MARIA JOÃO TEIXEIRA DE QUEIRÓS

A EMERGÊNCIA DO ESTADO REGULADOR E O IMPACTO DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES NOS SERVIÇOS DE INTERESSE GERAL: O CASO DO SETOR DA SAÚDE

Porto

JULHO DE 2012

UNIVERSIDADE PORTUCALENSE INFANTE D. HENRIQUE
MESTRADO EM DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

A EMERGÊNCIA DO ESTADO REGULADOR E O IMPACTO DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES NOS SERVIÇOS DE INTERESSE GERAL: O CASO DO SETOR DA SAÚDE

MARIA JOÃO TEIXIERA DE QUEIRÓS
Orientador: PROFESSOR DOUTOR LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES

Porto, Universidade Portucalense

2012

RESUMO

Nas últimas décadas surgiram profundas reestruturações nos países desenvolvidos, decorrentes das alterações às conceções tradicionais do papel do Estado e da Administração Pública. As políticas e as medidas implementadas, resultantes do impulso da Comunidade Europeia, assentaram em princípios de descentralização, autonomia, desconcentração e privatização de tarefas públicas.

O modelo do Estado Social, prestador de bens e serviços, cedeu lugar a um novo modelo, o Estado Garantia.

A implementação de tais reformas apresentou um especial enfoque no setor das políticas públicas de saúde, ditando uma profunda alteração do arquétipo organizacional e da gestão das instituições e dos serviços públicos.

As alterações sistémicas intrínsecas às reformas instituídas acarretaram o aumento e as exigências da regulação impondo um novo ciclo, o da regulação independente. Na saúde, a finalidade da regulação é a de assegurar que se atingem os grandes objetivos sociais do sistema de saúde (a universalidade, a equidade no acesso aos cuidados de saúde e a sua qualidade) e contrariar as numerosas falhas de mercado e falhas do Estado que existem no setor. É neste contexto que é criada a Entidade Reguladora da Saúde, com a missão de regular a atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde e o objetivo, último, de assegurar os direitos e interesses legítimos dos utentes.

O que se pretende com o presente trabalho de investigação é analisar e conhecer os fatores que densificam e contribuem para a efetivação da responsabilidade pública de garantia e apreciar a regulação independente na saúde, enquanto instrumento jurídico utilizado pelo Estado para esse fim.

ABSTRACT

In the last decades, there have been deep changes in several public sectors of more developed countries as the result of the recently new roles attributed to the State and Public Administration.

The current model of a Welfare State as a service provider and goods supplier, gives place to a new model of a Regulatory State.

The measures that were recently proposed, mainly due to the effort of the European Union were based on principles such as decentralization, autonomy, deconcentration and privatization of public tasks.

These recent changes affect mainly the Public Health Department Politics, namely the organization of the public institutions and public services.

In consequence to these new politics and the need for higher standard requirements, the future relays on an independent regulation. The aim of the regulation in the public health is to guarantee that several social objectives are fulfilled, namely the right of every person to access quality health services, and to set right gaps in this sector. The Portuguese Health Regulation Authority arises in this context, with the aim of regulating the activity of every health care establishment and therefore to assure all users legitimate rights.

The main goals of this thesis is to describe and analyze the means of the Portuguese State that guarantee quality public health to the every citizen and to evaluate the role of the independent regulation of health as a legal device of the State.

SUMÁRIO

METODOLOGIA

A dissertação que se apresenta teve um enfoque sobretudo analítico.

Nesse sentido foi efetuada uma revisão bibliográfica sobre a matéria relacionada com a criação das autoridades reguladoras independentes, objetivando naquela dedicada ao setor da saúde. Pelo que foram revistos os seguintes itens:

- A evolução histórica das teorias sobre o Estado, que influenciaram a organização atual do setor público, concretamente as teorias atinentes à nova gestão pública e o aparecimento do Estado regulador e das autoridades reguladoras independentes;
- A apreciação da perspetiva comunitária sobre a regulação dos serviços de interesse geral;
- A revista de literatura nacional sobre o modelo de regulação aplicável ao setor da saúde;
- A pesquisa e consulta de sites institucionais internacionais de autoridades reguladoras independentes do setor da saúde, por forma a estabelecer um paralelismo com a realidade portuguesa;
- A revisão dos diplomas legais e os distintos programas de Governo instituídos para concretização de uma entidade reguladora independente dedicada à saúde.

E, a final, após uma reflexão crítica, tecemos algumas considerações sobre a necessidade da regulação independente no setor da saúde e retiramos algumas conclusões sobre os esforços e medidas a concretizar para fortalecer essa regulação, que cada vez mais se impõe no setor da saúde.

A ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO

A dissertação que apresentamos divide-se em capítulos, títulos e subtítulos.

Ao elaborarmos o capítulo I procurámos sintetizar os aspetos mais relevantes da “revolução regulatória”, como lhe chamou Vital Moreira, traduzida no aumento do papel regulador do Estado e ao mesmo tempo a sua desintervenção em alguns setores da atividade económica.

No seguimento dos processos de reforma desencadeados em grande parte dos países ocidentais, a par das novas políticas públicas implementadas, surgiram novos modelos de intervenção do Estado e de repartição, sobretudo através de instrumentos de regulação exercidos por autoridades reguladoras independentes. A investigação sobre que nos debruçamos incide sobre o novo paradigma de Estado, que sustenta o aparecimento e o fomento de novas autoridades, que se traduzem em novas feições de governança.

No Capítulo II, direcionado para o setor da saúde, a análise pretendida incide sobre o papel do Estado e as suas funções no âmbito do setor da saúde. Apreciamos o sistema de saúde em si mesmo e as mudanças e reformas implementadas em face dos princípios proclamados pela Nova Gestão Pública e evidenciámos o novo ciclo de regulação pública que se impôs, no título IV. De igual modo, conceptualizámos o âmbito da regulação no setor da saúde e apontamos as necessidades dessa intervenção.

No capítulo III demonstramos o aparecimento da regulação independente no setor da saúde e as motivações que lhe são subjacentes e apreciámos a incidência dessa regulação. Analisámos a operacionalidade desse instituto, nomeadamente no que respeita às vantagens, desvantagens, oportunidades e fragilidades deste modelo. A apreciação que se efetua baseia-se na evidência do exercício da regulação.

Com esta apreciação, ambicionamos conceber uma evidência clara e convincente, que sustente o trajeto de atuação do quadro regulatório português, dedicado ao setor da saúde.

A conclusão entrega-se às reflexões da mestranda.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAI	Autoridades Administrativas Independentes
ACSS	Administração Central do Sistemas de Saúde
AR	Assembleia da República
ARS	Administração Regional de Saúde
CRP	Constituição da República Portuguesa
DGS	Direção-Geral da Saúde
ERS	Entidade Reguladora da Saúde
EUA	Estados Unidos da América
IGAS	Inspeção-Geral das Atividades em Saúde
IQS	Instituto da Qualidade Saúde
MS	Ministério da Saúde
NGP	Nova Gestão Pública
OPSS	Observatório Português dos Sistemas de Saúde
SINAS	Sistema Nacional da Avaliação da Qualidade dos Serviços de Saúde
PPP	Parcerias Público-Privadas
TC	Tribunal de Contas

ÍNDICE

Pág.

Introdução **1**

Capítulo I – Um novo paradigma do Estado……..... **3**

1. **Evolução histórica da teoria do Estado……** **3**
2. **O novo posicionamento do Estado…….** **7**

2.1 O estado de garantia…….. **7**

2.2 Os fins do estado de garantia…… **8**

3. **A conformação reguladora do estado……** **10**

3.1 A regulação enquanto instrumento de garantia……. **11**

3.1.1 O conceito de regulação…….. **12**

3.2 As Autoridades Administrativas Independentes enquanto instrumentos de regulação…….. **14**

3.2.1 A origem e a evolução das Autoridades Administrativas Independentes …….....……... **15**

3.2.2 As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa……... **18**

A) Fundamentos determinantes da criação das Autoridades Administrativas Independentes….……... **18**

B) Os fins prosseguidos pelas Autoridades Administrativas Independentes…… **20**

C) A natureza e a estrutura jurídica dos organismos que integram a Administração independente……. **20**

D) Os poderes das Autoridades Administrativas Independentes.. **24**

E) A independência das estruturas organizatórias independentes……. **26**

F) Delimitação do conceito…… **28**

Capítulo II – A regulação no setor da saúde……. **30**

1. **Os sistemas de saúde e os seus objetivos……..** **30**
2. **As alternativas organizacionais dos sistemas de saúde……** **30**
3. **A evolução do sistema de saúde público em Portugal……..** **32**

4. A evolução da Nova Gestão Pública nas reformas do setor da saúde…….. 37

5. A regulação do sistema de saúde: da regulação tradicional às novas exigências regulatórias……. 39

6. As necessidades de regulação em saúde ……. 40

7. O conceito de regulação em saúde……... 42

8. O objeto da regulação na saúde……... 44

Capítulo III – A entidade reguladora independente dedicada ao setor da saúde……... 47

1. A institucionalização da regulação em saúde……. 47

2. As autoridades administrativas europeias no setor da saúde……... 50

3. O que regula a autoridade administrativa independente dedicada ao setor da saúde…… 51

4. Os primeiros anos de regulação independente no setor da saúde…… 54

5. As deficiências e fragilidades da regulação independente…… 57

6. A reestruturação do modelo de regulação independente ……. 60

Conclusão……... 68

Referências Bibliográficas…… 71

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas os países desenvolvidos sofreram profundas reformas no setor público, que resultaram, essencialmente, da quebra de consensos em redor do papel do Estado nas sociedades contemporâneas. O modelo de Estado que imperou durante grande parte do séc. XX confrontado com as novas formas de organização e a produção de um conjunto de bens jurídicos deixou de ter "palco de atuação", passando a assumir uma posição de garante nas vestes de regulador.

A desregulação estatal conduziu a uma densificação da regulação pública, que se apresentou como instrumento de efetivação do dever de garantia inerente a um novo modelo de intervenção pública, assente na prossecução do interesse público e na proteção dos direitos dos cidadãos.

Deste modo competiu ao Estado a assunção da responsabilidade de assegurar o cumprimento das obrigações de serviço público, ou seja, garantir a prestação dos serviços considerados essenciais para a comunidade, que encontram equivalência na expressão comunitária serviços de interesse económico geral, abrangendo os serviços mercantis e não mercantis.

O setor da saúde e as suas instituições não ficaram de fora deste processo de reestruturação. Na Europa, as reformas operadas nesse setor tornaram-se indeclináveis face às necessidades evidenciadas de aumento da eficiência, eficácia e qualidade dos sistemas de saúde públicos nacionais, impondo a existência de regras claras, precisas e responsabilizantes entre os atores do sistema de saúde.

Assim, a regulação surge como esquema de compensação do recuo do Estado na sequência daquelas reformas e enquanto reforço do seu papel de supervisão, tendo em vista a correção das falhas de mercado e de Estado existentes, bem como a garantia dos objetivos sociais do sistema de saúde.

Neste contexto tornou-se premente um novo modelo de regulação dos sistemas de saúde e assumiu-se a necessidade da criação de organismo independente dedicado ao setor, com natureza de autoridade administrativa independente, que regulasse, supervisionasse e acompanhasse a atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde – a Entidade Reguladora da Saúde.

Na dissertação que apresentamos descrevemos a evolução histórica do papel do Estado, analisando as transformações contemporâneas que moldaram o aparecimento das autoridades administrativas independentes. Discorremos sobre os serviços de interesse geral e a imposição da regulação independente neste âmbito. Apreciamos o modelo da regulação independente no setor da saúde e a razão de ser da criação de um organismo independente dedicado. Identificamos alguns modelos de regulação internacionais, relativos ao tema da dissertação, nomeadamente de países da União Europeia, e comparamos as suas semelhanças com o caso português. Analisamos o texto legal da criação da Entidade Reguladora da Saúde e estudamos a legislação pertinente para desenvolvimento do tema. Avaliamos as mudanças implementadas no âmbito desse setor e concluímos pela implementação de algumas medidas de modo a fortalecer essa regulação independente.

CAPÍTULO I - UM NOVO PARADIGMA DO ESTADO

1. Evolução histórica das teorias do Estado

O Estado do séc. XIX caraterizado pela dicotmia liberal, baseada numa lógica de adversidade e desconfiança, assentava numa nítida demarcação entre o monopólio da esfera de atuação pública, norteada para a prossecução do interesse público e em poderes de autoridade, reservada ao Estado, e a atuação privada, direcionada para valores económicos, reservada aos cidadãos[1].

Segundo Cabral de Moncada, a época liberal assentou em dois axiomas fundamentais, a separação absoluta entre direito público e direito privado e o predomínio da autonomia da vontade privada na esfera económica[2].

A perspetiva negativa do papel conferido ao Estado no domínio dos interesses privados, afastando-o de toda e qualquer intervenção que, em alguns domínios, evidenciava-se fundamental para o desenvolvimento e garantia de direitos individuais, levou à afirmação de um novo modelo.

No início do século XX as crises cíclicas do capitalismo e o pós-guerra, determinantes do abandono das teorias liberalistas do Estado baseadas na autossuficiência do mercado[3], reclamaram que o mesmo passasse a assumir um novo papel, sobretudo no que respeita à promoção dos valores sociais. Em substituição do

---

[1] A respeito desta época, anota Maria João Estorninho que o Estado Liberal assenta as bases para o surgimento do direito administrativo, concretamente refere que "Este nascimento do Direito Administrativo insere-se perfeitamente no contexto da visão liberal do mundo, assente na separação entre o Estado e a Sociedade, por forma a garantir a propriedade e intimidade, valores fundamentais que o liberalismo procura preservar a todo o custo". Vide, Estorninho, Maria João. A fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública, Coimbra: Almedina, 1999, p. 31.

[2] Nesse sentido, Moncada, Luís S. Cabral. Direito Económico. 3. Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 14-24. Para este A. "A ordem jurídica da actividade económica restringia-se ao direito privado. O mesmo é dizer que o modelo jurídico do estado liberal limitava ao mínimo o direito público restringindo a sal esfera de influência ao tratamento de questões que nada tinham que ver com a actividade económica". Op. Cit. p. 15.

[3] Adam Smith, um dos impulsionadores e defensores do liberalismo económico, considerava que a intervenção do Estado devia ser reduzida ao mínimo. Segundo este A. o mercado era o melhor instrumento de regulação da economia e estímulo do desenvolvimento, já que entregue a si próprio era disciplinado por uma mão invisível, que suportaria a economia, onde a oferta e a procura iriam gerar os preços e garantir o lucro. Neste período, tornou-se evidente que o pressuposto da competição equilibrada inerente à lógica do mercado nunca foi alcançado, por se mostrar insuficiente face a um novo universo da economia livre que passou a imperar na sociedade técnica. Desse modo, a mão invisível preconizada por Adam Smith deixou de constituir o modelo de referência do capitalismo, sobretudo na sequência da crise bolsista instalada em 1929.

Estado Liberal, surge no decurso da segunda metade do século XX o Estado Social, também denominado Estado Providência ou prestador de serviços.

Calcado sob os princípios da legalidade e separação de poderes, o Estado Social[4] emergiu como consciência do valor da solidariedade e como expressão do valor da igualdade de todos os cidadãos no exercício das suas liberdades fundamentais, caracterizando-se pela avocação de tarefas anteriormente imputadas na esfera de atuação dos particulares e pela assunção da responsabilidade e efetividade das mesmas, com o intuito de saldar a desigualdade social evidenciada no período abstencionista do Estado Liberal[5].

Segundo Maria João Estorninho, neste período "os fins do Estado colocados a cargo da Administração Pública estão essencialmente relacionados com as necessidades colectivas de segurança, de bem-estar económico e social e cultural", implicando um carácter mais activo e interventor da Administração Pública mediante o recurso a novos métodos de actuação. Acrescenta a A. que "esta actuação intervencionista do Estado nem sempre é exequível através da organização burocrática tradicional da Administração Pública, pelo que esta precisa de recorrer a novos modelos de organização e de atuação mais flexíveis e dinâmicos"[6].

No mesmo sentido, Pereira da Silva refere que "Com a passagem do Estado liberal ao social, a administração pública deixava de ser concebida como meramente executiva (…) para se tornar cada vez mais uma actividade prestadora e constitutiva. A administração prestadora chamou a si um conjunto de tarefas que não se esgotam na noção de aplicação da lei ao caso concreto, ou de execução do direito, mas que

---

[4] O Estado Social é definido por Loureiro como "aquele em que, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial da economia de mercado, assume como tarefa garantir condições materiais para uma existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, (…) que respondem, a partir de mecanismos de solidariedade, fraca ou forte, a necessidades que se conexionem com bens básicos ou fundamentais, cujo acesso não deve estar dependente da capacidade de poder pagar, ou não, um preço". Loureiro, João Carlos. Adeus ao Estado Social? O Insustentável peso do não-ter", in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 83, 2007, p. 134.

[5] Neste sentido, Pedro Gonçalves refere que com o aparecimento do Estado Social a lógica liberal viu-se substituída por uma atitude de cooperação e ação concertada, que se expressa através de variados e complexos processos de integração, de osmose, de interpenetração e de um novo modelo simbiótico entre Estado e Sociedade. Vide Gonçalves, Pedro Costa. O Estado de Garantia e Mercado in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII -2010 (Especial), págs. 97-128.

[6] Estorninho, Maria João. Op. Cit. p. 37-39.

implicam a ideia de uma capacidade autónoma de concretização dos objectivos estaduais"[7-8].

A atividade do Estado Social registou uma maior expansão nas décadas de sessenta e setenta, mas a acumulação de um leque tão vasto e distinto de tarefas acarretou, a médio prazo, o desvirtuamento do modelo de estado então desenvolvido, quer pela desresponsabilização dos cidadãos, na condução dos seus interesses, quer pela burocratização, enfraquecimento e incapacidade de prover as necessidades avocadas[9].

Segundo os ensinamentos de João Caupers "a crise do Estado Social iniciou-se a partir dos anos 70 e conduziu a um novo modelo, ainda imperfeitamente delineado, a administração conformadora, um modelo em que a sociedade, havendo concluído pela impossibilidade e incomportabilidade da manutenção do crescimento exponencial, quantitativo e qualitativo, do Estado, procura preservar para este, já não a função de prestar, mas a de criar condições favoráveis a uma prestação de utilidades basicamente resultante de atividades de natureza jurídico privada[10].

As últimas duas décadas do século XX, período caracterizado pela "privatização do direito público e publicitação do direito privado", evidenciaram uma contração da intervenção estadual[11], contrária à atividade até então desenvolvida pelo Estado, que reclamava uma distribuição de papéis entre este e a sociedade. Particularmente, a partir dos anos 80 do séc. XX. assistiu-se a uma vaga de privatizações[12] de vários ramos da economia e da liberalização[13] de diversos setores que estavam sob a alçada do Estado,

---

[7] Silva, Manuel Pascoal Dias Pereira da. Op. cit. p. 81.

[8] Com as novas orientações económicas preconizadas por Keynes, implementadas pelo New Deal de Roosevelt, o Estado assume a responsabilidade por um conjunto de prestações de bens e serviços destinadas à prossecução do bem-estar, procurando conciliar a sua intervenção com a iniciativa privada na procura do interesse geral.

[9] Em sentido idêntico, Maria João Estorninho refere que "Ao crescimento desmesurado da Administração Pública do Estado Social associam-se fenómenos graves de ineficiência e de aumento da burocracia. Por outro lado, o agravamento das contribuições exigidas aos cidadãos para suportar as despesas crescentes da máquina estatal e a falta de imparcialidade do Estado suscitam, cada vez mais, uma reacção generalizada de desconfiança e incomodidade do cidadão em face do poder público. Por tudo isto, aos poucos, começa-se a pôr em causa o próprio crescimento do Estado e das funções por ele desempenhadas e defende-se a necessidade de repensar a dimensão da máquina administrativa e os tipos de tarefas que a seu cargo devem ser colocadas". Vide, Estorninho, Maria João. Op. cit. p. 47.

[10] João CAUPERS. Introdução ao Direito Administrativo, Âncora Editora, Lisboa 9.ª Ed., p. 39.

[11] Cfr. OTERO, Paulo, Legalidade e Administração Pública (O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade), Almedina, Coimbra, 2003, p. 298 e ss.

[12] Significando a passagem para a esfera privada dos serviços sob a titularidade do Estado, ou seja, os serviços públicos mesmo que concessionados. Sobre o conceito de privatização vide Otero, Paulo. Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 14-15.

[13] Determinando o fim dos exclusivos ou monopólios estatais na prestação de serviços públicos.

fenómeno extensível a diversos países europeus[14], justificado pela má gestão do Estado, determinante dos elevados défices registados e da oneração fiscal dos contribuintes.

A globalização da economia, a sobrecarga das despesas públicas, a ausência de condições propícias para o desenvolvimento económico e a privatização das empresas públicas constituíram fenómenos determinantes da redefinição das políticas do Estado.

Perante este cenário os Estados foram obrigados a fazer uma reflexão sobre o seu papel e definir um processo de reforma da Administração Pública. Referimo-nos ao abandono do modelo da Administração Pública assente em princípios de hierarquia e autoridade, surgindo em sua substituição um novo modelo assente em princípios de descentralização, flexibilização, autonomia e privatização[15], fundamentais da diminuição do peso do Estado na atividade económica e, consequentemente, da desregulação pública[16].

A privatização que se verificou não correspondeu ao abandono da economia por parte do Estado mas sim, como refere Majone[17], a uma redefinição dos papéis do mercado e do Estado, pugnando por uma "re-regulação[18]" em que a par de um novo-liberalismo económico são impostas regras aos agentes económicos.

As transformações operadas a nível das tarefas do Estado ordenaram o aparecimento de um aparelho regulador e vigilante e contribuíram para uma maior participação do setor privado na prossecução de tarefas de interesse público.

---

[14] O crescimento e a diversidade dos serviços públicos obrigaram o poder público a socorrer-se de modelos e institutos típicos do direito privado, com vista a contornar a morosidade e ineficiência da prestação dos serviços públicos a que aquele se encontrava vinculado.

[15] A emergência de uma nova filosofia pública, operada na década de 80, caracterizou-se por uma tricotomia de objetivos assente na privatização do setor público, na desregulação e na nova gestão pública (new public management), este último identificado como um novo modelo administrativo assente em paradigmas de gestão das empresas privadas e orientado por imperativos de especialização, desburocratização, simplificação de procedimentos e de avaliação de políticas públicas.

[16] Tal fenómeno é designado por Moreira, Vital como "contra-revolução neoliberal", vide Vital Moreira, Auto-regulação profissional … Ob. cit., Almedina, Coimbra, 1997, p. 19. Relativamente a este fenómeno de desregulação, esclarece Vital Moreira que, ainda que traduzido na inversão da tendência de regulação pública da atividade económica, não implicou um retorno ao capitalismo liberal mas uma nova filosofia reguladora. Com efeito, compete ao Estado regular as entidades que prestam os serviços anteriormente por si assegurados, incumbindo-lhe, desse modo, estabelecer regras que conformem essa prestação.

[17] MADJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança, in Regulação Econômica e Democracia: O debate Europeu, São Paulo, Editora Singular, 2006.

[18] Vide, Moreira, Vital. Auto-regulação profissional e Administração Pública, Almedina, Coimbra, 1997, p. 18.

2. O novo posicionamento do Estado

2.1 O Estado de garantia

O processo de transformação enunciado ditou a definição de um novo modelo de relacionamento entre Estado e Sociedade, assente em valores de partilha de responsabilidades e de coordenação para a prossecução dos interesses coletivos e impôs, gradualmente, uma nova dogmática administrativa assente numa responsabilidade pública de garantia, segundo a qual aquele passa a assumir um dever institucional de assegurar determinadas tarefas e a realização de certos fins de interesse público. Contudo, esta responsabilidade pública não impõe ao Estado o papel de fornecedor de serviços ou prestador de bens, mas que determinadas tarefas e incumbências passam para a esfera do mercado cabendo àquele assegurar que o funcionamento deste se desenvolve em conformidade com os fins e objetivos determinados. Nesse sentido, este novo modelo evidencia a separação de papéis e de responsabilidade entre o Estado e atores privados e tornou evidente o paradigma de regulação que se impunha, verificando-se, por um lado, uma regulação jurídica assente nas leis do mercado (auto-regulação privada) e, por outro, uma regulação jurídica do Estado (hetero-regulação pública).

Em suma, a crise do Estado anunciada partiu sobretudo de uma questão de identidade, dado que não é aquele enquanto tal que foi posto em causa mas as suas tarefas que foram discutidas e repensadas, através da retração do seu papel e o reforço do papel da sociedade e do mercado. Deste modo, a nova função de garantia reequaciona o Estado Social através de uma maior ponderação dos direitos fundamentais e das liberdades por ele protegidas.

As novas vestes do Estado, enquanto garante, não põem em crise o modelo de Estado Social[19], já que aquele passa a atuar como garante das prestações de bens e serviços, atestando a permanência das responsabilidades públicas que lhe assistem, e não como prestador dos mesmos, tal como se verificou no período de providência.

[19] No mesmo sentido cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira. "Repensar a relação entre Estado e a Sociedade", Nova Cidadania 8 (2007/31) p. 36-38.

2.2 Os fins do estado de garantia

A assunção de uma responsabilidade pública de garantia, assente no princípio da socialidade e outros fins constitucionais[20], emergiu como resposta à privatização e liberalização dos serviços públicos. O Estado foi chamado a assumir uma posição de garante de dois objetivos fundamentais, isto é, do correto funcionamento dos serviços privatizados e da realização dos direitos dos cidadãos. No presente, ensaia-se entender e analisar os fatores que materializam, densificam e concorrem para a efetivação dessa responsabilidade.

A nova função, de garantia, assumida pelo Estado assenta, essencialmente, na prossecução de um conjunto de finalidades tipicamente caracterizadoras da fisionomia deste modelo, desde logo a garantia do fornecimento de serviços essenciais, da proteção dos direitos dos utilizadores desses mesmos serviços, da proteção e promoção da concorrência e da garantia de outros bens jurídicos.

Um dos fins vetores, ora enunciado, consiste em assegurar a existência e o fornecimento de serviços essenciais. Ou seja, compete ao Estado a assunção da responsabilidade de garantir o cumprimento das obrigações de serviço público, isto é, de necessidades essenciais de todos os cidadãos, quer de forma direta, quer através do recurso a privados a quem tenha concedido tais atividades, fiscalizando a sua atuação e sancionando o incumprimento dessas obrigações. Ora, esta obrigação de serviço público resulta diretamente dos postulados constitucionais. Sobre esta obrigação, ensina Ana Roque que o art. 9.º al d) da Constituição da República Portuguesa (CRP) revela a propensão reguladora do Estado, quer em matéria económica, quer social, ao ser-lhe confiada a tarefa de "promover o bem-estar e qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais".

Efetivamente, a primazia do mercado sobre o Estado não pode eliminar as necessidades essenciais dos cidadãos, falamos aqui de um direito a um mínimo de prestações económicas e sociais. Trata-se, neste caso, de considerar um conjunto de atividades e serviços que devem assegurar o acesso de todos os cidadãos a determinados

[20] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, 2003, p. 353.

serviços, em termos de exigências de qualidade e de quantidade predefinidas e em condições de igualdade (alude-se aqui ao conceito de serviço universal)[21].

A expressão serviço público[22] que aqui fazemos referência é um conceito utilizado no direito interno e encontra equivalência na expressão comunitária serviço de interesse geral, podendo estes serviços assumir um carácter económico ou social. Os serviços essenciais que aqui fazemos referência reportam-se aos serviços de interesse económico geral (SIEG)[23-24], que abrangem os serviços mercantis e não mercantis, considerados de interesse geral pelas autoridades públicas e, por esse motivo, sujeitos a obrigações específicas de serviço público[25].

Mas, a par dos SIEG, o livro branco sobre os serviços de interesse geral, veio consagrar que os serviços sociais de interesse geral assumem, de igual modo, um papel importante no âmbito da atuação do Estado. Concretamente, serviços há como a saúde, a habitação social e a segurança social que podem passar a ser prestados através do recurso ao sistema dos SIEG, deixando de ser assegurados necessariamente por organismos do Estado.

A garantia do fornecimento de serviços essenciais constitui uma extensão da garantia e da proteção dos direitos dos utilizadores[26] cabendo ao Estado, não só,

---

[21] Referimo-nos aqui aos princípios da universalidade e igualdade.

[22] Para mais desenvolvimentos sobre a relação entre direito administrativo e direito comunitário e o novo conceito administrativo europeu, ver Fausto de Quadros, A Nova Dimensão do Direito Administrativo – O Direito Administrativo português na Perspectiva Comunitária, Almedina, Coimbra, 2001.

[23] Os SIEG não encontram uma definição específica mas são referenciados, no Tratado da Comunidade Europeia, aos serviços de natureza económica, sujeitos a obrigações de serviço público, em virtude de critérios de interesse geral. Sobre o conceito de serviços de interesse económico geral vide Silva, João Nuno Calvão da. Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral, Coimbra, Almedina, 2008, p. 215 ss.

[24] A noção de SIEG não deve ser confundida com a de serviço público pois a realização de tais interesses deixou de ser exclusivamente assegurada por entes públicos.

[25] Segundo Vital Moreira a mercadorização do serviço público tratou-se no essencial de uma transposição do conceito do serviço público para o serviço de interesse económico geral. Refere este autor que "o que houve de novo essencialmente no direito comunitário foi transportar o serviço público, que estava na tradição francesa fora do mercado, não era mercadoria, para o âmbito do mercado da concorrência, tendo o respetivo regime de ser justificado à luz dos limites consentidos à concorrência. Vide, MOREIRA, Vital. Regulação económica, concorrência e serviços de interesse geral, in Estudos de Regulação Pública I (organização Vital Moreira), CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2004 pág. 549.

[26] O Estado passa a assumir um dever institucional de proteção dos direitos de acesso a serviços essenciais, no contexto de uma relação triangular, onde intervêm, além do Estado, entidades particulares e cidadãos titulares de direitos fundamentais, como clientes ou utilizadores dos serviços e outras entidades particulares, igualmente titulares de direitos fundamentais, como fornecedores e prestadores de serviços. Neste sentido, vide GONÇALVES, Pedro Costa. "Estado de Garantia e Mercado", in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Vol. VII Especial, Coimbra Editora, 2010, pág. 110.

assegurar a existência de certos serviços mas também garantir o acesso dos cidadãos a esses serviços em termos de universalidade.

Uma outra dimensão dos fins do Estado de Garantia consiste na proteção e promoção do mercado e da concorrência. O mercado que o Estado deve proteger e promover é um mercado construído e configurado segundo exigências públicas e não um mercado na sua configuração propriamente dita. Nessa medida, compete ao Estado empreender medidas de defesa e fomento, que permitam o eficaz funcionamento e a regularidade dos seus comportamentos[27], gerando um equilíbrio que se aproxime do nível concorrencial e minimizando as falhas que nele possam operar.

Importa, ainda, assinalar que a reconfiguração das funções do Estado resultou de um conjunto de medidas adotadas pelo próprio, renunciando ao desenvolvimento de atividades públicas de prestação direta aos cidadãos, mediante a utilização de soluções de mercado em substituição de prestações públicas. Pelo que, compete ao Estado o dever de garantir a definição de uma articulação eficiente, justa e de composição entre o interesse público e interesses privados.

De igual modo, compete ao Estado garantir e proteger valores de ordem mais geral, ou seja, trata-se de estender o dever estadual de proteção para domínios que ultrapassam os direitos dos utilizadores de cada serviço. Neste âmbito, compete ao Estado a proteção, em geral, dos direitos dos cidadãos enquanto consumidores, mediante a adoção de medidas variadas, legitimadas por uma administração que atua em função da prevenção de riscos num contexto de gestão na incerteza.

3. A conformação reguladora do Estado

As mudanças produzidas nas duas últimas décadas do século XX implicaram uma redefinição do papel do Estado e a emergência de uma nova filosofia pública, mediante a implementação de novas formas de atuação, sobretudo no que respeita ao setor da intervenção pública na economia. Os fatores decorrentes da privatização de

[27] Nesse sentido, Vital Moreira refere que "deixado a si mesmo o mercado pode se suicidário", pelo que importa regular o mercado por forma a garantir a concorrência, Vital Moreira. Serviço público e concorrência. A regulação do setor elétrico, in Os caminhos da privatização da Administração pública, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 227.

bens e da privatização de setores de titularidade pública[28] ditaram a necessidade de se conceber na esfera administrativa um poder de supervisão e corretivo do mercado.

A partir da década de 90 surge um novo conceito de regulação pública, assente num sistema conformado por instituições, procedimentos, normas e atos com o escopo de assegurar que os agentes económicos satisfaçam as necessidades e o bem estar coletivo e não lesem o interesse público.

No contexto da definição de uma dogmática jurídica assente nas características e nas finalidades conformadoras do Estado, a doutrina tem vindo a chamou a atenção para a necessidade de se desenvolver um direito público de garantia[29], assente num novo degrau de responsabilidades públicas.

A apreciação desta afirmação será desenvolvida nas páginas que se seguem, dedicadas à análise da evolução e da delimitação conceptual de regulação e da instituição das entidades reguladoras.

3.1 A regulação enquanto instrumento de garantia

Segundo Moreira, a desregulação não significou o fim de toda a regulação, visto que a regulação estadual é necessária para corrigir as falhas de mercado e garantir outros interesses sociais[30]. Segundo este A. a desregulação conduziu, paradoxalmente, a uma densificação da regulação pública[31] e, nesse sentido, apresenta-se como instrumento efetivação do dever de garantia inerente a esse novo modelo de intervenção

[28] Nomeadamente o risco da violação das regras concorrenciais, a correção das falhas de mercado, a vulnerabilidade dos consumidores, a necessidade colocar um termo à prossecução de atividade reguladora procurada e oferecida em função dos interesses daqueles que beneficiam com a sua implementação (teoria dos grupos de interesses). *Vide* Fernandes, Rui Cunha. "Regulação de Serviços Públicos", Lisboa, 2005, p. 55; Moreira, Vital e Marques, Maria Manuel Leitão, A mão visível, Coimbra, 2003, p. 14. A correção das falhas de mercado é explicada pela teoria do interesse público e pela necessidade de assegurar as obrigações de serviço público, que antes estavam sob a alçada do setor empresarial do Estado.

[29] Nesse sentido, GONÇALVES, Pedro Costa. "Estado de Garantia e Mercado", in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Vol. VII Especial, Coimbra Editora, 2010, pág. 118.

[30] Relativamente à da redução do papel do Estado na economia, anota Vital Moreira que esse fenómeno insere-se num "movimento de desregulação, que abarca três vertentes distintas: a privatização de empresas públicas ou de participações públicas em empresas mistas; a liberalização de actividades e setores económicos até então reservados para o sector público ou pelo menos dependente de concessão ou autorização pública (…); a desregulação propriamente dita, que consiste no aligeiramento ou eliminação do controlo público sobre a produção e o mercado de numerosas indústrias". Moreira, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública, Almedina: Coimbra, 1997, p. 43.

[31] Nesse sentido, entende aquele autor que "mão invisível" do mercado cede perante a "mão visível" da regulação pública, determinando que o Estado se responsabilize pelo controlo e garantia da iniciativa privada. Vide, Vital Moreira, Auto-regulação profissional … Ob. cit., pág. 19.

pública, através do qual se realiza a obrigação estadual de prossecução do interesse público e da proteção dos direitos dos cidadãos.

Ao considerarmos as finalidades do Estado de Garantia verificamos que a regulação, enquanto sistema de acompanhamento, monitorização e controlo de processos económicos e sociais, surge como um esquema de compensação do recuo do Estado, no seguimento dos processos de privatização e liberalização e da retirada da prestação direta de serviços públicos.

A regulação figura, deste modo, a pedra de toque do novo modelo de intervenção pública, apresentando-se como o instrumento de excelência de efetivação da responsabilidade de garantia, ou seja, de assegurar a proteção e realização do interesse público e até da realização dos direitos dos cidadãos[32], conformando uma exigência jurídico-politica constitucional.

3.1.1 O conceito de regulação

A regulação[33] é hoje um fenómeno jurídico incontornável[34]. Bebendo os seus ensinamentos nos ramos do direito, economia, sociologia, ciência política, e encontrando assento constitucional e comunitário, conhece uma variedade de conteúdos e aceções[35].

O conceito de regulação representa uma linha de continuidade relativamente às categorias antes criadas no percurso da evolução do modelo de Estado, representando, desse modo, um apanhado das características das noções liberais e sociais do Estado, ao sustentar a necessidade de reconhecer o papel dos particulares na promoção do bem estar e o dever de atuação do poder público, tendo em vista a garantia das condições de desenvolvimento da sociedade.

---

[32] De notar que as missões do Estado não se reconduzem à mera regulação da economia e do mercado, cabendo-lhe, igualmente, uma ação operativa direta sob vários serviços públicos, desde logo na área da educação, saúde e cultura.

[33] O conceito de regulação remonta a tempos longínquos, pressupondo a existência de regras formais e informais nas relações de troca entre as pessoas. Podemos falar de regras escritas, costumes inerentes às próprias civilizações que assumem cariz económico, político e social.

[34] Neste sentido, Ana Roque. Regulação do Mercado. Novas tendências, Lisboa, pág. 23, 2004.

[35] Na doutrina portuguesa, sobre o conceito de regulação ver Moreira, Vital Auto-regulação profissional … Ob. cit., p. 34 e ss. e "Regulação económica, concorrência e sérvios de interesse geral"… ob. cit., p. 547 ss; J. L. Saldanha Sanches, "A regulação: história breve de um conceito", Revista da Ordem dos Advogados, 2000, p. 5; Eduardo Vera-Cruz Pinto, "A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI, in Ruy Albuquerque/A. Menezes Cordeiro (coord.), Coimbra, 2005, p. 159 e ss.

Desse modo, Vital Moreira refere que o conceito de regulação é ambivalente, por um lado, designa um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um sistema ou mecanismo e, por outro, define as regras que garantem o funcionamento de tal sistema[36].

Carpinteiro, citando Baldwin e Cave, refere que "embora não exista um conceito unívoco para a regulação, ela é, regra geral, entendida como uma forma de intervenção do Estado fundamentalmente distinta daquela que o associa ao exercício direto de uma atividade produtiva ou de aprovisionamento de bens e serviços. E acrescenta que, enquanto poder, a regulação deve ser compreendida no domínio do respetivo sistema político e jurídico-constitucional e na articulação desses sistemas com a economia. A regulação é, deste modo, um poder/autoridade que se traduz na capacidade de gerar e fazer cumprir certas regras, tendo, por isso subjacente a natureza e a força de um poder executivo"[37].

Em sentido idêntico, Ana Roque[38] refere que "a regulação é, antes de tudo, uma modalidade específica de ação do Estado dentro de um modelo de mercado, muitas vezes através do recurso a novas formas organizativas (como é o caso das autoridades administrativas independentes), se bem que outros suportes institucionais possam ser usados na atividade regulatória (como é o caso dos institutos públicos e outras instâncias da administração)."

Num sentido distinto, Selznick[39] define a regulação como um "controlo dirigido e sustentado exercido por uma agência pública sobre atividades valorizadas pela comunidade". Neste caso, a regulação visa criar, garantir, manter em funcionamento o equilíbrio do todo social, com base num mercado concorrente, transparente e fluido, e assim proporcionar o melhor aproveitamento económico[40]. No seguimento desse ensinamento, Ferreira[41], citando Walshe, refere que a regulação é frequentemente vista

---

[36] Moreira, Vital. Op. cit., p. 21.

[37] Carpinteiro, José António Palma e Alves, André Azevedo. Papel do Estado Social e a Regulação Independente, in Revista On-line Liberdade e Cidadania, Ano III - n. 9 - julho / setembro, 2010.

[38] ROQUE, Ana. Regulação do Mercado – Novas Tendências, Lisboa, Quid Juris, 2004, pág. 26

[39] NUNES, Rui. Vida Económica, Regulação da Saúde, Porto, 2005, pág. 101.

[40] É de notar que a lógica que preside à regulação e à intervenção do Estado regulador não estão limitadas ao mercado ou à economia, verificando-se que em certos setores tal intervenção não se pauta por fins económicos, como é o caso da regulação da comunicação social (vide artigo 39.º da CRP), que assenta em objetivos específicos, designadamente a garantia do pluralismo da informação.

[41] FERREIRA, Ana Sofia. "Do que falamos quando falamos de regulação em saúde?", in Análise Social, XXXIX:171, 2004, pág. 330.

como um meio para alcançar objetivos sociais como a equidade, diversidade ou solidariedade social e de conter interesses corporativos, profissionais ou outros.

Em face do predito, concluímos que embora a noção de regulação tenha um carácter eminentemente económico[42] é facto que ela agrega incumbências que vão muito além da mera garantia do funcionamento regular da economia pela correção de defeitos estruturais nos mercados, passando a assumir contornos sociais (regulação social).

Os conceitos de regulação[43] analisados assentam numa lógica de intervenção estadual externa (hetero-regulação) sobre determinada atividade, mediante a definição de políticas públicas e da promulgação de um conjunto de regras e normas, visando a melhoria e proteção do bem comum[44]. Em traços genéricos, essa intervenção consiste na definição das condições normativas de funcionamento da atividade regulada e no controlo da aplicação e observância das mesmas[45]. Deste modo, a atuação reguladora, independentemente do cariz conformador, dirigista, disciplinador ou controlador que possa revestir, traduz uma ação de um agente externo à atividade regulada. Segundo Pedro Gonçalves[46], "*o Estado regulador situa-se na posição de um "estranho" ao exercício efectivo da actividade regulada; interfere, intromete-se apenas para definir as regras de desenvolvimento da actividade, bem como para implementar e fiscalizar a verificação de tais regras*".

---

[42] É no contexto das privatizações que a regulação assume particular importância, como meio de propiciar que os particulares tenham garantidos os seus direitos ainda que na ausência de uma atuação direta do Estado (neste caso, a atuação do Estado visa a correção das suas falhas estruturais e do mercado).

[43] Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito de regulação vide. GOUVEIA, Rodrigo, Os serviços de interesse geral em Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, 2001; Moreira Vital, Auto-regulação profissional… ob. cit. pág. 35; FERREIRA, Eduardo Paz Direito da Economia, Lisboa, AAFDL, 2001, p. 394.

[44] A intervenção pública reguladora pode ter uma incidência sobre toda a economia, aludindo-se aqui a uma regulação transversal, aplicável à generalidade dos operadores económicos (é o caso paradigmático da regulação da concorrência) ou, então, atingir um setor económico ou social determinado, a regulação setorial, que atinge apenas os operadores que atuam nos setores visados.

[45] Cfr. Vital MOREIRA, Auto-regulação profissional e … ob. cit p. 35, defende a tese que reconduz a regulação à intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação direta na atividade económica, "equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da actividade económica privada".

[46] Gonçalves, Pedro. Direito Administrativo da Regulação, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento,* II, Coimbra Editora, Coimbra 2006, págs. 535-574.

3.2 As Autoridades Administrativas Independentes

A lógica que alicerçou a construção do novo paradigma do Estado não se limitou à desintervenção estadual, ditou, ainda, a adjudicação das novas tarefas de regulação a autoridades com alguma independência face ao poder político, nesse sentido, capazes de garantirem uma intervenção neutral sem interferências políticas (fenómeno designado de desgovernamentalização da regulação). Segundo Vital Moreira[47] "(…) uma das manifestações mais visíveis deste novo papel do Estado traduziu-se na criação de entidades de regulação (…)", considerando-as como a resposta necessária do moderno Estado social ao alargamento das suas tarefas[48-49].

É sobre as motivações subjacentes à criação das Autoridades Administrativas Independentes[50] e a sua constituição, num contexto de uma relativa novidade do tema, evidenciada nos últimos anos[51], que recai doravante a nossa atenção.

3.2.1 A origem e a evolução das Autoridades Administrativas Independentes

O conceito de Estado regulador surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos da América (EUA), no séc. XIX, irrompendo na Europa nos finais do séc. XX. Apesar de se iniciar a partir de uma lógica própria e diferençada, a regulação que se tem desenvolvido na Europa Ocidental apresenta perfis estruturais, funcionais e finalistas inspirados no modelo norte-americano[52].

---

[47] MOREIRA, Vital. As entidades Administrativas Independentes e o Provedor de Justiça, Lisboa, Provedoria de Justiça, Divisão de Documentação, 2002.

[48] Moreira, Vital. Administração Autónoma e Associações Públicas, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

[49] Em sentido idêntico, Colaço Antunes refere que "Na regulação e actuação do Estado intervêm agora entidades a meio caminho entre o legislador e o administrador, as autoridades administrativas independentes, que se constituem num instrumento caracterizante do que nós apelidamos de Estado mínimo regulador". Vide, Antunes, Luís Filipe Colaço, Constituição; Administração e Interesse Público. O Eterno Retorno ao Momento Originante ou o Estado contra a Administração, in Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976, pág. 518.

[50] No presente trabalho iremos utilizar o termo autoridades reguladoras independentes, por considerarmos que é uma expressão menos limitativa e, nesse sentido, permite abarcar distintos tipos de organismos, dotados mais ou menos independência.

[51] Para mais desenvolvimentos, *vide* Garoupa, Nuno e Rossi, Leonor, Análise Económica do Quadro Legal Português do Século XX, *in* Sub Iudice, "Justiça e Sociedade", n.º 33, Out-Dez. 2005, p. 26 ss. Segundo estes autores a regulação pública chegou com algum atraso a Portugal, devido a uma forte tradição corporativa e à reprivatização tardia dos ativos financeiros, produtivos e de serviços, que foram nacionalizados durante o período revolucionário.

[52] A ideia comum de que a Europa se limitou a copiar os EUA não espelha a realidade, isto porque o paradigma norte-americano apenas se revelou decisivo na área da regulação económica, com o fim do Estado intervencionista e a liberalização da economia. Para maiores desenvolvimentos, vide Salvador Martinez, Maria. In, Autoridades

O instituto da regulação surgiu nos EUA e encontra o seu paradigma nas *independant regulatory commissions*[53], reconhecidas desde final do século XIX, que se apresentam como centros de poder administrativos autónomos, pautados por uma levada especialização e imparcialidade, destinados à regulação pública da economia[54]. Estas comissões, constituindo uma solução entre a necessidade de regular a economia e esbater a pressão entre o poder executivo e o poder legislativo, assumem-se como autoridades públicas, com funções tipicamente administrativas, independentes do executivo e da Administração, em virtude da inamovibilidade dos seus membros, da não submissão a ordens, instruções ou diretivas daquele poder no exercício das suas funções e da disponibilidade de poderes regulamentares independentes, administrativos decisórios e sancionatórios[55].

Na Europa o desenvolvimento da regulação teve origem em três países distintos, afirmando-se, desse modo, a existência de três fontes de autoridades reguladoras independentes do Governo.

A primeira, surgiu no Reino Unido[56], no início dos anos 80, do século passado, através das " *regulatory agencies*[57]", cujo escopo assentava no acompanhamento da liberalização e da privatização das "*public utilities*" (telecomunicações, caminhos de ferro, eletricidade, água, etc.), de modo a garantir o acesso equitativo dos diversos

---

independientes: un análises comparado de los Estados Unidos, el reino Unido, Alemania, Francia y España, Ariel Derecho, Barcelona, pág.720 ss.

[53] Apesar da contestação doutrinária e jurisprudencial de que são objeto nos EUA, as comissões reguladoras independentes constituem um traço essencial do panorama administrativo norte-americano, podendo dizer-se que elas estão na base da construção do Direito Administrativo.

[54] Tais entidades surgiram como resultado da manifestação da desconfiança em relação à atuação do Presidente Benjamim Harrison e da sua Administração, no tocante à política de transportes (durante o século XX assistiu-se à sua evolução, multiplicação e proliferação e, na década de 70, após o escândalo de "Watergate", ao aparecimento de agências independentes de 2.ª geração, destinadas à proteção de direitos fundamentais).

[55] O exercício dos seus poderes está submetido exclusivamente a controlo jurisdicional, mas não a controlo do executivo. Nos EUA, a noção de independência não se traduz numa autonomia absoluta em relação ao poder executivo e legislativo; antes significa que tais agências devem possuir um conjunto de atributos que salvaguardem a referida entidade e os poderes de autoridade que exerce contra intromissões dos particulares submetidos à ação reguladora que desenvolvem, da administração federal (Governo) e dos interesses partidários que nesta e no Congresso se encontram representados.

[56] Sobre o aparecimento das AAI no ordenamento britânico vide Moreira, Vital & Maçãs, Maria Fernanda. In Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo Projeto de Lei-Quadro, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 20 ss.

[57] É manifestamente o caso dos Quangos (quasi-autonomous non-governmental organisation"), que exercem funções reguladoras na economia. Trata-se de entidades autónomas não formalmente governamentais, cujos membros são designados pelo Governo e que desenvolvem atividades económicas normalmente atribuídas ao executivo, e dispõem de orçamento próprio e autonomia no que respeita à sua organização.

operadores às redes, implementar a concorrência entre estes e velar pelos interesses dos consumidores[58].

A segunda fonte das entidades administrativas independentes na Europa surgiu na Alemanha, designada "administração livre do controlo ministerial"[59], sendo constituída por organismos de direito público com personalidade jurídica, independência funcional, organizativa e territorial. O paradigma destas entidades é o Bundesbank (Banco Central Alemão), que ganhou autonomia e independência em relação ao poder político, nomeadamente no que respeita à política monetária, acabando por influenciar outros bancos centrais e, mais tarde a União Europeia na criação do Banco Central Europeu.

A terceira fonte da administração independente europeia, de origem francesa, evidenciou-se com a criação de organismos autónomos independentes de defesa e garantia de certas liberdades[60], que, posteriormente, conheceu novas expressões em matéria de acesso aos documentos administrativos e de proteção de dados pessoais meios audiovisuais, liberdade de expressão e outras garantias individuais face aos meios de comunicação[61].

No âmbito da União Europeia foi criada uma multiplicidade de agências executivas e reguladoras com estatuto diversificado, contudo apenas uma parte minoritária detém poderes de autoridades independentes[62].

Em Portugal, o aparecimento de autoridades administrativas independentes[63] face ao poder político resultou da necessidade de dar resposta às reformas operadas.

A referência a estes organismos, em termos jurídicos, consta do texto constitucional a partir de 1997[64], concretamente o art. 267.º, n.º 3 confere a possibilidade de o legislador criar entidades reguladoras independentes[65]. Esses organismos são, comummente, caracterizados como pessoas coletivas de direito

---

[58] O Estado deixou de ser o prestador direto das "*utilities*", bem como de serviços nas áreas sociais e culturais, passando a ser somente regulador, por intermédio de agências reguladoras independentes.
[59] Designado "Ministerialfreie Verwaltung".
[60] Referimo-nos a título de exemplo a Comissão Nacional de Informática e Liberdades (CNIL).
[61] Esta via francesa foi seguida em outros países europeus, contando-se entre eles o caso de Portugal.
[62] Como é o caso do Banco Central Europeu e da Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos.
[63] A CRP acolheu o conceito de "entidade administrativa independente" conforme disposto nos artigos 35.º, n.º 2, 37.º, n.º 3, 39.º e 267.º, n.º 3 (neste último em termos genéricos).
[64] Este preceito resultou da 4.ª revisão constitucional, operada pela Lei n.º 1/97, de 20 de Setembro.
[65] A CRP consagra dois casos concretos de entidades reguladoras independentes, um, no âmbito da proteção de dados pessoais e, outro, dos meios de comunicação social, no art. 35.º, n.º 2 e art. 39.º, n.º 1 daquele diploma fundamental.

público, dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial. Em certos casos, optou o legislador opta por instituir entidades com natureza de instituto público personalizado[66], que não podem ser caracterizadas como entidade independente[67].

Apesar de estarem constitucionalmente previstas, o legislador ordinário não criou o enquadramento legal ajustado a estas entidades independentes, pelo que aquelas que foram criadas seguiram modelos específicos e díspares entre si.

3.2.2 As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa

A delimitação do conceito de "Administração independente" deve ser realizada mediante a análise das características das respetivas estruturas organizatórias que integram este setor, nomeadamente no que respeita à motivação subjacente à criação deste novo modelo, aos fins prosseguidos, ao regime jurídico e à natureza jurídica.

A) Fundamentos determinantes da criação da Administração independente

O aparecimento das chamadas Autoridades Administrativas Independentes e a sua subsequente proliferação inscreveram-se num fenómeno de crescente desconfiança institucional e societária em relação à capacidade da Administração Pública assegurar, de modo imparcial, a tutela de certos bens jurídicos ou interesses qualificados. Tal descrença determinou a criação de instâncias públicas, investidas de poderes consultivos, fiscalizadores e reguladores, pelo legislador constitucional e legislativo.

Em termos gerais, o aparecimento e a expansão do direito de regulação e a recente multiplicação das entidades administrativas independentes na Europa encontram assento em três ordens de razão[68].

---

[66] Ver Moreia, Vital. Entidades reguladoras e institutos públicos, in A Mão Visível, Mercado e Regulação, Almedina, Coimbra, 2003, p. 29 ss.; Regulação económica, concorrência e serviços de interesse geral, in Estudos de Regulação Pública, I, Cedipre, Coimbra, 2001, p. 558 ss.

[67] Neste sentido, vide Moreia, Vital. A independência da autoridade da concorrência, in A Mão Visível, Mercado e Regulação, Almedina, Coimbra, 2003, p. 219 ss.

[68] Refira-se que o movimento de desagregação setorial do Estado conheceu acolhimento e fomento no Memorando de Entendimento assinado por representantes nacionais, da Comissão Europeia, do banco Central Europeu e do fundo Monetário Internacional. O ponto 7.2.1 da versão portuguesa do memorando, relativo ao trimestre 1 do ano de 2012, dispõe que o Estado português, quanto às obrigações assumidas, deve garantir que as autoridades reguladoras nacionais têm a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades e adotar um conjunto de diligências aí especificadas para esse fim.

A primeira decorrente de causas políticas determinou a necessidade de o Estado promover a segurança jurídica e o reforço a confiança dos cidadãos através do exercício imparcial da sua atividade, ou seja, assumindo uma posição equidistante quer da política quer de entidades que atuam no âmbito dos sectores carecidos de regulação[69]. Segundo Luís Catarino[70], a criação de entidades administrativas independentes deveu-se à necessidade de "(…) *uma maior agilidade de atuação da Administração com fuga aos controlos e procedimentos administrativos hierárquicos e de subordinação tradicionais e pela partilha de poder correspondente à necessária mediação de interesses do novo Estado burguês complexizado e crescente*".

A segunda procede das mutações do processo de integração comunitária e associada ao fenómeno designado *europeização*[71] assente, por um lado, numa maior homogeneização dos regimes jurídicos aplicáveis nos vários Estados-membros e, por outro, na estruturação de um *sistema administrativo europeu*, que conjuga diferentes graus de administração comunitária e nacional[72-73].

A terceira reconduz-se a causas económicas, sociais e técnicas, que se refletem na inadequação do modelo liberal de organização do poder político no âmbito das sociedades contemporâneas, nomeadamente em virtude do aparecimento de novos fenómenos sociais, que implicam um alargamento das funções e tarefas do Estado.

---

[69] Neste sentido, Paulo Otero refere que "ao justificar-se a criação destas autoridades administrativas independentes, nas ideias de reforço da neutralidade, imparcialidade e objetividade decisórias da Administração Pública em certas matérias, lança-se uma correlativa suspeição de sinal contrário sobre toda a restante Administração, comprovando-se, por esta via, que a impregnação política das diversas estruturas administrativas (…) é já hoje uma realidade expressamente assumida pela ordem jurídica: o surgimento das autoridades administrativas independentes é uma resposta à progressiva perda de neutralidade, imparcialidade, objetividade (…)". Vide, Otero, Paulo. Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 446.

[70] Sobre o assunto, *vide* Catarino, Luís. Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros, Coimbra, Almedina, 2010, p. 51.

[71] A europeização consiste numa aproximação dos regimes nacionais de regulação, isto porque os regimes nacionais de regulação derivam, em grande medida, de processos de transposição de diretivas comunitárias.

[72] Sobre os temas da europeização e da influência do direito comunitário sobre a evolução do direito administrativo, cf. Fausto de QUADROS, A Nova Dimensão do Direito Administrativo, Almedina, Coimbra, 2001, pág 21 e ss.; Paulo Otero, ob. cit., p. 457 e ss.

[73] Em muitos setores regulados, o sistema de implementação das normas administrativas apresenta um carácter misto, envolvendo a concorrência de competências entre as Administrações Públicas nacionais e a Administração Pública comunitária, Neste sentido vide, Paulo OTERO, *ob. cit.*, p. 479 e ss.

B) Os fins prosseguidos pela Administração independente

Os fins que caracterizam a regulação centraram-se numa tentativa de harmonização do Estado social com uma economia livre e globalizada, substituindo-se o modelo de Estado intervencionista por um cuja intervenção se reduz ao mínimo indispensável ao funcionamento do mercado e à prossecução do interesse público. Desse modo, preconizou-se uma intervenção pública reguladora, separada da administração central, dotada de poderes constitutivos e especialização técnica, despolitizada e imparcial.

A Administração independente prossegue interesses que o Estado está constitucionalmente incumbido, podendo as tarefas por si prosseguidas assumir espécies distintas. Tais tarefas fundamentais do Estado remetem para os princípios componentes da definição do Estado Português, consagrados nos termos do artigo 2.º da CRP. Desse modo, podem distinguir-se aquelas respeitantes a tarefas de organização política (subjetiva e objetiva)[74], através do princípio da democracia representativa, outras que assumem tarefas de garantia de efetivação dos direitos fundamentais (como o direito à informação, liberdade de imprensa, independência dos meios de comunicação social, liberdade de consciência e à reserva da intimidade da vida privada e familiar) e aqueloutras cujas tarefas visam o funcionamento dos mercados, a defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores e a manutenção do equilíbrio dos preços.

C) A natureza e a estrutura jurídica dos organismos que integram a Administração independente

A análise da natureza jurídica das autoridades independentes parte da premissa de que estamos diante de entidades públicas, na medida em que são criadas pelos órgãos de soberania e os seus titulares são designados pelos órgãos do poder político.

Embora não subsistam dúvidas quanto à natureza pública das autoridades administrativas independentes, o mesmo não se pode afirmar relativamente à sua estrutura jurídica específica, uma vez que, sob o ponto de vista jurídico-organizatório, a

[74] Nesse sentido, vide Canotilho, J.J. Gomes e Moreira Vital, Constituição da República Portuguesa, anotada, Coimbra, 1993, anotação ao artigo 2.º.

ordem jurídica portuguesa não consagra uma estrutura jurídica uniformizada passível de ser identificada como elemento distintivo da Administração independente, em termos gerais e abstratos.

Em face do panorama nacional, considera a doutrina que tais autoridades podem apresentar enquanto pessoas coletivas de direito público dotadas de personalidade jurídica, financeira e património próprio, que prosseguem fins próprios do Estado e estão sujeitas à superintendência e tutela ministerial e como tal integram, nos termos da alínea d) do artigo 199.º da CRP, a administração pública indireta do Estado, mas, pese embora a sua autonomia, não logram constituir verdadeiramente uma administração distinta em relação aos interesses do Estado-Pessoa. Por outro lado, defende a doutrina a existência de autoridades administrativas independentes com especial relevância constitucional[75], cujos órgãos irresponsáveis e inamovíveis no exercício das suas funções são eleitos pela AR e o órgão de direção não se encontra sujeito a qualquer vínculo de dependência em relação a outros órgãos administrativos ou do poder político, em termos de direção, superintendência e tutela. E a existência de uma categoria autoridades com um estatuto híbrido[76], vocacionalmente centradas na atividade de regulação económica, que se caracterizam por serem pessoas coletivas dotadas de autonomia administrativa e financeira mas que se encontram sujeitas a vínculos tutelares.

É relativamente a esta última categoria que se levantam algumas controvérsias doutrinárias, nomeadamente no que respeita à qualificação dos reguladores económicos como autoridades administrativas independentes.

Como acabamos de analisar, a ordem jurídica portuguesa não contemplou um modelo unitário de AAI, ou seja, uma estrutura jurídica padronizada suscetível de ser identificada como caracterizadora da administração independente, mas antes uma heterogeneidade de regimes. Pelo que, a sua delimitação conceptual pressupõe a eleição de um conjunto de características típicas, mediante a eleição de critérios seletivos positivos e negativos, que revelem aptidão para constituir um critério indiciário da sistematização destas entidades.

---

[75] Como é o caso da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC).

[76] Estas autoridades integrariam, desse modo, um setor atípico da administração pública situado numa zona fronteira entre a administração independente e a administração autónoma.

A revista doutrinária permite concluir pela eleição de um conjunto de elementos essenciais sobre os atributos que identificam as autoridades administrativas independentes. De um modo geral, considera a doutrina que as autoridades reguladoras do setor económico integram uma administração separada da administração central não vinculada a poderes de direção e orientação por parte do Governo e dispõem de um regime estatutário e organizativo que garante que os seus órgãos de direção podem exercer as suas competências de modo imparcial em relação ao poder político e às entidades reguladas. Por outro lado, considera-se que tais estruturas organizatórias são criadas por lei, exercem funções de administração constitutiva e apresentam-se como pessoas coletivas de direito público dotadas de autonomia administrativa e financeira.

Contudo, existem diferenças significativas quanto à qualificação jurídica destas autoridades já que um setor da doutrina qualifica-as, por via de regra, como institutos públicos que assumem a natureza de AAI, apontando como fundamentos da sua independência a inamovibilidade dos órgãos diretivos, os regimes de incompatibilidades e inabilidades face aos interesses dos regulados, a não sujeição à direção ou superintendência do governo, gestão económica e financeira autónoma e a existência de mandatos longos com limites de nomeação. Um outro setor apresenta uma conceção mais restrita quanto à definição daquelas autoridades independentes, adiantando como características essenciais para o preenchimento de tal conceito o desenvolvimento de atividades públicas administrativas, a ausência de poderes de direção, superintendência e tutela[77] dos órgãos do poder político, a existência de um regime de inamovibilidades e irresponsabilidade dos membros dos órgãos de direção, a designação dos titulares dos órgãos de direção através de assentimento representativo ou mediante a intervenção de órgãos distintos[78].

Independentemente das divergências doutrinárias identificadas relativamente quanto à qualificação das AAI, seguimos de perto os ensinamentos de Lucas Cardoso[79]

---

[77] Cremos que a solução adiantada deverá ser mitigada uma vez que a tutela verificada na maior parte das AAI não tem por objeto um controlo da legalidade ou natureza sancionatória. Na maior parte dos casos, tal tutela circunscreve-se a atos relativos à prestação de contas e de *responsiveness*, tais como a sujeição à aprovação pelo(s) ministro(s) competente(s) do plano de atividades e orçamento, relatório de atividades, relatório de contas, certos atos financeiros, aquisição e alienação de imóveis, fixação de remunerações e recrutamento de pessoal.

[78] *Vide* MORAIS, Blanco de, As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica Portuguesa, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 61, Lisboa, 2001, pág. 122 ss.

[79] *Vide*, CARDOSO, Lucas. Autoridades Administrativas Independentes e a Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 224 e ss.

a delimitação conceptual das AAI pode assumir uma vertente positiva e uma vertente negativa, em função da identificação ou não identificação cumulativa dos seguintes traços: a titularidade de competências compreendidas na função administrativa do Estado, necessariamente com a natureza de administração ativa; o exercício de funções administrativas; e o regime de independência em relação aos órgãos de soberania (de modo a garantir que aqueles órgãos não possam emitir ordens nem instruções aos membros das AAI no exercício das suas funções). Efetivamente, aqueles organismos públicos possuem existência jurídico-administrativa própria, destacadas da administração direta ou indireta do Estado, uma vez que as atribuições cometidas às AAI respeitam ao desempenho, exclusivo ou dominante, de atividades jurídico-publicas, consubstanciada na titularidade de funções de "administração ativa", ou seja, na assunção de poderes normativos que determinem a aprovação de pareceres vinculativos, a emissão de atos administrativos e regulamentos dotados de eficácia externa[80] e na titularidade de funções consultivas, de controlo, jurisdicionais.

Por outro lado, aquelas entidades são entidades administrativas estando inseridas na Administração, mesmo quando não exerçam funções de administração ativa. Todas elas têm em maior ou menor medida funções regulamentares e funções sancionatórias, ou seja, típicas funções administrativas que são indistinguíveis das funções desempenhadas pela administração direta ou indireta do Estado, desenvolvendo dessa forma tarefas materialmente administrativas[81].

E, aquelas entidades administrativas são independentes[82], sendo essa justamente a sua principal característica que as diferencia das demais, ou seja, não estão integradas

[80] De referir que existe divergência doutrinária no que respeita ao exercício dos poderes integrados no conceito de "administração activa".

[81] A administração independente não se encontra subordinada à direção hierárquica do governo, diversamente do que sucede com a administração direta, não está sujeita ao poder de superintendência, a que se encontra sujeita a administração indireta, e nem a formas de tutela ou controlo de legitimidade ou mérito, específico da administração autónoma.

[82] Segundo Lucas Cardoso, a independência destas autoridades é relativa, visto que existem limites intrínsecos e extrínsecos à sua atividade. Segundo este autor as entidades administrativas encontram-se limitadas pelos mecanismos de designação dos respetivos titulares, que são nomeados por órgãos do poder político, bem como pelo princípio da juridicidade da atividade da administração pública, sem descurar limites específicos previstos na lei e, em certos casos, limites decorrentes da ausência de autonomia financeira. Vide, CARDOSO, Lucas. Autoridades Administrativas Independentes… Ob. cit., pág. 391 ss.

nem na administração direta nem na administração indireta do Estado, sendo uma categoria autónoma, à margem do modelo tradicional da administração pública[83].

Não obstante o que acabamos de expor, devemos ter presente que a heterogeneidade característica das AAI impede a qualificação *tout court* dessas entidades enquanto administração independente, tornando-se necessário analisar casuisticamente o regime jurídico, as funções e poderes conferidos[84].

D) Os poderes das Autoridades Administrativas Independentes

Competindo às AAI a regulação de certas atividades, geralmente de cariz económico, são-lhes atribuídos para a prossecução dos seus objetivos poderes específicos, designadamente poder normativo ou regulamentar, poder de supervisão e poder sancionatório[85].

O poder normativo ou regulamentar permite às AAI estabelecer regras de conduta ou normas aos seus regulados, através da emissão de regulamentos, os quais devem obedecer a determinados requisitos previstos na CRP e na lei, designadamente o princípio constitucional da reserva de lei. Questão diversa resulta do poder daquelas entidades emitirem regulamentos independentes, por constituírem uma fonte de direito primário. Regra geral, o estatuto jurídico da AAI prevê um conjunto de poderes que lhes permitem, ao abrigo do poder discricionário, responder de forma rápida e eficaz aos problemas surgidos no setor regulado, já que tais regulamentos não são conferidos por uma lei habilitante mas pelo próprio estatuto, tendo em conta as atribuições específicas.

---

[83] Para uma análise aprofundada dos diversos tipos de autoridades administrativas independentes vide Lucas Cardoso. A par desta vertente positiva da delimitação conceptual das AAI o A. refere uma vertente negativa, que impele à exclusão de certas estruturas organizatórias que, embora revistam algumas das características das AAI, não reúnem cumulativamente as características de independência, autoridade e natureza administrativa. Segundo o próprio é de excluir desse conceito as autoridades administrativas independentes "fracas", os órgãos da Administração com funções meramente consultivas e os órgãos com funções de controlo da própria administração, os órgãos de administração específica do poder judicial e outros órgãos atípicos. Vide, CARDOSO, Lucas. Autoridades Administrativas Independentes… Ob. cit., pág. 390 ss. Segundo este A. não se subsumem na figura das AAI as estruturas organizatórias que embora beneficiem de um regime de independência relativamente ao Governo não são autoridades porque não exercem funções de administração ativa; de igual modo não se subsumem no perfil das AAI as estruturas organizatórias que embora tenham poderes de autoridade apenas exercem uma função de controlo; e as estruturas organizatórias que exercem funções de administração ativa mas que não são parte integrante da Administração pública em sentido orgânico.

[84] Para um maior desenvolvimento sobre a qualificação de organismos, enquanto reguladores independentes, vide MOREIRA, Vital, Uma Lei-Quadro da Regulação Independente? in A Mão Visível…, cit., págs. 120-121; MORAIS, Blanco, Ob. cit., pág. 125 ss.

[85] Denominado por alguns autores de poder parajudicial.

Alguma doutrina[86] tem apontado no sentido da ausência de legitimidade daquelas entidades para emitirem regulamentos independentes, referindo a falta de critérios legais substantivos e a dificuldade do controlo judicial motivado pelo grau de tecnicidade.

As AAI são, igualmente, dotadas de poderes de supervisão[87] que garantem a efetiva aplicação das normas regulamentares por elas emitidas, bem como da demais legislação e normativos aplicáveis ao setor regulado, através de decisões individuais e concretas, muitas vezes refletidas em poderes de autorização, aprovação e registo e em prerrogativas de inspeção e fiscalização. Este poder opera numa lógica preventiva, sendo uma alternativa ao poder sancionatório e de resolução de litígios.

Por último, as AAI dispõem de poder sancionatório que abrange o poder de fiscalizar o cumprimento das normas e punir a sua violação e o poder de resolução de litígios, através de mecanismos de arbitragem ou conciliação. Relativamente aos poderes de resolução de litígios distinguimos aqueles em que aquelas entidades intervêm na resolução do litígio enquanto uma terceira entidade imparcial, resultando esta intervenção de um acordo prévio entre as partes, daqueles em que são parte do processo, pautando a sua atuação pela defesa do interesse público, subjacente ao correto funcionamento do setor, sendo a sua decisão, denominada ato administrativo de resolução de litígios, recorrível para os tribunais administrativos, por se inserir tal função na atividade administrativa[88-89].

---

[86] Vide MAÇÃS, Maria Fernanda. O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 58, Julho/Agosto, 2006, p. 21 ss.

[87] Costa Pinto considera que o poder de supervisão cumpre uma "verdadeira função politico-legislativa ao evitar que a primeira resposta do sistema jurídico em relação às irregularidades que surgem no mercado seja de natureza penal ou para-penal. Assim, se poderá contribuir para uma desconcentração judicial, deixando os tribunais de ser uma resposta para tudo". Vide Simão, Jorge André Carita. "Regulação e responsabilidade civil", in Revista de Concorrência e Regulação, Ano II, Abril-Junho 2011, Almedina, Coimbra, 2011 pág. 131, Apud Costa Pinto.

[88] Neste sentido, vide MAÇÃS, Maria Fernanda. O controlo jurisdicional …, Ob. cit., pág. 44 e ss.

[89] A resolução de litígios por parte destas entidades independentes leva a doutrina a questionar se não coloca em crise o princípio da tutela jurisdicional efetiva, na medida em que tal obsta à via jurisdicional. Calvão da Silva argumenta no sentido da inexistência de um monopólio jurisdicional, adiantando como principais razões a necessidade de resolução de litígios nestes casos e a especialização característica destas entidades. Vide SILVA, João Nuno Calvão da. Mercado e Estado - Serviços de Interesse Económico Geral, Coimbra, Almedina, 2008, pág. 145 ss. Em sentido idêntico MAÇÃS, Maria Fernanda. O controlo jurisdicional …, Ob. cit., pág. 47 ss.

E) A independência das estruturas organizatórias independentes

A característica própria do regime jurídico da Administração independente reflete-se na não sujeição aos poderes do Governo sobre a Administração pública, o que constitui uma derrogação aos princípios constitucionais que disciplinam as relações que se estabelecem entre o Governo e as restantes estruturas organizatórias, isto é, hierarquia, superintendência e tutela, nos termos do artigo 199.º, al. d) da CRP.

A independência destes organismos envolve uma dimensão pessoal e orgânica, materializada num conjunto de impedimentos e incompatibilidades dos titulares dessas autoridades, promovendo uma separação efetiva entre este setor da Administração pública e os demais órgãos de soberania, bem como entre aquele e as entidades que exercem as atividades económicas e sociais reguladas.

Como referimos, uma das características que podemos destacar como comum a todas as AAI é a sua independência quer em relação ao Governo, quer em relação aos interesses regulados.

Sobre os fundamentos da independência regulatória, ou seja, da desgovernamentalização da atividade reguladora, Vital Moreira[90] enuncia a separação entre a política e a economia, a estabilidade e segurança do quadro regulatório, o profissionalismo, imparcialidade[91] a neutralidade[92] política, a separação do Estado prestador/financiador do Estado regulador, o autofinanciamento, quer no que respeita às fontes de receita, quer quanto à gestão financeira e evitar a captura[93] do regulador, acautelando que os interesses que devem ser regulados acabem por ser os beneficiários da regulação.

---

[90] Vide, MOREIRA, Vital. "Uma Lei-Quadro da Regulação Independente?", in A Mão Visível – Mercado e Regulação, Almedina, Coimbra, 2003.

[91] Refere Cardoso que o "ponto de equilíbrio entre democracia e imparcialidade reside no carácter limitado dos mecanismos de controlo político sobre as autoridades administrativas independentes e constitui a chave para o enquadramento jurídico-constitucional da Administração independente". No fundo a questão política mais difícil nestas entidades reside na forma de conciliar e tornar eficazes os conceitos aparentemente contraditórios relativos à sua independência e à responsabilização política". Vide, CARDOSO, Lucas. Autoridades Administrativas Independentes… Ob. cit., pág. 302 ss

[92] Esta neutralidade nem sempre é alcançável.

[93] A captura do regulador pelo regulado é uma matéria abordada. Segundo a doutrina é torna-se necessário que os organismos reguladores pautem a sua atuação por critérios de imparcialidade e independência, na prossecução do interesse público, relativamente ao setor regulado.

E no que toca à independência face aos interesses regulados[94] o mesmo autor aponta como mecanismos dirigidos a garantir essa independência a seleção dos reguladores, assente no mérito e capacidades técnicas dos titulares dos órgãos dirigentes e no modo de designação desses titulares, a definição de regimes de inelegibilidades, incompatibilidades e impedimentos dos reguladores, a garantia de transparência e participação procedimental ativa, através de procedimentos transparentes, da participação dos interessados e a fundamentação das decisões, da audição dos reguladores nas respetivas comissões parlamentares e a participação dos cidadãos na atividade reguladora.

Contudo, a independência das autoridades reguladoras não é absoluta conhece limites que lhe são impostos pelo próprio Estado de Direito Democrático, ao exigir a prestação de contas da atividade realizada ("*accountability*") e responsabilidades ("*responsiveness*") pelo exercício de funções públicas. Desde logo, impende sobre estas entidades um controlo orçamental e financeiro por parte do Tribunal de Contas, o controlo por parte do Provedor de Justiça e o controlo jurisdicional por parte dos tribunais.

Mas é ao nível do acompanhamento político da atividade dessas entidades que se levantam os obstáculos quanto à sua admissibilidade nas ordens jurídicas, pela falta de legitimação democrática[95] que apresentam. A independência deste tipo de entidades perante o Governo impede o Parlamento[96] de efetuar o controlo da Administração pública, mediante o desencadeamento da responsabilidade política, já que aquele não dispõe de poderes de direção, instrução, superintendência ou tutela sob aquelas entidades. Nesse sentido, alguma doutrina defende, por um lado, ser necessário encontrar novos modos legitimadores das AAI, fundamentados noutros princípios

---

[94] A necessidade da independência dos reguladores face aos regulados advém da necessidade de prevenir a sua captura, transformando a regulação numa forma de auto-regulação exercida através do regulador. Fenómeno que se designa Captura do regulador.

[95] Sobre a falta de legitimação democrática das AAI ver Blanco Morais, Ob. cit, pág. 111 que as "classifica enquanto "conselhos de sábios, carentes de legitimidade democrática (…)" e Eduardo Vera-Cruz que refere que" se tratam de entidades que, no seu exercício, dão menos garantias, são menos independentes e conhecem limites mais ténues que o próprio Estado(…)".PINTO, Eduardo Vera-Cruz. "A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do séc. XXI", *in* Regulação e Concorrência – Perspectivas e limites da defesa da concorrência, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 188.

[96] No paradigma clássico, a Administração Pública acaba sempre por responder ao princípio de legitimação democrática, seja nos regimes de tipo presidencialista, já que o chefe do executivo é diretamente eleito, seja nos regimes de tipo parlamentar, em que o executivo é responsável pela Administração e responde por ela perante o Parlamento.

constitucionais, ou seja, mecanismos que legitimem a sua atuação, enunciando a doutrina maioritária que aqueles devem traduzir um reforço da responsabilidade pública mediante um controlo parlamentar, quer pela prestação de contas às comissões respetivas, quer pela escolha e nomeação dos titulares dos órgãos de regulação do Governo com audição da Assembleia da República[97]. E, por outro, encontrar novas formas que legitimem a sua atuação (legitimação procedimental), nomeadamente através da adoção de um conjunto de procedimentos transparentes e participados, manifestados na divulgação dos dados relevantes ao exercício da atividade, concretamente a publicidade das suas decisões, a fundamentação dos atos, a publicação de relatórios de atividades e o acompanhamento da atividade, bem como na participação dos interessados na atividade reguladora.

Deste modo, a independência das AAI tem de ser compreendida e demonstrada pelos reguladores através de uma atuação pautada por critérios e práticas transparentes, fundamentadas e participadas ("*accountability*"), prevenindo as situações de abuso de autoridade e a captura do regulador pelo poder político ou pelos regulados ("*governance*"), visando o cumprimento dos objetivos que lhes são acometidos ("*responsiveness*").

F) Delimitação do conceito

Numa tentativa de identificar uma delimitação concetual, nas linhas que se seguem discorremos sobre as distintas posições assumidas pela doutrina portuguesa a respeito da conceptualização destas autoridades[98].

Diogo Freitas do Amaral refere que os órgãos independentes compreendidos na administração central do Estado "não devem obediência a ninguém no desempenho das suas funções administrativas" e a sua constituição constitui uma exceção à regra segundo a qual a administração central do Estado é constituída por órgãos hierarquicamente dependentes do Governo. Mais considera que esta espécie

[97] Nesse sentido, Vide MOREIRA, Vital e MAÇÃS, Fernanda. Autoridades reguladoras independentes – Estudo e Projecto da Lei-quadro, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 275 ss

[98] Ainda quanto à definição das autoridades administrativas independentes, vide Diogo Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, vol. I, 1994, p. 280; SOUSA, Marcelo Rebelo, Lições de Direito Administrativo I, Lex, - Edições Jurídicas, Lisboa, 1999 p. 338.

compreende apenas os órgãos que exercem funções de administração ativa ou funções mistas.

Marcelo Ribeiro de Sousa define os "órgãos independentes de vocação geral pertencentes ao Estado-Administração" como "órgãos e serviços do Estado-Administração que não se integram em nenhum ministério, acabando, em rigor, por servir todo o Estado-Administração e mesmo outras entidades integradas na Administração Pública Portuguesa"

Jorge Miranda refere que tais organismos se apresentam como "zonas de fronteira e funções complementares, acessórias e atípicas", reconhecendo-os os "órgãos independentes da Administração" como "órgãos que interferem no exercício da função administrativa sem dependerem de direção, superintendência ou tutela do Governo e cujos titulares, quase sempre eleitos, no todo ou em parte pelo Parlamento, gozam de inamovibilidade"[99].

Gomes Canotilho considera enquanto tal "a administração infraestrutural prosseguida por instâncias administrativas não integradas na administração direta do Estado e livres da orientação e da tutela estrutural mas sem se reconduzirem aos esquemas da administração autónoma"[100].

Vital Moreira teve o mérito de ser o primeiro autor a esboçar um conceito material da estrutura organizatória da administração independente e a fornecer o conceito desta nova espécie de administração pública. Entende este A. que aquela estrutura constitui um "organismo administrativo que, não tendo embora natureza representativa, não está inserido numa relação de dependência do Governo, estando isento de instruções e orientações". E define a Administração independente como a "Administração intraestadual prosseguida por instâncias administrativas não integradas na administração direta do Estado e livres da orientação e tutela estadual, sem todavia corresponderem à autodeterminação de quaisquer interesses organizados[101].

A passagem de revista pela juspublicistica portuguesa permite-nos verificar dois aspetos, por um lado, os seus representantes não se mostraram insensíveis ao fenómeno da administração independente e, por outro, afigura-se pacífica a preferência que manifestam pelas expressões "órgãos independentes" e "autoridades administrativas

[99] Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo V, 1997, p. 38 ss.
[100] CANOTILHO, Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 552.
[101] Vital Moreira, A auto-regulação profissional … ob. cit. pág. 43.

independentes", para identificar as estruturas jurídicas que apesar de compreendidas na Administração pública em sentido orgânico e subjetivo, revestem a diferença específica de não integrarem em qualquer relação hierárquica[102].

CAPÍTULO II - A REGULAÇÃO NO SETOR DA SAÚDE

1. Os sistemas de saúde e os seus objetivos

O sistema de saúde representa um conjunto de regras orientadoras de atividades desenvolvidas e prestadas pelas diversas entidades prestadoras de cuidados de saúde, com o intuito de alcançar ganhos em saúde para as pessoas.

De uma forma geral, os sistemas de saúde assentam em dois grandes objetivos, um deles, correspondente à promoção do acesso das populações aos cuidados de saúde, em função das suas expectativas e necessidades e, o outro, destinado à promoção da eficiência económica, através de um quadro de rigor orçamental e de controlo da despesa pública. A proporção entre estes dois objetivos (a equidade e a eficiência), à partida contraditórios, nem sempre é alcançável, constituindo um desafio para os Estados, que têm empreendido diversificadas reformas com o fim de encontrar o justo equilíbrio.

2. As alternativas organizacionais dos sistemas de saúde

Os sistemas de saúde, constituindo o pilar básico do Estado de bem-estar e do Sistema de Proteção Social, estão condicionados à envolvente histórica, social, cultural, técnica e política do Estado e, nessa medida, comportam as reformas por ele experimentadas. Nesse sentido, os modelos de saúde que hoje imperam decorrem das respostas que os governos e a sociedade foram encontrando para alcançarem uma melhoria dos níveis de saúde da população.

[102] Contudo, o texto constitucional e alguns diplomas legais empregam as expressões "entidades administrativas independentes" ou "entidades públicas independentes" com a mesma finalidade.

Na Europa, os sistemas organizados de saúde surgiram no final do século XIX, com a revolução industrial, associados a um conjunto de fatores específicos da época[103], e desenvolveram-se em redor de dois grandes modelos associados a Bismark, na Alemanha e a Beveridge, no Reino Unido[104].

Em 1883, na Alemanha, nasceu o sistema de proteção social denominado modelo de Bismarck[105], assente numa lógica de seguro social obrigatório, caracterizado por um financiamento de quotizações de trabalhadores e empregadores e pela universalidade do acesso, ainda que condicionada pelo emprego, e subsidiado pelo Estado para pensionistas e reformados.

Segundo Gouveia[106], o modelo de Bismarck lançou as bases organizatórias do primeiro sistema de saúde e do primeiro sistema de segurança social, assentando a sua ideologia num cariz marcadamente económico, visto que a sua finalidade visava a melhoria dos níveis de saúde dos trabalhadores, de forma a diminuir as perdas de produtividade laboral por motivo de doença. O Estado aparece como financiador das despesas agregadas à saúde e como instituição que superintende a um sistema relativamente descentralizado.

O modelo de Beveridge[107-108], surgido no Reino Unido em 1948, instituiu que o financiamento dos cuidados de saúde se fizesse à custa dos impostos, financiamento fiscal, e procedeu à criação de um serviço nacional de saúde, assente no princípio da universalidade do acesso e gratuitidade (na medida em que os cuidados não eram pagos aquando da sua prestação), sendo o direito à saúde independente do trabalho e emprego.

---

[103] Destacamos o elevado número de acidentes de trabalho, as doenças transmissíveis, a intervenção política de movimentos socialistas na Europa reivindicando melhores condições de trabalho.

[104] Sobre os modelos organizados de saúde, *vide* A Reforma dos Sistemas de Saúde. Análise Comparada de Sete Países da OCDE, edição do Conselho Económico e Social, in Estudos de Política de Saúde, n.º 2, 1995 e Pedro Pitta Barros e Jean-Pierre Gomes, 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.

[105] Este modelo vigente na Alemanha, Áustria, França, Holanda e Bélgica revela uma forte intervenção pública estadual descentralizada, no estabelecimento de serviços mínimos e na negociação das condições do trabalho médico.

[106] GOUVEIA, Miguel. Estado, Garantia e Saúde, in Nova Cidadania, n.º 32, Junho, 2007, pág. 30.

[107] O Relatório Beveridge, de 1942, definia os serviços de saúde como uma das condições necessárias para a criação de um sistema viável de segurança social. Este modelo assentava em cinco aspetos nucleares: a responsabilidade do Estado pela saúde dos cidadãos; o princípio da generalização; o princípio da universalidade; o princípio da igualdade; e o princípio da autonomia profissional com relevo para a autonomia clínica.

[108] O modelo aqui retratado integra os sistemas de saúde da Dinamarca, Finlândia, Noruega, Suécia, Grécia, Espanha, Portugal e Itália, com as nuances específicas de cada ordem jurídica.

Quando comparados os princípios que regem aqueles sistemas podemos concluir que ambos têm como fim a solidariedade, ainda que contemplem formas de organização e de afetação de recursos distintas. Efetivamente, o sistema de Bismarck revela uma organização ajustada em torno de uma diversidade de prestadores e financiadores e o sistema de Beveridge proclama objetivos assentes em propósitos igualitários, no qual o Estado assume a distribuição dos recursos e a prestação dos cuidados de saúde[109].

3. A evolução do sistema de saúde público em Portugal

A análise e reflexão dos sistemas de saúde reclamam, por um lado, a compreensão da lógica e da dinâmica dos interesses e relações, entre os diversos atores envolvidos e, por outro, a contextualização histórica e política das relações institucionais. Pelo que, torna-se necessária a perceção do sistema de cuidados de saúde português, para assim se poder entender de que forma os principais fatores históricos conformaram o seu desenvolvimento[110].

A delimitação e caracterização das políticas de saúde nacional têm sido objeto de estudo por diversos autores, tendo sido identificados diferentes períodos, definidos em função dos ciclos políticos, mas que não reúnem consenso no que respeita à sua delimitação. Tendo por base esses ensinamentos entendemos que devem ser enumerados cinco períodos: o primeiro período compreendido entre 1970 e 1980, estruturado em torno da criação e consolidação do SNS; o segundo correspondente ao início da década de 80 estendendo-se até 1995, configura um recuo dos princípios do SNS; o terceiro compreendido entre 1995 e 2002, reflete uma aproximação à ideologia de mercado; o quarto período situado entre 2002 e 2005, preconiza a implementação de políticas de mercado; e o quinto período desenvolve-se entre 2005 até ao presente, configura a manutenção das políticas ensaiadas no período precedente.

[109] Para maiores desenvolvimentos vide Simões, J. et al., Comissão para a Sustentabilidade do Financiamento do Serviço Nacional de Saúde – Relatório final, Fevereiro 2007.
[110] Neste sentido, vide Simões, J. et al., Comissão para a Sustentabilidade do Financiamento do Serviço Nacional de Saúde – Relatório final, Fevereiro 2007.

a) Período Criação e Consolidação do Serviço Nacional de Saúde (1970-1980)

No período que antecede a criação do SNS a organização dos cuidados de saúde era dispersa e a grande maioria dos hospitais pertencia ao setor privado não lucrativo (misericórdias), a par com outros serviços médicos e de assistência nas caixas de previdência, serviços de saúde pública e especializados[111], evidenciando o setor privado lucrativo uma reduzida atividade, circunscrita à área de ambulatório. O sistema de saúde deste período baseava-se na quotização obrigatória de empregado e empregador e em fundos de doença, refletindo a conceção de bem-estar social associada ao regime do Estado Novo[112].

As reformas introduzidas por Gonçalves Ferreira e a aprovação de um conjunto de diplomas legais[113], permitiram o reconhecimento do direito à saúde de todos os cidadãos e o papel do Estado como responsável pela política e execução da saúde[114].

Após a revolução de Abril de 1974 as alterações delineadas assumiram novos contornos. A Constituição de 1976[115] passou a consagrar no artigo 64.º que todos os cidadãos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover; efetivando-se tal direito através da criação de um serviço nacional de saúde universal (SNS), geral e gratuito. E, no ano de 1978, antecipando a implementação do SNS, por Despacho Ministerial[116], mais conhecido como "Despacho Arnaut", possibilitou-se o acesso aos serviços médico-sociais a todos os cidadãos, independentemente da sua capacidade contributiva[117], garantindo-se a universalidade, generalidade e gratuitidade dos cuidados de saúde.

---

[111] No âmbito dos serviços especializados refira-se a saúde materno-infantil, tuberculose e doenças psiquiátricas.

[112] Aqui os cuidados de saúde eram prestados pelas Misericórdias, que tinham a seu cargo a gestão das instituições hospitalares, os Serviços Médico-Sociais (SMS), os serviços de saúde pública, os hospitais estatais e os serviços privados. Neste sentido, vide OPSS (2001) Conhecer os caminhos da Saúde, in Observatório Português do Sistema de Saúde (Ed.) Relatório de Primavera. Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública.

[113] A saber, os Decretos-Lei n.º 413/71 e n.º 414/71, de 27 de setembro.

[114] Com estas medidas, o Estado procurou estruturar um sistema de SNS que, contudo, não chegou a ser implementado.

[115] Sobre a evolução do sistema de saúde no período de vigência da Constituição de 1976, Maria João Estorninho, Organização Administrativa da Saúde. Relatório sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino, Almedina, Coimbra, 2008, p. 54-57.

[116] Publicado em Diário da República, 2.ª série, de 29 de julho de 1978.

[117] Destacando-se como elemento mais marcante desta reforma a assunção do financiamento do sistema de saúde pelo Orçamento Geral do Estado.

Nesta época, a criação do SNS[118] fez parte da democratização social e política do país e permitiu uma cobertura da população portuguesa em serviços de saúde, contudo apresentava uma debilidade estrutural no que toca às próprias infraestruturas, financiamento e modelos de organização e gestão[119].

b) O Recuo nos Princípios do SNS (1980-1995)

Neste período temporal as reformas operadas sofreram fortes repercussões ao nível político, social e económico[120] e introduziram mudanças ao modelo original de gestão do SNS, visando melhorar a sua eficiência, sendo de destacar a aprovação da Lei de Bases da Saúde (LBS)[121]. As "experiências inovadoras de gestão", conceito acolhido na Base XXXVI da citada lei, constituíram a base legal para a renovação das formas e dos instrumentos jurídicos de gestão dos estabelecimentos do SNS. Esta lei determinou, de igual modo, um novo papel para o setor privado da saúde[122], ao reconhecer a sua atividade bem como o seu papel enquanto agentes que, mediante contratualização com o Estado, podem, assumir a prestação direta de cuidados de saúde e a gestão de estabelecimentos.

Entre 1981 e 1989 foram aprovadas algumas alterações aos princípios constitucionais na área da saúde, que recaíram sobre o acesso[123] e gestão do SNS. Nomeadamente, assumiu-se a prerrogativa de uma gestão descentralizada e participada e alterou-se o princípio da gratuitidade, afirmando-se o SNS como "tendencialmente gratuito tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos". Ainda, neste período as políticas públicas assentaram na eficácia e competitividade, determinando uma retração da intervenção do Estado. Foi no seguimento destas exigências que surgiu

[118] A criação do SNS representa a tentativa de erigir, em Portugal, o Estado de bem-estar social, uma vez que passa a incumbir àquele a garantia de acesso de todos os cidadãos aos cuidados de saúde, independentemente da sua condição económica e a cobertura do país em recursos humanos e unidades de saúde.

[119] Neste sentido, vide OPSS (2003) Saúde que rupturas?, in Observatório Português do Sistema de Saúde, (Ed.) Relatório de Primavera. Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública.

[120] Motivadas pela entrada do Estado português na Comunidade Económica Europeia (1986) e pela sua integração na União Monetária Europeia (2000).

[121] Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto.

[122] Ao consagrar que os cuidados de saúde devem ser prestados por serviços e estabelecimentos do Estado ou, sob fiscalização deste, por outros entes públicos ou entidades privadas, com ou sem fins lucrativos.

[123] A Lei de Bases da Saúde, criada em 1990, definiu e estabeleceu as funções do Estado, consagrou a universalidade e a equidade como princípios sistema de SNS, e abriu porta à iniciativa privada. Mais tarde veio a ser complementada pelo Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, através do Decreto-Lei n.º 10/93, de 15 de janeiro.

a lei de gestão hospitalar, que determinou uma modificação no modo de funcionamento dos hospitais.

As alterações vivenciadas, nesta época, implicaram uma mudança nos princípios estruturantes do sistema saúde, deixando o Estado de ser o seu único financiador e prestador e passando a constituir-se como regulador dos diversos intervenientes no sistema, e a reconhecer-se a utilidade das entidades privadas e profissionais liberais como parte integrante do sistema de saúde e a consagrar-se o princípio de gestão empresarial das unidades de saúde e do incentivo à contratualização de serviços[124]. A política de saúde deste período estava voltada para o mercado e para participação do setor privado no sistema de saúde[125], tornando evidente que as propostas em volta do setor político seguiram a influência das reformas desenvolvidas na Europa no contexto da NGP.

c) Aproximação à Ideologia do Mercado (1995-2002)

A partir de 1995 promoveram-se algumas medidas de melhoria no campo da saúde, sem, no entanto, se realizarem reformas de carácter estrutural[126]. Só na segunda legislatura (1999-2001) a saúde passou a constituir prioridade política e social das políticas governamentais. As políticas públicas assentaram na implementação de um programa dirigido à recuperação das listas de espera e da duração dos períodos de atendimento, na introdução de alterações na forma de gestão dos cuidados primários, com o objetivo de os tornar mais eficientes[127], bem como no desenvolvimento políticas de promoção da qualidade[128].

Este período ficou, igualmente, marcado pela implementação de um novo modelo de gestão nos hospitais do Estado, que, apesar de manter a gestão pública,

---

[124] As medidas surgidas, desde o início da década até 1995, enquadraram-se na procura da redução do peso do Estado, criando-se um modelo de gestão privada, por contratos, num hospital público (o Hospital Fernando Fonseca), assente na responsabilização pelo incumprimento dos resultados definidos e contratualizados com o Estado.

[125] Vide, Campos A. C. "Depoimento", in Que sistema de Saúde para o Futuro?, Jornal Público, 1996, pág. 62 Vide, CAMPOS, António Correia de. "Perspectivas e desafios da reforma administrativa em Portugal", in Revista Portuguesa de Saúde Pública, vol. 15, n.º 3, Julho/Setembro, 1997, pág. 23.

[126] Sendo de destacar a criação do Conselho de Reflexão sobre a Saúde (CRES), que teve por objeto analisar o sistema de saúde e propor medidas e recomendações sobre a trajetória a implementar.

[127] Emergindo a proposta de criação dos Centros de Saúde de 3ª Geração, dotados de autonomia administrativa, financeira e de novos modelos organizacionais, que não chegaram a ser implementados.

[128] Tendo sido criado, através da Portaria 288/99, de 27 de abril, o Instituto da Qualidade na Saúde (IQS) e desenvolvidas políticas de promoção de qualidade na saúde.

introduz regras privadas no que respeita à gestão de recursos humanos e à aquisição de bens e serviços[129].

Apesar de muitas das medidas políticas previstas não terem sido concretizadas, é indubitável que as propostas de reforma apresentadas, baseadas na alteração da forma de organização e gestão das instituições hospitalares e nas mudanças do sistema de financiamento, através da utilização de instrumentos de contratualização, evidenciam uma mudança no papel assumido pelo Estado no domínio da saúde[130].

d) Orientação Empresarial e Proximidade à Liberalização (2002-2005)

O discurso político desta época apelava às questões da qualidade, eficiência, eficácia, competição e satisfação dos utentes, indo ao encontro dos princípios da NGP. As grandes alterações verificadas neste período prenderam-se, essencialmente, com a aprovação da lei da gestão hospitalar[131] e a liberalização do setor, materializada na empresarialização de 31 hospitais, transformados em sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos[132].

As reformas edificadas para o sistema de saúde partiram do pressuposto de que o aumento da concorrência entre serviços prestadores de cuidados de saúde iria criar pressões competitivas de modo a fomentar uma melhor utilização de recursos e a garantir melhores serviços aos cidadãos[133].

Como consequência destas alterações, o Estado criou, no ano de 2003, a Entidade Reguladora da Saúde, com o objetivo de garantir a universalidade no acesso

---

[129] A nível ministerial (através do documento "Saúde. Um compromisso") é assumido o compromisso de ensaiar e consolidar novas formas de administração pública nos serviços de saúde, de modo a superar os constrangimentos impostos pela burocracia das instituições hospitalares.

[130] Ainda que mantenha o controlo sobre a gestão hospitalar reservando para si as funções de regulador e financiador do sistema.

[131] Aprovada pela Lei n.º 27/2002, de 8, de novembro. A nova lei introduz relevantes alterações ao nível do regime jurídico (que deixa de ser de direito público e passa a ser de direito privado), ao nível da natureza da gestão (que deixa de ser administrativa e passa a ser empresarial) e ao nível do regime de pessoal (que passa a ser regido pelas normas do direito laboral). Este novo modelo de gestão estabelece como princípios fundamentais uma nova forma de financiamento dos hospitais, a avaliação de desempenho e do mérito, a promoção de um sistema de incentivos, a responsabilização dos profissionais pelo incumprimento de objetivos.

[132] O funcionamento destes hospitais pautou-se pela execução de contratos-programa celebrados com o Ministério da Saúde, que definem os objetivos e metas quantitativas e qualitativas, a sua calendarização e os meios e instrumentos para prosseguir o seu fim. A área onde o impacto das reestruturações sofridas regista é ao nível do controlo de gestão e ao nível do controlo financeiro.

[133] Os móbiles subjacentes às reformas encetadas identificam-se com a ideologia e as práticas da NGP, assente na necessidade de controlar dos custos, introduzir maior eficácia, flexibilização, autonomia de gestão e responsabilização pelos resultados.

dos cidadãos aos cuidados de saúde e promover a adoção de regras adequadas de concorrência entre os operadores.

e) Período 2005 até ao presente

O período que se iniciou em 2005 e que se estende até ao presente assenta na manutenção da referência ideológica e ganhos de eficiência no âmbito do próprio SNS.

No ano de 2005 operou-se uma nova mudança no estatuto dos hospitais públicos, refletindo uma nova orientação na empresarialização, com a transformação dos hospitais SA em hospitais EPE[134] e a celebração de parcerias público-privadas (PPP)[135].

No ano 2006 foi criada a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados, pelo Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de junho, e no ano imediato, dando corpo à reforma dos cuidados de saúde primários[136], surgiram as primeiras unidades de saúde familiar (USF). Na continuidade destas reformas foram criados agrupamentos de centros de saúde do SNS[137] e procedeu-se à reestruturação da organização dos serviços operativos de saúde pública a nível regional e local, mediante a articulação da organização das administrações regionais de saúde e dos agrupamentos de centros de saúde[138].

4. A influência da Nova Gestão Pública nas reformas do setor da saúde

No decurso das últimas décadas, os sistemas de saúde dos países ocidentais, caracterizados por estruturas públicas centralizadas e hierarquizadas, confrontados com

[134] Decreto-Lei 93/2005, de 7 de junho. A transformação operada resultou do entendimento que este novo modelo permitia uma partilha de autonomia de gestão com sujeição à tutela governamental.

[135] Decreto-Lei 185/2002, de 20 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei 86/2003, de 26 de abril, e pelo Decreto-Lei 141/2006, de 27 de julho. Através das PPP o Estado entregou a gestão de instituições públicas a privados com o objetivo de deslocar parte dos riscos do investimento para esse setor.

[136] Relativamente aos cuidados primários o Decreto-Lei n.º 298/2007, de 22 de agosto, consignava o objetivo de obter ganhos em saúde, através da aposta na acessibilidade, continuidade e globalidade dos cuidados prestados.

[137] Tendo em vista a organização de tais cuidados de saúde, permitir uma gestão rigorosa e equilibrada e a melhoria no acesso aos cuidados de saúde, conforme decorre da leitura do Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de fevereiro.

[138] Mediante a aprovação do Decreto-Lei n.º 81/2009, de 2 de Abril.

importantes desafios decorrentes da necessidade de garantir a sua sustentabilidade e a eficiência técnica e económica, foram alvo de profundas reformas[139].

Em traços gerais, a partir dos anos 90, as reformas desencadeadas procuraram, por um lado, introduzir mecanismos de mercado, quer ao nível organizacional, quer ao nível da prestação, e implementar e desenvolver sistemas de incentivos, através de mecanismos de financiamento relacionados com a produção e desempenho, da contratualização de serviços, da autonomia organizacional dos prestadores, de competências de gestão e de novas formas de regulação[140]. Por outro lado, procurou-se desenvolver mecanismos de partilha de custos, racionalizando o financiamento, o estabelecimento de prioridades no acesso a cuidados, a implementação de estratégias de prevenção de saúde e a promoção dos cuidados primários. Deste modo, tornou-se evidente a necessidade de distinguir os modelos integrados de provisão de serviços de saúde dos modelos que separam os financiadores públicos ou quase-públicos dos prestadores, fomentando-se a separação de papéis entre financiador e prestador[141].

A estrutura das reformas desenvolvidas e a sua implementação no sector da saúde, à semelhança de outras áreas, foram influenciadas pelo desenvolvimento da NGP e pelos princípios que conformaram a reestruturação das atividades do setor público. A convergência de um conjunto de fatores, de ordem financeira e social, vivenciados pelos sistemas de saúde facilitou a aceitação e a implementação das políticas da NGP, colocadas ao serviço da eficiência e da eficácia e, portanto, do bem-estar social.

A NGP foi, assim, responsável pelo aparecimento de novas estruturas no âmbito da prestação de cuidados de saúde, criando um modelo mercado planeado[142], que pressupõe a existência de regras claras e rigorosas e responsabilizantes das partes envolvidas, assentes na identificação das necessidades em saúde das populações e nos recursos a afetar para a sua concretização.

---

[139] De um modo geral, podemos dizer que o objeto das reformas operadas centrou-se, sobretudo, na promoção da efetividade e da contenção dos custos, na necessidade de melhorar a eficiência na utilização dos recursos, na adequação das respostas às necessidades, tendo em vista a obtenção de resultados e ganhos em saúde, o que levou a repensar o papel a desempenhar pelo Estado nesse sector.

[140] Neste sentido, FERREIRA, Ana Sofia. "Do que falamos quando falamos de regulação em saúde?", in Análise Social, XXXIX:171, 2004, pág. 328.

[141] A separação financiador-prestador e o incentivo a maior descentralização e autonomia organizacional no sistema de saúde ganham relevância sobretudo em países, como Portugal, com sistemas do tipo *beveridgeano,* ou seja, em que o financiamento da saúde assenta basicamente nos impostos e a prestação de cuidados é tipicamente assegurada por instituições pertencentes ao sector público.

[142] Definição utilizada por Saltman, Apud FERREIRA, Ana Sofia. "Do que falamos quando falamos de regulação em saúde?", in Análise Social, XXXIX:171, 2004, pág. 314.

Com a NGP cuidou-se, no fundo, e à semelhança do que se verificou ao nível do modelo de Estado, de reinventar a administração pública de saúde, centrando-se a atuação daquela ao nível dos resultados, mediante a adoção de formas de atuação empresariais, aliando as vantagens dos mecanismos de mercado com a universalidade do sistema e a responsabilidade social do Estado nesse setor.

É neste contexto que se tornou premente a regulação dos sistemas de saúde e, particularmente, em Portugal se assumiu a necessidade do aparecimento de uma entidade que regule, supervisione e acompanhe a atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde do sector público, privado e social.

5. A regulação do sistema de saúde: da regulação tradicional às novas exigências regulatórias

Tradicionalmente, a função reguladora ao nível da política legislativa e ao nível administrativo era desempenhada pelo Estado, competindo-lhe o exercício de todas as funções relativas à prestação de cuidados de saúde desde a conceção e construção dos estabelecimentos de saúde, o funcionamento, a gestão, a prestação direta dos serviços, o financiamento.

As reformas introduzidas no setor da saúde mediante a empresarialização[143] dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, a celebração de contratos de gestão de estabelecimentos públicos de saúde ou de partes funcionais, a contratação de serviços ao setor privado e ao setor social e cooperativo, a celebração de parcerias público-privadas[144] e a coexistência de um mercado privado de saúde com o sistema de saúde público, demandaram a implementação de instrumentos e mecanismos regulatórios capazes de acompanhar as modificações operadas. Efetivamente, as mudanças

[143] De notar que não deve confundir-se empresarialização da gestão dos serviços públicos com a privatização desses serviços, pois o capital social dos hospitais é assumido exclusivamente pelo Estado ou por entidades detidas por ele. No plano doutrinal, a empresarialização dos hospitais, no que respeita à constituição de hospitais sob a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, não mereceu acolhimento de Coutinho de Abreu, que chegou a suscitar a sua inconstitucionalidade atendendo aos fins visados, ou seja, o de saber se as finalidades prosseguidas eram jurídico-constitucionalmente legítimas. Em sentido oposto, Vital Moreira considerou que, do ponto de vista constitucional, a empresarialização de estabelecimentos de saúde públicos não contrariava o estatuto constitucional do SNS, plasmado no artigo 64.º da CRP, uma vez que apenas implicava a introdução de diferentes regras de gestão, mantendo-se inalterada a responsabilidade do Estado pela prestação dos cuidados de saúde.

[144] Sobre o tema das parcerias público-privadas e a problemática do exercício privado de funções públicas ou de funções de serviço público, *vide* Gonçalves, Pedro. Entidades Privadas com Poderes Públicos, Almedina, Coimbra, 2005.

experimentadas no setor da saúde implicaram o aparecimento de um mercado planeado no sistema público, caracterizado pela adoção de instrumentos de gestão fundamentais à administração dos serviços e instituições.

Assim, tais reformas alteraram a conceção e a configuração do Estado determinando, por um lado, um menor envolvimento direto no que toca à prestação de cuidados, gestão e planeamento e, por outro, um aumento das suas funções de supervisão e monitorização, tendo em vista a garantia dos objetivos previstos para o setor, isto é, a necessidade de garantir a eficiência, equidade e qualidade[145].

Tendo presente que está em causa a prestação de serviços públicos, a regulação que se ordenava passava pela garantia da proteção do direito à saúde em respeito dos mandatos constitucionais, nomeadamente dos princípios da universalidade, igualdade, equidade e do acesso.

Ora, as alterações sistémicas acarretaram o aumento e a complexidade das exigências de regulação, dando origem ao início de um novo ciclo, onde aquela passa a ser encarada como parte da estratégia de saúde. Efetivamente, o modelo que se impunha antevia a edificação de um conjunto de regras claras, precisas e responsabilizantes, assentes na identificação das necessidades em saúde das populações e nos recursos a atribuir para a realização dos cuidados de saúde. Deste modo, a regulação que se pretendeu implementar assumiu um cariz técnico e jurídico do serviço público e não político[146].

6. As necessidades de regulação em saúde

Na saúde, a atuação do Estado enquanto regulador evidencia-se de forma mais notória do que no setor económico. É que naquele setor além das especificidades do

[145] É de salientar que os fins da empresarialização do serviço público de saúde são semelhantes às razões em geral invocadas para os outros setores, isto é a introdução de formas de gestão de natureza empresarial e um regime jurídico de gestão privada dos serviços públicos (visando-se uma gestão assente na eficácia, eficiência, economia e adaptabilidade, de modo a obter ganhos acrescidos em saúde). Neste novo modelo os conceitos vetores são a competitividade, a eficiência, a escolha do consumidor, bem como outros princípios que estão intrinsecamente ligados à definição do Estado Providência e do SNS como a garantia de acesso, equidade, necessidades em saúde e a universalidade.

[146] A regulação política está relacionada com a definição politico-governamental das orientações ou opções fundamentais para o setor, cabendo o exercício da mesma ao Estado.

mercado, existe uma panóplia de relações que carecem de ser disciplinadas e monitorizadas uma vez que o bem transacionável é a saúde.

Neste ponto, assinala Rui Nunes que é a específica natureza do bem que determina a existência de um mercado imperfeito, conducente a falhas de mercado, que, nesse sentido, requer uma intervenção do Estado de modo a assegurar os direitos e interesses legítimos dos utentes no acesso a tais cuidados[147].

Deste modo, a finalidade da regulação será a de assegurar que se atingem os grandes objetivos sociais do sistema de saúde e de contrariar as falhas de mercado[148] e as falhas do Estado, que causam problemas graves de acesso e desigualdades. Pelo que, a regulação neste setor deve garantir a universalidade de acesso aos cuidados de saúde, com equidade a toda a população, a efetividade dos cuidados a qualidade dos serviços, bem como promover ganhos de eficiência e assegurar a liberdade de escolha.

Entre as falhas de mercado, no âmbito da prestação de cuidados de saúde, referimos aquelas atinentes às assimetrias de informação. A título exemplificativo enunciamos aquelas derivadas do facto de os utentes não deterem o conhecimento necessário a uma escolha segura dos prestadores e aqueloutras referentes à ausência de correlação direta entre os serviços prestados e o estado da saúde.

Uma outra falha decorre do facto de os mercados de saúde se apresentarem como estruturas de concorrência imperfeita, em virtude das barreiras existentes à entrada de novos operadores e do facto do setor público apresentar uma posição de domínio em relação à prestação e financiamento dos cuidados de saúde. Deste modo, a gestão empresarial e a procura da eficiência no setor da saúde introduzem riscos atinentes ao acesso e direitos dos utentes. Reportamo-nos às situações em que os prestadores, pelo facto de possuírem uma vantagem informacional face aos utentes e de dominarem os processos de disponibilização dos cuidados de saúde, determinam a procura desses cuidados. Ou seja, induzem os utentes a procurar serviços que não satisfazem as suas necessidades reais (referimo-nos à indução da procura).

Identificam-se, também, enquanto risco os fenómenos decorrentes do facto de o prestador rejeitar o utente ou reduzir a quantidade e/ou a qualidade de cuidados

[147] Neste sentido, NUNES, Rui. Regulação da Saúde, Vida Económica, Porto, 2005, pág. 93.
[148] Para mais desenvolvimentos sobre as falhas de mercado, vide Barros, Pedro Pitta Economia da Saúde – Conceitos e Comportamentos, Almedina, Coimbra, 2009.

prestados, quando o custo esperado do tratamento é superior ao pagamento fixado. Consistindo o primeiro fenómeno numa seleção de utentes, levando à discriminação de determinados grupos de cidadãos, colocando em causa o direito de acesso aos cuidados de saúde, e o segundo fenómeno conduz a uma diferenciação em termos de qualidade e quantidade da prestação de cuidados de saúde geradora de desigualdades.

Um outro risco associado ao setor da saúde deriva da eventual redução da qualidade dos serviços prestados. Nos mercados em que os serviços são financiados por terceiros, através de tabelas de preços preestabelecidas[149], a rentabilidade passa por uma redução dos custos, muitas vezes obtida pela diminuição da qualidade do serviço.

No seguimento do que temos vindo de expor, o processo de regulação na saúde impunha uma definição de objetivos exequíveis de modo a garantir a evolução do próprio sistema.

A respeito do papel da regulação no setor da saúde, Rui Nunes[150] refere que com o novo ciclo de regulação pretendeu-se inovar o regime regulatório existente, promovendo-se "novos arranjos politico-institucionais que formam uma configuração historicamente específica de políticas e instituições, estruturando o relacionamento entre interesses sociais, o Estado e atores económicos em múltiplos setores da economia, com consequências importantes para o processo de elaboração de políticas públicas".

O que é a regulação, quem deve regular, o que regular e como regular são questões fundamentais no domínio da saúde, que seguidamente serão objeto da nossa análise.

7. O conceito de regulação na saúde

Na perspetiva económica a regulação de um setor ou atividade económica (*utilities*[151]) é tradicionalmente justificada com base na existência de fracassos de mercado que exigem a intervenção corretiva do Estado, mediante a adoção de instrumentos de comando e controlo, de modo a repor a eficiência técnica e social no

[149] Reportamo-nos aos serviços prestados no âmbito do SNS, subsistemas e seguros de saúde.
[150] Referindo de Oliveira Nunes, Apud NUNES, Rui. Regulação da Saúde, Vida Económica, Porto, 2005, pág. 142.
[151] Designam-se por *utilities* todos os bens ou serviços com elevado impacto no desenvolvimento económico e social de um país. A saúde não integra esta designação, não pelo seu fraco impacto no desenvolvimento económico e social, mas sim pela forte componente ético-social que lhe está associada, exigindo portanto um tratamento diferenciado.

seu funcionamento e, desse modo, aumentar o bem-estar social com a sua intervenção reguladora.

Mas a regulação na saúde tem uma génese distinta da regulação nos setores de atividade económica, precisamente porque são determinantes neste contexto fatores não económicos (sociais), que abarcam falhas de mercado e de governo mais complexas.

Nesse sentido, Ferreira[152] refere que a par dos conceitos oferecidos sob na ótica da teoria da economia, outros há que apontam para o tipo de valores normativos e bens sociais influenciados por determinadas atividades económicas, surgindo as questões éticas[153] em primeiro plano. Acrescentando, ainda, que nesse setor o conceito de regulação assemelha-se ao paradigma de *stewardship*[154], que aponta para uma governação ética dos sistemas de saúde e para a reconfiguração do papel do Estado nesse setor, repensando as instituições nele envolvidas no que respeita à sua eficiência, à avaliação dos resultados do seu funcionamento e aos princípios normativos que devem orientar a ação dos diversos atores envolvidos.

Em aproximação ao conceito de stewardship, Selznick defende que na regulação do setor da saúde a intervenção do Estado assume uma dupla vertente, por um lado, uma regulação económica voltada para as falhas de mercado e uma regulação social, ligada aos valores éticos em causa no setor.

Rui Nunes, apoiado no conceito de regulação de Selznick, propõe uma definição de regulação na saúde, adaptada às particularidades do bem em causa e enquadrada nos princípios que norteiam uma sociedade plural e democrática, que no seu entendimento melhor conforma o setor da saúde. Assim, para este A., a regulação é "o controlo dirigido e sustentado exercido por uma agência pública sobre as atividades no domínio da saúde, visando a convergência entre a equidade e eficiência e garantindo a qualidade assistencial[155]".

---

[152] Revisitando alguns dos conceitos apresentados por Saltman e Busse, Apud FERREIRA, Ana Sofia. "Do que falamos quando falamos de regulação em saúde?", in Análise Social, XXXIX:171, 2004, pág. 321

[153] A este respeito Rui Nunes refere a existência de uma plataforma ética, que condiciona qualquer reforma de saúde, que tem por base os seguintes princípios: a equidade (igualdade equitativa de oportunidades) no acesso; a solidariedade no financiamento; a efetividade das intervenções (prática baseada na evidencia) e a eficiência na utilização dos recursos. Vide, NUNES, Rui. Regulação da Saúde, Vida Económica, Porto, 2005, pág. 27.

[154] Ana Sofia Ferreira citando Saltman e Feroussier Davis. Entendendo-se por stewardship uma regulação semelhante ao modelo de provedoria. Vide, FERREIRA, Ana Sofia. "Do que falamos quando falamos de regulação em saúde?", in Análise Social, XXXIX:171, 2004, pág. 320.

[155] Contudo, a definição adiantada por aquele autor restringe-se ao âmbito do sistema público de saúde, onde a convergência pretendida entre a equidade e eficiência pressupõe um padrão de qualidade (destacando-se uma maior

8. O objeto de regulação em saúde

Lançando mão de uma base teórica, Ferreira[156] refere que ao nível da regulação em saúde, podem perspetivar-se duas vertentes, uma relacionada com aspetos normativos e finalidades da política de saúde, ou seja, quanto aos objetivos económicos e sociais a promover na atividade dos agentes do sector (mormente equidade no acesso e na saúde, a eficiência económica, a promoção da escolha individual ou a segurança em termos de saúde pública) e uma outra, atinente à própria atividade dos regulados, destacando-se as questões relacionadas com a gestão, tais como a capacidade instalada, os preços praticados e volumes produzidos, a qualidade, os níveis de desempenho, a informação ou a regulação do acesso dos utentes e a salvaguarda dos seus direitos[157].

Rui Nunes[158] defende que a par destas estratégias devem ser observados os mecanismos de *accountability*, *governance* e *empowerment* do utilizador, que embora sucedâneos dos anteriores devem ser autonomizados no âmbito de uma regulação assente na negociação e enquanto afirmação do princípio da devolução do poder aos cidadãos, neste último caso, dando-lhes a possibilidade de poderem orientar os serviços de saúde mediante as escolhas que realizam.

De um modo geral, podemos dizer que a regulação económica da saúde reconduz-se, desta forma, à regulação estrutural do próprio setor e à regulação comportamental dos regulados[159].

Do ponto de vista da capacidade instalada, a regulação pressupõe a existência de mecanismos que limitem a criação da capacidade, pela entrada de novos prestadores ou a ampliação da capacidade existente[160]. Este tipo de regulação é exercido de forma distinta no setor público e no setor privado e social. Nos sistemas públicos este tipo de

---

ponderação social), já que no âmbito do setor privado e social assume maior preponderância a regulação económica, associada à garantia da concorrência e liberdade de escolha, ainda que regulação social esteja subjacente.

[156] FERREIRA, Ana Sofia. "Do que falamos quando falamos de regulação em saúde?", in Análise Social, XXXIX:171, 2004, pág. 321.

[157] Em sentido idêntico, Barbara McPake descreve cinco estratégias de que a regulação económica de pode socorrer na saúde, de modo a corrigir as falhas de mercado existentes, a saber: controlo da entrada e saída do mercado, controlo de preços, controlo da estrutura do mercado, controlo da remuneração e controlo da qualidade e segurança. Vide, NUNES, Rui. Ob. cit, pág. 120-121.

[158] Vide, NUNES, Rui. Ob. cit., pág. 120.

[159] Como analisaremos posteriormente, a opção do legislador em termos da regulação da saúde, através de um organismo independente (Entidade Reguladora da Saúde), centrou-se no comportamento dos regulados, afastando a regulação estrutural do âmbito das suas competências.

[160] Pretendendo-se com este tipo de regulação evitar a subutilização dos recursos disponíveis ou, ao invés, o crescimento descontrolado do setor e até mesmo a indução da procura pela oferta.

regulação é realizada *ex ante*, no que respeita a novas entradas no sector e à capacidade futura das organizações, e *ex post* mediante a implementação de um planeamento estratégico, regional ou nacional, visando-se em ambos os casos a redução do desperdício e a ineficiência das organizações. Relativamente ao setor privado a regulação da capacidade instalada é exercida, sobretudo, ao nível da definição, tipologia, organização e licenciamento[161-162] dos prestadores.

No tocante ao preço a regulação incide, por um lado, sobre o controlo do crescimento das despesas com a saúde, mais precisamente da despesa pública, no contexto de um sistema predominantemente público. A regulação do preço dos serviços pende, por um lado, sobre a contratualização dos mesmos e das quantidades e sobre as tabelas de preços com entidades convencionadas, e, por outro, sobre a proteção dos consumidores face a eventuais abusos por parte dos prestadores, no âmbito do setor privado[163].

A definição de regulação da qualidade assume diversas significações, podendo ser entendida como um fim em si mesmo ou como garante dos utentes. De um modo geral, o objetivo deste tipo de regulação centra-se, particularmente, na garantia e promoção da qualidade da estrutura, dos processos e resultados da atividade desenvolvida pelos prestadores[164-165]. Sendo que tais processos podem ser desenvolvidos por distintos intervenientes do sistema de saúde, contando-se grupos de

---

[161] Refira-se que o licenciamento é exigível presentemente apenas para as unidades privadas de saúde nos termos do DL 279/2009.

[162] Quanto a este assunto referimos que não se percebe a razão de ser de uma maior exigência para o setor privado, exigindo-se o licenciamento, e a adoção de um regime mais benévolo para o setor público e social, isentos de um tal procedimento. Quanto a este ponto defendemos que deve ser garantida a igualdade de tratamento e de oportunidade a todas organizações nas relações e concursos para prestação de serviços ao Estado, pelo que um tal procedimento deveria ser aplicado a todas as unidades no setor público, privado e social.

[163] A par de outros, um dos problemas da regulação dos preços advém de uma eventual manipulação dos produtos, por parte dos prestadores, pela redução da qualidade por forma a economizar nos custos, ou o aumento da quantidade produzida para não perder a receita ou mesmo manipular diagnósticos tendo em vista maximizar a receita com prejuízo da qualidade. Nestes casos a regulação do preço deverá ser combinada com mecanismos reguladores de qualidade e quantidade. Neste sentido, vide FERREIRA, Ana Sofia, Nova Lei de Gestão Hospitalar: de que modelo de regulação precisamos?, comunicação apresentada no 8.º Encontro Nacional de Economia da Saúde, 2004.

[164] Neste sentido, refere Rui Nunes que "(…) se por qualidade se entender a capacidade de um produto ou serviço atingir a finalidade para a qual foi produzido facilmente se compreende que a qualidade em saúde, ou de um sistema de saúde, será perspetivada de modo diferente consoante se trate de qualidade clínica ou de qualidade de serviços não-clínicos, ou de qualidade organizacional (…)". Nesse sentido, NUNES, Rui. Vida Económica, Regulação da Saúde, Porto, 2005, pág. 178.

[165] Donabedian, A. (2005), Evaluating the Quality of Medical Care, The Milbank Quarterly, 83(4), p. 691-729.

profissionais de saúde ao nível da auto-regulação, entidades governamentais e entidades certificadoras e acreditadoras[166].

A regulação do desempenho está relacionada com a regulação da qualidade, não sendo sempre possível fazer uma separação dos objetivos de cada uma. Geralmente, esse tipo de regulação é justificado pela necessidade de aferir o desempenho de determinado prestador de cuidados de saúde relativamente à sua dimensão financeira, por forma a controlar o défice e as próprias contas, aos processos e resultados obtidos[167].

No que respeita à regulação da informação o princípio subjacente é o de que a eficiência dos mercados depende da informação utilizada pelos diversos atores e que contribui, entre outras causas, para a concorrência dos diversos operadores do sistema de saúde (públicos e privados), bem como para a transparência dos processos e divulgação das melhores práticas clínicas. Ora, neste âmbito, compete ao regulador proceder à sua recolha, análise e divulgação, em função de objetivos precisos.

A regulação do acesso está relacionada com a vertente operacional da gestão dos prestadores e atende a aspetos normativos do sistema de saúde atinentes à equidade e às obrigações de serviço público, nomeadamente a universalidade, a continuidade e regularidade dos serviços.

Em matéria de salvaguarda dos direitos dos utentes a regulação é vista como uma figura semelhante da provedoria do utente, fundamentada na observação do cumprimento dos direitos dos utentes proclamados em distintos diplomas legais e regulamentares, sendo prosseguida, essencialmente, mediante o tratamento de queixas e reclamações.

---

[166] Desde logo destaca-se a acreditação que consiste na avaliação, por entidade externa, do cumprimento pela entidade prestadora de cuidados de saúde de um conjunto de normas e critérios, previamente definidos, que avaliam a organização e os procedimentos utilizados, com o objetivo de gerar um desempenho de qualidade. Uma outra forma de regular a qualidade das entidades prestadoras passa pela criação, por parte das entidades reguladoras, de um conjunto de critérios que deverão ser respeitados.

[167] Sobre este assunto, Majone defende que a avaliação do desempenho não deve ser realizada por entidades independentes, com menor legitimidade democrática e menor *accountability* política, mas por atores políticos sujeitos a escrutínio democrático. Segundo o A. deve reservar-se para aquelas entidades uma regulação exógena, ligada à provedoria dos utentes na defesa de queixas e de problemas por estes detetáveis em relação aos prestadores públicos. Adianta como justificação do seu entendimento a natureza eminentemente social do setor e os impactos redistributivos que possam advir dessa regulação. Apud FERREIRA, Ana Sofia. "Do que falamos quando falamos de regulação em saúde?", in Análise Social, XXXIX:171, 2004, pág. 328.

A *accountability*, associada ao desempenho e à contratualização, impõe o dever dos prestadores de cuidados de saúde e respetivos profissionais responderem pela atividade desenvolvida perante a sociedade os utilizadores.

A regulação atinente ao cumprimento dos princípios e boas práticas de *governance* implica o cumprimento das obrigações de serviço público e a realização dos contratos-programa, num quadro de ganhos de eficiência capazes de responsabilizar as administrações pela adequada utilização dos recursos públicos concedidos. Por outro lado, refira-se o domínio da *clinical governance*, no âmbito da qual a regulação é orientada para a qualidade da prática clínica, para a medicina baseada na evidência e para a excelência assistencial[168].

O *empowerment*, assente no sentido ético da responsabilidade pessoal, profissional e organizacional, ou seja da auto-regulação profissional, justifica-se pela necessidade de atenuar o poder dos profissionais de saúde, em virtude da assimetria de informação que existe na relação médico-doente, e de salvaguardar os direitos dos utentes.

CAPÍTULO III - A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA INDEPENDENTE DEDICADA AO SETOR DA SAÚDE

1. A institucionalização da regulação no setor da saúde

Com a implementação das reformas previstas para o setor da saúde tornou-se evidente a necessidade de instituir um sistema de regulação, que prevenisse as consequências desfavoráveis da introdução de uma lógica de mercado e interesses privados na prestação do serviço público de saúde. Nesse sentido, verificou-se que não era apenas o setor privado que carecia de regulação mas também os serviços integrados no SNS, que passaram a obedecer a uma lógica empresarial e até mesmo de gestão privada, deixando de estar sujeitos ao comando direto (comand-and-control) do Ministério da Saúde.

[168] Neste sentido, vide NUNES, Rui. Vida Económica, Regulação da Saúde, Porto, 2005, pág. 190 ss.

No setor da saúde, as transformações introduzidas no SNS e, em termos gerais, no Sistema de Saúde Português demandam uma regulação capaz de garantir os direitos e os princípios inerentes a este serviço público, nomeadamente o direito de acesso à prestação de cuidados de saúde, os princípios da universalidade, igualdade e equidade no acesso à prestação de cuidados de saúde, a qualidade e a segurança na prestação de cuidados de saúde, bem como os princípios da continuidade dos serviços prestados e da sua permanente atualização física, técnica, científica e humana. Ou seja, uma regulação distinta da clássica regulação político-legislativa e administrativa, que se pautasse por critérios técnicos, independente e neutra em relação às orientações políticas

Não surpreendeu, portanto, que as políticas governamentais, orientadas para a implementação das referidas reformas da gestão do SNS, ditassem a criação de um novo organismo regulador independente para os serviços públicos de saúde.

As primeiras referências oficiais à criação de um organismo regulador dedicado ao sector da saúde resultaram de dois instrumentos legislativos, concretamente do Decreto-Lei n.º 185/2002, relativo às parcerias público-privadas (PPP)[169] e o Decreto-Lei n.º 60/2003, de 1 de abril[170], atinente aos cuidados primários de saúde.

Anteriormente a estes diplomas, o XV Governo Constitucional reconheceu a necessidade de uma autoridade reguladora específica para esse sector, prescrevendo no seu programa a "… criação de uma entidade reguladora, com natureza de autoridade administrativa independente, que enquadre a participação e atuação dos operadores privados e sociais no âmbito da prestação dos serviços públicos de saúde assegurando os respetivos níveis de desempenho[171]".

---

[169] Estabelecia o artigo 37.º daquele diploma legal que "as actividades desenvolvidas no âmbito das parcerias público-privadas 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".

[170] Decorria do citado texto legal, concretamente do artigo 31.º 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".

[171] A ERS foi anunciada na Assembleia da República em Janeiro de 2003, durante uma sessão parlamentar, a propósito de um debate sobre a transformação de um conjunto de hospitais do Serviço Público Administrativo (SPA) em sociedades anónimas, seguindo-se, durante esse ano, a discussão pública sobre a necessidade de um tal organismo regulador independente no setor da saúde, as vantagens inerentes e as diferenças face à regulação já existente. Segundo refere Rui Nunes, o debate público e político ocorrido gerou a falsa impressão na sociedade que a regulação na saúde era uma inovação portuguesa, visto que não se cuidou de conhecer as práticas de entidades reguladoras dedicadas à saúde já existentes noutros países europeus. Vide, NUNES, Rui. Ob. cit., pág. 62 ss.

É no contexto das transformações e das novas exigências de regulação que surge a criação de um organismo regulador[172]. Por Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de dezembro[173], foi constituída uma autoridade administrativa independente, dedicada ao setor da saúde, a Entidade Reguladora da Saúde, dotada de todas as características das autoridades reguladoras independentes, que já existiam noutros setores, nomeadamente autonomia administrativa, patrimonial e financeira (financiada por contribuições dos próprios regulados), inamovibilidade e independência dos reguladores, ainda que dependente de tutela ministerial do Ministério da Saúde e das Finanças quanto à aprovação ou autorização de determinados atos de cariz financeiro e patrimonial.

As principais características desta autoridade centraram-se (i) na opção do legislador por um modelo de regulação direcionado para o comportamento dos regulados, atribuindo, especificamente, as tarefas de definição da orientação estratégica e das políticas do setor ao Governo, reservando a função de regulação "secundária" e de supervisão técnico-administrativa e económica para esta entidade[174]; (ii) na independência orgânica e funcional dos membros; (iii) nas garantias de independência do regulador face aos regulados, através da definição de um regime de incompatibilidades e períodos de quarentena; (iv) na definição de mecanismos de responsabilização pública pela transparência, procedimentalização e fundamentação das decisões, publicitação de relatório de atividades.

Com o estabelecimento deste diploma legal iniciou-se um novo ciclo de regulação dos setores público, privado e social[175].

---

[172] A criação dessa nova entidade foi precipitada quando o então Presidente da República, Jorge Sampaio, condicionou a promulgação do diploma relativo à rede de prestação dos cuidados primários de saúde à prévia fundação daquele organismo regulador.

[173] A autoria material do projeto de Decreto-Lei coube a Vital Moreira; no preambulo o A. enuncia as razões da sua criação, invocando a participação acrescida e diversificada de operadores sociais e privados, integrados nas redes nacionais de cuidados primários, hospitalares e continuados, a gestão tipo empresarial das unidades hospitalares públicas, as parcerias publico-privada. Atentas essas características, anota o que o sistema de regulação e supervisão deve assentar na separação da função do Estado como regulador e supervisor em relação às suas funções de operador e de financiador e na atribuição de poderes de independência ao organismo regulador.

[174] Deste modo, é opinião geral, que a separação entre regulação e política de saúde assegura a neutralidade da gestão reguladora, isenta de critérios políticos no processo de decisão, permitindo a prossecução do interesse público, assente numa lógica técnica e garantindo uma maior transparência e estabilidade dessa atividade.

[175] Segundo Nunes, a criação da ERS resultou de uma mudança contextual no âmbito do sistema da saúde, motivada pela introdução de mecanismos de mercado, empresarialização, aplicação de instrumentos de gestão privada, parcerias público-privadas, contratualização com novos operadores, bem como pelas transformações estruturais que determinaram a regulação. Vide, NUNES, Rui. *Ob. cit.* pág. 225.

2. As autoridades administrativas independentes europeias

O modelo de regulação independente dedicado ao sector da saúde tem sido reconhecido em alguns países europeus. Contudo, a regulação em saúde é, em grande parte, exercida por estruturas da administração pública dependentes dos governos nacionais, regionais, ou locais, consoante o nível de organização do sistema de saúde.

Um dos modelos de regulação dedicada ao sector da saúde é o Escocês, Scottish Commission for the Regulation of Care, cujas atividades compreendem o registo dos operadores, de inspeção da qualidade dos serviços e tratamento de queixas dos utentes.

Na Inglaterra, a regulação é assegurada por um organismo independente, a Care Quality Commission, dedicado aos cuidados de saúde e serviços sociais, circunscrevendo-se as suas atribuições ao registo de prestadores de cuidados de saúde e serviços sociais, à garantia da qualidade dos cuidados, à inspeção e monitorização de todos os serviços de saúde e sociais, à avaliação do desempenho desses serviços e à prestação de informação ao público sobre a qualidade dos serviços.

A Haute Autorité de Santé, entidade pública independente Francesa, dispõe de um leque de atribuições centradas no reembolso das prestações de saúde, na certificação/acreditação de estabelecimentos de saúde e na avaliação dos serviços e dos cuidados sanitários.

O sistema de regulação alemão baseia-se sobretudo na auto-regulação, sendo as suas funções relativas à regulação económica e à regulação da qualidade distribuídas por diversas entidades.

A regulação da saúde na Holanda está distribuída por três entidades com algum grau de independência, que regulam a prestação dos cuidados de saúde, o mercado dos seguros e os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde.

Na Irlanda do Norte a regulação está conferida a um organismo regulador independente, responsável pela monitorização e fiscalização da qualidade dos cuidados de saúde e sociais, bem como do registo e inspeção dos serviços de cuidados de saúde.

A análise comparatística dos vários organismos reguladores permite-nos concluir que o modelo de regulação português assemelha-se aos modelos de regulação do Reino Unido e da Holanda, onde a regulação é realizada por entidades independentes do Governo que assumem um papel fulcral na regulação dos estabelecimentos

prestadores de cuidados de saúde, na avaliação da qualidade e desempenho, no registo dos mesmos e na disponibilização de informação ao público sobre os serviços prestados.

3. O que regula a autoridade administrativa independente dedicada ao setor da saúde

Atendendo ao acabado de expor, compete-nos apreciar o que se regula no sistema de saúde português. A análise que aqui nos propomos toma por reflexão o regime contemplado no Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de dezembro, deixando-se para momento posterior a análise do objeto da regulação ao abrigo do atual regime jurídico que conforma o exercício da sua atividade.

Em momento anterior à criação de uma entidade reguladora independente dedicada ao setor da saúde, a regulação era assegurada por mecanismos próprios inerentes a esse setor de atividade. O Ministério da Saúde, direta ou indiretamente[176], através de entidades diversas entidades exercia o controlo sobre as instituições integradas no SNS, um controlo de cariz económico, incidindo sobre a determinação dos preços, a capacidade instalada, mas também social, através da implementação de programas de qualidade e de segurança, do direito de reclamação e do direito de acesso.

De igual modo, as ordens profissionais exerciam um poder inspetivo sobre a atividade desenvolvida em moldes liberais, mormente no que respeita aos aspetos técnicos e deontológicos. E, a regulação era, necessariamente, exercida através de mecanismos de controlo transversal, como são o Tribunal de Contas, o Provedor de Justiça e a Autoridade da Concorrência.

Originariamente, a regulação da capacidade instalada no setor de saúde português não foi conferida à ERS mas a organismos integrados no MS, aos quais competia delinear os programas de investimento de novas infraestruturas, o volume de investimento e limite razoável, a tipologia de organizações no que toca ao setor público. E o mesmo se verificou ao nível do setor privado de prestação de cuidados de saúde, já que o licenciamento destas unidades competia, exclusivamente, a organismos dependentes daquele ministério, referimo-nos às Administrações Regionais de Saúde

[176] Destacamos a Administração Central dos Sistemas de Saúde, I.P., a Direção-Geral da Saúde, a Inspeção-Geral das Atividades em Saúde e as Administrações Regionais de Saúde.

(ARS). Na verdade, a atividade da ERS, ao abrigo daquele diploma, encontrava-se circunscrita à pronúncia e emissão de recomendações, a pedido do Governo, sobre contratos que envolvessem atividades de conceção, construção, financiamento, conservação ou exploração de estabelecimentos, reconduzindo-se a sua atuação a funções meramente consultivas, bem como à verificação do cumprimento dos requisitos legais. Não cabendo neste âmbito um poder decisório originário da ERS de criar ou limitar a capacidade dos mesmos, situando a sua atuação numa dimensão *ex post*.

A regulação dos preços tem sido exercida por poucos organismos do MS, não tendo o legislador atribuído qualquer competência regulatória à ERS nesta matéria[177].

A regulação da qualidade apresenta-se enquanto objetivo da regulação da ERS, transversal ao setor público, privado e social, encontrando-se tal fundamento no facto de a qualidade ser um elemento essencial para aferir da relação custo-benefício e para obtenção de ganhos em saúde. Nesta matéria, foi conferido à ERS um papel de mero provedor da qualidade, circunscrevendo a sua atividade à avaliação da qualidade e acompanhamento das obrigações atinentes à acreditação dos prestadores, relegando-se a definição e afixação de critérios de avaliação da qualidade para a disponibilidade de entidades terceiras. Não obstante, a ERS, na prossecução das suas atribuições, desenvolveu e implementou um Sistema Nacional da Avaliação da Qualidade dos Serviços de Saúde (SINAS)[178], assente num conjunto de indicadores de avaliação alicerçados em esquemas utilizados por entidades internacionais com competência nesta matéria.

A regulação da informação assume primordial destaque na esfera da atuação da ERS, tendo sido considerada no seu próprio objeto. Igualmente, considerou o legislador

---

[177] Restando-lhe, apenas, em matéria de defesa dos direitos e interesses legítimos dos utentes, zelar pelo respeito os preços administrativamente fixados ou convencionados, sem que lhe fosse conferido qualquer poder sancionatório para o efetivo cumprimento dos mesmos.

[178] No decurso do ano de 2004, a ERS já havia concebido uma estrutura de observação da qualidade, cuja finalidade assentou na disponibilização, a todas as partes interessadas, de uma análise precisa e independente do sistema da qualidade em saúde, concretamente de todo o SNS, na ótica de projetos de acreditação e/ou certificação. Contudo, tais intentos não foram alcançados em virtude das condicionantes vivenciadas.
Vide http://www.ers.pt/uploads/document/file/32/Relat_rio_de_actividade_regulat_ria_ERS_2004.pdf
O SINAS baseia-se num sistema de *ratings* (entendendo-se por rating a comparação dos resultados obtidos - para os indicadores implementados - de um dado prestador face a um valor de referência), com o fim de proporcionar ao público em geral um conhecimento simplificado, transparente e objetivo da qualidade dos serviços a obter nos diversos prestadores de cuidados de saúde. Os princípios orientadores daquele sistema em três grandes áreas: a melhor informação sobre a qualidade do sistema de saúde, a melhoria contínua dos cuidados prestados e o incremento da capacidade de escolha pelo utente, e o objetivo final na avaliação das instituições de acordo com o cumprimento de níveis de qualidade em função de determinados parâmetros.

que a qualidade da informação disponibilizada é fulcral para a viabilidade do exercício dessa mesma regulação. Resultando a mesma de várias disposições do seu diploma instituidor, nomeadamente quanto à defesa dos direitos e interesses dos utentes, à garantia da concorrência entre os operadores, aos objetivos associados à liberdade de escolha, ao combate das práticas de indução artificial da procura, à garantia da qualidade, às obrigações dos prestadores quanto à informação e ao registo público das entidades. Deste modo, no âmbito das suas atribuições, aquela entidade reguladora, reconhecendo que o conhecimento do universo dos regulados é uma condição essencial para o exercício cabal das funções de regulação, supervisão e acompanhamento da atividade dos estabelecimentos, instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde, desenvolveu um mecanismo de registo público dos seus regulados, justificado não só no interesse público mas também no interesse do próprio regulado, visto que parte da informação prestada é divulgada no sítio da internet, constituindo, desse modo, uma forma de reconhecimento público do regulado e um fator de segurança e informação para os utentes.

A regulação do acesso está, de igual modo, patenteada entre as incumbências da ERS, assumindo um papel preponderante na prevenção das falhas de mercado verificadas no setor da saúde. Neste âmbito tem desenvolvido mecanismos de controlo e monitorização, tendo em vista a prevenção e o combate de práticas de indução artificial da procura de cuidados de saúde, assegurar o respeito da liberdade de escolha nas unidades privadas de saúde e detetar práticas sistemáticas de seleção de doentes, que prejudiquem a garantia de acesso universal e equitativo dos utentes aos cuidados de saúde. Consubstanciando-se tais atuações na emissão de recomendações[179] e pareceres[180], no desenvolvimento de um projeto de acompanhamento e monitorização das listas de espera em cirurgia[181], na realização de estudos vários que permitem a deteção e análise sistemática de desigualdades no acesso aos serviços de saúde, através

[179] Destacamos a recomendação dirigida pela ERS aos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde do SNS, às Administrações Regionais de Saúde e à Administração Central do Sistema de Saúde, I.P. sobre o acesso sobre o sistema Consulta a Tempo e Horas (CTH). Vide http://www.ers.pt/pages/41

[180] A título de exemplo citamos o parecer referente ao projeto de "Regulamento Geral de Acesso ao Transporte não Urgente no âmbito do Serviço Nacional de Saúde". Vide http://www.ers.pt/pages/41

[181] Com o objetivo de analisar os motivos de ordem estrutural, organizacional e políticos subjacentes e estudar a implementação de instrumentos aptos a otimizá-las.

da caracterização da rede de oferta de serviços de diversas valências[182], na monitorização de práticas de transferência e referenciação, possibilitando a verificação de eventuais práticas de rejeição discriminatória de utentes[183], sem descurar o sancionamento das condutas que constituem ilícito contraordenacional.

A salvaguarda dos direitos dos utentes é também uma das vertentes da regulação acometida à ERS. Neste âmbito a regulação assumida por aquele organismo pode assemelhar-se à típica função de provedoria do utente. Desde logo, ao nível da defesa dos direitos dos utentes e na garantia da observância dos níveis de qualidade e segurança são utilizados mecanismo de controlo que, por um lado, facilitam o diálogo entre utentes e regulados, tendentes à identificação de problemas concretos e no desencadear dos procedimentos necessários à sua resolução[184] e, por outro, permitem reconhecer as dificuldades do sistema de saúde e das áreas que exigem uma análise mais aprofundada. Apresentando-se aqui o regulador com vestes de "mediador", ou seja, um terceiro imparcial que, mediante a adoção de um procedimento simplificado entre as partes identifica os pontos de conflito, tendo em vista a sua resolução.

4. Os primeiros anos da regulação independente

Tendo sido criada pelo Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, a ERS veio a conhecer um âmbito de atuação muito mais alargado do que aquele que tinha sido concebido no Programa do XV Governo, ou seja, afeto à participação e atuação de operadores privados e sociais no âmbito da prestação de serviço público de saúde.

Esta afirmação decorre, desde logo, dos considerando do preambulo do citado diploma legal. Aí consignou o legislador que, encontrando-se definida a intervenção de uma entidade reguladora setorial para o sistema de saúde, no que respeita a situações de participação ou cooperação de entidades privadas ou sociais no âmbito do serviço público de saúde, "cabe, igualmente, determinar a sua intervenção no âmbito de outras

[182] Neste âmbito a ERS realizou um conjunto de estudos sobre o acesso aos serviços de medicina física e reabilitação, cardiologia, cuidados de saúde primários. Vide http://www.ers.pt/pages/41

[183] Destacando-se o estudo relativo à esclerose múltipla ou descolamento de retina – Consultar o sítio da internet http://www.ers.pt

[184] Contudo, existem situações em que a especial gravidade do assunto ou os indícios de práticas suscetíveis de configurarem um tipo de ilícito contraordenacional implicam que aquela entidade lance mão de procedimentos administrativos específicos.

formas institucionais de organização do serviço público de saúde, ou mesmo para além dele, com inclusão dos sectores privado e social da área da saúde". Concluindo ser necessário estender a ação da entidade reguladora a todos os subsetores da saúde, porquanto em todos eles se verificam problemas de regulação em áreas fundamentais relativas à garantia da equidade e ao acesso dos utentes aos cuidados de saúde, ao cumprimento dos requisitos de qualidade e à garantia de segurança e dos direitos dos cidadãos.

Ora, como referimos anteriormente a ERS constituiu-se enquanto entidade reguladora independente, tendo por objeto a regulação, supervisão e acompanhamento da atividade dos estabelecimentos, instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde.

A independência desta entidade reguladora encontra assento no regime de inamovibilidades, incompatibilidades e impedimentos conferidos aos titulares dos órgãos reguladores (independência orgânica), na imparcialidade na tomada de decisões, determinando-se que aqueles não estão sujeitos ao cumprimento de instruções, ordens e diretivas do Estado (independência funcional) e na autonomia financeira e patrimonial que a caracteriza.

De igual modo, dando cumprimento aos ensinamentos doutrinários e às exigências constitucionais que se impõem à legitimação das entidades reguladoras, o legislador fez constar no estatuto jurídico da ERS um conjunto de procedimentos atinentes a *accountability publica*. Referimo-nos à transparência, procedimentalização, publicitação e fundamentação dos seus atos, à divulgação dos planos, orçamentos, relatórios de atividades e de contas e dos instrumentos regulatórios em vigor.

Tendo em vista a prossecução da atividade regulatória, o enunciado estatuto jurídico veio consagrar um conjunto de atribuições, sob a alçada daquela entidade, que compreendem a regulação e supervisão da atividade 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 sentido da prossecução das atribuições acometidas, o legislador determinou como objetivos específicos da ERS assegurar o direito de acesso universal e igual a

todas as pessoas ao serviço público de saúde, garantir adequados padrões de qualidade dos serviços de saúde e assegurar os direitos e interesses legítimos dos utentes.

Para alcançar tais objetivos, a ERS lança mão de um conjunto alargado de instrumentos de regulação, de aplicação comum a todos os seus regulados, independentemente da respetiva natureza ou forma de gestão. Pautando-se a sua atuação, por um lado, através de estratégias de cooperação (*compiance*) com os regulados, tendo em vista o alcance dos objetivos por si tratados e, por outro, de estratégias autoritárias (*deterrence*), impondo as suas regras e sancionando os regulados[185], sendo umas complementares das outras.

Para o efeito, o legislador acometeu à ERS um conjunto de poderes típicos caracterizadores das autoridades administrativas independentes, ou seja, poderes regulamentares, de supervisão e sancionatórios.

A análise superficial do regime jurídico da ERS pode levar o intérprete a subsumir esta entidade na categoria das chamadas autoridades reguladoras fortes, ou seja, aquelas que dispõem de competências efetivas compreendidas na função de administração ativa, exercem funções administrativas e dispõem de um regime de independência em relação aos órgãos de soberania.

Contudo, o regime jurídico previsto no Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, apresentou um conjunto de deficiências, quer ao nível da técnica legislativa, quer ao nível do âmbito de atribuições e objetivos fixados, quer no que respeita à extensão dos poderes regulamentar e sancionatório, e, nesse sentido, condicionou a atividade da ERS, aproximando-a de um modelo de *soft regulation*[186], próximo do modelo de provedoria.

---

[185] Neste sentido descreve Rui Nunes enquanto principais estratégias regulatórias de saúde que conformam a intervenção da ERS os modelos de *compiance* e *deterrence*, os quais não são excludentes um do outro bem pelo contrário. Acrescenta que podem e devem ser combinados, consoante a estratégia prosseguida, denominando-se esta ação combinada como modelo regulação reativa. Vide NUNES, Rui. Vida Económica, Regulação da Saúde, Porto, 2005, pág. 238 ss.

[186] Sobre as autoridades administrativas independentes fracas vide CARDOSO, Lucas. Autoridades Administrativas Independentes… Ob. cit., pág. 391 ss.

5. As deficiências e fragilidades da regulação independente

O trajeto percorrido pela ERS não foi realizado de forma linear, conheceu vários obstáculos e experimentou circunstancialismos que colocaram em causa a sua continuidade.

Na prática, vários foram os constrangimentos que se colocaram à ERS, desde logo adversas condições infraestruturais no início da atividade, que impediram a adoção de um papel mais proactivo no sistema de saúde[187], e algumas reações de alguns parceiros sociais[188], com opiniões críticas a respeito do projeto da ERS e da sua independência.

Mas a necessidade da reestruturação do modelo de regulação em saúde não teve origem apenas nos constrangimentos evidenciados, outras razões se encaminharam em ordem a tal concretização.

Numa primeira razão de ordem, apontamos o concurso de poderes de regulação dispersos por outras entidades da Administração Pública da saúde, designadamente a Inspeção Geral das Atividades em Saúde (IGAS)[189], as ARS´s[190], a DGS[191], o Instituto da Qualidade em Saúde (IQS)[192], o Observatório Português dos Sistemas de Saúde (OPSS)[193] e a Administração Central do Sistema de Saúde, I.P. (ACSS)[194]. Deste modo,

---

[187] Entre as adversidades conta-se a falta de condições físicas e humanas mínimas para o exercício da atividade, que só se concretizaram no início de 2005 e as demissões dos membros do Conselho Diretivo. *Vide* plano de atividades da ERS, ano de 2006, http://www.ers.pt/actividades/relatorio-de-actividades

[188] Nomeadamente a Ordem dos Médicos e a Ordem dos Farmacêuticos.

[189] Decreto-Lei n.º 275/2007, de 30 de julho, revogado pelo Decreto-Lei n.º 33/2012, de 13 de fevereiro. Este organismo tem por missão assegurar o cumprimento da lei e elevados níveis técnicos de atuação em todos os domínios da prestação dos cuidados de saúde.

[190] A lei orgânica instituída pelo Decreto-Lei n.º 222/2007, de 29 de maio, e posteriormente revogada pelo Decreto-Lei n.º 22/2012, de 30 de janeiro, consignou que as ARS, I. P. têm por missão garantir à população da respetiva área geográfica de intervenção o acesso à prestação de cuidados de saúde de qualidade e fazer cumprir o Plano Nacional de Saúde na sua área de intervenção.

[191] A DGS nos termos do Decreto Regulamentar n.º 66/2007, de 29 de maio, absorveu as funções que antes cabiam ao Instituto da Qualidade. Posteriormente, veio a ser criado o Departamento da Qualidade na Saúde (DQS), pela Portaria n.º 155/2009, de 10 de fevereiro, passando a DGS a assumir o papel de principal coordenador da Estratégia Nacional para a Qualidade na Saúde. Competindo ao DQS criar um Programa Nacional de Acreditação em Saúde, baseado num modelo de acreditação sustentável e adaptável às características do sistema de saúde português.

[192] Criado nos termos da Portaria n.º 288/99, de 27 de abril, e extinto pelo Decreto-Lei n.º 212/2006, de 27 de Outubro. Este organismo tinha por missão a definição e o desenvolvimento de normas, estratégias e procedimentos visando a melhoria contínua da qualidade na prestação dos cuidados de saúde.

[193] Os principais objetivos resumem-se à análise prospetiva da evolução do sistema de saúde português, à divulgação da mesma junto de todos os interessados; a constituir e melhorar uma base de conhecimentos sobre a gestão da saúde; ao reforço das relações de trabalho com outras instituições e projetos Europeus similares, sobretudo com o Observatório Europeu de Sistemas de Saúde.

inexistindo uma definição clara de mecanismos que prevenissem a ocorrência de conflitos positivos e negativos de regras de regulação, impunha-se o esclarecimento do papel da ERS enquanto regulador da saúde, quanto à delimitação dos contornos da sua atividade, da clarificação das suas atribuições em face dos prestadores e utentes de cuidados de saúde e das suas competências.

Numa segunda ordem, anotamos que a tarefa mais difícil da atividade deste organismo regulador residiu no desenvolvimento de regras a aplicar ao sistema de saúde, de acordo com as atribuições, e o objeto que legalmente lhe foram acometidos. Nos primeiros anos da sua existência, as previsões constantes do quadro legal mostraram-se suficientes para o acompanhamento, monitorização e controlo da atividade a que a ERS se propôs. Contudo, a análise pormenorizada do enquadramento legal deixou, por um lado, transparecer que o modelo regulador apresentava deficiências ao nível da regulação económica, praticamente inexistente, dos poderes regulamentares e sancionatórios, bem como ao nível da falta de clareza de objeto e a confusão entre objetivos e atribuições. E por outro, a evolução e a nova conformação do sistema de saúde demandavam uma intervenção regulatória mais abrangente, nomeadamente ao nível da regulação económica e a atribuição de poderes adequados à prossecução da atividade. Implicando, nesse sentido, uma remodelação do regime jurídico daquela entidade reguladora, quer do ponto de vista da conformação da sua atuação, enquanto organismo regulador independente, quer das suas atribuições[195].

Outros problemas colocados em evidência assentavam, desde logo, na delimitação do âmbito subjetivo da atuação da ERS, ou seja, das entidades sujeitas à sua regulação, visto que casos havia que não permitiam concluir, com certeza, sobre a existência dessa obrigação. E no paradoxo decorrente das regras aplicáveis ao registo das entidades reguladas, dado que resultava da sua interpretação que tal procedimento

---

[194] Nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 219/2007, de 29 de maio, a ACSS dispõem de atribuições transversais a todas as áreas da saúde, mantendo a mesma configuração com a aprovação da nova lei no ano de 2012.

[195] Em sentido idêntico, o Tribunal de Contas veio dar conta que a ERS tal como foi concebida "apresenta uma missão demasiado vasta, pouco objetiva e pouco responsabilizadora". Indo mais longe, acrescenta que "para a prossecução desta missão, o diploma que a criou permite, pouco mais, do que a emissão de recomendações e diretivas, limitando o poder executivo desta entidade". Considerando, ainda que "o quadro legal que, emoldura a atuação da ERS apresenta, pois, uma desadequação entre os objetivos, considerados demasiado amplos, e os instrumentos disponíveis, demasiado restritos". Concretamente a interpretação e a aplicação dos normativos constantes dos artigos 3.º, artigo 6.º e art. 25.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, evidenciam alguns problemas resultantes da utilização de conceitos diferentes. Cfr. Relatório do Tribunal de Contas n.º 1/2008, 2.ª Secção 8.

apesar de obrigatório era voluntário, uma vez que a entidade que não cumprisse essa obrigação legal estava apenas sujeita ao competente processo contraordenacional mas não existia qualquer procedimento ou instrumento legal, na disponibilidade da ERS, que determinasse o seu cumprimento[196].

A acrescer, ao que temos anotado, registava-se um défice de poderes regulamentares e sancionatórios acometidos à ERS para prossecução das suas atribuições. O poder regulamentar[197], que se afigura nuclear na prossecução de uma atividade reguladora independente, não existia enquanto tal, visto que os poderes conferidos pelo legislador ao organismo regulador circunscreviam-se a meras recomendações e diretivas de caracter genérico e a um dever de salvaguarda de regulamentos produzidos por terceiros. E, ao nível dos poderes sancionatórios, o quadro legal apresentava um parco elenco de contraordenações, que contrastava com a amplitude das atribuições conferidas pelo legislador, e a inexistência de um elenco, ainda que exemplificativo, de medidas provisórias, que pudessem ser tomadas por aquela no âmbito da sua atuação. Nesse sentido, o reforço desses poderes tornava-se primordial, nomeadamente pela ampliação da tipificação legal de infrações praticadas no mercado de saúde, suscetíveis de serem sancionadas pelo regulador.

Perfilando-se a regulação económica enquanto um dos objetivos a percorrer no setor da saúde, a delimitação da atuação da atividade reguladora a funções meramente consultivas e a ausência de atribuições claras e precisas, nesta matéria, colocavam em equação a independência desse organismo. Neste âmbito, a atuação da ERS circunscrevia-se à emissão de pareceres não vinculativos a pedido do Governo, sobre as parcerias público-privadas ou outros modelos de gestão subjacente à prestação de cuidados de saúde, acordos, contratos e convenções subjacentes ao regime das convenções, requisitos e regras de licenciamento das unidades privadas de saúde e regras relativas ao exercício da atividade seguradora por entidades a explorar o ramo doença.

---

[196] O que, por um lado, levava as entidades furtarem-se a essa obrigação e, por outro, a questionar a própria existência da entidade reguladora.

[197] Não obstante a inexistência de reais poderes regulamentares, entendido como o poder decorrente da função administrativa de emitir regulamentos complementares, execução e até mesmo independentes no âmbito da sua atuação, a lei orgânica consagrou um conjunto de procedimentos que devem ser respeitados na elaboração de regulamentos com eficácia externa.

No âmbito da concorrência, o legislador consignou como incumbência da ERS, promover o respeito pela livre concorrência entre os operadores nas atividades sujeitas à sua regulação e a cooperação entre a ERS e a AdC, em cumprimento dos deveres legais de colaboração[198-199] existentes. Deste enunciado resulta que, não obstante as atribuições residuais em matéria de concorrência conferidas pelo legislador, a atividade da ERS era diminuta cingindo-se a mero colaborador da AdC.

De igual modo, a função de controlo típica e inerente à regulação do funcionamento dos estabelecimentos dos regulados não resultava de forma óbvia do estatuto regulador da ERS, constituindo uma menos-valia em termos de afirmação das atribuições daquela entidade.

A necessidade de o regulador independente dispor de um organismo composto por representantes de várias áreas que integram o setor da saúde e participe na definição das linhas gerais de atuação da ERS e nas suas decisões apresentava-se, igualmente, como um obstáculo ao exercício efetivo da participação dos interessados e à legitimação da própria atividade.

6. A reestruturação do modelo da regulação independente

Todo este panorama apontava para a necessidade da reestruturação do modelo regulatório da ERS, visando suprir as deficiências do respetivo estatuto, mediante a aclaração das suas atribuições e do âmbito de regulação, o incremento de poderes sancionatórios, a consagração de verdadeiros poderes regulamentares e as condições de legitimação pública.

Na verdade, apesar de o papel da ERS ser criticável, era indiscutível a necessidade de um organismo regulador independente no contexto de um sistema misto de saúde, caracterizado pelo domínio de um sector público em complementaridade e concorrência com um sector privado e social. Resultando essa necessidade das reformas operadas ao nível do sistema de saúde e das respetivas políticas implementadas,

[198] Com efeito, a AdC dispõe de instrumentos próprios para a prossecução das suas atribuições, atuando numa perspetiva *ex post*, e à ERS, enquanto entidade setorial, compete acautelar e promover, numa perspetiva *ex ante*, o melhor funcionamento dos mercados sob sua regulação.

[199] O controlo comportamental das empresas é realizado através da aplicação de normas proibitivas de certas condutas lesivas da concorrência. Este controlo, de índole estritamente sancionatória, é assegurado *ex post* e visa punir os comportamentos ilícitos, isto é, violadores dos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (Lei da Concorrência).

conducentes de uma maior dispersão e conflitos de interesses e assimetrias de relações entre os diversos atores que conformam a prestação de cuidados de saúde[200]. Desse modo, os fins da regulação independente deviam estar em sincronia com os princípios e missão ética do sistema de saúde e com a estratégia política implementada. Ou seja, no âmbito da sua atuação, deveria a ERS dispor poderes adequados e lançar mão de mecanismos de acompanhamento, monitorização e controlo que permitissem identificar os fracassos de mercado no sector e intervir, bem como proceder à caracterização dos domínios de atuação pública e privada, identificar as situações de falta de transparência nas relações económicas e administrativas ou falhas da própria atuação pública e assumir um papel de maior relevo no âmbito das relações contratuais da prestação.

Nesse sentido, atendendo aos ditames proclamados no programa constitucional[201] e às políticas em matéria de saúde aí previstas, a revisão estatutária levada a efeito em 2009, através do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, teve a virtude de recuperar aspetos do projeto inicial elaborado por Vital Moreira. Entre as alterações substantivas importa destacar a criação de um conselho consultivo, como instância de participação institucionalizada dos sectores interessados, a delimitação mais rigorosa das atribuições e poderes, tornando-os mais claros e coerentes, a atribuição de funções de regulação económica do sector e a definição e ampliação dos poderes sancionatórios.

A análise comparada da nova lei orgânica e a lei anterior denota que a presente introduziu alterações substanciais ao nível da técnica legislativa, clarificando e corrigindo algumas das deficiências do regime precedente, ao nível da amplitude do âmbito da atuação da ERS, das atribuições e objetivos relativos ao exercício da atividade e funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde e em matéria da regulação económica e da defesa da concorrência, verificando-se neste caso uma franca colaboração com a AdC.

---

[200] Efetivamente, as políticas delimitadas para a saúde proclamavam o aumento de ganhos em saúde dos portugueses, o reforço dos mecanismos de planeamento estratégico dos mercados, a melhoria do acesso e o reforço da qualidade e controlo do crescimento da despesa do SNS.

[201] O XVII Governo Constitucional assumiu o compromisso de adaptar a ERS ao desempenho de funções de regulação da económica na saúde e dotá-la dos meios e competências necessárias. E determinou que o modelo de regulação independente da saúde deveria continuar a inserir-se numa lógica de um modelo de regulação independente, compreendida no quadro da discricionariedade técnica e conformada pelos princípios da legalidade, imparcialidade, igualdade e a prossecução do interesse público.

Este novo diploma legal estabelece como objeto da ERS a regulação da atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, delimitando-se o âmbito subjetivo da regulação a todos os estabelecimentos do setor público, privado e social, independentemente da sua natureza jurídica, nomeadamente hospitais, clínicas, centros de saúde, laboratórios de análises clínicas, termas e consultórios. A redefinição do conceito de regulado permitiu concretizar a disparidade de entidades previstas no anterior diploma legal, permitindo uma delimitação concisa daqueles que estão sujeitos à regulação.

a) As atribuições e os objetivos

O novo diploma determina, de forma clara e concisa, as atribuições da ERS, estabelecendo que as mesmas compreendem a supervisão da atividade e funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde no que respeita ao cumprimento dos respetivos requisitos de exercício de atividade e funcionamento, à garantia dos direitos de acesso aos cuidados de saúde e demais direitos dos utentes e à legalidade e transparência das relações económicas entre os diversos operadores, entidades financiadoras e utentes[202].

De igual modo, aquele diploma legal consagrou, expressamente, enquanto objetivos da ERS velar pelo cumprimento dos requisitos do exercício da atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, o que lhe permite ter uma palavra em matéria do licenciamento das unidades privadas de saúde, seja através da emissão de pareceres ou recomendações sobre esses requisitos, seja pela monitorização e controlo e sancionamento do incumprimento dos mesmos. Efetivamente, este objetivo e respetivas incumbências configuram um novo âmbito de atuação da ERS em matéria de regulação da capacidade instalada, que encontra apoio no regime jurídico a que ficam sujeitos a abertura, a modificação e o funcionamento das unidades privadas de serviços de saúde[203], implicando, desse modo, a intervenção da ERS no processo de licenciamento das unidades privadas de saúde. Ainda, no que respeita à capacidade instalada, o novo diploma legal impõe que os contratos de concessão e gestão e outros que envolvam

[202] Nesse sentido o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 279/2009, de 6 de outubro, determina que a abertura ou funcionamento de uma unidade privada de serviços de saúde depende da obtenção de licença emitida pela administração regional de saúde (ARS) territorialmente competente e do registo na ERS, conferindo a esta última competência para instaurar processos de contraordenação, aplicar coimas e as sanções acessórias.
[203] Leia-se o Decreto-Lei n.º 279/2009, de 6 de outubro.

atividades de conceção, construção, financiamento, conservação ou exploração de estabelecimentos ou serviços de saúde sejam alvo de parecer da ERS[204].

À semelhança do regime anteriormente instituído, o novo diploma consagra como objetivo da atividade reguladora da ERS o dever de assegurar o cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde nos termos da Constituição e da lei[205]. Deste novo regime ressalta uma diferença significativa visto que o diploma anterior balizava a atividade da ERS ao acesso aos cuidados de saúde do sector público e o presente ao consagrar que é objetivo da atividade reguladora "assegurar o cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde, nos termos da Constituição e da lei" abrange tanto o sector público como o sector privado e social.

Na prossecução do objetivo garantir os direitos e interesses legítimos dos utentes, incumbiu a ERS de: monitorizar as queixas e reclamações dos utentes e o respetivo seguimento dado pelos operadores, destacando-o enquanto mecanismo de acompanhamento, monitorização e controlo da atividade e dos problemas inerentes ao setor da saúde; promover um sistema de classificação dos estabelecimentos de saúde quanto à sua qualidade global[206], de acordo com critérios objetivos e verificáveis, incluindo os índices de satisfação dos utentes, atividade que já havia sido experimentada e desenvolvida ao abrigo do anterior diploma legal; verificar o não cumprimento da

---

[204] Relativamente a este último aspeto, a ERS desenvolveu um estudo designado "A carta hospitalar", abrangendo diversas especialidades (a medicina interna, cirurgia geral, neurologia, pediatria, obstetrícia e infeciologia), que identificou um conjunto de unidades hospitalares que deveriam ou não prestar a especialidade em causa, atentas as diferentes tipologias hospitalares.

[205] Estabelecendo que na prossecução da garantia do acesso a esses cuidados incumbe à ERS assegurar o direito de acesso universal e equitativo aos serviços públicos de saúde ou publicamente financiados, prevenir e punir as práticas de rejeição discriminatória ou infundada de pacientes nos estabelecimentos públicos ou publicamente financiados e as práticas de indução artificial da procura de cuidados de saúde e zelar pelo respeito da liberdade de escolha dos estabelecimentos de saúde privados.

[206] Deste modo, o diploma reformador veio ratificar as funções então exercidas, através do SINAS, determinando expressamente a obrigação desta entidade reguladora de implementar um sistema de classificação dos prestadores de cuidados de saúde no que à qualidade diz respeito.

No mesmo sentido da necessidade da implementação de um sistema de avaliação, o ponto 3.75. do memorando de entendimento acordado entre o Governo Português e a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional determinava que competia a Portugal "criar um sistema que permita a comparação do desempenho hospitalar (benchmarking) com base num conjunto abrangente de indicadores e elaborar relatórios anuais regulares, sendo o primeiro publicado no final de 2012". É neste sentido que, presentemente, se posiciona o SINAS, passando pela realização de auditorias aos prestadores de cuidados de saúde, pela emissão de diretivas e recomendações aos prestadores, visando o *benchmarking* internacional dos níveis de qualidade da prestação de cuidados de saúde em Portugal.

carta dos direitos dos utentes dos serviços de saúde[207]; e o não cumprimento das obrigações legais e regulamentares relativas à acreditação e certificação dos estabelecimentos[208]. Analisando este leque de incumbências constatamos que o legislador procedeu à junção de dois objetivos da atividade reguladora consagrados no anterior regime jurídico, a garantia de adequados padrões e dos direitos e legítimos dos utentes[209].

Um dos pontos-chave da reestruturação da ERS prende-se com a atribuição de funções específicas de regulação económica, tendo em vista a legalidade e transparência das relações económicas entre todos os agentes do sistema[210]. Na medida em que o novo diploma consagra um amplo leque de incumbências no que respeita às relações económicas, permitindo à ERS intervir na regulação estrutural do setor, designadamente no que respeita à eficiência económica, mediante a realização de estudos, emissão de recomendações e pareceres[211-212].

No que respeita à defesa da concorrência, o novo diploma determina que cabe à ERS identificar os mercados relevantes que apresentam características específicas

---

[207] No cumprimento daquela proposição, a ERS apresentou os critérios básicos que deviam presidir à carta dos direitos dos utentes, enunciando um conjunto de princípios e normas que devem pautar os direitos dos utentes dos cuidados de saúde, e submeteu o projeto final do documento a discussão pública, não sendo objeto de aprovação devido às adversidades estruturais vivenciadas, reportamo-nos à demissão do primeiro Conselho Diretivo da ERS. Esta carta, que foi objeto de republicação, reveste suma importância enquanto elemento fundamental na defesa dos direitos e interesses dos utentes, por agregar um conjunto de direitos dos utentes de saúde, que se acham legalmente consagrados e constituir um importante elemento de informação para os próprios prestadores de cuidados de saúde.

[208] O novo diploma confere uma maior amplitude das incumbências da ERS em matéria relativa à acreditação e certificação dos estabelecimentos, competindo-lhe não só acompanhar mas verificar o não cumprimento legal das respetivas obrigações legais e regulamentares e sancionar o seu incumprimento.

[209] Cremos que o legislador terá considerado que a garantia de adequados padrões de qualidade dos serviços de saúde constitui um direito dos utentes na prestação desses cuidados e como tal deverá ser assim consignado.

[210] Como decorre do artigo 33.º, al. d) do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio.

[211] Neste âmbito, compete à ERS elaborar estudos e emitir recomendações sobre as relações económicas nos vários segmentos da economia da saúde, pronunciar-se e emitir recomendações sobre os acordos subjacentes ao regime das convenções, bem como sobre os contratos de concessão e de gestão e outros que envolvam atividades de conceção, construção, financiamento, conservação ou exploração de estabelecimentos ou serviços de saúde, elaborar estudos e emitir recomendações sobre os requisitos e as regras relativos aos seguros de saúde e cooperar com a respetiva entidade reguladora na sua supervisão e pronunciar-se sobre o montante das taxas e preços de cuidados de saúde administrativamente fixados, ou estabelecidos por convenção entre o SNS e entidades externas, e velar pelo seu cumprimento. Cfr. artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio. Neste âmbito, a atividade regulatória da ERS já alcançou visibilidade bastante, note-se, a título exemplificativo, os pareceres emitidos e dirigidos ao Ministério da Saúde quanto à aplicação das novas taxas moderadoras, devidas por serviços prestados no âmbito da saúde pública, o parecer sobre o Projecto de Despacho de atualização anual dos preços da tabela de convencionados e o parecer referente às alterações à tabela de preços para meios complementares de diagnóstico e terapêutica convencionados.

[212] Não obstante o alargamento das atribuições da ERS, em matéria económica, entendeu o legislador não estender o seu âmbito à definição dos preços convencionados, achando-se tal incumbência sob a alçada do MS e os preços inerentes à prestação privada entregues às forças do mercado.

sectoriais, designadamente definir os mercados geográficos, em conformidade com os princípios do direito da concorrência, velar pelo respeito da concorrência nas atividades abertas ao mercado sujeitas à sua jurisdição e colaborar com a AdC no desempenho das suas atribuições, devendo as modalidades dessa cooperação ser estabelecidas por protocolo.

b) Os poderes da ERS

No que respeita aos poderes e procedimentos[213] regulamentares o Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, deu um novo corpo aos poderes conferidos à ERS ao abrigo do anterior regime jurídico. Comparando estes normativos verificamos que o novo diploma legal introduziu significativas alterações. Por um lado, ao consagrar de forma expressa o poder regulamentar da ERS, nomeadamente no que respeita à emissão de regulamentos de execução, complementares e, sobretudo, independentes, estabelecendo um conjunto de matérias[214] que devem obedecer a tal forma, o que não se concebia no anterior diploma. E, por outro, a nível procedimental, faz depender a aprovação ou a alteração de qualquer regulamento de eficácia externa de discussão e parecer do conselho consultivo, do conhecimento do membro do Governo responsável pela área da saúde e das entidades representadas naquele conselho, garantindo-se deste modo a transparência, a independência e a autonomia da atividade regulatória. Ainda ao abrigo desse poder incumbiu a ERS de emitir recomendações e diretivas de carácter genérico, sempre que não se torne necessário a emissão de regulamentos.

Na esteira do anterior diploma legal, o Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, veio conferir à ERS um conjunto de poderes de supervisão similares, no que respeita à ao cumprimento das leis e regulamentos e demais normas aplicáveis às atividades sujeitas à sua regulação, à emissão de ordens e instruções, recomendações ou

[213] No seguimento das mudanças operadas, no que respeita à estrutura e ampliação do poder regulamentar, foram igualmente introduzidas alterações ao nível dos procedimentos, determinando o legislador que os projetos de aprovação ou alteração de qualquer regulamento de eficácia externa ou de diretiva ou de recomendação genérica são submetidos a discussão e parecer do conselho consultivo, o qual deve transmitir o respetivo projeto ao membro do Governo responsável pela área da saúde, bem como às entidades representadas naquele conselho.

[214] Designadamente respeitantes ao direito de acesso universal e equitativo aos serviços públicos de saúde ou publicamente financiados, a práticas de rejeição discriminatória ou infundada de pacientes nos estabelecimentos públicos de saúde ou publicamente financiados, a práticas de indução artificial da procura de cuidados de saúde, à monitorização de queixas e reclamações dos utentes, ao sistema de classificação dos estabelecimentos de saúde quanto à sua qualidade global e ao cumprimento das obrigações dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde relativas ao tratamento de queixas e reclamações apresentadas pelos utentes.

advertências individuais, à realização de inspeções e auditorias, ao registo e concessão de autorizações e aprovações nos casos legalmente previstos. A grande diferença resulta do registo público dos estabelecimentos prestadores e das medidas provisórias contempladas. Em matéria de registo público[215] dos estabelecimentos sujeitos à regulação da ERS, o legislador conferiu-lhe o poder de *ex oficio* registar qualquer estabelecimento que não tenha cumprido o dever de registo. Mas o novo regime jurídico foi mais longe ao estabelecer que no exercício da atividade de fiscalização, verificado o incumprimento de requisitos legais respeitantes a instalações, equipamento ou pessoal dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde que afetem gravemente os direitos dos utentes, a ERS pode determinar a suspensão imediata do funcionamento do estabelecimento ou de algum dos seus serviços até que a situação se mostre regularizada[216]. Nesta medida, o legislador criou uma medida provisória que deve ser acionada pela ERS em caso de grave lesão dos direitos dos utentes[217].

À semelhança do poder regulamentar, o poder sancionatório foi alvo de alterações de relevo, no que respeita à tipificação de infrações e respetivas sanções[218], suprindo as lacunas evidenciadas no anterior diploma, ampliando-se o leque de tipos em matéria de defesa dos direitos dos utentes, do funcionamento de estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde (quer a nível do registo, quer dos requisitos legais e regulamentares de funcionamento), do acesso aos cuidados de saúde e da não prestação de informações, recusa de colaboração com a ERS ou a obstrução ao exercício dos seus poderes.

c) Responsabilidade pública

O novo diploma legal além de consubstanciar uma extensão e clarificação das atribuições, objetivos e poderes da ERS veio reforçar a legitimação da independência deste organismo perante o Governo,

---

[215] Previsto no n.º 4 do art. 45.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio.

[216] Determinando, de igual modo, que se o prestador de cuidados de saúde não tiver procedido à regularização da situação no prazo concedido, ou mostrando-se aquela impossível, pode a ERS propor à entidade competente a revogação da licença de funcionamento ou, quando se trate de estabelecimento público, o encerramento do estabelecimento.

[217] Ora, o regime previsto no anterior diploma não consagrava quaisquer medidas provisórias e impunha à ERS o dever de propor às autoridades competentes a suspensão dos estabelecimentos, não lhe cabendo nessa matéria qualquer competência decisória.

[218] Nos termos do disposto no art. 51.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio.

A criação de um conselho consultivo[219] foi acolhida na lei orgânica, que se aprovou, enquanto mecanismo, entre outros, que legitima a sua independência. Desse modo, esse conselho assume-se como o órgão de consulta e participação na definição das linhas gerais de atuação da ERS e nas decisões do conselho diretivo, sendo composto por representante do membro do Governo, responsável pela área da saúde, representantes das várias categorias de estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde do sector público, privado e social, sujeitos à regulação da ERS, representantes dos utentes, representantes das ordens e demais associações profissionais do sector, representantes de organismos públicos com ligação ao sector e personalidades independentes com experiência no sector. Garantindo-se, dessa forma, a representatividade dos diversos atores envolvidos na prestação de cuidados de saúde, mediante uma regulação participada, permitindo, por um lado, um conhecimento mais abrangente por parte do regulador, evitando dessa forma a sua captura pelos regulados, e, por outro, a transparência dos processos que envolvem a atividade reguladora.

Não obstante, apesar de publicada a portaria que cria este órgão consultivo facto é que o mesmo, ainda, não entrou em exercício de funções, inviabilizando os fins que presidem à sua consagração.

De igual modo, a legitimação procedimental da ERS encontrou um novo assento na lei orgânica que se aprovou. Na verdade, este novo diploma veio consagrar o controlo parlamentar daquela entidade através da prestação de contas perante a comissão competente[220] e o envio de um relatório da atividade regulatória desenvolvida ao Governo e à Assembleia da República[221].

À semelhança do anterior regime jurídico, a nova lei orgânica estabelece que a ERS no exercício da sua atividade deve adotar um conjunto de procedimentos atinentes à transparência, participação, fundamentação e publicidade das suas decisões, à divulgação dos dados relevantes ao exercício da atividade, concretamente a publicação de relatórios de atividades, planos e a participação dos interessados na atividade reguladora, espelhando, desse modo, a sua legitimação procedimental.

---

[219] Ao órgão consultivo compete dar parecer sobre todas as questões que lhe foram submetidas pelo conselho diretivo respeitantes às funções reguladoras ERS e, obrigatoriamente, sobre os regulamentos, recomendações genéricas de eficácia externa, bem como pronunciar-se a respeito dos planos anuais e plurianuais de atividades e o relatório de atividades e outros assuntos que lhe sejam submetidos a apreciação pelo conselho diretivo.

[220] Cfr. Artigo 57.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio.

[221] Ao abrigo do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, competia à ERS enviar o relatório de atividade ao Governo, que posteriormente o remetia à Assembleia da República.

CONCLUSÃO

As mudanças introduzidas com a reforma do Estado Providência trouxeram novas formas de atuação e um novo papel do Estado e da Administração Pública.

A desregulação estatal conduziu a uma densificação da regulação pública, apresentando-se como instrumento de efetivação do dever de garantia inerente a esse novo modelo de intervenção pública, sendo através dele que se realiza a obrigação estadual de realização do interesse público e da proteção dos direitos dos cidadãos.

Nessa medida, compete ao Estado a assunção da responsabilidade de assegurar o cumprimento das obrigações de serviço público, ou seja, garantir a prestação de serviços económicos e sociais considerados essenciais para a comunidade.

No atual período de desenvolvimento do modelo de garantia, o Estado, alicerçado nas orientações comunitárias relativas aos serviços de interesse económico geral, desenvolveu organismos independentes face ao poder político, com elevados níveis de especialização técnica e autonomia administrativa, para realização das suas actividades regulatórias.

A heterogeneidade e a recente instituição destes organismos tornaram evidente a necessidade de proceder a um arquétipo institucional e legislativo, através da edificação de um conjunto de normativos generalistas, que determinem os princípios básicos da organização, poderes e modo funcionamento.

Assumindo-se a saúde como um serviço essencial, passível de ser prestado através do recurso ao sistema dos SIEG, por não ter de ser assegurado necessariamente por organismos do Estado, o setor da saúde veio a conhecer um novo modelo regulatório.

Nessa medida, as políticas governamentais ditaram a criação de um novo organismo regulador independente dedicado à saúde – a Entidade Reguladora da Saúde.

No inicio do sua atividade, a ERS não conheceu um percurso linear, tendo experimentado vários obstáculos e circunstancialismos, impeditivos de uma definição clara do modelo regulatório, da conformação da atividade e do respetivo regime de independência, que, embora colocando em causa a sua sobrevivência, determinaram a reestruturação do seu regime jurídico.

As deficiências evidenciadas ao nível das atribuições e objetivos fixados, do poder regulamentar, praticamente inexistente, do poder sancionatório, com diminuta expressão, aproximavam o modelo de regulação independente na saúde do modelo das AAI fracas, próximo do paradigma de provedoria.

A reforma operada trouxe alterações substantivas ao regime jurídico daquela entidade. Nesse sentido, a ERS conheceu a reformulação das suas atribuições, tornando-as mais claras e coerentes com o objeto e objetivos da regulação no setor da saúde, focalizando-as na monitorização e fiscalização dos requisitos de entrada em funcionamento dos estabelecimentos de saúde pela ERS, na garantia dos interesses e direitos dos utentes e na observação das relações económicas, tendo em vista a eficiência, equidade e transparência. As alterações promovidas tornaram evidentes as competências da ERS em matéria da regulação da capacidade instalada, qualidade, informação, acesso e da salvaguarda dos direitos dos utentes.

De igual modo, a nova lei orgânica dotou a ERS de características de uma AAI forte, isto é, passou a compreender competências que se inserem na função administrativa de natureza ativa, que se traduzem no exercício de verdadeiros poderes regulamentar e sancionatório e um efetivo regime de independência.

A legitimação procedimental da ERS encontrou um novo assento na lei orgânica que se aprovou, quer pela criação de um conselho consultivo, como instância de participação institucionalizada dos sectores interessados, mas que ainda não entrou em exercício de funções, quer pela consagração do controlo parlamentar daquela entidade através da prestação de contas perante a comissão competente e o envio de um relatório da atividade regulatória ao Governo e à Assembleia da República.

A opção legislativa permitiu aprofundar o modelo de regulação independente no setor da saúde no que respeita à função de regulação "secundária" e de supervisão técnico-administrativa e económica, centrada no comportamento dos regulados, evidenciada na ampliação das atribuições. Mas, sobretudo, no que se refere à regulação estrutural do setor, ou seja em matéria de políticas de saúde, cabendo uma palavra à ERS sobre matérias atinentes à eficiência económica, o que não se verificava ao abrigo dos poderes que inicialmente lhe foram conferidos.

O caminho a percorrer pela ERS dependerá, em muito, dos programas por si proclamados, já que a nova lei orgânica confere-lhe atribuições de regulação técnica,

dirigida ao comportamento dos regulados, mas também de regulação económica, orientada para as políticas públicas. E, por outro lado, mecanismos de regulação que lhe permitem ditar, *ex ante*, regras a que os regulados se devem submeter ou, *ex post*, sancionar as condutas que constituam uma violação dos diplomas legais e regulamentares aplicáveis em matéria de regulação.

Neste contexto, é igualmente importante, para o bom funcionamento do sistema de regulação, que se reconheça a complementaridade entre a regulação independente exercida pela ERS e a regulação exercida por outras instituições com responsabilidades de regulamentação e a auto-regulação profissional.

Sendo, de igual modo, previsível que a tarefa do regulador se confronte com novas realidades, cada vez mais complexas, como as que resultam do surgimento de novas plataformas de prestação de cuidados de saúde, tal é o caso da *second medical opinion*, da telemedicina, do turismo de saúde e da avaliação clínica e económica dos impactos da adoção e comparticipação de tecnologias da saúde.

A experiência reguladora, a evolução e aperfeiçoamento do mercado da saúde admitem concluir que a ERS, presentemente, assume-se como entidade reguladora fundamental no âmbito da regulação técnica e económica e na salvaguarda dos direitos dos cidadãos.

O futuro desta entidade reguladora dependerá, nesta medida, das políticas por si instituídas na prossecução da sua missão de regulação dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde e na salvaguarda dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos, enquanto garante da realização dos objetivos sociais do sistema de saúde e do combate às falhas de mercado e de Estado.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

Abreu, J. M. Coutinho de, Sociedade Anónima, A sedutora [Hospitais, S.A., Portugal, S.A.], in Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, n.º 1, Almedina, 2003, p. 11 ss.

Albuquerque, Alexandre e Albuquerque, Pedro. "O controlo contencioso da actividade das entidades de regulação económica", in Regulação e Concorrência – Perspectivas e limites da defesa da concorrência, Coordenação de Ruy Albuquerque e António Meneses Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2005

Albuquerque, Pedro & Lurdes Pereira, Maria, "A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão por danos causados a agentes económicos e investidores no exercício de e actividades de fiscalização ou investigação", in O Direito, Ano 126.º, Tomo I, 2004, Almedina, Coimbra, pág. 89 ss.

Amaral, Freitas do, Curso de Direito Administrativo, Vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1996.

Amorim, J. Pacheco, As Empresas Públicas no Direito Português – Em especial, as empresas municipais, Almedina, Coimbra, 2000.

Antunes, Luís Filipe Colaço, Constituição, administração e interesse público : o eterno retorno ao momento originante ou o Estado contra a administração, AAFDL, Lisboa, 2001.

Antunes, Luís Filipe Colaço, O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI, Almedina, Coimbra, 2001.

Antunes, Luís Filipe Colaço, Semel publica aministratio, semper publica administratio: o paraíso perdido do direito administrativo, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto - A. 7 - 2010 - p. 187-208.

Barbosa, António Manuel Pinto "Regulação bancária e supervisão prudencial, em contexto de globalização dos mercados financeiros, na óptica dos respectivos órgãos de controlo", Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao professor João Lumbrales, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2000, pág. 25 ss.

Barros, Pedro Pita. “O mixed bang das reformas do sector da saúde pós-2002”, in Revista Portuguesa de Saúde Pública, Volume Temático 4, pág. 51-56, 2004.

Barros, Pedro Pitta Economia da Saúde – Conceitos e Comportamentos, Almedina, Coimbra, 2009.

Barros, Pedro Pita e Gomes, Jean-Pierre. “Os Sistemas Nacionais de Saúde da União Europeia, Principais Modelos de Gestão Hospitalar e Eficiência no Sistema Hospitalar Português”, Gabinete de Análise Económica, Faculdade de Economia – Universidade Nova de Lisboa, 2002

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. XLIX, n.º 1 e 2, Coimbra Editora, 2008, pág. 101 ss.

Campos António Correia de, “Depoimento”, in Que sistema de Saúde para o Futuro?, Jornal Público, 1996, pág. 60-65, pág.

Campos, António Correia de, “Perspectivas e desafios da reforma administrativa em Portugal”, in Revista Portuguesa de Saúde Pública, vol. 15, n.º 3, Julho/Setembro, 1997, pág. 21-25.

Campos, António Correia de, “Despesa e défice na Saúde: o percurso financeiro de uma política pública”, in Análise Social, vol. XXXVI (161), 2001, 1079-1104.

Campos, António Correia de, Reformas da Saúde - O Fio Condutor, Almedina, Coimbra, 2008.

Canotilho, J. J. Gomes, e Moreira, Vital, Constituição da Republica Portuguesa, anotada, 3.ª ed. Revista, Coimbra Editora, 2007.

Caupers, João. “A agonia do Estado Social”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Vol. VII Especial, Coimbra Editora, 2012, pág. 45 ss.

Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Livro Branco sobre os serviços de interesse geral, CBM, 2004, 374 final, Bruxelas, 2004.

Correia José Manuel Sérvulo. “As relações jurídicas da prestação de cuidados de saúde pelas unidades de saúde do Sistema Nacional de Saúde”, in AA.VV, Direito da Saúde e Bioética, AAFDL, Lisboa, 1996, pág 32 ss.

Correia José Manuel Sérvulo. “As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde”. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha Vol. III - Direito Privado, Direito Público e Vária., p. 529-565, Almedina, Coimbra, 2010.

Correia, José Manuel Sérvulo “Acto Administrativo e âmbito da jurisdição administrativa”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 1155 e ss.

Carapinheiro, Graça e Côrtez, Soray. “Conflitualidade e mudanças face a novos cenários globais: o caso dos sistemas de saúde português e brasileiro”, Revista Crítica de Ciências Sociais, n.º 57/58, 2000, pp. 259-290

Carapinheiro, Graça e Page, Paula (2001). “As determinantes globais do sistema de saúde português” *in* P. Hespanha e G. Carapinheiro (org.), *Risco social e incerteza. Pode o estado social recuar mais?*, Edições Afrontamento 3, 2001, 81-121

Cardoso, José Lucas, Autoridades Administrativas Independentes e Constituição, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

Cunha, Paulo Pitta. “A EU e a concepção do Estado Regulador”, in Revista da Faculdade de Direito Universidade de Lisboa (AA VV), vol. XLVI, n.º 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 1053 ss.

Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto

Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de dezembro

Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio

Decreto-Lei n.º 279/2009, de 6 de outubro

Decreto-Lei n.º 33/2012, de 13 de fevereiro

Decreto Regulamentar n.º 14/2012, de 26 de janeiro

Decreto Regulamentar n.º 65/2007, de 29 de maio

Donabedian, A. (2005), Evaluating the Quality of Medical Care, The Milbank Quarterly, 83(4).

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.

Estorninho, Maria João, Organização Administrativa da Saúde. Relatório sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino, Almedina, Coimbra, 2008, p. 54-57.

Faria, Paula Lobato e CAMPOS, Alexandra. "A Lei n.º 27/2002. O novo xadrez jurídico-legal dos hospitais", in Revista Portuguesa de Saúde Pública, vol. 2, n.º 1 Janeiro/junho 2003, pp. 65-66.

Faria, Paula Lobato. A crise do corporate welfare nos EUA ou o alívio de ter um Serviço Nacional de Saúde, in Revista Portuguesa de Saúde Pública, vol. 22, n.º 1 Jan/Jun, 2004, pp. 65-66.

Félix, A. Bagão. "Saúde: que estado, que mercado?", in Problemas e Propostas para o Sistema de Saúde. Presidência da República. Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2000, pp. 37-43.

Ferreira, F. A. Gonçalves. História da Saúde e dos Serviços de Saúde em Portugal. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1990.

Ferreira, A. (2003b), «Nova lei de gestão hospitalar: de que modelo de regulação precisamos?», comunicação ao 8.º Encontro Nacional de Economia da Saúde, 2004.

Ferreira, Ana Sofia. "Do que falamos quando falamos de regulação em saúde?", in Análise Social, XXXIX:171, 2004, pág. 313-337.

Ferreira, Ana Sofia. "Regulação em saúde e regulação das «utilities»: que diferenças?", in Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão, Vol. 3, n.º 1, 2004, pág. 42-52.

Ferreira, Eduardo Paz, Lições de Direito de Economia, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001.

Ferreira, Eduardo Paz, «A regulação pública de actividades económicas em Portugal», in *Direito Comparado. Perspectivas luso-americanas*, vol. II (org. Dário Moura Vicente / Marshall J. Berger), Almedina, Coimbra 2010.

Gonçalves, Pedro e Martins, Licínio Lopes, «Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado Regulador», in *Estudos de Regulação Pública* – I (org. de Vital Moreira), Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

Gonçalves, Pedro, "Direito Administrativo da Regulação", in Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento, 2006.

Gonçalves, Pedro, "Regulação, Electricidade e Telecomunicações", in Estudos de Direito Administrativo da Regulação, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

Gonçalves, Pedro, "Regulação administrativa e contrato", in AA/VV, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010.

Gonçalves, Pedro, "Estado de Garantia e Mercado", in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Vol. VII Especial, Coimbra Editora, 2010.

Gouveia, Miguel. "Os sistemas privados de saúde no financiamento", in O papel dos Sistemas Privados de Saúde num Sistema em Mudança, Associação Nacional de Sistemas de Saúde, Lisboa, 1999, pp. 131-148.

Gouveia, Rodrigo – Os Serviços de Interesse Geral em Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto

Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro

Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio

Lopes, Dulce. O Nome das Coisas: Serviço Público, Serviços de Interesse Económico Geral e Serviço Universal no Direito Comunitário, Temas de Integração, n.º 15 e 16, Almedina, Coimbra, 2003.

Lopes, Licínio, Gonçalves, Pedro e, "A Concessão de Serviços Públicos Económicos no Estado Regulador", in Direito Público e Regulação, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

Loureiro, João Carlos. "Adeus ao Estado Social? O Insustentável peso do não-ter", in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 83, 2007, p. 134.

Maças Maria Fernanda, Catarino**,** Luís Guilherme e Cardoso Costa**,** Joaquim Pedro, "O Contencioso das Decisões das Entidades Reguladoras do Sector Económico-Financeiro", Estudos de Regulação Pública, Vol. I (org. Vital Moreira), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 319 ss.

Madjone, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança, in Regulação Econômica e Democracia: O debate Europeu, São Paulo, Editora Singular, 2006.

Marques, Maria Manuel Leitão "A receita mágica", in Diário Económico, 10 de Janeiro de 2003.

Marques, Maria Manuel Leitão e Moreira, Vital. A mão visível – Mercado e Regulação. Almedina, Coimbra, 2003.

Marques, Maria Manuel Leitão e MOREIRA, Vital. Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação dos Serviços Públicos, in Economia e Prospectiva, vol. II, n.º 3, 1999.

Marques, Maria Manuel Leitão, ALMEIDA, J. Simões, FORTE, André Matos. Concorrência e Regulação. A Relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

Martins, Licínio Lopes, «Direito Administrativo da Saúde», in Paulo Otero / Pedro Gonçalves, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, III, Coimbra Editora, Coimbra.

Martins, Margarida Salema D´Oliveira. O Estado Social no contexto internacional e europeu, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Vol. VII Especial, Coimbra Editora, 2010, pág. 85 ss.

Morais, Carlos Blanco. "As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica Portuguesa", in Boletim da Ordem dos Advogados, Ano 61, Lisboa, 2001.

Morais, Carlos Blanco, O estatuto híbrido das entidades reguladoras da economia, Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. 4, 2012, p. 183-217.

Moreira, Vital. Auto-regulação Profissional e Administração Pública. Livraria Almedina, Coimbra, 1997.

Moreira, Vital. “Novas formas de organização da Administração do Estado”, in As Conferências do Marquês (2.º ciclo), A Administração Pública e os desafios de um futuro próximo, Instituto Nacional de Administração, 2000, pp. 33-57.

Moreira, Vital. As entidades Administrativas Independentes e o Provedor de Justiça, Lisboa, Provedoria de Justiça, Divisão de Documentação, 2002.

Moreira, Vital. Administração Autónoma e Associações Públicas, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

Moreira, Vital e MAÇÃS, Fernanda. Autoridades reguladoras independentes – Estudo e Projecto da Lei-quadro, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

Moreira, Vital. “As entidades de Regulação Sectorial”, in A Mão Visível – Mercado e Regulação, Almedina, Coimbra, 2003.

Moreira, Vital. “Uma Lei-Quadro da Regulação Independente?”, in A Mão Visível – Mercado e Regulação, Almedina, Coimbra, 2003.

Moreira, Vital. “Serviços de interesse económico e geral e Mercado”, in A Mão Visível – Mercado e Regulação, Almedina, Coimbra, 2003.

Moreira, Vital. “A nova Entidade Reguladora da Saúde, in Revista de Direito Público da Economia, ano 2, n.º 5, Jan/Março, 2004.

Moreira, Vital. Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral, in Estudos de Regulação Pública - I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 547-565 ss

Neto, Floriano Marques. “Há um défice democrático nas agências reguladoras?”, in Revista de Direito Público da Economia, vol. 2, n.º 5, Jan-Mar, Belo Horizonte, 2004, pp. 163-224.

Nunes, Rui e REGO, Guilhermina Rego. Prioridades na Saúde, McGraw-Hill, Lisboa, 2002.

Nunes, Rui. Vida Económica, Regulação da Saúde, Porto, 2005.

OPSS (2001) Conhecer os caminhos da Saúde, in Observatório Português do Sistema de Saúde (Ed.) Relatório de Primavera. Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública.

OPSS (2002) O estado da Saúde e a saúde do Estado, in Observatório Português do Sistema de Saúde, (Ed.) Relatório de Primavera. Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública.

OPSS (2003) Saúde que rupturas?, in Observatório Português do Sistema de Saúde, (Ed.) Relatório de Primavera. Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública.

OPSS (2004) Relatório de Primavera 2004: Incertezas - Gestão da mudança na saúde, in Observatório Português do Sistema de Saúde, (Ed.) Observatório da Saúde. Coimbra, Mar da Palavra - Edições, Lda.

OPSS (2005) Relatório de Primavera 2005: Novo serviço público saúde - novos desafios, in Observatório Português do Sistema de Saúde, (Ed.) Observatório da Saúde. Coimbra, Mar da Palavra - Edições, Lda.

OPSS (2006) Relatório de Primavera 2006 - Um ano de governação em Saúde: Sentidos e Significados, in Observatório Português do Sistema de Saúde, (Ed.) Observatório da Saúde. Coimbra, Mar da Palavra - Edições, Lda.

OPSS (2007) Relatório de Primavera 2007 - Luzes e sombras: a governação da saúde, in Observatório Português do Sistema de Saúde, (Ed.) Observatório da Saúde. Coimbra, Mar da Palavra - Edições, Lda.

OPSS (2008) Relatório de Primavera 2008 – Sistema de saúde português: riscos e incertezas, in Observatório Português do Sistema de Saúde, (Ed.) Observatório da Saúde. Coimbra, Mar da Palavra - Edições, Lda.

OPSS (2009) Relatório de Primavera 2009 – 10/30 Anos: Razões para continuar, in Observatório Português do Sistema de Saúde, (Ed.) Observatório da Saúde. Coimbra, Mar da Palavra - Edições, Lda.

OPSS (2010) Relatório de Primavera 2010 – Um ano de governação em saúde: sentidos e significados, in Observatório Português do Sistema de Saúde, (Ed.) Observatório da Saúde. Coimbra, Mar da Palavra - Edições, Lda.

OPSS (2011) Relatório de Primavera 2011 – Da depressão da crise para a governação prospectiva da saúde, in Observatório Português do Sistema de Saúde, (Ed.) Observatório da Saúde. Coimbra, Mar da Palavra - Edições, Lda.

OPSS (2012) Relatório de Primavera 2012 – Crise & Saúde. Um país em sofrimento, in Observatório Português do Sistema de Saúde, (Ed.) Observatório da Saúde. Coimbra, Mar da Palavra - Edições, Lda.

Otero, Paulo, "A Competência da CMVM para Controlar a Legalidade de Actos Jurídicos Provenientes de Entidades Privadas", *ROA*, Ano 62, Vol. II, 2000

Otero, Paulo, **"**Alguns problemas de Direito Administrativo do Mercado dos Valores Mobiliários", *DirVM*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 253 ss.

Paz Ferreira, Eduardo. "Em torno da regulação económica em tempos de mudança", in Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, número I, Jan-Mar, Almedina, 2010.

Paz Ferreira, Eduardo. "A Constituição Económica Portuguesa. Que reste-t-il de nos amoures?", in Perspectivas Constitucionais: nos vinte anos da Constituição, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1996

Paz Ferreira, Eduardo, Morais, Luís Silva, Anastácio, Gonçalo (Orgs.), Regulação em Portugal; Novos Tempos, Novo Modelo?, Almedina, Coimbra 2009.

Pinto, Eduardo Vera-Cruz. "A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do séc. XXI", in Regulação e Concorrência – Perspectivas e limites da defesa da concorrência, Coordenação de Ruy Albuquerque e António Meneses Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2005

Portaria n.º 615/2008, de 11 de Julho

Portaria n.º 1529/2008, de 26 de Dezembro

Portaria n.º 51/2011, de 27 de Janeiro

Portaria n.º 52/2011, de 27 de Janeiro

Portaria n.º 163/2012, de 22 de Maio

Porto, Manuel Lopes. "Serviços públicos e regulação em Portugal", in Revista de Direito Público da Economia (RDPE), ano 1, n.º 3, Editora Fórum, Julho/Setembro, 2003.

Quadros, Fausto. “Serviço público e direito comunitário”, in Os Caminhos da Privatização da Administração Pública, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

Reis, Vasco Pinto dos. “A intervenção privada na prestação pública: da expansão do Estado às parcerias público-privadas”, in Revista Portuguesa de Saúde Pública, volume temático n.º 4, 2004, pp. 121-136.

Ribeiro, José Mendes. “Reforma do sector público hospitalar: programa de empresarialização de 34 hospitais portugueses”, in Revista Portuguesa de Saúde Pública, volume temático n.º 4, 2004, pp. 65-77.

Rodrigues, Nuno Cunha. In “Regulação da Saúde”, in Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?, Almedina, 2009, pág. 613-649.

Roque, Ana. Regulação do Mercado – Novas Tendências, Lisboa, Quid Juris, 2004.

Sakellarides, C. “Direcção estratégica e gestão de expectativas no sistema de saúde português: o papel de um observatório para os sistemas de saúde”, in Revista Portuguesa de Saúde Pública, 18(1), pág. 27-34, 2000.

Sakellarides, C. (2005) De Alma a Harry - Crónica da democratização da saúde, Almedina, Coimbra, 2005.

Saltman, R. Regulating incentives: the past and present role of the state in health care systems, in Social Science and Medicine, 54, 2002.

Saltman, R., Busse, R. Balancing regulation and entrepreneurialism, in Europe’s health sector: theory and practice», in R. Saltman, R. Busse e E. Mossialos (eds.), 2002.

Saltman, R., e Feroussier-Davis, O. (2000), «The concept of stewardship in health policy», in Bulletin of the World Health Organization, 78, 6, 2000.

Sampaio, Jorge. “Estado, regulação e interesse público: seis desafios”. Semanário Expresso, 11 de Janeiro 2003.

Sanches, Saldanha. “A regulação: história breve de um conceito”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, Lisboa, 2000.

Santana, Rui e COSTA, Carlos. “A integração vertical de cuidados de saúde: aspectos conceptuais e organizacionais”, in Revista Portuguesa de Saúde Pública, volume temático, n.º 7, 2008, p. 29-56.

Santos, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão, Direito Económico, 4.ª ed., revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2002.

Santos, Boaventura de Sousa (1987), "Estado, sociedade, políticas sociais: o caso da política de saúde", Revista Crítica de Ciências Sociais, 23, 1987, 13-74.

Santos, Maria do Céu Colaço dos, Os Cuidados de Saúde Organizados: Organização e Regulação do Sistema de Saúde Português, Faculdade de Direito de Coimbra, Centro de direito Biomédico, Junho de 2005.

Silva, João Nuno Calvão da. Mercado e Estado - Serviços de Interesse Económico Geral, Coimbra, Almedina, 2008.

Simões A, Paquete A, Araújo, M. Equidade Horizontal no sistema de saúde português: sector público vs sector privado. Associação Portuguesa de Economia da Saúde. Documento de Trabalho:3, 2006.

Simões, Jorge. Retrato Político da Saúde. Dependência do Percurso e Inovação em Saúde: Da ideologia ao desempenho. Almedina, Coimbra, 2009.

Simão, Jorge André Carita. “Regulação e responsabilidade civil”, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano II, Abril-Junho 2011, Almedina, Coimbra, 2011 pág. 118-165.

Simões, Jorge Abreu, “Parcerias público-privadas”, in A reinvenção da função pública, Instituto Nacional de Administração, Oeiras, 2002, pp. 181-183.

Simões, J. e O. Lourenço, “As políticas de saúde em Portugal nos últimos 25 anos”, in Livro de Homenagem a Augusto Mantas. Associação Portuguesa de economia de Saúde, Lisboa, 1999, pp. 99-134.

Simões, J. et al., Comissão para a Sustentabilidade do Financiamento do Serviço Nacional de

Saúde – Relatório final, Fevereiro 2007.

Simões J, Barros PP, Pereira J (coord.). A Sustentabilidade Financeira do Serviço Nacional de Saúde. Lisboa, Ministério da Saúde; 2008.

Tribunal de Contas (2008): Relatório de Auditoria nº 1/08, 2ª Secção. Lisboa, Tribunal de Contas.

Vaz, Manuel Afonso, *Direito Económico. A ordem económica portuguesa*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra 1998.

Viana, Cláudia. O princípio da eficiência: a eficiente eficácia da Administração Pública, in Revista de Direito da Universidade do Porto, Vol. VII Especial, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pag. 97 ss.

WHO (2000b) The World Health Report 2000 - Health Systems: Improving Performance. Geneva, World Health Organization.