, Blackwell Publishing, 2003.

**AKITOBY, Bernardin/Hemming, Richard /Schwartz, Gerd**

- *Public Investment and Public-Private Partnerships*, International Monetary Fund, *Economic Affairs*, nº 40, 2007.

**ALBANESE, Alessandra,**

- *Diritto All' Assistenza e Servizi Sociali. Intervento Pubblico e Attività dei Privati*, nº 97, Università di Firenze, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Milano – Dott.A. Giuffrè Editore, 2007.

**ALBUQUERQUE, Martim de,**

- *Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 1993.

**ALLA, Luigi,**

- *La concessione amministrativa nel Diritto comunitario*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

**ALLEN, Grahame,**

- *"The Private Finance Initiative (PFI)"*, House of Commons Research Paper 01/117, December, London, House of Commons Library, December, 2001.

**ALESSI, Olivieri G.R.,**

- *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Giappichelli Torino, 1991.

**ALEXANDRINO, José Alberto,**

- *O Procedimento Pré-Contratual nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas*, AAFDL, Lisboa, 1997.

**ALEXANDRINO, José Melo,**

- *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, Principia, 2011.

- *Direitos da Pessoa Humana – textos e documentos*, Porto Editora, Porto, 2007.

- *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, vol. I – raízes e contexto*, Almedina, Coimbra, 2006.

- *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, vol. II - A construção dogmática*, Almedina, Coimbra, 2006.

**ALEXY, Robert, (trad. Ernesto Garzón)**

- *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

**ALONSO GARCÍA, R.,**

- *"La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español"*, in *Revista de Administración Pública*, nº121, 1991.

- *Derecho comunitario, Derechos nacionales y derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1989.

**ALVES, Carlos Soares,**

- *Os municípios e as parcerias público-privadas: concessões e empresas municipais*, ATAM, 2002.

**ALVIM, António,**

- *A Reforma da saúde – o sistema de saúde no "Estado de Mercado Social"*. Temas e Debates, Família: Ciências Médicas, Lisboa, 2002

**ALMEIDA, Amália,**

- *"Privatizações dos Serviços Públicos – que futuro?"*, in *Privatizações e Regulação. A Experiência Portuguesa*, Ministério das Finanças, 1999.

**ALMEIDA, João Amaral e,**

- *"Os «organismos de direito público» e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu"*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, Vol.I, FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2006. (pp.663 ss)

**AMARAL e ALMEIDA, João/Sánchez, Pedro Fernández,**

- *Temas de Contratação Pública I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

- *"A contratação pública de serviços de assessoria jurídica"*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.373-414)

- *As medidas excepcionais de contratação pública para os anos de 2009 e 2010*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

**ALMEIDA, Mário Aroso de,**

- *Teoria Geral do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2012.
- “Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.811-846)
- “Renovação do acto anulado e causa legítima de inexecução: revisitação do tema – Acórdão do STA de 21.02.2008, P.805-A/03”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº73, janeiro-fevereiro, 2009. (pp.23-31)
- “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº66, novembro-dezembro, 2007. (pp.3-16)
- “Contratos Administrativos e poderes de conformação do contraente público no Código dos Contratos Públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº66, novembro-dezembro de 2007 (pp.3 a 16).
- “As implicações de direito substantivo da reforma do contencioso administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº34, julho-agosto de 2002 (pp.71 ss).
- *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, 4ªed., Almedina, Coimbra, 2005.
- “Parcerias Público-Privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo (coord. López-Muniz e Fausto de Quadros), 2005.

**ALMEIDA, Mário Aroso de/Cadilha, Carlos,**

- *Comentário ao Código de Processo nos tribunais administrativos*, Almedina, Coimbra, 2005.

**ALTE, Sofia Tomé D´,**

- “A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos”, Almedina, Coimbra, 2007.

**ALVES, Pedro Delgado,**

- “Um cavalo de Tróia no contencioso contratual: suspensão do contrato em sede de medidas provisórias do DL nº134/98, de 15/5 – Acórdão do STA de 11.12.2002, P.48 396-A”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº49, janeiro-fevereiro, 2005. (pp.3-19)

**AMARAL, MARIA LÚCIA CORREIA PINTO,**

- *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

**AMARAL, Diogo Freitas do,**

- *Curso de Direito Administrativo, vol.II*, reimp. 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- *Curso de Direito Administrativo, vol.I* reimp. 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- “Um ou vários contratos sociais em Rousseau?”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, vol.I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.15-30)
- *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*, Vol.II, Almedina, Coimbra, 2004.

**AMARAL, Diogo Freitas do/Quadros, Fausto de/Andrade, Vieira de,**

- *Aspectos Jurídicos da Empreitada de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2002.

**AMARAL, Diogo Freitas do/Torgal, Lino,**

- *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração*, Almedina, Coimbra, 2002.

**AMARO, João Pontes,**

- “Modelos de Parceria público-privada”, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF Pesquisa e Formação Publicações, Sintra, 2004.

**AMORIM, João Pacheco de,**

- “A instrução do procedimento: pareceres vinculativos e audiência dos interessados no Código de Procedimento Administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 82, julho-agosto, 2010. (pp. 23-31)  
- *As Empresas Públicas no Direito Português – Em especial, as Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2000.

**ANDRADE, José Carlos Vieira de,**

- *A Justiça Administrativa (lições)*, 12ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.  
- *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012. (pp.137-359 ss)  
- “A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública, II*, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.7 ss)  
- O Direito ao Mínimo de Existência Condigna como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma decisão singular do Tribunal Constitucional, in *Jurisprudência Constitucional*, nº 1, janeiro-março, 2004. (pp. 4-29)  
- “Direitos Fundamentais”, *Polis Enciclopédia, Verbo da Sociedade e do Estado*, (pp. 602-612)  
- “Direitos Humanos”, *Polis Enciclopédia, Verbo da Sociedade e do Estado*, (pp. 612-618)  
- *Direitos e Garantias Fundamentais, Portugal – Sistema Político e Constitucional*, 1974 a 1987, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, (pp. 685-699)  
- *La Protection des Droits Fondamentaux dans l’Ordre Juridique du Portugal*, (pp. 667-693), *La Protection des Droits Fondamentaux dans les Etats Membres de l’Union Européenne: étude de droit comparé*, Bruxelles, 2000.

**ANDRADE, Jorge da Silva,**

- *Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 2008.

**ANDRADE, Miguel Almeida,**

- *O Papel da Convenção Europeia dos Direitos do Homem na Protecção dos Direitos Fundamentais no âmbito Comunitário*, Documentação e Direito Comparado, Lisboa, nº 45-46 1991. (pp.33-52)

**ANTINOZZI, Mario,**

- *Diritto alla salute, Diritto e Pratica nell’ Assicurazione*, Milano, ano 27, nº4, ottobre-dicembre, 1985. (pp.483-505)

**ANTUNES, Luís Filipe Colaço,**

- *A Ciência jurídica administrativa. Noções fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2012.  
- *O Direito Administrativo sem Estado. Crise ou fim de um Paradigma?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.  
- *A Teoria do acto e a justiça administrativa. O novo contrato natural*, Almedina, Coimbra, 2006.  
- *Para um Direito Administrativo de Garantia do cidadão e da Administração*, Almedina, Coimbra, 2000.

**ANTUNES, José Manuel Oliveira,**

- *Código dos Contratos Públicos – Regime de Erros e Omissões*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.



**ANTUNES, M.J.**

- *A Doença da Saúde: SNS, Ineficiência e Desperdício*, Quetzal Editores, Lisboa, 2000.

**ANTUNES, Alexandra,**

- “Consentimento Informado” in *Ética em Cuidados de Saúde*, Porto Editora, 1998, pp. 13-28

**ANTUNES, Manuel J.,**

- “Política e Ética em Saúde”, in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, Porto, nº especial 2002, pp.121-128.

- “A Saúde enquanto Investimento Social”, in *Afectação de Recursos para a Saúde: Perspectivas para um novo SNS, colectânea Bioética Hoje – VI*, 2003. (pp.67-75)

**AÑON, M. J.,**

- *Ciudadanía Social. La Lucha por los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

**ANDERSON, Daniel,**

- “Public-Private Partnerships: a key to success” in *Journal of Housing and Community Development*, vol. 56, nº3, 1999.

**APOLINÁRIO, Marisa,**

- “O âmbito da jurisdição administrativa em matéria de contratos”, in: *Estudos de Direito Público*, FDUNL, Âncora Editora (pp.543 a 604).

**ARANGO, R.,**

- “Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial”, in: *El Otro Derecho*, nº28, Bogotá, 2002. (pp.103-122)

**ARAÚJO, Joaquim F. Esteves,**

- “Continuidade e Mudança nas Organizações Públicas: a Experiência de Reforma do Reino Unido” in *Reformar a Administração Pública: um Imperativo*, Fórum 2000, Instituto Superior de Ciências Sociais e políticas, 2000.

**ARCIDIACONO, Luigi,**

- *La Vigilanza nel Diritto Pubblico (Aspetti Problematici e Profili Dicostruttivi)*, Pacova, CEDAM, 1984.

**ARIÑO Ortiz, Gaspar,**

- *El ámbito privado del sector público in El ámbito privado del sector público*, XXIII Jornadas de Estudio, 11, 12 y 13 de diciembre de 2002, Ministerio da Justicia, Madrid.

- “El concepto de contrato público en la CEE”, in *Noticias CEE*, nº21, 1986.

**ARNÁIZ, TERESA MEDINA,**

- “La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del tribunal d e justicia de la Unión Europea”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº153, enero-marzo, 2012. (pp.213 ss)

**ARNAUT, António/Mendes, Mário/Guerra, Miller,**

- *Serviço Nacional de Saúde: uma aposta no futuro*, 1979.

**ARNOULD, Joël,**

- “Les contrats de concession, de privatisation et de services “in house” au regard des règles communautaires”, in *RFDA*, nº16, enero-febrero, 2000. (pp.2-23)

**ARROWSMITH, Sue,**

- *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell, London, 2005.
- "Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict", *Common Market Law Review*, nº37, 2000. (pp.709-737)

**ARROWSMITH, Sue & A.A.,**

- *La contratación pública en los llamados sectores excluidos: agua, energia, transportes, telecomunicaciones*, Civitas, 1997.

**ASHFORD, D.E.,**

- *Comparing Public Policies*, Beverly Hills, Sage Publishers, 1979.

**ASTUDILLO, José María Fernández,**

- *Contratación Pública, Tomo I*, Bosch, 2008.
- *Contratación Pública, Tomo II*, Bosch, 2008.
- *Los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios en la Unión Europea*, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.
- *Contratación Administrativa*, Editorial Bosch, Barcelona, 2003.

**ATKINSON, Anthony B./STIGLITZ, J.E.,**

- *Lectures in Public Economics*, McGraw-Hill, 1987.

**AUBY, Jean-Marie,**

- "Les Corps Humain et le Droit: Les Droits de l'Homme sur sons Corps", in *Direito da Saúde e Bioética* (coord. Oliveira Ascensão), Lex, 1991. (pp.171-181)
- "La Légitimité de l'Intervention Publique", *L'Actualité Juridique, Droit Administratif*, nº9, 1995. (pp. 588-591)

**AYALA, Bernardo Diniz,**

- "A distinção entre formalidades essenciais e não essenciais no quadro da contratação administrativa – Acórdão do STA de 17.01.2001, P.44 249", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº56, março-abril, 2006. (pp.18-31)
- "Liberdade e vinculação da Administração na avaliação de propostas no âmbito da contratação pública – Acórdão do STA de 22.04.2004, P.300/04", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº49, janeiro-fevereiro, 2005. (pp.40-62)
- "O método de escolha do co-contratante da Administração nas concessões de serviços públicos – Acórdão do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia de 07.12.2000, P. C-324/98", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº26, março-abril, 2001. (pp.3-25)

**AZEVEDO, Maria Eduarda,**

- *"As Parcerias Público Privadas: Instrumento de uma nova governação pública"*, Almedina, Coimbra, 2009.
- "O Acto Único Europeu – Os Novos Equilíbrios Institucionais", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 48, 1988.

**BAENA, Concepción Horgué,**

- *La Modificación del Contrato Administrativo de Obra. El ius variandi.*, Instituto Universitario de Derecho Público «García Oviedo», Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1997.

**BAIL, R./M. Healfy/D. King,**

- “Risk, Transfer and Value for Money in PFI Projects”, in *Public Management Review*, vol. 5, nº2, 2003.

**BAGINSKA, Ewa/ NESTEROWICZ, Mirosław,**

- “The Right to Health Care in Several European Countries”: expert meeting, held in Rotterdam, the Netherlands, April 27-28, 1998, edited by André de Exter and Herbert Hermans, The Hague: Kluwer Law International, 1999. (pp. 115-125)

**BALDI, Matteo/MARZO, Giuseppe de,**

- *Il Project Financing nei Lavori Pubblici*, IPSOA, 2ª edição, 2004.

**BALL, R./D. King,**

- *The Private Finance Initiative in Local Government*, Economic Affairs, nº 97, 2006.

**BANI, Elisabetta,**

- *Stato Regolatore e Autorità Indipendenti in Diritto Pubblico dell ' Economia*, CEDAM, 1997.

**BAÑO LEÓN, José María,**

- “La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas”, in *Revista de Administración Pública*, nº154, 2001. (pp.11-37)

**BANKS, David,**

- *PPP's in the Custodial Sector in Public and Private: Partners in the Public Interest*, The Smith Institute, Paul Hackett, 2007.

**BAQUER, LORENZO,**

- “Crisis económica y transformaciones administrativas”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº153, enero-marzo, 2012. (pp.89 ss)

**BARBOSA, Alfredo Augusto,**

- “A Auditoria Integral a partir de uma Perspectiva Sistemática”, in *Revista do Tribunal de Contas*, nº29, 1998.

**BARBOSA DE MELO/Alves Correia,**

- *Contrato Administrativo*, CEFA, Coimbra, 1984.

**BARILARI, André,**

- “Place et représentation des finances publiques dans la société d' aujourd' hui”, in *Revue Française de Finances Publiques*, nº87, 2004.

**BARR,**

- *The Economic of the Welfare State* (third edition), Oxford University Press, 1998.

**BARRA, Tiago Viana,**

- “A Responsabilidade dos Poderes Públicos pela Violação de Direitos Fundamentais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, outubro-dezembro, 2011. (pp.1157-1216)

**BARRETT, Thomas,**

- *PPP Financing for European Infrastructure*, EIB, Luxembourg, 1998.

**BARRETO, V.P.,**

- *Reflexões sobre os direitos sociais*, in Wolfgang Sarlet, Ingo (org.) *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito Constitucional, Internacional e Comparado*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

**BARROS, Pedro Pita,**

- *Economia da Saúde. Conceitos e Comportamentos*, Col. Olhares sobre a Saúde, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 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*, Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa, Julho de 2002.

**BARROS, Francisco Morais,**

- "O imperativo da Reforma. Mudança necessária: gestão privada, novas formas de funcionamento e medicamentos genéticos evitam falência do SNS", in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano 5, nº51, outubro, 2002. (p.32-35)

**BASSOLS COMA, M.,**

- "Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa", in *Notícias CEE*, nº21, 1986.

**BAUDOUIN, Jean-Louis,**

- "Quelques Réflexions sur la Reconnaissance du Droit à la Santé dans les Systèmes Internationaux et Régionaux des Droits de la Personne", in *Journal international de Bioéthique*, Paris, vol.9, nº3, Sept., 1998. (pp.69-76)

**BAUMRIN, Bernard H.,**

- *Why There is no Right to Health Care, Medicine and Social Justice: essays on the distribution of health care*, Oxford, 2002. (pp.78-83)

**BAURMANN, Michael,**

- *Rationing yes, Politics no, Rationing in Medicine: ethical, legal and practical aspects*, Berlin, 2002. (pp. 95-104)

**BEDJAQUI,**

- "Le Droit à la Santé", in *Journal International de Bioéthique*, vol.9, nº3, Sept., Paris, 1998. (pp.69-76)

**BELEZA, Teresa Pizarro,**

- "Carta a minha mãe sobre o SNS e outras coisas em Portugal", in *Jornal Público*, Ano XXIII, nº8310, 10 de janeiro, 2013. (pp.12 e 13)

**BELLOUBET-FRIER, N.,**

- "Service public et droit communautaire", in *AJDA*, nº 4/1994.

**BÈLANGER, Michel,**

- *Origine et Histoire du Concept de Santé en tant que Droit de la Personne*, *Journal International de Bioéthique*, Paris, vol.9, nº3, Sept., 1998. (pp.57-61)

- "Les Bases Juridiques de la Politique Communautaire de la Santé", in *Revue du Marché Commun*, Paris, nº331, Nov., 1989. (pp. 564-569)

**BELARDINELLI, Sergio,**

- *Il Diritto alla Tutela alla Salute come Diritto Fondamentale, Etica e Allocazione delle Risorse nella Sanità*, Milano, 1996. (pp. 171-182)

**BERGÈRE, François,**

- "Le partenariat public-privé en France", in *Presupuesto y Gasto Público*, nº45, 2006. (pp.59-64)

**BERNARDINO, Mário,**

- *Aquisições de bens e serviços na Administração*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2006.

**BETANCOR, A.,**

- *Mejorar la Regulación. Una guía de razones y medios*, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009.

**BICKENBACH, Jerome E.,**

- "Disability, Justice and Health Systems Performance Assessment" in *Medicine and Social Justice: essays on the distribution of the health care*. (pp.390-404)

**BIRMONTIENE, Toma,**

- "European Journal of the Health Law", vol.11, nº1, March, 2004. (pp.77-86)

**BLAY, Miguel Ángel Bernal,**

- *El Contrato de Concesión de Obras Públicas y Otras Técnicas «Paraconcesionales»*, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, 2010.

**BLOCH, Georges Philippe,**

- *La Notion de Travail Public*, Librairies Techniques, 1965.

**BORGHI, Marco,**

- *Costituzione e Diritti Sociali*, Fribourg, 1990.

**BOTTARI, Carlo,**

- *Nuovi modelli organizzativi per la tutela della salute*, G. Giappichelli Editore, Torino, VIII, 1999.

- *Principi Costituzionali e Assistenza Sanitaria*, Giuffrè Ed., Milano, 1991. (pp.92-103)

**BOTELHO, Catarina Santos,**

- *A tutela directa dos direitos fundamentais – avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Almedina, Coimbra, 2010.

**BOUZIANI, Mustapha,**

- "Les Soins de Santé Publique: quels enjeux?", in *Journal International de Bioéthique*, vol.13, nº3-4 (Sept.-Déc. 2002), Lyon, 2002. (pp.27-35)

**BOVIS, Cristopher,**

- *UE Public Procurement Law*, Elgar European Law, 2007.

- *Public Procurement in the European Union*, Palgrave, 2006.

- "The New Public Procurement Regime: A Different Perspective on the Integration of Public Markets of the European Union", in *EPL*, vol.12/1, march, 2006.

**BOYLE, D. Joseph,**

- "The Right to Health Care and its Limits", in *Scarce Medical Resources and Justice*, Massachusetts, 1987.

**BOYLE, Philip J.,**

- *Organizational Ethics in Health Care: principles, cases, and practical solutions*, San Francisco, 2001

**BOITTE, Pierre,**

- *Éthique, Justice et Santé: allocation des ressources en soins dans une population vieillissante*, Namur, 1995.

**BONIN, S. Marie,**

- *Health Care Policies in North and Central America*, Scarce Medical Resources and Justice, Massachusetts, 1987.

**BOMPIANI, Adriano,**

- *L'Economia Sanitaria: criteri nell'allocatione delle risorse e problemi etici*, *Ética e allocatione delle risorse nella sanitaria*, Milano, 1996. (pp. 155-170)

**BORRELL, Francesc Lliset/Canelles, Annabel Lliset,**

- *Manual de los Contratos Públicos. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (R.D.L. 2/2000) y su Reglamento (R.D. 1098/2001)*, 3ª ed., Editorial Bayer HNOS, S.A., 2002.

**BROCK, Dan W.,**

- "Priority to Worse off in Health Care Resource Prioritization", in *Medicine and social Justice: essays on the distribution of health care*. (pp.362-372)

**BROWN, Lawrence D.,**

- "Health reform, Italian style" in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, nº3, 1984. (pp. 688-717)

**BRITO, Miguel Nogueira de,**

- "Direitos e deveres dos utentes do Serviço Nacional de Saúde", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol.49, nº1 e nº2, 2008. (p.101-115)

**BRUNETE DE LA LLAVE, M.T.,**

- *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.

**BUELGA, Gonzalo Maestro,**

- "Constitución Económica y Derechos Sociales en la Union Europea" in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº7, año 4, Madrid, 2000. (pp.123-156)

**BUONOMO, Vincenzo,**

- *Doctrina sociale della Chiesa e Diritto alla Tutela della Salute, Etica e Allocatione delle Risorse nella Sanità*, Milano, 1996. (pp. 67-80)

**BYK, Christian,**

- “Soins Palliatifs et Politiques de Santé en Europe” in *Journal International de Bioéthique*, Lyon, vol.13, nº1, mars-march 2002. (pp.43-49)
- “The History of the Right to Health as a Human Right” in *Journal International de Bioéthique*, Lyon, vol.9, nº3, sept. 1998. (pp. 15-31)
- “Le Rôle des Comités Nationaux d’Éthique dans la Mise en Oeuvre du Droit à la Santé” in *Journal International de Bioéthique*, Lyon, vol.6, nº1 (mars 1995), pp.46-48

**BURDEAU, Georges,**

- *L’État*, Essais, Éditions du Seuil, 1970.

**BUSTO, Maria Manuel,**

- *Manual Jurídico da Construção*, Almedina, Coimbra, 2004.

**CABRAL, Margarida Olazabal,**

- “Processos urgentes principais – Em especial, o contencioso pré-contratual”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº94, julho-agosto, 2012. (pp.38-48)
- “Procedimentos Clássicos no Código dos Contratos Públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 64, julho-agosto, 2007. (pp.15-27)
- “Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos», in «IX Seminário de justiça administrativa”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 64, 2007, (pp.15 ss).
- “A anulação de um concurso público – acto recorável. Acto ilícito? – Acórdão do STA de 19.03.1999, P. 30 896”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº32, março-abril, 2002. (pp.31-40)
- *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1999.

**CABRAL, Nazaré da Costa,**

- *As Parcerias Público Privadas*, nº9, Cadernos IDEFF, 2009.

**CABRITA, Isabel,**

- *Direitos Humanos: um conceito em movimento*, Almedina, Coimbra, 2011.

**CADETE, Eduardo Maia,**

- *Concorrência e Serviços de interesse económico geral*, Principia, Cascais, 2005.

**CADILHA, Carlos Alberto Fernandes,**

- “Responsabilidade civil dos concessionários de auto-estradas – Acórdão do TCA Norte de 6.05.2010, P.1566/08.2 BEBRG”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº92, março-abril, 2012. (pp.32-48)
- *Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- “Contratos Públicos: do Decreto-Lei nº 134/98, de 15 de Maio, à reforma do contencioso administrativo. Uma análise da jurisprudência”, *Separata de Scientia Jurídica*, Tomo LI, nº292, 2002. (pp.51 ss)

**CAETANO, Marcello,**

- *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, reimp.da 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- *Manual de Direito Administrativo*, vol.I, 10ª reimp. da 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.
- *Manual de Direito Administrativo*, vol.II, 10ª reimp. da 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.
- *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, 3ª reimp., Almedina, Coimbra, 2010.



- “Competência contenciosa em matéria de contratos administrativos”, in *O Direito*, ano 63º, nº7, 1931. (pp.194 ss)

- “Conceito de contrato administrativo”, in *O Direito*, ano 70º, nº1, 1938. (pp.3 ss)

**CAFÉ, Álvaro Pedro,**

- “Meios principais e recursos – A visão do advogado”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº94, julho-agosto, 2012. (pp.27-37)

**CALVETE, Victor/MAÇÃS, Fernanda,**

- “O fim do mito da “unidade de jurisdição” no controlo das decisões da Autoridade da Concorrência? – Acórdão do STA de 05.07.2007, P.223/07”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº74, março-abril, 2009. (pp.3-17)

**CALLAHAN, Daniel,**

- “Setting Priorities in Health Care for All: the U.S. search for a Welfare State”, in *Journal International de Bioéthique*, vol.11, nº2, juin 2000, Lyon. (pp.19-21)

**CAUPERS, João,**

- “A Agonia do Estado de Direito Social”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, 2010. (pp.45-50)

- “O contrato administrativo no pensamento de José Manuel Sérvulo Correia”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.415-432)

- “Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 64, julho-agosto, 2007. (pp.9-14)

- *Introdução ao direito administrativo*, Âncora Editora, 8ª ed., Lisboa, 2005.

- “A Administração entalada: não feche o Tribunal de Contas as portas que o legislador abriu! – Acórdão do Tribunal de Contas de 03.04.2001, P. 21/01”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº33, maio-junho, 2002. (pp.3-10)

- “A arbitragem na nova justiça administrativa”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº34, julho-agosto, 2002. (pp.65 ss)

- “A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº18, novembro-dezembro, 1999. (pp.3 ss).

**CARDOSO, Elionora,**

- *Os serviços públicos essenciais – A sua problemática no ordenamento jurídico português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

**CARDOSO, Teodora,**

- “Enquadramento Orçamental das PPP”, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF Pesquisa e Formação Publicações, Sintra, 2004.

**CARRACHÁS, Maria Ermelinda/Collaço, Rita M.,**

- *O sistema de saúde – colectânea de legislação*, Principia, 2004.

**CARVALHO, Ana Celeste,**

- “A acção de contencioso pré-contratual – perspectivas de reforma”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº76, julho-agosto, 2009. (pp.48-60)

**CARVALHO, Carlos,**

- “A ação administrativa especial no contexto do contencioso administrativo: algumas questões e reflexões”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº94, julho-agosto, 2012. (pp.16-26)

**CARVALHO, Raquel,**

- “A invalidade derivada nos contratos administrativos: para além da aparência...- Acórdão do TCA Norte de 15.04.2010, P.1480/09.4 BEBRG”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº84, novembro-dezembro, 2010. (pp.32-45)

- *As invalidades contratuais nos contratos administrativos de solicitação de bens e serviços*, Almedina, Coimbra, 2010.

**CASTRO, João Canto e,**

- “DL nº86/2003 – Uma perspectiva jurídico-política sobre o regime das parcerias público-privadas”, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, nº5 de 2005, Porto, 2005.

**CATARINO, Luís Guilherme,**

- “Contencioso da responsabilidade – uma Hidra de Lerna? – Acórdão do STJ de 28.02.2002, P.3422/01”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº41, Setembro-outubro, 2003. (pp.3-13)

**CABALLERIA, Marcos Vaquer,**

- *La Descentralization de la Assistencia Sanitaria Publica en Forma de Foundationes de Derecho Privado, Derecho de la Sanidad y los Medicamentos: seis estudios*, Madrid, 1999

- *Symbols, Rationality and Justice: Rationing Health Care, Right and Resources*, Aldershots, 2003.

**CAMBIER, Alain,**

- *Montesquieu et la Liberté. Essai sur «De l’Esprit des lois»*, Hermann Philosophie, Hermann Éditions, Paris, 2010.

**CAMPOS, Alexandra Pagará de,**

- “Direito da Saúde: A Rede de Prestação de Cuidados Continuados de Saúde e a Entidade Reguladora da Saúde”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol.22, nº1 janeiro-junho, 2004.

**CAMPOS, António Correia de,**

- “Despesa e défice na saúde: um percurso financeiro de uma política pública”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, 161, vol. XXXVI, Inverno, 2002, pp.1079 e seguintes (*maxime*, pp. 1084 - 1104).

- “Cuidados Primários e Economia da Saúde: uma aliança de mútuo interesse”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol.2, nº4 outubro-dezembro, 1984. (pp.21-29)

- *Saúde, O Custo de Um Valor sem Preço*, Ed. Port. De Livros Técnicos e Científicos, Lisboa, 1983. (pp.157-182)

- “Público/Privado em Saúde em Portugal: articulação entre vários ou competição em um só mercado?”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol.5, nº3-4 julho-dezembro, 1987. (pp.5-13)

- “Public needs, Private services. The NHS and the public private mix in Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 9, nº1 janeiro-março, 1991. (pp.5-8)

- “Porquê a Regulação?: num sistema totalmente público não faz sentido a regulação, mas esse não é o caso português”, in *Economia Pura*, Ano 5, nº51, 2002 (p.40-43)

- “Competição gerida: contributo para um debate indispensável”, in *Gestão Hospitalar*, 1994. (p.24 ss)

- “Yellow light at the crossroads: wait for green or cross on yellow. Uncertainties about the future of the Portuguese NHS”, Lisboa, APES, documento de trabalho, nº3/96.

- “Contas de Saúde. Como vamos e para onde vamos?”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Escola Nacional de Saúde Pública, nº1, janeiro, 1983. (pp.11-17)

**CAMPOS, DIOGO DUARTE DE,**

- *A Escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas. A adjudicação in-house em particular*, Coleção PLMJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

**CAMPOS, João Luiz Mota de/CAMPOS, João Mota de,**

- *Manual de Direito Cmunitário: O sistema institucional. A ordem jurídica. O ordenamento económico da União Europeia*, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

**CAMMERATA, G. Roehrsen di,**

- *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, Vol.I, Zanichelli Editore, 1959.

**CANARIS, Claus-Wilhelm,**

- *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 2012. (pp.28 ss; 115-139)

**CANABRVA, Cláudia/ANDRADE, Eli/JANONES, Fúlvio/ALVES, Thiago/ CHERCHIGLIA, Mariangela,**

- “Sistema único de Saúde e o terceiro sector: caracterização de entidades, não hospitalares, que possuem serviços em atenção básica de saúde em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil”, in *Caderno de Saúde Pública*, nº23, Rio de Janeiro, Brasil, 2007, pp. 115 a 126.

**CANCILLA, Francesco Antonino,**

- *Servizi del Welfare e Diritti Sociali nella Prospettiva Dell’Integrazione Europea*, nº21, Università di Palermo - Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Giuffrè Editore, Milano, 2009.

**CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital,**

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol.I (arts.1º a 107º), 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

**CANOTILHO, J.J. Gomes,**

- *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

- “O Círculo e a Linha: da «Liberdade dos antigos» à «Liberdade dos modernos» na Teoria Republicana dos Direitos Fundamentais”, in *Estudos sobre os Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004. (pp. 7-34)

- “Tomemos a sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais”, in *Estudos sobre os Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004. (pp. 35-68)

- “Constituição e Défice Procedimental”, in *Estudos sobre os Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004. (pp. 69-84)

- “Provedor de Justiça e o Efeito Horizontal dos Direitos, Liberdades e Garantias”, in *Estudos sobre os Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004. (pp. 85-96)

- “O Tom e o Dom na Teoria Jurídico-Constitucional dos Direitos Fundamentais”, in *Estudos sobre os Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004. (pp.114-136)

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ªed., Almedina, Coimbra, 2003 (pp.333 ss; 351 ss)

- “Estado e Adjectivado e Teoria da Constituição”, in *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol.3, 2003. (pp.455-474)

- *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

- “Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol.66, 1990. (pp.151-201)

**CARVALHO, Raquel,**

- *As invalidades contratuais nos contratos administrativos de solicitação de bens e serviços*, Almedina, Coimbra, 2010.

- *Contratação Pública*, Universidade Católica, 2003.

**CASSANO, Giuseppe,**

- *L’Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione*, vol.I, CEDAM, 2005.

- *L’Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione*, vol.II, CEDAM, 2005.

**CASSETTA E.,**

- *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1999.

**CASTRO, Fábio Mendonça e,**

- *As Parcerias Público-Privadas: o binómio – necessidade de investimentos em infra-estrutura e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público*, (dissertação de mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007.

**CHAPUS, René,**

- *Responsabilité Publique et Responsabilité Privée. Les Influences Réciproques des Jurisprudences Administrative et Judiciaire*, Collection de la Faculté Jean Monnet, Institut d’Études de Droit Public Université Paris-Sud 11, Editions la Mémoire du Droit, 2010.

- *Droit administratif général*, Tome 1, 15<sup>a</sup> ed., Montchrestien, 2001.

**CHEVALIER, J.,**

- “L’association entre le public et le privé”, in *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, 1981.

**CHINER, Maria Jesús Montoro/Prados, Maria Concepción Hill,**

- *Responsabilidad Patrimonial de la Administración y Contrato de Seguro*, Atelier administrativo, 2002.

**CHINCHILLA MARIN, C.,**

- “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, in *REDA* (Revista Española de Derecho Administrativo), nº132, 2006.

**CLARO, João Martins,**

- “A arbitragem no anteprojecto de código de processo nos tribunais administrativos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº22, julho-agosto, 2000. (pp.83 ss)

**CLUNY, António,**

- *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributo para uma reflexão necessária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

**COLLAÇO, João Magalhães,**

- “*Concessões de Serviços Públicos – sua Natureza Jurídica*”, Coimbra Editora, Coimbra, 1914.

**COUTINHO, Luís Pereira,**

- “Sobre a Justificação das restrições aos direitos fundamentais”, in *Homenagem da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos*, Almedina, Coimbra, 2007. (pp.557-574)

**CORDEIRO, António Menezes,**

- “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Almedina, Coimbra, 2007.

**CORREIA, Sérvulo,**

- “Contrato Administrativo”, in *DJAP*, Vol.III, 1972.

- *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987. (pp.429 ss)

**CORREIA, Fernando Alves,**

- “A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.35-44)

**CORREIA, José Matos,**

- *A fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade*, Universidade Lusíada Editora, 2007.

**COSTANZI, Carla,**

- *Introduzione all'Analisi dei Servizi e degli Interventi in Ambito Sociale*, in *Politiche e servizi sociali*, Ed. Franco Angeli, 2006.

**Conselho Económico e Social, A Reforma dos Sistemas de Saúde. Análise Comparativa de Sete Países da OCDE**, edição do Conselho Económico e Social, in *Estudos de Política de Saúde*, nº2, 1995.

**Conselho de Reflexão sobre a Saúde,**

- “*Reflexão sobre saúde. Recomendações para uma reforma estrutural*”, Conselho de Reflexão sobre a saúde, Ministério da Saúde, Lisboa,1998.

**COSTA, Ricardo,**

- *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2002.

**COIMBRA, Arménia,**

- “Entidades Públicas em matéria de saúde: as ordens profissionais”, in *Direito e Justiça*, vol.XIX, Tomo I, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2007. (p.207-230)

**COUTINHO, Luis Pereira,**

- “Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.557 a 574)

**COSTA, Manuel Alexandre Rios Vieira da,** (relatório de estágio)

- *Unidade local de saúde de Matosinhos*, E.P.E., Coimbra s.n., 2007.

**COSTA, Breno Rego Pinto Rodrigues da,** (orient. Vieira de Andrade)

- *Autonomia, Saúde e Constituição: um olhar sobre os internamentos obrigatórios de portadores de doenças infecciosas no ordenamento constitucional brasileiro e português*, relatório de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007.

**CUNHA, Paulo Ferreira da,**

- *Para uma Ética Republicana*, Coisas de Ler, Lisboa, 2010.

- *Pensar o Estado*, Quid Juris, Coleção Erasmus, Ensaios e Monografias – Linha de Direito e Ciências Políticas, Lisboa, 2009.

**CURREA-LUGO, Victor de,**

- *La Salud como Derecho Humano. 15 Requisitos y una mirada a las Reformas*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº32, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2005.

**CRUZ, José Neves,**

- *A influência da burocracia e dos grupos de interesse na escolha pública. Revisão de estudos do século XX e uma aplicação empírica dos municípios portugueses e galegos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- *Economia e Política. Uma abordagem dialéctica da escolha pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

- “A intervenção pública no domínio dos cuidados de saúde”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos*, Almedina, Coimbra, 2007. (pp.691-704)

**CRESPO, Enrique Barón,**

- *Tratado de Lisboa. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, euroEditions, 2010.

**CROSETTI, Alessandro,**

- *L 'Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione. Aspetti Evolutivi*, G.Giappichelli Editore, 1984.

**CUNHA, Estevão Nascimento da,**

- *Ilegalidade externa do acto administrativo e responsabilidade civil da Administração*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

**CUNHA, António Cordeiro da,**

- *Regime Jurídico da realização de despesas públicas e da contratação pública*, CEFA, 2000.

**CUNHA, Paulo Ferreira da,**

- *Direito Constitucional Anotado*, Quid Juris, 2008.

**DAVID, Sofia,**

- “Dos meios urgentes previstos no Título IV do CPTA: breve reflexão prática sobre o que temos e o que queremos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº94, julho-agosto, 2012. (pp.49-60)

**D’ALBERTI, Marco,**

- *Le Concessioni Amministrative. Aspetti della Contrattualità delle Pubbliche Amministrazioni*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1981.

**D’ALTE, Sofia Tomé,**

- *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007.

**DARDOT, Pierre/LAVAL, Christian,**

- *La nouvelle raison du Monde. Essai sur la société néolibérale*, Éditions La Découverte, Paris, 2009, 2010.

**DE LA SIERRA,**

- "Las medidas cautelares en la contratación pública", in *Revista de Administración Pública*, nº164, 2004.

**DE SOLAS RAFECAS,**

- *Contratos Administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990.

**DEODATO, Sérgio,**

- *Direito da Saúde*, Almedina, Coimbra, 2012. (pp.9-47; 80-95)

**DESTAIS, Nathalie,**

- *Le Système de Santé. Orhanisation et Régulation*, L.G.D.J., 2003, *Régulation du système de santé*, La Documentation Française, 2003.

**DEGRASSI, Lidianna,**

- *La Razionalizzazione dello Stato Sociale Nell ' Ordinamento dei Servizi Alla Persona e Alla Comunità*, nº5, Università degli Studi di Milano – Bicocca, Facoltà di Economia. Istituto di Diritto Pubblico dell ' Economia, Milano, Giuffrè Editore, 2004.

**DIAS, Gabriela Figueiredo,**

- "Project Finance – Primeiras Notas", in *Miscelâneas*, nº3, Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho (IDET), Almedina, Coimbra, 2004. (pp.116 ss)

**DIAS, José Eduardo Figueiredo/OLIVEIRA, Fernanda Paula,**

- *Noções fundamentais de Direito Administrativo*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2013.

**DÍAZ, González/António, Francisco,**

- *Contenido y limites de la prestación de asistencia sanitaria: adaptado a la ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud*, Aranzadi Ed., Navarra, 2003.

**DORREGO de Carlos, A./MARTÍNEZ Vazquez, F.,**

- *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.

**DUARTE, Tiago,**

- "Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdicional efectiva?, Yes, we can!", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº71, setembro-outubro, 2008. (pp.31-37)

- *A lei por detrás do orçamento. A questão constitucional da Lei do Orçamento*, Almedina, Coimbra, 2007.

**DUBOIS, Jean-Pierre,**

- *Le Controle Administratif sur les Établissements Publics*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982.

**DWORKIN, Ronald,**

- *Los Derechos en serio* (tradução do título original Taking Rights Seriously), Ariel, Barcelona, 1997.



**EGÍDIO, Mariana M.,**

- “Análise da estrutura das normas atributivas de direitos fundamentais. A ponderação e a tese ampla da previsão”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.611-636)

**EIRÓ, Vera,**

- “Adjudicar, não contratar e...indemnizar – Acórdão do STA nº1/2010, de 22.10.2009, P.557/08”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº80, março-abril, 2010. (pp.32-49)

**ELGAR, Edward,**

- *Efficiency in the public sector: the theory and practice of the cost-benefit analysis*, Cheltenham, Aldershot, 1993.

**ESPIN-ANDERSEN, Gosta,**

- *The Three Words of Welfare Capitalism*, Polity, Cambridge, 1990.

**ESTORNINHO, Maria João,**

- *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma contratação pública sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012.

- “Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise...”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº88, julho-agosto, 2011. (pp.37-42)

- *A fuga para o direito privado, contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, 2ª reimp., Almedina, Coimbra, 2009.

- “A transposição das Directivas nºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de março, e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº58, julho-agosto, 2006. (pp.10-20)

- “Natureza jurídica da actividade desenvolvida pelos estabelecimentos particulares de ensino, à luz de uma concepção funcional de serviço público de educação”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol.III, Coimbra Editora, Coimbra, 2006. (pp.87 ss)

- *Direito Europeu dos contratos públicos. Um olhar português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

- “A transposição das directivas nºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março e a elaboração de um código dos contratos públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº58, julho-agosto, 2006 (pp.10 ss)

- “Contrato público: conceito e limites”, in *La contratación pública en el horizonte de la integración europea, V Congreso Luso-hispano de profesores de derecho administrativo*, Madrid, 2004. (pp.31 ss)

- *Requiem pelo contrato administrativo*, reimp., Almedina, Coimbra, 2003.

- “Contencioso dos contratos da Administração Pública”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº24, novembro-dezembro, 2000. (pp.11-17)

- “Responsabilidade por danos de concessionários”, in *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, coord. José Luís López-Muniz/António Calonge Velázquez, Madrid, 1999. (pp.419 ss)

- “Critério da ambiência de direito público: esforço inglório para salvar o contrato administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº2, 1997. (pp.9 ss)

- “Para uma comparação entre a empreitada civil e as empreitadas celebradas por entidades públicas”, Separata da revista DJ, UCP, 1996.

- “Algumas questões de contencioso dos contratos da Administração Pública”, AAFDL, 1996.

**ESCOVAL, Ana Maria,**

- *Evolução da Administração Pública da Saúde: O papel da Contratualização, Factores Críticos do Contexto Português*, Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, Lisboa, 2003.

**ESQUÍVEL, José Luís,**

- *Os contratos administrativos e a arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2004.

**EWALD, François,**

- *L'État Providence*, Éditions Grasset & Fasquelle, 1986. (pp.173 ss; 425)
- *Histoire de L'État Providence. Les origins de la Solidarité*, Éditions Grasset & Fasquelle, 1996.

**FÁBRICA, Luís,**

- "Âmbito de aplicação do Código do Procedimento Administrativo", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº82, julho-agosto, 2010. (pp. 6-11)

**FARINHA, Carlos,**

- *Programa de Concurso de Empreitadas de Obras Públicas (modelo-tipo)*, Petrony, 2010.

**FAUSTO de QUADROS, A.,**

- "Serviço Público e Direito Comunitário", in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, FDUC, Coimbra, 2000.

**FAZIO, Giuseppe,**

- *L'Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione*, Vol.I, Giuffrè Editore, 1988.
- *L'Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione, (Amministrazione Decentrata Indiretta. Regioni ed Enti locali)*, Vol.II, Giuffrè Editore, 1989.

**FELIÚ, José Maria Gimeno,**

- "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP", in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, octubre-diciembre, 2012. (pp.17-57)
- *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la Regulación de la Adjudicación de los Contratos Públicos*, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, 2010.
- *La Nueva Contratación Pública Europea y su Incidencia en la Legislación Española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, 2006.
- *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Editorial Atelier, Barcelona, 2004.
- *Contratos Públicos: Ámbito de Aplicación y Procedimiento de Adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el Ordenamiento jurídico español*, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, 2003.
- "Las Directivas europeas sobre contratación pública: ámbito subjetivo y objetivo y sus relaciones con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", in *Noticias UE*, nº205, febrero, 2002. (pp.61-75)

**FERREIRA, Eduardo Paz,**

- "Em torno da Regulação Económica em tempos de mudança", in *Revista de Concorrência e Regulação*, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal (IDEFF), FDL, Ano I, nº1, janeiro-março, 2010. (pp. 31 ss)
- "Finanças Públicas e Contratos da Administração", in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol.II, Almedina, Coimbra, 2005.
- *Dívida pública e União Económica e Monetária*, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos*, Almedina, Coimbra,
- "Os Tribunais e o Controlo dos Dinheiros Públicos", in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol.II, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

- *Da Dívida Pública e das Garantias dos Credores do Estado* (dissertação de doutoramento), Lisboa, 1993.

**FERREIRA, Eduardo Paz/REBELO, Marta,**

- “O Novo Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas em Portugal”, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF-Pesquisa e Formação, Sintra, 2004. (pp.17-20)

**FERREIRA, Isabel/CUNHA, Sandra,**

- *Manual Prático da Contratação Pública. Gestão do Processo de Formação do Contrato Público*, Áreas Editora, Coleção Gestão, 2010.

**FERRERA, Maurizio,**

- “The Southern Model of Welfare in Social Europe”, in *Journal of European Social Policy*, vol.6, nº1, 1996 (pp.17-37)

**FERREIRA, Francisco de Oliveira,**

- *Procedimentos pré-contratuais ao abrigo do Código de Contratos Públicos – tipos de procedimentos e critérios de escolha*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

**FERNANDEZ, Elisabeth,**

- “Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº88, julho-agosto, 2011. (pp.14-22)

**FERNÁNDEZ, GARCÍA, M.,**

- “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo”, in *Revista de Administración Pública*, nº166, 2005.

**FERREIRA, Sérgio Andréa,**

- “A Contratualização do Direito Administrativo e do Direito Económico”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº16, 1º Semestre, 1999.

**FERREIRA, Rui Cardona,**

- *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

**FISHER, Didier,**

- *L’Homme providential. Un mythe politique en République de Thiers à de Gaulle*, Logiques Historiques, L’Harmattan, Paris, 2009.

**FOLQUE, André,**

- *A tutela administrativa nas relações entre o Estado e os Municípios*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

**FONTES, José,**

- *Teoria Geral do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

- *Tratado Elementar de garantias dos particulares*, Editorial Caminho, 2006.

**FONSECA, Isabel Celeste M.,**

- *Direito da Contratação Pública. Uma introdução em dez aulas*, Almedina, Coimbra, 2009.

- “O Contencioso dos contratos da Administração Pública: notas sobre um domínio do contencioso administrativo de feição muito urgente”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

**FOSTER, Sir Andrew,**

- *Learning the Lessons of PPP's, in Public and Private: Partners in the Public Interest*, The Smith Institute, Paul Hackett, London, 2007.

**FREITAS, Dinamene de,**

- *O acto administrativo inconstitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

**FUERTES LÓPEZ, Mercedes,**

- *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

**FUERTES FERNÁNDEZ, Adolfo,**

- “Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios”, in *REDETI*, nº 29, 2007. (pp.37-124)

**FRANCO, António Luciano de Sousa,**

- *Os Tribunais de Contas de Portugal e da União Europeia no contexto dos Sistemas de Controlo Financeiro*, in *Revista do Tribunal de Contas da União*, Edição Comemorativa dos 25 anos, Revista do Tribunal de Contas da União, vol.25, nº62, 1994.

**FREITAS do AMARAL, Diogo/AROSO de Almeida, Mário,**

- *Grandes Linhas da reforma do Contencioso Administrativo*, Almedina, 2002.

- *Curso de Direito Administrativo*, Vol.II, Coimbra, 2001. (pp.495 ss).

**FREITAS do AMARAL, Diogo/Torgal, Lino,**

- *Estudos sobre Concessões e outros actos da Administração (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 2002.

**FREITAS, Lourenço Vilhena de,**

- *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007.

**FREITAS, Tiago Fidalgo de,**

- “O “controlo de gestão” nos organismos de direito público e as pessoas colectivas de (mera) utilidade pública – Acórdão do TCA Sul de 2.4.2009, P.4850/09”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº83, setembro-outubro, 2010. (pp.29-40)

**FROUD, L./SHAOUL, J.,**

- “Appraising and evaluating PFI for NHS hospitals”, in *Financial Accounting and Management*, august, 2001.

**GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario,**

- “El control de los contratos de colaboración público-privada”, in *Presupuesto y Gasto Público*, nº45, 2006. (pp.117-127)

**GARCIA, Juan José Pernas,**

- “Las Operaciones in House y el Derecho Comunitario de Contratos Públicos, Análisis de la Jurisprudência del TJCE”, 1ª ed., lustel, 2008.

**GARCIA, António,**

- “Acompanhamento, Avaliação e Controlos das PPP”, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF Pesquisa e Formação Publicações, Sintra, 2004.

**GARCIA, Maria Yolanda F.,**

- “La nueva regulación de la contratación pública en el derecho comunitario europeo”, in *Revista de Administración Pública*, enero-abril, 2005.

**GARCIA, Juan José Pernas,**

- “Las Operaciones in House y el Derecho Comunitario de Contratos Públicos, Análisis de la Jurisprudência del TJCE”, 1ª ed., Iustel, 2008.

**GARCIA, Maria Glória F.P.D.,**

- *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, Coimbra, 2009.

- *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Almedina, Coimbra, 2005.

**GARDELLA, Maria Mercé,**

- *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación regulada*, Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005.

**GARDO, R.,**

- *La ejecución y modificación de los contratos*, in *Introducción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1995. (pp.111 ss)

**GARNICA, Ernesto García-Trevijano,**

- *La cesión del contrato administrativo. La sucontratación*, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, 1997.

- *El Regimen de las Garantías en la Contratación Administrativa*, Editorial Civitas, 1997.

**GAROFOLI, R./SANDULLI, M. Alessandra,**

- *Il Nuovo Diritto degli Appalti Pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella Legge Comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè Editore, Milano, 2005. (pp.207 ss)

**GAUDEMET, Yves,**

- “Le partenariat public-privé dans la perspective de la métamorphose de l’intérêt général”, in *Recueil Dalloz*, nº44, 2007.

**GAZIN, Fabienne,**

- “La conception communautaire de l’intérêt general dans le droit des services publics”, in A.A.V.V., *Service public et Communauté Européenne: entre l’intérêt general et le marché*, T. II, Actes du Colloque de Strasbourg, 17-19, 1996, Paris, 1998. (pp.49 ss)

**GEORGEL, Jacques,**

- “Formation du contrat administrative. Principes”, in *Juris Classeur Administratif*, ed. 5, nº505, 1995.

**GIL, José Luis Meilán,**

- *La Estructura de los Contratos Públicos. Norma, Acto y Contrato*, Iustel, 2008.

**GIL, Oscar Moreno,**

- *La Revision de Precios en la Contratación Administrativa*, Editorial Civitas, 1979.

**GÓMEZ-FERRER M., R.,**

- “El contrato de obras. La concesión de obras públicas como contrato”, in *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996.

**GOMES, Carla Amado,**

- “Estado Social e concretização dos Direitos Fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.19-34)  
- “Repensar o Código do Procedimento Administrativo – A decisão do procedimento”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº82, julho-agosto, 2010. (pp.32-44)  
- “A responsabilidade e a(s) sua(s) circunstância(s) – Acórdão do STA de 04.12.2003, P.557/03”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº45, maio-junho, 2004. (pp.36-49)

**GOMES, Manuel Januário da Costa,**

- “Garantias Bancárias no Código dos Contratos Públicos - Breves notas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol.III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.505-523)

**GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.,**

- “El Contrato de colaboración público-privada”, in *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 170, 2006.

**GONZÁLEZ-VARAS, S.,**

- “Nuevos desarrollos de la idea de colaboración público-privada empresarial de las funciones públicas”, in *Presupuesto y Gasto Público*, nº 45, 2006.

**GONÇALVES, Pedro Costa/ GONÇALVES, Pedro,**

- *Regime Jurídico da Actividade Empresarial Local*, Almedina, Coimbra, 2012.

**GONÇALVES, Pedro Costa,**

- “Alterações ao Código dos Contratos Públicos na sequência do «memorando de entendimento com a troika», in *Revista de Contratos Públicos*, nº5, maio-agosto, CEDIPRE (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação), Coimbra Editora, Coimbra, 2012. (pp.213-237)  
- “Estado de Garantia e Mercado”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.97-130)  
- “O direito de acesso à informação detida por empresas do sector público”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº81, maio-junho, 2010. (pp.3-11)  
- “Natureza Jurídica das sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos – Acórdão do STA de 20.05.2010, P.1113/09”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº84, novembro-dezembro, 2010. (pp. 14-31)

**GONÇALVES, Pedro,**

- “Regulação administrativa e contrato”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol.II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.987-1024)  
- “Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato – Acórdão do TJCE de 19.06.2008, P. C-454/06”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº73, janeiro-fevereiro, 2009. (pp.3-22)  
- *Regulação, electricidade e telecomunicações – Estudos de direito administrativo de regulação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.  
- *Regime jurídico das empresas municipais*, Almedina, Coimbra, 2007.

- “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 64, julho-agosto, 2007. (pp.36-46)
- “Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº62, março-abril, 2007. (pp.3-10)
- “Entidades privadas com poderes administrativos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº58, julho-agosto, 2006. (pp.50-59)
- *Direito Administrativo da Regulação*, in *Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, 2006.
- *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, Coimbra, 2005.
- “Contencioso administrativo pré-contratual”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº44, março-abril, 2004. (pp.3-11)
- *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2003.
- *A concessão de serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 1999.

**GONÇALVES, Pedro/MARTINS, Licínio Lopes,**

- “Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado Regulador”, in *Estudos de Regulação Pública – I*, Direito e Regulação, 5, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

**GOUVEIA, Paulo Pereira,**

- “Meios cautelares hoje e amanhã”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº94, julho-agosto, 2012. (pp.81-92)

**GÓMEZ, Emilio Menéndez,**

- *Contratos del Estado: Direccion de Obras*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1992.

**GÓMEZ, Jorge García-Andrade,**

- *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

**GORJÃO-HENRIQUES, Miguel,**

- *Direito da União*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

**GLOBEKNER, Osmir Antonio,**

- *A saúde entre o público e o privado. O desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*, Juruá Editora, Curitiba, 2011.

**GRAHAM, Vinter,**

- *Project Finance: a legal guide*, 3ª ed., XXXV, Sweet & Maxwell, London, 2006.

**GREVE, Bent,**

- “The Social, Political and Economic Future of the European Welfare States”, in Bent Greve (Ed.), *The future of the Welfare State. European and Global Perspectives*, Ashgate, Hampshire, England, 2006. (pp.1-7).

**GRECO, Guido,**

- *I Contratti dell’Amministrazione tra Diritto Pubblico e Privato (I Contratti ad Evidenza Pubblica)*, Giuffrè Editore, Milano, 1986.

**GRIMSEY, Darrin/ MERVYN, Lewis K.**

- *Public Private Partnerships: The World Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2004.



**GUEDES, Armando Marques,**

- *“Os Contratos administrativos”*, in RFDL, ano XXIX, 1988 (pp.161 ss).

**GUETTIER, Christophe,**

- *Droit des Contrats Administratifs*, PUF, Col. Thémis, 2004.

**GUIMARÃES, Ana Luísa,**

- *O carácter excepcional do acto administrativo contratual no Código dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2012.

**JELLINEK, Georg,**

- *Teoría general del Estado*, B de F editora, 2005.

**JUSTO, Cipriano,**

- *“Porque esperamos? Contribuição para o estudo do acesso aos cuidados de saúde”*, Campo da Comunicação, Lisboa, 2004, pp.17.

**HARFOUCHE, Ana Paula Jesus,**

- *Hospitais transformados em empresas: análise do impacto na eficiência: estudo comparativo* (pref. António Correia de Campos), ISCSP, Lisboa, 2008.

**HAYEK, Friedrich A.,**

- *The Constitution of Liberty*, Routledge, London and New York, 1960, 1999, 2003. (pp.253 a 266: «the decline of socialism and the rise of the welfare state»; pp. 297 a 300: «health insurance versus free medicine»; pp.303 a 305: «the crisis of social security»);

- *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1948, 1<sup>st</sup> paper back edition in 1980. Pp.57 a 76: the facts of the social sciences

**HELD, David,**

- *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford University Press, Stanford-California, 1995.

**HOBBS, Thomas,**

- *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, 2ª edição, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Estudos Gerais/ Série Universitária/Clássicos de Filosofia, 1651, 1999.

**HODGE, Graeme/Greve, Carsten,**

- *The challenge of public-private partnerships: learning from international experience*, IX, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2005.

**HOLMES/Sunstein,**

- *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, New York, 1999.

**HUERGO, Lora A.,**

- *“El derecho espanhol de contratos públicos y el derecho comunitario”*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº126, 2005 (pp.217 ss)

**IBÁÑEZ, Santiago,**

- *El Contrato Administrativo*, Thomson Company, Editorial Civitas, 2003.

**IRUJO, António Embid/Piazuelo, Eloy Colom,**

- *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concésion de Obras Públicas (Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concésion de Obras Públicas)*, Thomson, Editorial Aranzadi, 2003.

**ISAC, Jaime Sanchez,**

- *Estudios Practicos sobre Contratacion Local*, Editorial Civitas, Madrid, 1982.

**Imprensa Nacional, Casa da Moeda**

- Problemas e Propostas para o Sistema de Saúde: Debate promovido pelo Presidente da República durante a semana da Saúde, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2000.

**KELSEN, Hans,**

- *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Martins Fontes Editores, São Paulo, 2000.

**KIRKBY, Mark Bobela-Mota,**

- “Actos administrativos sujeitos a procedimentos adjudicatórios de contratação pública – o artigo 1º, nº3, do Código dos Contratos Públicos, in *Revista de Contratos Públicos*, nº5, maio-agosto, CEDIPRE (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação), Coimbra Editora, Coimbra, 2012. (pp.167-212)

- *Contratos sobre o exercício de poderes públicos. O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

- “Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate académico com e em homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia – Do artigo 178º do CPA ao artigo 1º, nº6, do CCP – uma alteração do paradigma de qualificação?”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.II*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.759-810)

- “Poderes sancionatórios no contrato administrativo: um caso de usurpação de poderes – Acórdão do STA de 22.04.2004, P.2925/02”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº78, novembro-dezembro, 2009. (pp.47-59)

- *Contratos administrativos de subordinação (natureza, funções e limite)*, AAFDL, Lisboa, 2002.

**LAUBADÈRE, André de,**

- *Direito Público Económico*, Almedina, Coimbra, 1985.

**LEONE, Giovanni,**

- *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, 5, CEDAM, Padova, 1983.

**LEE-POTTER, Jeremy,**

- *A damn bad business: The NHS deformed*, Victor Gollancz, London, 1997.

**LEITE, Cristina Sofia Gomes, (orient. Licínio Lopes)**

- *O papel do tableau de bord como instrument de gestão nos Hospitais E.P.E.*, relatório de mestrado, Universidade de Coimbra, 2009/10.

**LEITÃO, Alexandra,**

- *Contratos interadministrativos*, Almedina, Coimbra, 2011.

- “Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações “in house”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 65, setembro-outubro, 2007. (pp.12-26)

- *A protecção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

- “Da natureza jurídica dos actos praticados pela Administração no âmbito da execução os contratos – Acórdão do STA de 23.06.1998, P.32 282”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº25, janeiro-fevereiro, 2001. (pp.15-26)

**LEITÃO, Luís M. Teles de Menezes,**

- “A responsabilidade civil das entidades reguladoras”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.113-122)

**LECHUGA, F. Javier Jiménez,**

- *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español. Una visión de conjunto*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999.

**LEGUINA, Jesús,**

- *Gasto Público e incumplimiento de contratos de obras educativas*, F.D.C., 1978.

**LESSEPS, Lourenço Reis,**

- “Ética do racionamento em cuidados de saúde”, in *Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa*, Setembro, 1993. (pp. 229-304)

**LIBERAL, José Pedro Gouveia Vasconcelos Rodrigues,**

- *Direito Fundamental à protecção da saúde: de um direito originário a prestações aos direitos derivados*, (tese de mestrado em ciências jurídico-políticas), Coimbra, 2005.

**LIGNIÈRES, Paul,**

- *Partenariats Public-Privés*, LITEC, 2ª ed., Paris, 2005.

**LIZARRAGA, Martín Maria Razquin,**

- *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*, Editorial Aranzadi, 1996.

**LLORENS, François,**

- *Contrat d’Entreprise et Marche de Travaux Publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit prive et contrat administratif)*, Tome CXXXIX, Bibliothèque de Droit Public, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1981.

**LOPES, J.J., Almeida,**

- *Constituição da República Portuguesa*, 6ª rev. Anotada, Almedina, 2005.

**LOPES, José Joaquim A.,**

- «Os contratos administrativos», in *Revista de Direito Público*, ano VIII, nº15, Janeiro/Junho (pp.17 ss).

**LÓPEZ MARTÍNEZ, M.,**

- “Asignación y gestión de riesgos en los contratos de concesión de obra pública: estructuración administrativa y financeira”, in *Notícias da UE*, nº253, enero-febrero, 2006.

**LÓPEZ, César Vicente,**

- *La Contratación Administrativa. Condiciones Generales y Eficacia*, Editorial Comares, Granada, 1996.

**LÓPEZ-MUÑIZ, J. Luis Martínez/Velázquez, Antonio Calonge (coord.),**

- *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 de octubre de 1997, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1999.

**LORA, Alejandro Huergo,**

- *El Seguro de Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002.

- *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Universidad de Oviedo, Editorial Civitas, 1998.

**LOUREIRO, João Carlos,**

- *Adeus ao Estado Social? A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos “Direitos Adquiridos”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- “Direito à (protecção da) saúde”, in *Separata de Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

**LUCAS, Enrique Ruiz,**

- *La Contratación Administrativa en la Administración Local*, Editorial Bayer Hnos, 2002, Barcelona.

**LUENGO, Javier García,**

- *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas Ediciones, 2002.

**LUIS, Jesús Comenar/SOTO, Pedro Colmenares,**

- *Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo)*, Estudios Trivium, Administrativo, 1995.

**LHUIILLER, Jean-Marc,**

- *Le Droit des Usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, 4 édition, Presses de l'École des Hautes Études en Santé Publique, 2009.

**MAÇÃS, Maria Fernanda / Catarino, Luís Guilherme / Costa, Joaquim Cardoso da,**

- *O Contencioso das Decisões das Entidades Reguladoras do Sector Económico-Financeiro*, in *Estudos de Regulação Pública*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

**MAÇÃS, Fernanda,**

- “Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº88, julho-agosto, 2011. (pp.57-74)

- “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº58, julho-agosto, 2006. (pp.21-49)

**MACHADO, João Melo,**

- *A Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1936.

**MACHETE, Rui Chancerelle de,**

- *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

- “Princípios Gerais do Código do Procedimento Administrativo”, in *CPA- Imprensa Nacional da Administração (INA)*, 1992. (pp.39 ss)

**MACHO, Luis Miguez,**

- “La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011. (pp.33 a 58)
- “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, in *Revista de Administración Pública*, nº 175, enero-abril, 2008. (pp.157 a 215)

**MACHADO, António Palhinha,**

- “O SNS e o mercado: tal como está, o SNS nunca poderá atingir a eficiência”, in *Economia Pura*, Ano 5, nº51, Lisboa, 2002. (p.44-49)

**MAccRORIE, Benedita,**

- *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005.

**MAGALHÃES COLLAÇO, João Maria T. de,**

- *Concessões de serviços públicos. Sua natureza jurídica*, Coimbra, 1914.

**MALARET I GARCÍA, Elisenda,**

- “Partenariato público-privato: Finanziamento delle infrastrutture e gestione dei servizi pubblici locali in Spagna”, in *Servizi pubblici e appalti*, nº2, 2003.

**MALBERG, Raymond Carré de,**

- *Contribution à la Théorie générale de l' État*, Éditions Dalloz, Paris, 2004.

**MARIA, Daniel Coelho,**

- *Fiscalização e Acompanhamento de Obra*, Rei dos Livros, 2011.

**MARINHEIRO, Carlos Fonseca,**

- “Política Anticíclica. A necessidade de consolidação orçamental e as instituições”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, Agosto-Setembro, 2006. (pp. 32 e 33)

**MARQUES GUEDES, A.M.,**

- “O contrato administrativo”, in *Estudos de direito administrativo, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1973. (pp.65 ss, pp.70 e 71)
- *A concessão (Estudo de direito, ciência e política administrativa)*, Parte I – *Natureza jurídica da concessão*, Coimbra, 1954. (pp.26 ss)
- “Os contratos administrativos”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXII, 1991. (pp.9 ss)

**MARQUES, Rui Cunha,**

- *O Estado e as Parcerias Público-Privadas*, Edições Sílabo, 2012.
- *Regulação de Serviços Públicos*, Edições Sílabo, 2005.

**MARQUES, Pedro Marchão,**

- “A acção administrativa comum e a acção administrativa especial: algumas reflexões”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº76, julho-agosto, 2009. (pp.13-19)

**MARQUES, Maria Manuel Leitão /Moreira, Vital,**

- *A Mão Visível – Mercado e Regulação*, Almedina, Coimbra, 2008.

**MARQUES, Maria Manuel Leitão,**

- *Serviço Público, que futuro?*, Almedina, Coimbra, 2009.

**MARTIN, Vivien/Henderson, Euan,**

- *Gestão de unidades de saúde e de serviços sociais*, Monitor, 2004.

**MARTINS, Afonso O.,**

- “Para um conceito de contrato público”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, Vol.V, Almedina, Coimbra, 2003. (pp. 475 ss)

**MARTINS, Ana Gouveia,**

- “Algumas questões sobre a concessão de providências cautelares no âmbito dos procedimentos de formação de contratos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº85, janeiro-fevereiro, 2011. (pp.3-16)

- *A tutela cautelar no contencioso administrativo (Em especial, nos procedimentos de formação dos contratos)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

- “Apreciação de propostas e respectiva ponderação no regime das empreitadas de obras públicas – Acórdão do STA de 02.08.2000, P.46 110”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº46, julho-agosto, 2004. (pp.26-40)

- “A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.59-118)

**MARTINS, Guilherme d’Oliveira,**

- “A responsabilidade financeira: evoluções recentes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº88, julho-agosto, 2011. (pp.52-56)

- Entrevista: “Missão: Responsabilizar a Administração Pública”, in *Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano VIII, nº78, Agosto-Setembro, 2006, pp.24.

**MARTINS, Afonso d’ Oliveira/Martins, Guilherme d’ Oliveira,**

- “Conceito e regime do terceiro sector. Alguns aspectos”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos*, Almedina, Coimbra, 2007. (pp.7-35)

**MARTINS, Margarida S. d’ Oliveira,**

- “O Estado Social no contexto internacional e europeu”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.85-96)

**MARTINS, Mariana d’ Oliveira,**

- *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*, Almedina, Coimbra, 2007.

**MARTINS, LICÍNIO LOPES,**

- “Aplicação do regime de empreitada de obras públicas às Instituições Particulares de Solidariedade Social – Acórdão do STA de 08.10.2002, P. 1308/02”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº55, janeiro-fevereiro, 2006. (pp.17-35)

- *Alguns aspectos do regime de licenciamento de unidades privadas de serviços de saúde em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- *Direito Administrativo da Saúde*, in *Direito Administrativo Especial III*, Coord. de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, Coimbra, 2010.

- “*Direito Administrativo da Saúde*”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Almedina, Coimbra, 2010. (pp. 225-371)

- “Aplicação do regime jurídico de empreitada de obras públicas às Instituições Particulares de Solidariedade Social”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº55, janeiro-fevereiro de 2006. (pp.17-35)

- *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009.

**MARTINS, Afonso D´ Oliveira,**

- “Para um conceito de contrato público”, Separata aos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol.V, Almedina, Coimbra, 2003. (pp.475 ss)

**MARTINS, Licínio Lopes/GONÇALVES, Pedro,**

- “A Concessão de Serviços Públicos Económicos no Estado Regulador”, in *Direito Público e Regulação*, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

**MARCOS, Anadelén Casares,**

- *La Concesión de Obras Públicas a Iniciativa Particular: Tramitación, Adjudicación y Garantía Contractual de la Calidad*, Editorial Montecorvo, 2007.

**MATOS, André Salgado de,**

- “Algumas observações críticas acerca dos actuais quadros legais e doutrinários da invalidade do acto administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº82, julho-agosto, 2010. (pp.55-68)

- “Contencioso pré-contratual urgente e invalidade dos actos administrativos pré-contratuais – Acórdão do STA de 12.12.2006, P.528/06”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº62, março-abril, 2007. (pp.11-27)

**MATEUS, Abel M.,**

- “Concorrência, Eficiência e Saúde”, in Conferência proferida nos Seminários sobre Novas Perspectivas para o Sector da Saúde”, Bioética, FMUP, Porto. (pp. 1 -17)

**MAS, J. Tornos,**

- “*Actuaciones relativas a la contratación; pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización del contrato. Prerrogativas de la Administración*”, in *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996. (pp.263 ss)

**MASSORA, Alberto,**

- *Il partenariato publico-privato e il diritto europeo*,  
(disponível em <http://www.iisa.it/documenti/atti%2028.01.05/Massera PPP iisa BUP.pdf>)

**MEDEIROS, Rui,**

- “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº69, maio-junho de 2008. (pp.3 a 9)

- “Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: entre a unidade e a diversidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.657 a 683)

- “A contratação pública nos sectores com regime especial – água, energia, transportes e telecomunicações, in *La contratación publica en el horizonte de la integración europea*”, V Congresso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo, INAP, Madrid, 2004. (pp.162 ss)

- *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, 1999.

- *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Almedina, Coimbra, 1992.



**MELO, António Barbosa de/CORREIA, Fernando Alves,**

- “*Contrato Administrativo*”, CEFA, Coimbra, 1984.

**MELO, Pedro,**

- “*O Direito das Obras Públicas*” in *Tratado de Direito Administrativo Especial* (coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves), Vol.VI, Almedina, Coimbra, 2012. (pp.443-556)

- *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*, Almedina, Coimbra, 2011.

**MENDO, Paulo,**

- “O que foi, o que é, o que será”, in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro, 2002. (pp.36-39)

**MESQUITA, Maria José Rangel de,**

- “Influência do direito da União Europeia nos regimes da responsabilidade pública”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº88, julho-agosto, 2011. (pp.6-13)

- “Responsabilidade por incumprimento do Direito da União Europeia imputável à função legislativa: o passado e o futuro – Acórdão do STJ de 27.11.2007, P.07A3954”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº72, novembro-dezembro, 2008. (pp.3-15)

- “*Responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia: um princípio com futuro – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06.03.2003, Agravo 0650624*” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº60, novembro-dezembro, 2006. (pp.52-69)

- “O fio da navalha: (ir)responsabilidade da Administração por facto lícito – Acórdão do STA de 05.11.2003, P.1100/02, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº46, 2004. (pp.41-54)

**MENUDO, Francisco López/Reina, Emilio Guichot/Donaire, Juan Antonio Carrillo,**

- *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, Colección El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia, Editorial Lex Nova, 2005.

**MIRANDA, Jorge/Medeiros, Rui,**

- *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I (arts.1º a 79º), 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

**MIRANDA, Jorge,**

- “O Regime Específico dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrakes*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2000. (350 ss)

- *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV (Direitos Fundamentais)*, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

- *Manual de Direito Constitucional. Tomo I – Preliminares (O Estado e os Sistemas Constitucionais)*, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

- “A responsabilidade civil do Estado, a Constituição e a Lei nº 67/2007 (Portugal)”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº36, 2009. (pp.13 - 27)

- *Estudos vários sobre direitos fundamentais*, Principia, 2006.

- *As constituições portuguesas: de 1822 ao texto actual da Constituição*, Petrony, 2004.

- *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

- “A Abertura Constitucional a Novos Direitos Fundamentais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra, 2001. (pp. 559 ss)

**MISES, Ludwig von,**

- *Socialism. An Economic and Sociological Analysis*, Liberty Fund – Library of Studies on Economic Liberty, Indianapolis, 1981.

**MOLINA, José A. Moreno/GUADAMILLAS, Francisco P.,**

- *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*, 2ª reimp., Manuales Profesionales, La Ley, 2008.

- *Nueven Régimen de Contratación Administrativa*, La Ley Actualidad, Madrid, 2003.

**MONCADA, Luís Cabral de,**

- *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação. Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, Almedina, Coimbra, 2012. (pp.151 ss; 249 ss; 257 ss.)

- *A Relação Jurídica Administrativa. Para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

- “O problema do critério do contrato administrativo e os novos contratos-programa”, in *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

- “O problema do critério do contrato administrativo e os novos contratos-programa”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - BFDC (Estudos em homenagem do Prof. Doutor Teixeira Ribeiro, II)*, Coimbra, 1979, Separata.

**MONEDERO GIL, J.I.,**

- “Criterios de adjudicación del contrato administrativo en el derecho comunitario”, in *Noticias CEE*, nº21, 1986.

**MONEDERO GIL, J.J.,**

- *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

**MONIZ, Ana Raquel,**

- *Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos: o acesso à justiça administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

**MONZÓN, Luis Arce,**

- *La Contratación en las Corporaciones Locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969.

**MONIZ, Helena** (colab. Carla Barbosa),

- *Legislação de Direito da Medicina*, 1ªed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

**MONIZ, Ana Raquel Gonçalves,**

- “Repensar os regulamentos no Código de Procedimento Administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº82, julho-agosto, 2010. (pp.32-54)

**MONTEIRO, Sinde,**

- “Culpa in contrahendo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº42, novembro-dezembro, 2003. (pp.5-14)

**MORAIS, Luís,**

- “As relações entre o Estado e as Empresas Públicas na sequência da aprovação do Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de dezembro”, in *Estudos sobre o novo Regime do Sector Empresarial do Estado* (coord. EDUARDO PAZ FERREIRA), Almedina, Coimbra, 2000.

**MORAIS, Blanco de,**

- *Direito Constitucional II. Sumários Desenvolvidos*, Lisboa, 2004 (pp.82 ss)

**MORCILLO MORENO, Juana,**

- “Derechos y obligaciones del concesionario”, in *El contrato de concesión de obras públicas en la Ley de contratos del Sector Público* (coord. FRANCISCO P. SEGUIDO), la Ley, Madrid, 2009. (pp.139-172)

**MOREIRA, Isabel,**

- *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007.

- “Por uma Leitura Fechada e Integrada da Cláusula Aberta aos Direitos Fundamentais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol.V, Almedina, Coimbra, 2003. (pp. 113 ss)

**MOREIRA, Vital,**

- “A nova entidade reguladora da saúde em Portugal”, in *Revista do Direito Público da Economia*, nº5, 2004. (pp.103)

- “Auto-Regulação Profissional e Autónoma Autónoma (A organização institucional do Vinho do Porto)”, in *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2004. (pp.399 ss)

- “A tentação da “private finance initiative” (PFI)”, in *A mão invisível - Mercado e Regulação*, Almedina, Coimbra, 2003. (pp. 188 ss)

- *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997.

- *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

**MOREIRA, Vital/MARQUES, Maria Manuel Leitão,**

- “*Instrumentos e Formas Jurídicas de Desintervenção do Estado*”, in *Economia y Prospectiva. O Estado, a Economia e as Empresas*, Ministério da Economia, 1999.

**MOREIRA, Vital/MAÇÃS, Maria Fernanda,**

- *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo, Projecto de Lei-Quadro. No âmbito da Regulação da Saúde*, Coimbra Editora, 2003.

- “*Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto da Lei- Quadro*”, in *Direito Público e Regulação* nº4, CEDIPRE, Coimbra Editora, 1997.

**MORENO, Carlos,**

- *Como o Estado gasta o nosso dinheiro*, Caderno, 2010.

- *Finanças Públicas – gestão e controlo dos dinheiros públicos*, 2ª edição, EDIUAL, 2000.

**MORENILLA, José Maria Soubirón,**

- *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*, Editorial Comares, Granada, 1998. (pp. 17 ss; 27 ss).

**MORENO Molina, J.A.,**

- *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

- “Las concesiones de obra pública en Derecho Comunitario”, in *Contratación Administrativa Práctica*, nº39, 2005. (pp.23-40)

- *Contratos Públicos: Derecho Comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

**MORENO Molina, J.A./PLEITE GUADAMILLAS, F.,**

- *El nuevo Reglamento de contratación de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2002.

**MORENO, Beatriz González,**

- *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Universidade de Vigo, Civitas Ediciones, S.L., 2002.

**MOREAU, Jacques/TRICHET, Didier,**

- *Droit de la Santé Publique*, Paris, 1990. (pp.80-93)

**MORINO, Marilena/ BOBBIO, Giorgio/ GIOVANNI, Donatella Morello di,**

- *Diritto dei Servizi Sociali*, in *Il Servizio Sociale*, Carocci Faber, 2006.

**MORÓN, Miguel Sánchez e A.A.V.V.,**

- *El Derecho de los Contratos Públicos en la Unión Europea y sus Membros*, Universidad de Alcalá, Lex Nova, 2011.

**MOURA, Paulo Veiga e,**

- *A privatização da função pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

**MUÑOZ MACHADO, S.,**

- *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, 1993.

**NABAIS, José Casalta,**

- "Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.51-84)

- *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007. (pp. 103 ss)

**NEVES, Arminda,**

- *Gestão na Administração Pública*, Pergaminho, 2002.

**NEVES, Ana Fernanda,**

- "Os princípios de contratação pública", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. (pp.29-58)

**NEWDICK, Christopher,**

- *Who should we treat?: law, patients and resources in the NHS*, Clarendon Press, Oxford, XLIV, 1997.

**NETO, Dora Lucas,**

- "Meios Cautelares", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº76, julho-agosto, 2009. (pp.61-68)

**NIETO GARRIDO, Eva,**

- "La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido (De Private Finance Initiative a Public Private Partnerships)", in *Revista de Administración Pública*, nº164, 2004. (pp.389-406)

- "El New Public Management y el gobierno através de contratos en el Reino Unido", in *Revista de Administración Pública*, nº 162, 2003. (pp.391-420)

**NOVAIS, Jorge Reis,**

- *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

- *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- “Direito, liberdade ou garantia”: uma noção constitucional imprestável na justiça administrativa? – Acórdão do TCA Sul de 06.06.2007, P. 2539/07”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº73, janeiro-fevereiro, 2009. (pp.44-59)
- *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*, Coimbra, 1987.

**NOZICK, Robert,**

- *Anarquia, Estado e Utopia*, Edições 70, Lisboa, 2009.

**NUNES, Rui,**

- *Regulação da Saúde*, Vida Económica, Porto, 2005.

**NUNES, Rui, (coord.)**

- *Política de Saúde*, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2003.

**NUNES, Rui/Rego, Guilhermina/Nunes, Cristina, (coord.)**

- *Afectação de recursos para a saúde: perspectivas para um novo SNS*, Coimbra, 2003.

**OBERDORFF, Henri,**

- *L'Éxecution par l'Administration des Décisions du Juge Administratif*, Thèse, Paris 2, 1981.

**OECE,**

- “Public Private Partnerships in pursuit of risk sharing and value for Money” (pp. 127-129; 107-117)

**OJEDA, Alberto Ruiz,**

- *La Concesión de Obra Pública*, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, 2006.

**OFFE, Claus,**

- “Some Contradictions of the Modern Welfare State”, in *The Welfare State Reader*, Edited by Cristopher Pierson and Francis G. Castles, Polity Process, Cambridge, 2000. (pp.67-76)

**OLIVA F.,**

- *I contratti nella pubblica amministrazione*, in DEI edizione, Roma, 1998.

**OLIVER, José Maria Boquera,**

- *La Selección de Contratistas. Procedimiento de selección y contrato*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

**OLIVEIRA, Mário Esteves de/ OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de,**

- *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa. Das Fontes às Garantias*, Almedina, Coimbra, 1998.
- *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011.

**OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de/Gonçalves, Pedro,**

- *As concessões municipais de distribuição de electricidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

**OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de,**

- “Acórdão Acoset: as alternativas procedimentais na constituição de uma PPPI vistas à luz do direito comunitário – Acórdão do TJUE de 15.10.2009, proc. C-196/08”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº92, março-abril, 2012. (pp.3-20)
- “O contencioso urgente da contratação pública”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº78, novembro-dezembro, 2009. (pp.3-16)
- “O acto administrativo contratual”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº63, maio-junho, 2007. (pp. 3-17)
- “A necessidade de distinção entre contratos administrativos e privados na Administração Pública no projecto do CCP”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº64, julho-agosto, 2007. (pp.28-35)

**OLIVEIRA, Mário Esteves de,**

- “A necessidade de distinção entre contratos administrativos e privados da Administração Pública no projecto do CCP”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº64, julho-agosto de 2007. (pp.28 -35)

**OLIVEIRA, António Cândido de,**

- “Órgãos Administrativos no Código de Procedimento Administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº82, julho-agosto, 2010. (pp. 12-22)
- “A Administração Pública de Prestação e o Direito Administrativo”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLV, nº 259/262, janeiro-junho de 1996. (pp. 97 ss)

**OLIVEIRA, Fernanda Paula,**

- “Água mole em pedra dura...”. De novo o acto de aprovação do projecto de arquitectura – Acórdão do TCA Sul de 28.10.2009, P.4110/08”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº84, novembro-dezembro, 2010. (pp.46-56)

**OLIVERA MASSO,**

- “La problemática sobre la delimitación del ámbito subjectivo de las normas internacionales sobre contratación pública: la administración institucional en las Directivas de la Comunidad Europea y en el acuerdo de contratación pública de la Organización Mundial del Comercio”, in *Revista de Administración Pública*, nº45, 1998.

**OLMEDA, Alberto Palomar** (Ángel de Álvaro Montero, coord.),

- *La Colaboración Público Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2011.

**ORDÓÑEZ SOLÍS, David,**

- “La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el derecho Comunitario europeo”, in *Boletín informativo del Ministerio de Justicia*, nº1921, julio, 2002. (pp.2329-2354)

**ORTEGA, Pedro Garcia,**

- *Los Contratos del Estado*, Ministerio de Obras Publicas y Urbanismo (Dirección General de Carreteras y Caminos Vecinales), vol.VII, 1977.
- *Manual de Contratos del Estado*, 3ª ed., Espasa Universidad, Madrid, 1987.

**ORTEGA ÁLVAREZ, Luis,**

- *“El régimen común de equilibrio económico del contrato de concesión de obras públicas predicable de los diferentes supuestos de riesgo y ventura existentes en las distintas fases de dicha concesión”, in El Contrato de concesión de obras pública en el Ley de contratos del Sector público* (coord. FRANCISCO P. SEGUIDO), La Ley, Madrid, 2009. (pp.215-228)

**ORTIZ, Gaspar Ariño,**

- *“Fallos y logros de los sistemas regulatorios”, en Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006. (pp.27 ss).  
- *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

**OTERO, Paulo,**

- *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2011.  
- *“Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública”, in Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol, Studia Juridica, nº60, Coimbra, 2001. (pp.31 ss)  
- *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998. (pp.14)  
- *“Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas”, in Revista da Ordem dos Advogados*, 1996. (pp.912 ss)

**OTERO, Paulo/GONÇALVES, Pedro,**

- *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol.VI, Almedina, Coimbra, 2012.

**PADRÓS, Xavier/Fortuny, Josep M.,**

- *Legislació Bàsica sobre Contractes: La Llei de Contractes de les Administracions Públiques*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1995.

**PADRÓS I REIG, Carlos,**

- *“La articulación del concepto de “colaboración” desde el punto de vista del ordenamiento administrativo”, in Revista Española de Derecho Administrativo*, nº142, 2009. (pp.251-288)

**PADRÓS I CASTILLON,**

- *Derecho público y Derecho privado en la contratación de la Administración Pública*, en el libro *“Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública”*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

**PALASÍ, José Luis Villar,**

- *“Revisión de Precios”, in Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (obra colectiva), Madrid, 1996. (pp.525 ss)  
- *Lecciones sobre Contratación Administrativa*, Sección de Publicaciones, Madrid, 1969.

**PAPPANO, Danilo,**

- *Potere Amministrativo e Responsabilità Civile – La Riconsiderazione delle Categorie Dogmatiche*, Jovene Editore, 2008.

**PEQUEÑO, Humberto Gosálbez,**

- *El Contratista de la Administración Pública*, Cámara de Cuentas de Andalucía, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.



**PEMAN, Gavin, Juan,**

- *Derecho a la salud y administracion sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de Espana, Bolonia, 1989.

**PÉREZ, Miriam Cueto,**

- *Procedimiento Administrativo, Sujetos Privados y Funciones Públicas*, Thomson Civitas, 2008.

**PÉREZ, J. González,**

- "Indemnización al contratista en los supuestos de resolución del contrato por suspensión temporal de las obras por plazo superior a un año", in *Revista de Derecho Administrativo*, nº103, 1984. (pp.229 ss)

**PEREIRA, Luís Filipe,**

- "SNS chega para as necessidades", in Entrevista realizada por ALVARO DE MENDONÇA e FRANCISCO MORAIS BARROS, *Revista Pura. Tendências e Mercados*, Ano V, ano 51, outubro 2002. (pp.26-30)

**PEREIRA, Pedro Matias,**

- "A Adjudicação de contratos públicos em contexto de crise", in *Revista de Contratos Públicos*, nº5, maio-agosto, CEDIPRE (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação), Coimbra Editora, Coimbra, 2012. (pp.143-165)

**PEREIRA, Pedro Miguel M.,**

- *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

**PEREIRA DA SILVA, Vasco,**

- *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005 (pp.401 ss)

- *Em busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1996.

**PIACENTINI, Pier Maria,**

- *Revisione dei Prezzi e Opere Pubbliche*, in *Teoria e Pratica del Diritto*, Sez.IV – 20. Diritto Amministrativo, Giuffrè Editore, Milano, 1987.

**PIÑAR MAÑAS, J.L.,**

- "El derecho comunitario como marco de referencia de derecho español de los contratos públicos", in *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas* (R. GÓMEZ-FERRER), Civitas, Madrid, 2004.

- "La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos, y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas", in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº585, 2003.

- "Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario", in *Revista de Administración Pública*, nº133, 1994.

- "Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España", in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº84, 1994.

**PINTO, Lara Sofia,**

- *Os Acordos-Quadro no Direito da Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011.

**PINTO, Cláudia de Moura,**

- *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos- Reflexão sobre o instituto do Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em caso de extinção do contrato administrativo*, Almedina, Coimbra, 2012

**PIROCHE, A.,**

- *Droit communautaire et concurrence dans le marchés publics*, in *Revue Marchés Publics*, nº245, 1989.

**PITÃO, José A. França,**

- *Contrato de Empreitada – Anotado*, Almedina, Coimbra, 2011.

**POMBEIRO, António,**

- *“As PPP/PFI Parcerias Público Privadas e a sua Auditoria”*, Área Editora, 2003.

**PORTOCARRERO, Marta,**

- “A audiência dos interessados e o conteúdo da fundamentação – Acórdãos do STA de 13.04.2000, P.41 540, e de 09.03.2000, P.44 231”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº41, setembro-outubro, 2003. (pp.14-28)

**PETRELLA, Riccardo,**

- *O Bem Comum – Elogio da Solidariedade* (trad.), Campo das Letras (ed.), Porto, 2002.

**POETA, Alexandre D./Nogueira, Fernanda/Andrade, José Maria,**

- “Entre a inovação e o planeamento. Novos modelos de gestão de compras hospitalares”, in *Revista de Estudos Políticos e Sociais*, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, vol. XXIII, nºs 1-4, 2001. (pp.413-439)

**PUIGPELAT, Oriol Mir,**

- *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidade*, Civitas Ediciones, S.L., 2000.

**RIBEIRO, José Mendes,**

- “Reforma do sector público hospitalar: programa de empresarialização de 34 hospitais portugueses”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol.4, Lisboa, 2004. (pp. 65 ss)

**PUERTO, Miguel Montoro,**

- “Contratos Administrativos Atípicos”, in *Estudios Administrativos*, nº35, Madrid, 1969.

**PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**

- *Problemas e Propostas para o Sistema de Saúde*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2000.

**QUEIROZ, Cristina,**

- *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

- *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

- *Direitos Fundamentais. Teoria geral*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

**QUELHAS, Ana Paula Santos,**

- *A Refundação do Papel do Estado nas Políticas Sociais*, Almedina, Coimbra, 2001. (pp.35; 201-205)

**RAMOS, Francisco Javier de Ahumada,**

- *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos Estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la Lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos*, Editorial Aranzadi, 2000.

**RAIMUNDO, Miguel Assis,**

- “Responsabilidade de entidades privadas submetidas ao regime da responsabilidade pública”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº88, julho-agosto, 2011. (pp.23-36)  
- *Estudos sobre Contratação Pública*, AAFDL, Lisboa, 2011.

**RAPOSO, João,**

- “A reforma da justiça administrativa: os meios principais. Uma justiça de qualidade, célere e económica?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº76, julho-agosto, 2009. (pp.20-28)

**RAPOSO, João/Caupers, João,**

- *A nova justiça administrativa*, Âncora Editora, 2002.

**RAWLS, John,**

- *Uma Teoria da Justiça*, 2ª edição, Editorial Presença, 2001.

**RAZQUIN Lizarraga, Martín M.,**

- *Contratos públicos y derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

**REIS, Vasco Pinto,**

- “A intervenção privada na prestação pública: da expansão do Estado às parcerias público-privadas”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol.4, Lisboa, 2004, pp.121 e seguintes.

**RENZO, Francesco di,**

- *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1962.

**RIBEIRO, António Neves,**

- *O Estado nos Tribunais*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

**RIBEIRO, Teresa de Melo,**

- “A justiça cautelar que temos e que queremos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº94, julho-agosto, 2012. (pp.61-80)

**RICHER, Laurent,**

- *Droit des Contrats Administratifs*, 4ª edição, L.G.D.J., Paris, 2004.

**RIVERO, JEAN,**

- *Vers un Droit Commun Européen: nouvelles perspectives en Droit Administratif*, in *Nouvelles perspectives d'un Droit Commun de l'Europe* (coord. M. CAPPELLETTI), Florencia, 1978.

**RIVERO ORTEGA,**

- *Administraciones públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

**RIVERO YSERN, Eduardo,**

- “Los contratos de las empresas públicas estatales”, in *La empresa pública española: estudios*, Instudios Fiscales, Madrid, 1980.
- *La Interpretación del Contrato Administrativo*, Sevilla, 1971.

**ROCHA, Manuel Lopes/MAÇARA, Jorge Cruz/LOUSA, Filipe Viana,**

- *A Contratação Pública Electrónica e o guia do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2008 (pp.69 ss)

**ROCHA, J.A.,**

- *Gestão Pública e Modernização Administrativa*, Instituto Nacional de Administração (INA), 2009.

**RODRIGUES, José Alves,**

- *Regime jurídico das empreitadas de obras públicas (actualizado)*, Rei dos Livros, 2004.

**RODRIGUES, Nuno Cunha,**

- “A Adjudicação de concessões na nova lei da concorrência”, in *Revista de Contratos Públicos*, nº5, maio-agosto, CEDIPRE (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação), Coimbra Editora, Coimbra, 2012. (pp.47-68)

**RODRIGUES, Benjamin Silva,**

- *Direito Constitucional, Tomo I – O Tribunal Constitucional Português na era da (des)promoção dos direitos fundamentais*, Rei dos Livros, 2011.

**RODRIGUES, L. Barbosa/Carneiro, Alberto Soares,**

- *Direitos Humanos – textos fundamentais*, Quid Juris, 2011.

**RODRÍGUEZ, L./LASA, J./GEEURICKX, K.,**

- “Contratos públicos en la CEE”, in *Noticias CEE*, nº103, 1994.

**RODRÍGUEZ, Tomás Ramón Fernández,**

- “Contratos Administrativos entre personas privadas?”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº1, 1974.

**RODRÍGUEZ, Concepción Barrero,**

- *La Resolución de los Contratos Administrativos por Incumplimiento del Contratista*, Editorial Lex Nova, 2007.

**RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime,**

- *Interés General, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar*, Iustel, 2012.

**RODRIGUEZ ARANA, Jaime,**

- *La Prórroga en los Contratos Administrativos*, Madrid, 1988.

**ROEMER, M.,**

- “Bed supply and hospital utilisation: a natural experiment”, in *Hospitals*, 1, November, 1961. (pp. 35-42)

**ROHERSSEN di CAMMARATA, Ricardo,**

- *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, vol.I, Bolonha, 1959.

**ROUAULT, Marie-Christine,**

- *Contentieux Administratif*, Paris, 2000.

**ROUQUETTE, R.,**

- *Contribution à la Classification des Contrats Synallagmatiques de L'Administration*, AJDA, 1995. (pp. 483 ss)

**ROQUE, Ana,**

- *Regulação do Mercado: novas tendências*, Quid Juris, 2004.

**ROSANVALLON, Pierre,**

- *La crise de l'État-providence*, Essais, Éditions du Seuil, 1981, 1984, 1992.

**ROVERSI MONACO, Fabio,**

- *La Concessione dei Servizi Pubblici*, Rimini, 1988.

**RUIZ, M. CARLON,**

- "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", in *Revista Española de Derecho Administrativo* (REDA), nº 132, 2008.

**SALAS, J.,**

- "Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas concesionarias", in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº4, 1975.

**SALCEDO, De la Quadra,**

- *La ejecución de obras por la Administración*, in *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004.

**SALGADO de Matos, André,**

- "Contencioso pré-contratual urgente e invalidade dos actos administrativos pré-contratuais", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 62, março-abril, 2007. (pp.18 ss)

**SAMANIEGO BORDIÚ, G.,**

- "El control del Derecho comunitario de los contratos públicos", in *Revista de Administración Pública*, nº123, 1990.

**SAÍNZ MORENO, F.,**

- *Prerrogativas de la Administración en la contratación Administrativa*, in *Derecho de los contratos públicos* (obra colectiva - coord. B.PENDAS GARCÍA), Praxis, Barcelona, 1995. (pp.495 ss)

- "Ejercicio privado de funciones públicas", in *Revista de Administración Pública*, nº100-102, 1983.

**SÁNCHEZ, Pedro Fernández,**

- *Os Parâmetros de Controlo da Privatização Administrativa – Instrumentos de Fiscalização Judicial da decisão jurídico-pública de privatização*, Almedina, Coimbra, 2010.

**SÁNCHEZ, Rafael Juristo,**

- *La Ejecucion del Contrato de Obra Publica*, Hauser y Menet, 1983.

**SANGIULIANO, Rosanna,**

- *Diritto Sanitario e servizio sanitario nazionale/a cura*, 18ª ed., Edizione Giuridiche Simone, Napoli, XVIII, 2000.

**SANTÍAS VIADA, José António,**

- “Modificaciones introducidas en el texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en matéria de procedimientos, formas y criterios de adjudicación de los contratos”, in *Noticias UE*, nº198, julio, 2001. (pp.71-80)
- “La normativa comunitaria sobre contratación pública en el período 1985-1990”, in *Noticias CEE*, nº75, abril, 1991. (pp.67-88)

**SANTANA, Bianca Ferreira,**

- *A reforma da saúde em Portugal: Aspectos jurídico-empresariais dos hospitais S.A. e das parcerias público-privadas em saúde* (dissertação de mestrado sob orient. VITAL MOREIRA), Coimbra, 2005.
- “A Reforma da saúde em Portugal, notadamente por meio da empresarialização dos hospitais públicos portugueses”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, nº2, Centro de Direito Biomédico, 2004. (pp. 80 ss)

**SANTOS, A.P. Ribeiro dos,**

- *As metamorfoses do Estado (Rumo à Mega-Confederação Europeia?)*, Almedina, Coimbra, 2005. (pp. 102-108)

**SANTOS, Maria do Céu Colaço dos,**

- *Os Cuidados de Saúde Organizados: Organização e Regulação do Sistema de Saúde Português*, Tese para Obtenção do Grau de Pós-Graduação em Direito da Medicina, sob Orientação do Prof. Doutor Vital Moreira, Faculdade de Direito de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Junho de 2005.

**SANTOS, Boaventura Sousa,**

- “O Estado e as Políticas de Saúde”, in *Sociedade da Medicina e Saúde. Revista Crítica das Ciências Sociais*, nº23, CES, Coimbra, 1987.

**SARAIVA, Rute,**

- “Desenvolvimento Sustentado. Energia. PPP. Investigação. Inovação”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, nº4, ano III, inverno, 01 11. (pp. 55-69)

**SARLET, Ingo Wolfgang,**

- *Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efectividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988*, in *Revista Electrónica sobre a Reforma do Estado*, edição 11, set-out-nov, 2007. (pp.8 ss)

**SARLET, Ingo Wolfgang/M. Figueiredo,**

- “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, in Ingo Sarlet/Luciano Timm (orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*, Porto Alegre, 2008.

**SARLET, Ingo Wolfgang/ Linera, Miguel Ángel Presno,**

- *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, 2010.

**SÉRIAUX, Alain,**

- *Droit des Obligations*, Paris, 1992.

**SÉRVULO CORREIA,**

- *Direito do Contencioso Administrativo I*, Lex, Lisboa, 2005.

- *Legalidade e Autonomia Contratual da Administração nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987.

**SEEDHOUSE, David,**

- *Fortress NHS: a philosophical review of the National Health Service*, VIII, Chichester, John Willy, 1994.

**SEBASTIÁN, Luis Cayuela,**

- *Los Contratos de las Administraciones Publicas. Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y normas de desarrollo*, Ediciones Estudios Financieros, 1996.

**SÉRVULO CORREIA, José Manuel,**

- “A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1995 (pp.229 ss)

- “Contrato administrativo”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol.III, Lisboa, 1990 (pp.54 ss).

- *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987.

**SILVA, João Calvão da,**

- *Mercado e Estado – serviços de interesse económico geral*, Almedina, Coimbra, 2008.

- *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2002.

**SILVA, Jorge Andrade da,**

- *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2006.

- *Dicionário dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2010.

**SILVA, Pedro,**

- *Fundamentos e Modelos nas PPP's na Saúde. O Estudo dos Serviços Clínicos*, Almedina, Coimbra, 2009.

**SILVA, Jorge Pereira da,**

- “A invalidade dos contratos administrativos”, in *Separata da Revista Direito e Justiça*, UCP, Vol.X, 1996.

**SILVA, Vasco Pereira da,**

- *A cultura a que tenho direito – direitos fundamentais e cultura*, Almedina, Coimbra, 2007.

**SILVA, Maria João Pereira da,**

- *Contratos da Administração Pública (Esboço de autonomização curricular)*, Almedina, Coimbra, 1999.

**SILVA, Miguel Moura e,**

- *Direito da Concorrência. Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, Coimbra, 2008.

**SILVA, José L. Moreira da,**

- “Da responsabilidade civil Objectiva do Estado e demais entidades”, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública* (coord. Fausto de Quadros), 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2004.



**SILVA, Simon Riemann Costa e,**

- *Da gestão associada de serviços públicos municipais no Brasil e em Portugal*, Coimbra, 2008.

**SIMÕES, Fernando Dias/ Almeida, Mariana,**

- *Lei dos Serviços Públicos Essenciais Anotada e Comentada*, Almedina, Coimbra, 2012 (pp.13 ss).

**SIMÕES, Jorge Abreu,**

- “As Parcerias Público-Privadas no sector da saúde em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 4, 2004. (pp.79 a 90)

- *O Retrato Político da Saúde. Dependência do Percurso e Inovação em Saúde: da Ideologia ao Desempenho*, Almedina, Coimbra, 2004.

- *As parcerias público-privadas no sector da saúde*, in *Manual Prático das Parcerias Público-Privadas*, NPF – Pesquisa e Formação, Sintra, 2004.

- “As políticas públicas da Saúde em Portugal nos últimos 25 anos”, in *Livro de Homenagem a Augusto Mantas*, APES, Lisboa, 1999.

**SOLIS, David Ordóñez,**

- *La Contratación Pública en la Unión Europea*, Thomson, Editorial Aranzadi, 2002.

**SOARES, Rogério Ehrhardt,**

- *Direito Administrativo*, Coimbra, 1978.

- *Nota sobre a natureza jurídica do pré-aviso de resgate nas concessões de serviços públicos*, RDES, 1950/1951. (pp.319 ss)

**SOUSA, Luís Verde de,**

- *A negociação nos procedimentos de adjudicação – Uma análise do Código dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2011.

**SOUSA, Rui Pereira de,**

- *Contratos de Concessão – perspectiva económica, financeira e contabilística*, Áreas, 2003.

**SOUSA, Marcelo Rebelo de,**

- *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lisboa, 2004.

- *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, I, Lisboa, 1988.

- *Direito Constitucional I, Introdução à Teoria da Constituição*, Livraria Cruz, Braga, 1971. (pp.168 ss)

**SOUSA, Marcelo Rebelo de/Matos, André Salgado,**

- *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Lisboa, 2008.

- *Direito Administrativo Geral (Contratos Públicos)*, Tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2008.

**SOUSA, Marcelo Rebelo de/Alexandrino, José de Melo,**

- *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, Lisboa, 2000.

**SOUZA, Mariana Campos de,**

- *Parcerias Público-Privadas*, Editora Quartier Latin do Brazil, 2008. (pp.179 ss)

**SONGEL, Juan Antonio Elipe,**

- “Le Code des Marchés Publics y el Derecho Público Español”, in *Col·lecció «Estudis jurídics»*, nº.3, Universitat Jaume, Bancaixa, 1999.

**SCHWARZ, Rodrigo García,**

- *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, 2011.

**STIGLITZ, Joseph.E.,**

- *Globalization and its Discontents*, London, Penguin Books, 2002

- *Economics of the Public Sector*, 3ª edição, W.W. Norton & Company, Singapura, 2000.

**STIGLITZ, Joseph.E./WALLSTEN, Scott J.,**

- *Private Technology Partnerships, in Public-Private Policy Partnerships*, Cambridge, Massasuchetts, MIT Press, 2000.

**SUNDFELD, Carlos Ari,**

- *Parcerias Público-Privadas*, Malheiros Editores, 2005. (pp.18 ss)

**TÁCITO, Caio,**

- *O Retorno do Pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro in Temas de Direito Público*, 1997.

**TAVARES, José F. F.,**

- "Extensão e limites dos poderes do Tribunal de Contas", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº71, setembro-outubro, 2008. (pp.38-44)

- *Estudos de Administração e Finanças Públicas*, Almedina, Coimbra, 2004.

- "A fiscalização prévia do Tribunal de Contas e o exercício da actividade administrativa – Acórdão do STA de 16.02.2000, P.42 432", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº25, janeiro-fevereiro, 2001. (pp.33-38)

**TAVARES, Gonçalo Guerra,**

- "As competências das comissões dos concursos de empreitadas de obras públicas e de aquisição de bens móveis e serviços", in *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, UCP, Vol.XIX, 2005, Tomo I (pp.165 - 180).

**TAVARES, Gonçalo Guerra/Dente, Nuno Monteiro,**

- *Código dos Contratos Públicos – Comentado*, vol.II, Almedina, Coimbra, 2011.

- *Código dos Contratos Públicos – Âmbito da sua Aplicação*, Almedina, Coimbra, 2008.

**TAVARES, Raquel,**

- *Direitos Humanos. De onde vêm, o que são e para que servem?*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda (INCM), 2012.

**TAYLOR, Trent,**

- "The end of an era? Affirmative action in government contracting can survive after rothe", in *Public Contract Law Journal*, vol.39, nº4, summer, 2010. (pp. 853-878)

**TEDESCHI, P.,**

- *Sanctions des violations du droit communautaire européen en matière de passation des marches publics de travaux*, in «*La Revue Administrative*», nº 262, 1991.

**TENAS, Jesús Colás,**

- "La reforma de la Legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público", in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº153, enero-marzo, 2012. (pp. 253 ss)

**TERNEYRE, Philippe,**

- “L’ Influence du Droit Communautaire sur des Contrats Administratifs”, in *AJDA*, 1996. (pp. 85 ss).
- “L’apport au droit des marchés publics de la Loi anticorruption”, in *RFDA*, nº5, 1993.
- *Le Législateur peut-il Abroger les Articles 6 et 1123 du Code Civil? Sur la Valeur Constitutionnelle de la Liberté Contractuelle*, in A.A.V.V., Mélanges Peiser, 1995. (pp.473 e ss).
- *La Responsabilité Contractuelle des Personnes Publiques en Droit Administratif*, Collection Science et Droit Administratifs, Economica, 1989.

**TERNEYRE, Philippe/Béchillon, Denys de,**

- *V Contrats Administratifs (Contentieux des Contrats Administratifs)*, Tomo I, Paris, 1995.

**TORGAL, Lino,**

- “A empreitada das obras públicas no Código dos Contratos Públicos – breve nota sobre algumas das principais novidades”, in IX Seminário de justiça administrativa *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº64, julho-agosto, 2007. (pp.55-69)
- “A avaliação da capacidade económica e financeira nos procedimentos de contratação pública – Acórdão do STA de 2.03.2004, P.58/04”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº61, janeiro-fevereiro, 2007. (pp.41-62)
- “A prevenção do “facto consumado” nos procedimentos de contratação pública – uma perspectiva de direito comunitário – Acórdão do STA de 20.03.2007, P.1191/06”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº68, março-abril, 2008. (pp.26-37)
- “Contratação Pública e empresas públicas: direito nacional e direito comunitário”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº52, julho-agosto, 2005. (pp.8-32)
- “Recentíssimas alterações do contencioso relativo à formação dos contratos públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº37, janeiro-fevereiro, 2003. (pp.3-12)

**TRINIÑO, César Tolosa,**

- *Contratación Administrativa, Administración Estatal y Autonómica e Administración Municipal*, 2ª ed., DAPP, Publicaciones Jurídicas, 2008.

**TRINDADA, Artur,**

- *Os municípios, a assistência médica e a ADSE – Balanço e perspectiva*, CEFA, 2001.

**URREA SALAZAR,**

- *La contratación internacional de las Administraciones públicas*, Dykinson, Madrid, 1999.

**URRUTIA, Jose Luis Gonzalez-Berenguer,**

- *La Contratacion Administrativa. Como y Com quien contrata la Administracion en sus esferas central, local e institucional*, Municipalia, 1966.

**YSERN, Enrique Rivero,**

- *La Interpretacion del Contrato Administrativo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1971.

**VALE, Luís Malheiro Meneses do, (orient. Gomes Canotilho)**

- *Racionamento e racionalização no acesso à saúde: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, relatório de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007.
- *A Jurisprudência constitucional sobre o acesso às propostas concretizadoras do Direito à protecção da saúde: alguns momentos fundamentais*, nº12, 2006. (p.12-47)

**VAZ, Manuel Afonso,**

- *Teoria da Constituição. O que é a Constituição hoje?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

**VAZ, Manuel Afonso/Carvalho, Raquel/Botelho, Catarina Santos/Folhadela, Inês/Ribeiro, Ana Teresa,**

- *Direito Constitucional. O Sistema Constitucional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

**VIANA, Cláudia,**

- “A interpretação e aplicação do art.128º do CPTA em conformidade com o direito europeu dos contratos públicos – Acórdão do TCA Sul de 28.10.2010, P.6616/10”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº91, janeiro-fevereiro, 2012. (pp.41-53)

- “A aplicação do regime de contratação pública aos hospitais E.P.E. – Acórdão do STA de 14.07.2010, P.381/10”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº85, janeiro-fevereiro, 2011. (pp.51-65)

- “A participação dos entes públicos (e equiparados) como concorrentes em procedimentos de contratação pública – Acórdão do STA de 25.03.2009, P.55/09”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº75, maio-junho, 2009. (pp.35-52)

- *Colectânea de Contratação Pública*, Porto Editora, Porto, 2008.

- *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

- “Contratos públicos «in house» - em especial, as relações contratuais entre municípios e empresas municipais e intermunicipais”, in *DRL*, nº 00, outubro-dezembro de 2007. (pp.34- 42)

- “Contratação pública e empresas públicas: direito nacional e direito comunitário”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº52, julho-agosto, 2005. (pp.8 ss)

- “Recentíssimas alterações do contencioso relativo à formação dos contratos públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº37, janeiro-fevereiro, 2003 (p.3 ss)

**VIEIRA, Pedro Siza,**

- “Regime das concessões de obras públicas e de serviços públicos”, in «IX Seminário de justiça administrativa», *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº64, julho-agosto, 2007. (pp.47-54)

**VIEIRA, Mónica Brito/Silva, Filipe Carreira da,**

- *O momento constituinte – os direitos sociais na Constituição*, Almedina, Coimbra, 2010.

**VIEIRA DE ALMEIDA E ASSOCIADOS (coord. Mário Esteves de Oliveira e outros),**

- *Código dos Contratos Públicos e legislação complementar – guias de leitura e aplicação*, Almedina, Coimbra, 2008.

**VICENTE, Joana Maria Lourenço, (orient. Vieira de Andrade)**

- *Responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas por facto ilícito: a responsabilidade do médico nos estabelecimentos públicos de saúde*, relatório de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.

**VILLAR ROJAS, Francisco José,**

- “Formas de gestión de los servicios sociales: en particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”, in *Documentación Administrativa*, nº 271 e 272, 2005. (pp. 389 a 412)

- “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, in *Revista de Administración Pública*, nº 172, 2007. (pp.141 a 188).

- *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y Límites*, Editorial Praxis, 1996.

**VIRGA G.,**

- *Le modificazioni suggestive nell'appalto di opere pubbliche*, 18, Giuffrè, Milano, 1990.

**WAINWRIGHT, R.,**

- "Marchés publics. Refonte des Directives", in *Revue de Marchés Commún et de la Unión Européenne*, nº444, 2001.

**WEIL, PROSPER,**

- *Les Conséquences de l' Annulation d'un Acte Administratif pour Excès de Pouvoir*, Paris, 1952.

**ZACCARIA, Giovanni,**

- *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, Roma, 1984.

**ZIPPELIUS, Reinhold,**

- *Teoria Geral do Estado*, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

**ZBYSZEWSKI, João Paulo/Oliveira, Avelino,**

- *Manual de Despesas Públicas*, Lex, Lisboa, 2006.

**ZOLO, Danilo,**

- *Democracy and Complexity. A realism approach*, Polity Press, 1992.

## **2. JORNAIS/PERIÓDICOS**

- Jornal «Diário Económico» de:

**a)** 21 de maio de 2012, artigo de VITOR BENTO: «Vamos caçar fantasmas» (pp.12)

**b)** 13 de dezembro de 2012, entrevista a PAULO MACEDO, Ministro da Saúde, na sequência da Conferência sob o tema «Economia e Financiamento em Saúde» (pp.4 a 10)

**c)** 13 de dezembro de 2012, artigo de CATARINA DUARTE, «O Serviço Nacional de Saúde vai continuar a ser financiado por impostos» (pp.4 e 5)

**d)** 13 de dezembro de 2012, artigo de ANA PEDTRONILHO, «ADSE só é sustentável se cada funcionário ganhar mais que 7000 euros» (pp.6 a 8)

**e)** 13 de dezembro de 2012, artigo de CATARINA MADEIRA, «O racionamento sempre existiu e vai continuar a existir» (pp.8)

**f)** 14 de janeiro de 2013, entrevista a ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, por IRINA MARCELINO e CATARINA DUARTE: «Gulbenkian propõe medidas para o Serviço Nacional de Saúde» (pp.6 e 7)

- Jornal «O Público» de:

**a)** 10 de janeiro de 2013, artigo de TERESA PIZARRO BELEZA: «Carta a minha mãe sobre o SNS e outras coisas em Portugal» (pp.12 e 13)

### 3. Netgrafia

#### 3.1. Sites do Tribunal de Contas:

<http://www.tcontas.pt/pt/actos/manual/LinhasOrientaPPP.pdf>  
<http://www.tcontas.pt/pt/actos/manual/Manual.pdf>  
<http://www.tcontas.pt/pt/actos/actos.shtm>  
[http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2012/audit2012.shtm](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2012/audit2012.shtm)  
[http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2011/audit2011.shtm](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2011/audit2011.shtm)  
[http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2010/audit2010.shtm](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2010/audit2010.shtm)  
[http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2009/audit2009.shtm](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2009/audit2009.shtm)  
[http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2008/audit2008.shtm](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2008/audit2008.shtm)  
[http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2007/audit2007.shtm](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2007/audit2007.shtm)  
[http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2006/audit2006.shtm](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2006/audit2006.shtm)  
[http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2005/audit2005.shtm](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2005/audit2005.shtm)  
[http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2004/audit2004.shtm](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2004/audit2004.shtm)  
[http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2003/audit2003.shtm](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2003/audit2003.shtm)  
[http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2002/audit2002.shtm](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2002/audit2002.shtm)  
[http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2001/audit2001.shtm](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2001/audit2001.shtm)  
[http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2000/audit2000.shtm](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2000/audit2000.shtm)  
[http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/1999/audit1999.shtm](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/1999/audit1999.shtm)

#### 3.2. Site da União Europeia:

<http://www.eur-lex.europa.eu>  
[http://europa.eu/youreurope/business/profitng-from-eu-market/benefiting-from-public-contracts/portugal/index\\_pt.htm](http://europa.eu/youreurope/business/profitng-from-eu-market/benefiting-from-public-contracts/portugal/index_pt.htm)

#### 3.3. Outros Sites:

[http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei\\_mostra\\_estrutura.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=999&nversao=&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=999&nversao=&tabela=leis)  
<http://www.ensp.unl.pt/lgraca/textos181.html>  
[http://www.espacoacademico.com.br/070/70casadei\\_gois.htm](http://www.espacoacademico.com.br/070/70casadei_gois.htm)  
<http://www.ensp.unl.pt/lgraca/textos146.html>  
<http://www.min-saude.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/ministerio/comunicacao/discursos+e+intervencoes/arquivo/comissao+sustentabilidade.htm>  
<http://www.espacoacademico.com.br/082/82zimmermann.htm>  
<http://www.fsutorch.com/2009/10/07/opinions/health-care-the-bismarck-model/>  
[http://www.bbc.co.uk/history/british/modern/field\\_01.shtml](http://www.bbc.co.uk/history/british/modern/field_01.shtml)  
<http://www2.rgu.ac.uk/publicpolicy/introduction/wstate.htm>  
<http://www.sochealth.co.uk/history/beveridge.htm>  
[http://www.bbc.co.uk/history/historic\\_figures/beveridge\\_william.shtml](http://www.bbc.co.uk/history/historic_figures/beveridge_william.shtml)  
[http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/brave\\_new\\_world/welfare.htm](http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/brave_new_world/welfare.htm)  
<http://www.esquerda.net/dossier/cronologia-das-ppp-na-%C3%A1rea-da-sa%C3%BAde>  
<http://www.esquerda.net/dossier/hospitais-de-cascais-e-braga-exemplos-de-m%C3%A1s-pr%C3%A1ticas>  
<http://www.esquerda.net/dossier/grandes-grupos-privados-lucram-com-sa%C3%BAde>

<http://www.esquerda.net/dossier/b%C3%AA-a%CC%81-ba%CC%81-das-parcerias-p%C3%BAblico-privadas>  
<http://www.esquerda.net/dossier/bloco-reivindica-renegocia%C3%A7%C3%A3o-imediata-das-ppp%E2%80%99s>  
<http://www.esquerda.net/dossier/at%C3%A9-2050-cada-contribuinte-pagar%C3%A1-4512-%E2%82%AC-para-financiar-ppp>  
<http://www.esquerda.net/dossier/sucessivas-derrapagens-das-ppp-no-sector-dos-transportes>  
<http://www.esquerda.net/dossier/ppp-rendas-blindadas-favor-dos-privados>  
<http://www.esquerda.net/dossier/governantes-p%C3%BAblico-privados>  
<http://www.esquerda.net/dossier/o-neg%C3%B3cio-milhões-de-para-das-ppp-rodovi%C3%A1rias>  
<http://www.esquerda.net/topics/Dossier%20178%3A%20Servi%C3%A7o%20Nacional%20de%20Sa%C3%BAde%20sobre%20a%20sa%C3%A7%C3%A3o>  
<http://www.esquerda.net/dossier/taxas-moderadoras-moderar-o-qu%C3%AA/22848>  
<http://www.esquerda.net/dossier/cuidados-mais-baratos-%C3%A9-igual-a-%E2%80%A6-cuidados-mais-caros/22847>  
<http://www.esquerda.net/dossier/os-cuidados-prim%C3%A1rios-de-sa%C3%BAde-%E2%80%93-reforma-que-%E2%80%9Cmorreu-na-praia%E2%80%9D/22846>  
<http://www.esquerda.net/dossier/como-se-financia-sa%C3%BAde/22845>  
<http://www.esquerda.net/dossier/reordenamento-do-sns-na-regi%C3%A3o-oeste/22844>  
<http://www.esquerda.net/dossier/uma-pol%C3%ADtica-do-medicamento-alternativa/22843>  
<http://www.esquerda.net/dossier/armadilha-da-sustentabilidade/22852>  
<http://www.esquerda.net/dossier/servi%C3%A7o-nacional-de-sa%C3%BAde-em-vias-de-extin%C3%A7%C3%A3o/22853>  
<http://www.esquerda.net/dossier/servi%C3%A7o-nacional-de-sa%C3%BAde-em-vias-de-extin%C3%A7%C3%A3o/22853>  
<http://www.ionline.pt/dinheiro/governo-nao-deve-rasgar-contratos-nas-ppp-na-energia-defende-troika>  
[http://rr.sapo.pt/informacao\\_detalhe.aspx?fid=27&did=63877](http://rr.sapo.pt/informacao_detalhe.aspx?fid=27&did=63877)  
<http://pesquisa.jornaldenegocios.pt/?q=Ernst+Young>  
<http://www.smmpt.pt/?p=18558>  
[http://www.jornaldenegocios.pt/home.php?template=SHOWNEWS\\_V2&id=566083](http://www.jornaldenegocios.pt/home.php?template=SHOWNEWS_V2&id=566083)  
[http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/PPP/Documentos/Relatorios/2012/GASEPC\\_Boletim\\_Info\\_PPP\\_1T12.pdf](http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/PPP/Documentos/Relatorios/2012/GASEPC_Boletim_Info_PPP_1T12.pdf)  
<http://cambiantevelador2.blogs.sapo.pt/2012/10/>  
[http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/PPP/Documentos/Relatorios/2012/GASEPC\\_Boletim\\_Info\\_PPP\\_2T12.pdf](http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/PPP/Documentos/Relatorios/2012/GASEPC_Boletim_Info_PPP_2T12.pdf)  
<http://www.ionline.pt/dinheiro/inquerito-ppp-investiga-suspeitas-corrupcao-trafico-influencias>  
[http://www.ionline.pt/dinheiro/ppp-vao-pesar-aos-bolsos-dos-portugueses-13-mil-milhoes-euros-nos-proximos-dez-anos?quicktabs\\_sidebar\\_tabs=2](http://www.ionline.pt/dinheiro/ppp-vao-pesar-aos-bolsos-dos-portugueses-13-mil-milhoes-euros-nos-proximos-dez-anos?quicktabs_sidebar_tabs=2)  
<http://www.opppcatolica.org/index.aspx?p=MenuPage&MenuId=3&RegionId=&PageNum=>  
<http://www.opppcatolica.org/index.aspx?p=NewsDetails&MenuId=487>  
<http://www.opppcatolica.org/index.aspx?p=MenuPage&MenuId=6&RegionId=5>  
<http://www.opppcatolica.org/index.aspx?p=NewsDetails&MenuId=354>  
[http://www.escoladegoverno.rn.gov.br/contentproducao/aplicacao/searh\\_eg/imprensa/pdf/174.pdf](http://www.escoladegoverno.rn.gov.br/contentproducao/aplicacao/searh_eg/imprensa/pdf/174.pdf)  
[http://www.sol.sapo.pt/inicio/Economia/Interior.aspx?content\\_id=54046](http://www.sol.sapo.pt/inicio/Economia/Interior.aspx?content_id=54046)  
<http://www.apes.pt/LinkClick.aspx?fileticket=990FzErPIAU%3D&tabid=156>  
<http://publico.pt/sociedade/noticia/parcerias-com-privados-na-saude-violaram-boa-gestao-publica-1536397>  
<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-JOSE%20ALVARENGA.pdf>



[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0924.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0924.pdf)  
[http://anstabnet.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Tese\\_Maria\\_de\\_Fatima\\_Siliansky\\_de\\_Andreazzi.pdf](http://anstabnet.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Tese_Maria_de_Fatima_Siliansky_de_Andreazzi.pdf)  
[http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias\\_e\\_Eventos/Intervencoes\\_Publicas/Concorrenca\\_e\\_saude\\_Abel\\_Mateus.pdf](http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias_e_Eventos/Intervencoes_Publicas/Concorrenca_e_saude_Abel_Mateus.pdf)  
<http://www.cdi.ensp.unl.pt/docbweb/multimedia/rpsp2004-t/e-10-2004.pdf>  
[http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/18\\_ArtigoArbitraPPP.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/18_ArtigoArbitraPPP.pdf)  
[http://www.ruigomesdasilva.com/xms/files/Parcerias\\_Publico\\_Privadas\\_sml.pdf](http://www.ruigomesdasilva.com/xms/files/Parcerias_Publico_Privadas_sml.pdf)  
<http://www.acss.min-saude.pt/Institucional/Legisla%C3%A7%C3%A3o/tabid/65/language/pt-PT/Default.aspx>  
<http://www.portaldasaude.pt/portal>  
<http://www.dgs.pt/>  
<http://www.servicos.min-saude.pt/acesso/>  
<http://www.ers.pt/>  
<http://www.hospitaissa.min-saude.pt>  
<http://www.apes.pt/LinkClick.aspx?fileticket=990FzErPIAU%3D&tabid=156>  
<http://publico.pt/sociedade/noticia/parcerias-com-privados-na-saude-violaram-boa-gestao-publica-1536397>  
<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-JOSE%20ALVARENGA.pdf>  
[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0924.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0924.pdf)  
[http://anstabnet.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Tese\\_Maria\\_de\\_Fatima\\_Siliansky\\_de\\_Andreazzi.pdf](http://anstabnet.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Tese_Maria_de_Fatima_Siliansky_de_Andreazzi.pdf)  
[http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias\\_e\\_Eventos/Intervencoes\\_Publicas/Concorrenca\\_e\\_saude\\_Abel\\_Mateus.pdf](http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias_e_Eventos/Intervencoes_Publicas/Concorrenca_e_saude_Abel_Mateus.pdf)  
<http://www.cdi.ensp.unl.pt/docbweb/multimedia/rpsp2004-t/e-10-2004.pdf>  
<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-psocial.html>  
<http://www.patients-rights.eu>  
<http://www.ncppp.org>  
<http://www.contratacaopublica.com.pt/documentacao/publica/?offset=30>  
<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/parcerias-com-privados-na-saude>  
<http://www.minfin.nl/pps> - J.G.J. JANSEN, Stibbe Amsterdam, Kennis-Centrum PPS, Ministry of Finance, PPP and Public Procurement Guide, August, 2001

#### **4. Auditorias do Tribunal de Contas**

##### **4.1. Relatórios de Acompanhamento do Tribunal de Contas**

###### **- Relatório Acompanhamento nº1/2008 – ASEFSNS**

Acompanhamento da Situação Económico-Financeira do SNS de 2007

###### **- Relatório Acompanhamento das PPP-Saúde 2006 nº 1/2007**

###### **- Relatório Acompanhamento nº1/2007 – ASEFSNS-06**

Acompanhamento da Situação Económico-Financeira do SNS

## **4.2.Relatórios das Auditorias do Tribunal de Contas**

### **Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas - Ano 2012:**

#### **Relatório de Auditoria nº 26/2012 – 2ª secção**

- Auditoria aos Serviços de Cirurgia Cardiorádica das Unidades Hospitalares do SNS

#### **Relatório de Auditoria nº 12/2012 – 2ª secção**

- Auditoria ao Controlo da Execução Orçamental e Actividade do Sistema de Controlo Interno do Ministério da Saúde

#### **Relatório de Auditoria nº 11/2012 – 2ª secção**

- Auditoria ao Contrato de Concessão FERTAGUS

### **Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas - Ano 2011:**

#### **Relatório de Auditoria nº 19/2011 – 1ª secção**

- Auditoria ao Sector Público Empresarial na Área da Saúde

#### **Relatório de Auditoria nº 21/2011 – 1ª secção**

- Acção de fiscalização concomitante à Administração Regional de Saúde Centro, I.P., no âmbito da empreitada “SLS/C.H. Coimbra – Hospital Pediátrico, construção do novo hospital”

#### **Relatório de Auditoria nº 9/2011 – 1ª secção**

- Centro Hospitalar da Póvoa de Varzim e Vila do Conde, EPE. Contrato de Fornecimento de serviços médicos para os serviços de urgência (processo de fiscalização prévia nº 1376/2008)

#### **Relatório de Auditoria nº 30/2011 – 2ª secção**

- Auditoria ao sistema de pagamentos e de formação dos preços pagos às unidades hospitalares do SNS

#### **Relatório de Auditoria nº 17/2011 – 2ª secção**

- Auditoria ao sistema remuneratório dos gestores hospitalares e aos princípios e boas práticas de governação dos hospitais EPE

#### **Relatório de Auditoria nº 20/2011 – 2ª secção**

- Auditoria ao INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, IP, e ao funcionamento do mercado do medicamento.

#### **Relatório de Auditoria nº 16/2011 – 2ª secção**

- Auditoria orientada à consolidação de contas e à situação económico-financeira do SNS 2008-2009

#### **Sumário Executivo do Relatório de Auditoria nº 12/2011 – 2ª secção**

- Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços do Instituto Português de Oncologia de Lisboa, Francisco Gentil, EPE

**Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas - Ano 2010:**

**Relatório de Auditoria nº 48/2010 – 2ª secção**

- Auditoria de Resultados ao Programa de Intervenção em Oftalmologia

**Relatório de Auditoria nº 47/2010 – 2ª secção**

- Auditoria de Resultados ao Instituto Nacional de Emergência Médica

**Relatório de Auditoria nº 31/2010 – 2ª secção**

- SUCH – Serviço de Utilização comum dos Hospitais. Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresas por ele constituídas.

**Relatório de Auditoria nº 19/2010 – 2ª secção**

- Auditoria de Resultados à contratação externa de serviços médicos pelas unidades hospitalares do SNS.

**Relatório de Auditoria nº 16/2010 – FS/SRMTC**

- Auditoria ao SESARAM EPE, orientada para os centros de saúde

**Relatório de Auditoria nº 24/2010 – FS/SRATC**

- Auditoria ao financiamento do Serviço Regional de Saúde

**Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas - Ano 2009:**

**Relatório de Auditoria nº 26/2009 – 2ª secção**

- Concessão do Terminal de Alcântara (adenda 2008) – Porto de Lisboa – Auditoria à “Gestão das Concessões/PPP Portuárias”

**Relatório de Auditoria nº 21/2009 – 2ª secção**

- Auditoria Financeira ao Hospital de Faro – ex. de 2007

**Relatório de Auditoria nº 18/2009 – 2ª secção**

- Auditoria financeira ao Hospital Garcia de Orta, EPE

**Relatório de Auditoria nº 16/2009 – 2ª secção**

- Auditoria à intervenção das agências/departamentos de contratualização, no âmbito dos contratos-programa.

**Relatório de Auditoria nº 15/2009 – 2ª secção**

- Auditoria ao Programa de PPP da Saúde. Primeira vaga de hospitais.

**Relatório de Auditoria nº 8/2009 – 2ª secção**

- Auditoria financeira ao Hospital de Curry Cabral

**Relatório de Auditoria nº 16/2009 – FS/SRATC**

- Auditoria ao Hospital do Divino Espírito Santo de Ponta Delgada, EPE

**Relatório de Auditoria nº 15/2009 – FS/SRATC**

- Auditoria ao sector da saúde – investimentos do plano de 2007

**Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas - Ano 2008:**

**Relatório de Auditoria nº 40/2008 – 2ª secção**

- Auditoria ao Hospital de Faro EPE. Identificação dos principais credores e caracterização das respectivas dívidas

**Relatório de Auditoria nº 39/2008 – 2ª secção**

- Auditoria ao Hospital Garcia de Orta EPE. Identificação dos principais credores e caracterização das respectivas dívidas

**Relatório de Auditoria nº 27/2008 – 2ª secção**

- Auditoria financeira ao Centro Hospitalar de Setúbal, EPE

**Relatório de Auditoria nº 18/2008 – 2ª secção**

- Relatório síntese sobre a temática da Regulação

**Relatório de Auditoria nº 10/2008 – 2ª secção**

- Auditoria à Gestão das PPP – Concessões Rodoviárias

**Relatório de Auditoria nº 1/2008 – 2ª secção**

- Auditoria à Regulação na área da saúde

**Relatório de Auditoria nº 6/2008 – 2ª secção**

- Auditoria ao Projecto em PPP do novo Hospital de Cascais

**Relatório de Auditoria nº 13/2008 – FC/SRATC**

- Auditoria ao Hospital da Horta (Gerência de 2006)

**Relatório de Auditoria nº 12/2008 – FS/SRATC**

- Auditoria ao Hospital de Espírito Santo da Angra do Heroísmo (Gerência de 2006)

**Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas - Ano 2007:**

**Relatório de Auditoria nº 36/2007 – 2ª secção**

- Auditoria às Estradas de Portugal EPE

**Relatório de Auditoria nº 30/2007 – 2ª secção**

- Auditoria ao Centro Hospitalar de Setúbal EPE. Identificação dos principais credores e caracterização das respectivas dívidas a 31 de dezembro de 2005

**Relatório de Auditoria nº 26/2007 – 2ª secção**

- Auditoria ao Centro Hospitalar das Caldas da Rainha

**Relatório de Auditoria nº 25/2007 – 2ª secção**

- Auditoria aos cuidados de saúde do SNS – Sistema integrado de gestão de inscritos para cirurgia SIGIC

**Relatório de Auditoria nº 15/2007 – 2ª secção**

- Auditoria ao Hospital de São João, EPE, no âmbito do contrato de concessão celebrado com a Braga Parques – Estacionamento de Braga, SA.

**Relatório de Auditoria nº 7/2007 – 2ª secção**

- Auditoria à Regulação na área da concorrência

**Relatório de Auditoria nº 4/2007 – 2ª secção**

- Auditoria aos Encargos do Estado com as PPP – Concessões Rodoviárias e Ferroviárias

**Relatório de Auditoria nº 7/2007 – FS/SRMTC**

- Auditoria ao Sistema de Controlo Interno dos fundos comunitários no domínio da contratação pública.

**Relatório de Auditoria nº 5/2007 – FS/SRMTC**

- Auditoria ao Serviço Regional de Saúde, EPE.

**Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas - Ano 2006:**

**Relatório de Auditoria nº 46/2006 – 2ª secção**

- Auditoria ao Metro do Sul do Tejo

**Relatório de Auditoria nº 24/2006 – 2ª secção**

- Auditoria ao Processo de Construção do Centro Materno-Infantil do Norte

**Relatório de Auditoria nº 23/2006 – 2ª secção**

- Auditoria aos Resultados – Hospital de São Sebastião EPE.

**Relatório de Auditoria nº 22/2006 – 2ª secção**

- Auditoria de Resultados – Hospital Nossa Senhora do Rosário – Barreiro, EPE

**Relatório de Auditoria nº 21/2006 – 2ª secção**

- Auditoria de Resultados – Hospital Distrital de Santarém EPE

**Relatório de Auditoria nº 20/2006 – 2ª secção**

- Relatório Global de avaliação do Modelo de Gestão dos Hospitais do SEE

**Relatório de Auditoria nº 23/2006 – FS/SRATC**

- Auditoria ao Centro de Saúde do Nordeste

**Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas - Ano 2005:**

**Relatório de Auditoria nº 34/2005 – 2ª secção**

- Concessões rodoviárias em regime de Portagem SCUT – *follow up*

**Relatório de Auditoria nº 33/2005 – 2ª secção**

- Encargos do Estado com as PPP: concessões rodoviárias e ferroviárias

**Relatório de Auditoria nº 31/2005 – 2ª secção**

- *follow up* da concessão FERTAGUS

**Relatório de Auditoria nº 21/2005 – 2ª secção**

- Auditoria ao Sistema de Controlo Interno do SNS

**Relatório de Auditoria nº 18/2005 – 2ª secção**

- Auditoria financeira ao Hospital Miguel Bombarda

**Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas - Ano 2004:**

**Relatório de Auditoria nº 11/2004 – 1ª secção**

- Acção de fiscalização concomitante ao Hospital de Curry Cabral

**Relatório de Auditoria nº 1/2004 – 2ª secção**

- Anexos:

i) Auditoria ao Sector Empresarial do Estado

ii) Situação financeira e práticas de bom governo

**Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas - Ano 2003:**

**Relatório de Auditoria nº 47/2003 – 2ª secção**

- Auditoria de Gestão aos Hospitais HDS-HNSR-HSS

- **Estudo do Consultor Externo:** produzido no âmbito das auditorias aos Hospitais de Santarém, Nossa Senhora do Rosário (Barreiro) e São Sebastião (Feira)

**Relatório de Auditoria nº 46/2003 – 2ª secção**

- Auditoria de Gestão ao Hospital de S. Sebastião

**Relatório de Auditoria nº 45/2003 – 2ª secção**

- Auditoria de Gestão ao Hospital de Nossa Senhora do Rosário

**Relatório de Auditoria nº 44/2003 – 2ª secção**

- Auditoria de Gestão ao Hospital Distrital de Santarém

**Relatório de Auditoria nº 15/2003 – 2ª secção**

- Auditoria de Gestão Financeira ao Programa Operacional da Saúde – QCA III

**Relatório de Auditoria nº 14/2003 – 2ª secção**

- Auditoria às concessões rodoviárias em regime de portagem SCUT

**Relatório de Auditoria nº 10/2003 – 2ª secção**

- Auditoria à situação financeira do SNS

**Relatório de Auditoria nº 13/2003 – 2ª secção**

- Auditoria ao contrato de concessão da BRISA

### **Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas - Ano 2002:**

#### **Relatório de Auditoria nº 24/2002 – 2ª secção**

- Auditoria à concessão da Travessia do Eixo Ferroviário Norte-Sul (Estado – FERTAGUS)

#### **Relatório de Auditoria nº 21/2002 – 2ª secção**

- Auditoria ao Desenvolvimento de Investimento com recurso a Parcerias e Iniciativas Públicas

### **Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas - Ano 2001:**

#### **Relatório de Auditoria nº 47/2001 – 2ª secção**

- vol. I – Introdução, conclusões, desenvolvimento e observações de auditorias  
- vol. II – documentos do contrário – alegações do concedente e análise dos auditores do Tribunal de Contas

#### **Relatório de Auditoria nº 56/2001 – 2ª secção**

- Auditoria orientada à avaliação da economia e eficácia dos concursos públicos centralizados do IGIF

### **Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas - Ano 2000:**

#### **Relatório de Auditoria nº 31/2000 – 2ª secção**

- Concessão Estado/LusoPonte SA  
- Auditoria à aplicação do Modelo Contratual e aos Acordos de Reposição do Equilíbrio Financeiro

### **Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas - Ano 1999:**

#### **Relatório de Auditoria nº 38/1999 – 2ª secção**

- Auditoria ao SNS – relatório final

### **4.3. Revista do Tribunal de Contas**

- **Revista do Tribunal de Contas, nº34, julho-dezembro, 2000:** “A desorçamentação das despesas públicas”, de VITOR BENTO (pp.23 ss)

- **Revista do Tribunal de Contas, nº35, janeiro-junho, 2001:** “As responsabilidades financeiras no âmbito da gestão pública”, de JOÃO FRANCO DO CARMO (pp.81 ss)

- **Revista do Tribunal de Contas, nº36, julho-dezembro, 2001:** “As parcerias público-privadas e o desenvolvimento – O papel do controlo financeiro externo”, de ALFREDO JOSÉ DE SOUSA (pp.27 ss).



- **Revista do Tribunal de Contas, nº38, julho-dezembro de 2002:** Parcerias em Saúde e suas implicações para a actividade de controlo financeiro do Tribunal de Contas, do regime jurídico que enquadra as parcerias em saúde com gestão e financiamento privado (Estudo nº13/2002 – DCP), de JOÃO PARENTE, FERNANDO XAREPE SILVEIRO, PAULA LOURO (pp.49 ss)
- **Revista do Tribunal de Contas, nº40, julho-dezembro de 2003:** Estudo do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de abril, regime jurídico procedimental das PPP (Estudo nº 7/03 – Departamento de consultoria e planeamento - DCP), de ALEXANDRA PESSANHA e FERNANDO XAREPE SILVEIRO (pp. 26 ss)
- **Revista do Tribunal de Contas, nº40, julho-dezembro de 2003:** Análise da repercussão do regime jurídico do sector empresarial do Estado e do novo regime das PPP no âmbito da intervenção do Tribunal de Contas, face ao disposto nas Leis nº 14/96, de 20 de abril e nº 98/97, de 26 de agosto (Estudo nº5/03 – DCP), de ANTÓNIO CALEJO PINTO (pp. 77 ss)
- **Revista do Tribunal de Contas, nº43, janeiro-junho, 2005:** “ A União Económica e Monetária e a Política Orçamental - A problemática dos défices”, de JOÃO FIGUEIREDO (pp.41 ss)
- **Revista do Tribunal de Contas, nº 44, julho-dezembro, 2005:** “A reforma da Administração Pública e o regime da contratação pública”, de HELENA ABREU LOPES (pp.43 ss)
- **Revista do Tribunal de Contas, nº 45, janeiro- junho, 2006:** “Breves reflexões em torno das “Entidades Reguladoras”, de CARLOS PIGNATELLI (pp.49 ss)
- **Revista do Tribunal de Contas, nº46, julho-dezembro, 2006:** “Sustentabilidade financeira – O papel das Instituições superiores de controlo neste contexto, de ERNESTO CUNHA, JOÃO PARENTE, PAULO DA COSTA (pp. 63 ss)
- **Revista do Tribunal de Contas, nº46, julho-dezembro, 2006:** “O controlo da contratação pública pelo Tribunal de Contas”, de LÍDIO DE MAGALHÃES (pp.203 ss)
- **Revista do Tribunal de Contas, nº48, julho-dezembro, 2007:** “A sustentabilidade financeira do Estado moderno – perspectivas (documento apresentado pelo Tribunal de Contas nas V Jornadas EUROSAL – OLACEFS, Lisboa, Maio de 2007) (pp.85 ss)
- **Revista do Tribunal de Contas, nº49, janeiro-junho, 2008:** “A utilização de novos instrumentos financeiros pelas autarquias locais e outras entidades públicas”, damos destaque ao ponto sobre “criação de sociedades anónimas para a concretização de investimentos públicos (perspectivas sobre parcerias público-privadas), de JOÃO PARENTE, CARLOS CORREIA, PAULO DA COSTA (pp.112 ss)
- **Revista do Tribunal de Contas, nº51, janeiro-junho, 2009:** Estudo 3/09 sobre estabelecimento fabris do exército, estatuto jurídico; respeito pelo princípio da unidade de tesouraria do Estado; sujeição ao novo regime de contratação pública, de CARLOS CORREIA (pp.24 ss)

- **Revista do Tribunal de Contas, nº51, janeiro-junho, 2009** : eficiência e legalidade da Administração Pública (pp.49 ss) e contributos para a determinação do âmbito da fiscalização prévia do Tribunal de Contas (pp.71 ss), ambos os estudos de JOÃO FIGUEIREDO.
- **Revista do Tribunal de Contas, nº52, julho-dezembro, 2009**: “ O controlo Financeiro num contexto de democratização e desestatização”, de HELENA ABREU LOPES (pp.21 ss)

## 5. Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal Constitucional nº 731/95, de 14/12, Proc. nº 274/90 (ALVES CORREIA)
- Acórdão do Tribunal Constitucional nº 92/85, de 18 de Junho, Proc. nº 143/84 (MÁRIO BRITO)
- Acórdão do Tribunal Constitucional nº 330/98, Proc. nº 644/97 (ARTUR MAURICIO)
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 22 de Fevereiro de 2006 – 1ª subsecção do CA: sobre, entre outros assuntos, equilíbrio financeiro do contrato.
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo nº 28/10/2009, Proc. nº 484/09
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo nº 14/07/2010, Proc. nº 381/10
- Parecer da Procuradoria-Geral da República nº98/2005: hospital de Loures sob parceria público-privada.
- Acórdão do Tribunal Supremo Espanhol de 6 de Março de 1997
- Acórdão do Tribunal Supremo Espanhol de 30 de Outubro de 1995
- Acórdão Telaustria, Proc. nº C – 324/98, de 7 de Dezembro de 2000
- Sentença FABRICOM, Proc. nº C – 465/11, de 9 de Setembro de 2011
- Acórdão do TJUE, de 15 de Outubro de 2009, Proc. nº C - 196/08
- Acórdão do TJUE, de 18 de Julho de 2007, Proc. nº C- 382/05, par.1
- Acórdão do TJUE, de 10 de Setembro de 2009, WAZV Gotha, C-206/08, Rec. P. I-0000, parágrafo 51

## 6. Legislação

### 6.1.Legislação Nacional

- a) Constituição da República Portuguesa (CRP)
- b) Código dos Contratos Públicos (CCP)
- c) Código de Procedimento Administrativo (CPA)
- d) Código de Processo Administrativo (CPTA)
- e) Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF)
- f) Código das Sociedades Comerciais

## 6.2. Legislação Comunitária e Estrangeira

- “Examining the value for Money of deals under the Private Finance Initiative” – NATIONAL AUDIT OFFICE – Agosto 1999.
- “Directrizes para Parcerias público Privadas bem sucedidas” – DG Política Regional COMISSÃO EUROPEIA – Março 2003.
- FRAMEWORK for evaluating the implementation of Private Finance initiative projects, N A O Maio 2006.
- Guide Lines da INTOSAI/ Audit Public/Private, Finance and Concessions/ Audit Risk in PPP
- Livro Verde sobre as Parcerias Público Privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões, de 30 de Abril de 2004.
- Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre as Parcerias Público-Privadas e Direito Comunitário em matéria de contratação pública e concessões de 15 de Novembro de 2006.
- Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do Direito Comunitário em matéria de contratação pública e concessões à PPP institucional publicada no Diário oficial da União Europeia a 12 de Abril de 2008.
- Regulamento nº 1251/2011, aprovado pela Comissão Europeia em 30 de Novembro de 2011 que concretiza a obrigação de revisão e actualização de 2 em 2 anos dos limiares de aplicação dos procedimentos de formação dos contratos públicos estabelecidos nas directivas nº 2004/17/CE, 2004/18/CE, 2009/81/CE.
- Directiva comunitária 2011/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2011: sobre o exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços.
- Directiva comunitária 2009/81/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009: sobre a coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e segurança, e que altera as directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE.
- Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004: sobre a coordenação dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos de obras, serviços.
- Directiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho: sobre a coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos nos sectores especiais da água, energia, transportes e serviços postais.

- Directiva Comunitária 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006.
- «Directrizes para Parcerias Público-Privadas bem sucedidas de 2003» (<http://europa.eu.int/comm/regional>).
- Directiva 92/50, de 18 de Junho sobre os Contratos de Serviços.
- Recomendação do Conselho 2005/601/Comunidade Europeia, de 12 de Julho de 2005 (<http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l25078.htm>)
- Manual do EUROSTAT e sua decisão de 18/2004, de 11 de Fevereiro, sobre o tratamento das contas dos Estados membros com as PPP's e que concretiza a doutrina pela qual se transfere o risco para o parceiro privado, como forma de consolidar o custo e o financiamento relativos às aquisições e construções das infraestruturas e serviços nas contas públicas.
- Comunicação da Comissão COM (2009) 615 final
- Comunicação de 6/2004, 4 de junho, da Junta Consultiva da Comunidade de Madrid
- Comunicação da Comissão de 26 de Abril de 2006: «Social Services of general interest in the European Union (COM (2006) 177 final) e COM (2006) 122 no que se refere aos serviços de saúde».
- Comunicação Interpretativa sobre as Concessões em Direito Comunitário – Comunicação da Comissão 2000/C, 121/02, de 29 de Abril de 2000 sobre as Concessões.

### 6.3. Legislação Especial do Sector da Saúde

- **Decreto-Lei nº 413/71, de 27 de Setembro** – Procede à reorganização dos serviços do Ministério da Saúde e Assistência, a fim de se ajustar a sua orgânica aos princípios definidos no Estatuto da Saúde e Assistência, aprovado pela Lei n.º 2120, de 19 de Julho de 1963, e atender à instantaneidade de intensificação e desenvolvimento das actividades de saúde pública e de promoção social, criando condições mais favoráveis à sua realização, mediante a integração dos serviços públicos e a condenação das iniciativas e instituições particulares que devem assegurar a cobertura médico-social, sanitária e assistencial das populações.
- **Decreto Regulamentar nº 85/79, de 31 de Dezembro** – Cria os centros comunitários de saúde e regulamenta os órgãos locais do SNS, nos termos da Lei nº 56/79, de 15 de Setembro.
- **Lei Constitucional nº1/82, de 30 de Setembro** – Altera a Constituição Portuguesa de 1976.
- **Despacho do Ministro dos Assuntos Sociais de 18 de Janeiro de 1982** (Diário da República, 2.ª série, n.º 29, de 4 de Fevereiro de 1982) e do **Despacho do Ministro da Saúde de 27 de Fevereiro de 1984** (Diário da República, 2.ª série, n.º 60, de 12 de Março de 1984) - que aprovaram as tabelas de preços para os hospitais oficiais, e ainda do despacho do Ministro dos Assuntos Sociais de 18 de Janeiro de 1982 (Diário da República, 2.ª série, n.º 34, de 10 de Fevereiro de 1982), que fixou taxas moderadoras nos mesmos estabelecimentos.
- **Decreto-Lei nº 119/83, de 25 de Fevereiro** – Procede à criação e regulamentação de instituições particulares de solidariedade social.

- **Despacho nº 97/83, de 22 de Abril** – Aprova o regulamento dos centros de saúde.
- **Decreto-Lei nº 57/86, de 20 de Março** – Regulamenta as condições de exercício do direito de acesso ao Serviço Nacional de Saúde.
- **Lei Constitucional nº 1/89, de 8 de Julho** – Aprova a segunda revisão da Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976, na redacção que lhe foi dada pela Lei Constitucional nº 1/82, de 30 de Setembro.
- **Lei nº 48/90, de 21/08** - Lei de Bases da Saúde (LBS).
- **Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de Janeiro** – Aprovou o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde (SNS).
- **Decreto-Lei nº 13/93, de 15 de Janeiro** – Aprova a criação e fiscalização das unidades privadas de saúde.
- **Decreto-Lei nº 335/93, de 29 de Setembro** – Regulamentação das Administrações Regionais de Saúde.
- **Decreto Regulamentar nº 63/94, de 2 de Novembro** – Estabelece os requisitos que as unidades privadas de saúde previstas no nº2 do artigo 1 do Decreto-Lei nº 13/93, de 15 de Janeiro devem observar quanto a instalações, organização e funcionamento.
- **Portaria nº 704/94, de 29 de Julho** – Aprova o Programa do Concurso e Caderno de Encargos Tipo, para celebração de contratos de gestão de instituições, partes funcionalmente autónomas e serviços do Serviço Nacional de Saúde.
- **Decreto-Lei nº 53/98, de 11 de Março** – Altera a redacção do artigo 18º e adita o artigo 18º-A ao Estatuto do SNS.
- **Decreto-Lei nº 401/98, de 17 de Dezembro** – Altera o Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de Janeiro que aprovou o Estatuto do SNS.
- **Decreto-Lei nº 97/98, de 10 de Maio** – Estabelece o regime de celebração das convenções a que se refere a Base XLI da Lei nº 48/90, de 24 de Agosto (Lei de Bases da Saúde).
- **Decreto-Lei nº 97/98, de 18 de Abril** – Tem como objectivo assegurar segurança ao investimento do sector privado e criar condições de estabilidade que permitam conduzir à inequívoca separação entre os sectores público e privado em benefício dos utentes, assim como, facilitara opção pela profissão fora do SNS.
- **Decreto-Lei nº 151/98, de 5 de Junho** – Altera o estatuto jurídico aplicável ao Hospital de São Sebastião.
- **Decreto-Lei nº 156/99, de 10 de Maio** – Estabelece o regime da criação, organização e funcionamento dos centros de saúde.
- **Decreto-Lei nº 157/99, de 10 de Maio**, revogado pelo Decreto-Lei nº 102/2009, de 11 de Maio – Estabelece o regime de criação, organização e funcionamento dos centros de saúde.
- **Lei nº 159/99, de 14 de Setembro** – Estabelece o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais.

- **Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro** – Regime do Sector Empresarial do Estado (EPE).
- **Decreto-Lei nº 207/99, de 9 de Junho** – Aprova a criação da unidade local de saúde de Matosinhos
- **Plano Nacional de Desenvolvimento Económico e Social para 2000-2006** – Proposta governamental de orientação quanto às grandes políticas públicas.
- **Decreto-Lei nº 68/2000, de 26 de Abril** – Altera o Estatuto do SNS na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 53/98, de 11 de Março.
- **Decreto-Lei nº 209/2000, de 2 de Setembro** – Procede à criação da PARPÚBLICA, atribuindo-lhe os poderes e competências necessários ao desempenho do seu papel na organização e gestão integradas no Sector Empresarial do Estado.
- **Lei nº 91/2001, de 20 de Agosto** – Lei de Enquadramento Orçamental.
- **Decreto-Lei nº 76/2001, de 27 de Fevereiro** – Estabelece o regime jurídico aplicável ao Hospital do Barlavento Algarvio e faz cessar o seu regime de instalação a 31 de Dezembro de 2000.
- **Resolução do Conselho de Ministros nº 162/2001, de 16 de Novembro** – Cria a Estrutura de Missão designada «Parcerias.Saúde».
- **Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro** - Aprova o regime jurídico da gestão hospitalar, admitindo a possibilidade de os hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde assumirem a forma de sociedades anónimas, incluindo as sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos e prevendo a existência de estabelecimentos privados com ou sem fins lucrativos.
- **Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto** - define os princípios e instrumentos jurídicos necessários ao estabelecimento de parcerias em saúde com gestão e financiamento privados.
- **Decreto-Lei nº 39/2002, de 26 de Fevereiro**, revogado parcialmente pelo Decreto-Lei nº 188/2003, de 20 de Agosto (artigos 1º, 2º, 5º e 6º) – Altera o Decreto-Lei nº 157/99, de 10 de Maio.
- **Resolução do Conselho de Ministros nº 41/2002, de 14 de Fevereiro** - Regulamenta o programa governamental no sentido da empresarialização da gestão hospitalar. Mais precisamente: estabelece o programa de reforma e inovação da gestão hospitalar, com vasto conjunto de medidas, entre as quais, pelo seu carácter estruturante, assumem particular destaque o desenvolvimento de modelos inovadores de gestão, através do lançamento de parcerias público-privadas e parcerias público-públicas e da «empresarialização» de hospitais.
- **Despacho nº 19946/2002, de 10 de Setembro** – Determina a constituição de diversos grupos de coordenação interdepartamental para o lançamento de parcerias público-privadas no sector da saúde, definindo as respectivas competências, projectos a desenvolver, composição e funcionamento.
- **Decreto-Lei nº 39/2002, de 26 de Fevereiro** – Aprova a nova forma de designação dos órgãos de direcção técnica dos estabelecimentos hospitalares e dos centros de saúde. Altera a

composição dos Conselhos técnicos dos hospitais e flexibiliza a contratação de bens e serviços pelos hospitais.

- **Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro** – Aprova o novo regime da gestão hospitalar e procede à primeira alteração da Lei nº 48/90, de 24 de Agosto.

- **Decreto-Lei nº 293/2002, de 11 de Dezembro** – Transforma o Hospital de Santa Maria de Maior, em Barcelos, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos.

- **Decreto-Lei nº 60/2003, de 1 de Abril** – Cria a rede de prestação de cuidados de saúde primários e revoga o Decreto-Lei nº 157/99, de 10 de Maio.

- **Decreto-Lei nº 188/2003, de 20 de Agosto** – Regulamenta os arts. 9º e 11º do regime jurídico da gestão hospitalar, aprovado pela Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro, a qual o regime jurídico da gestão hospitalar, determina que a estrutura orgânica das instituições hospitalares públicas, nomeadamente a composição, competências e o funcionamento dos órgãos de administração, apoio técnico, fiscalização e de consulta, bem como os modelos de financiamento e de avaliação da actividade realizada, devem constar de um regulamento a aprovar por diploma próprio do Governo.

- **Decreto-Lei nº 281/2003, de 8 de Novembro** - estabelece a criação de uma rede de cuidados continuados de saúde, destinada a promover e manter a qualidade de vida, o bem-estar e o conforto dos cidadãos necessitados, resultante de doença crónica ou degenerativa) de acordo com este diploma legal é permitida a criação de estabelecimentos dedicados à prestação de cuidados de saúde continuados com natureza jurídica privada, independentemente de a sua finalidade ser lucrativa ou não.

- **Decreto Regulamentar nº 10/2003, de 28 de Abril** – Aprova as condições gerais dos procedimentos prévios à celebração dos contratos de gestão para o estabelecimento de parcerias em saúde.

- **Decreto Regulamentar nº 14/2003, de 30 de Junho** – Aprova o caderno de encargos tipo dos contratos de gestão que envolvam as actividades de concepção, construção, financiamento, conservação e exploração dos estabelecimentos hospitalares.

- **Decreto-Lei nº 309/2003, de 10 de Dezembro** – Aprova o Estatuto da Entidade Reguladora da Saúde (ERS)

- **Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril** - estabelece o papel do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas. Procede à alteração do Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto.

- **Lei nº 18/2003, de 11 de Janeiro** – Aprova o regime jurídico da concorrência.

- **Decreto Regulamentar nº 14/2003, de 30 de Junho** - aprova o respectivo caderno de encargos.

- **Decreto-Lei nº 309/2003, de 10 de Dezembro** - Cria a ERS e concretiza as suas competências.

- **Lei nº 3/2004, de 15 de Janeiro** – Aprova a Lei-quadro dos Institutos Públicos.



- **Decreto-Lei nº 223/2004, de 3 de Dezembro** – Altera o Estatuto do SNS aprovado pelo Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de Janeiro.
- **Decreto-Lei nº 93/2005, de 7 de Junho** – Determinou a transformação em entidades públicas empresariais de 31 unidades de saúde às quais havia sido atribuído o estatuto de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos.
- **Decreto-Lei nº 88/2005, de 3 de Junho** revogou o Decreto-Lei nº 60/2003, de 1 de Abril que cria a rede de cuidados de saúde primários e vem ripristinar o regime criado pelo Decreto-Lei nº 157/99, de 10 de Maio e alterado pelo Decreto-Lei nº 39/2002, de 26 de Fevereiro.
- **Decreto-Lei nº 79/2005, de 15 de Abril** alterado pelo Decreto-Lei nº 201/2006, de 27 de Outubro – consagra a orgânica do XVII Governo Constitucional
- **Portaria nº 418/2005, de 14 de Abril** – Aprova o regulamento interno que define a organização e o funcionamento dos serviços da ERS.
- **Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de Julho** – Procede à alteração do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril.
- **Decreto-Lei nº 101/2006, de 26 de Junho** – Aprova a criação da rede nacional de cuidados continuados integrados.
- **Despacho normativo nº 9/2006, de 16 de Fevereiro** – Regulamenta a reorganização dos cuidados de saúde primários, através de uma prestação de cuidados de saúde aos cidadãos, mais próxima, adequada, efectiva e eficiente. Contém o anexo relativo ao regulamento para lançamento e implementação das unidades de saúde familiares.
- **Decreto-Lei nº 276-A/2007, de 31 de Julho** – Aprova a Sexta alteração ao Estatuto do SNS aprovado pelo Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de Janeiro.
- **Lei nº 41/2007, de 24 de Agosto** – Aprova a Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde.
- **Decreto-Lei nº 298/2007, de 22 de Agosto** – Estabelece o regime jurídico da organização e funcionamento das unidades de saúde familiar.
- **Decreto-Lei nº 28/2008, de 22 de Fevereiro** – Procede à criação dos agrupamentos de centros de saúde do Serviço Nacional de Saúde (ACES), assim como o seu regime de organização e funcionamento.
- **Decreto-Lei nº 203/2008, de 10 de Outubro** – Opera transformação do Hospital Amadora-Sintra em EPE.
- **Decreto-Lei nº 102/2009, de 11 de Maio** – Estabelece o regime da criação, estruturação e funcionamento dos centros de saúde do Serviço Nacional de Saúde.
- **Portaria nº 427/2009, de 23 de Abril** – Autorizou a celebração de acordos de cooperação entre a Direcção Geral dos Cuidados de Saúde Primários e as empresas interessadas que dispusessem de serviços médicos de trabalho privativos, com vista a assegurarem a prestação de cuidados de saúde primários aos seus trabalhadores e familiares.

- **Decreto-Lei nº 127/2009, de 27 de Maio** – Aprova a reestruturação da ERS definindo as suas atribuições, organização e funcionamento. Revoga o Decreto-Lei nº 309/2003, de 10 de Dezembro.

- **Decreto-Lei nº 279/2009, de 6 de Outubro** - que trata da regulamentação do licenciamento de unidades privadas de serviços de saúde, mais precisamente, o seu art.1º, nº2. Este diploma aplica-se igualmente às unidades privadas de prestação de cuidados de saúde que fazem parte do Serviço Nacional de Saúde, mas que em termos orgânicos não estejam nele, integradas.

- **Portaria nº 427/2009, de 23 de Abril** – criação de postos médicos privativos pelas empresas.

- **Decreto-Lei nº 136/2010, de 27 de Dezembro** – Reduz a composição dos Conselhos de Administração dos Hospitais com natureza de entidades públicas empresariais, extingue a Estrutura de Missão Parcerias.Saúde e procede à 4ª alteração do Decreto-Lei nº 233/2005, de 29 de Dezembro e à 2ª alteração do Decreto-Lei nº 219/2007, de 29 de Maio.

- **Decreto-Lei nº 113/2011, de 29 de Novembro** – Regula o acesso às prestações do SNS por parte dos utentes no que se refere ao regime das taxas moderadoras e à aplicação de regimes especiais de benefícios.

- **Decreto-Lei nº 124/2011, de 29 de Dezembro** – Aprova a Lei Orgânica do Ministério da Saúde.

- **Despacho nº 1324/2011, de 14 de Janeiro** – Estabelece as orientações referentes ao processo de extinção das EMPS, como modo de assegurar a continuidade do programa de parcerias público-privadas no âmbito do Ministério da Saúde.

- **Decreto-Lei nº 244/2012, de 9 de Novembro** – Aprova a 5ª alteração ao Decreto-Lei nº 233/2005, de 29 de Dezembro, modificando o regime jurídico e os estatutos aplicáveis às unidades de saúde com a natureza de EPE abrangidas pelo mesmo diploma.

- **Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de Maio** – Introduce modificações significativas no regime jurídico aplicável à preparação, lançamento, execução e alteração das parcerias público-privadas de âmbito estadual.

- **Decreto-Lei nº 128/2012** - Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, que regula o acesso às prestações do Serviço Nacional de Saúde por parte dos utentes no que respeita ao regime das taxas moderadoras e à aplicação de regimes especiais de benefícios

- **Decreto-Lei nº 128/2012, de 21 de Junho** – Aprova a primeira alteração ao Decreto-Lei nº 113/2011, de 29 de Novembro, que regula o acesso às prestações do SNS por parte dos utentes no que se refere ao regime das taxas moderadoras e à aplicação de regimes especiais de benefícios. (A partir de 1 de Janeiro de 2012, surge o novo modelo de taxas moderadoras)

- **Portaria nº 311, de 27 de Dezembro** – Estabelece os critérios da verificação da condição de insuficiência económica dos utentes para efeitos de isenção de taxas moderadoras.

## OUTRAS FONTES DE INVESTIGAÇÃO

### SEMINÁRIOS/CONFERÊNCIAS/COLÓQUIOS/CURSOS

- a) Seminário sob o tema de «Parcerias Público-Privadas na Saúde», de 28 de Junho de 2011, na Universidade do Minho, com as intervenções de:
  - PEDRO SIZA VIEIRA;
  - GUSTAVO FERREIRA;
  - LICINIO LOPES MARTINS
- b) Conferência sobre «O conteúdo normativo diferenciado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana», na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, com as intervenções de:
  - JORGE REIS NOVAIS;
  - BENEDITA MACCRORIE
- c) Pós-Graduação no *Novo Código dos Contratos Públicos*, na Universidade Católica do Porto (2011), sob coordenação de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA.
- d) Seminário de Justiça Administrativa: «Novas dimensões da responsabilidade pública», de 1 e 2 de Julho de 2011