

# AS ENTIDADES PRIVADAS COM FUNÇÕES PÚBLICAS E O DIREITO À INFORMAÇÃO PROCEDIMENTAL NO ÂMBITO DOS CUIDADOS DE SAÚDE

**Intervenção** de Benjamim Magalhães Barbosa

*Juiz Desembargador do Tribunal Central Administrativo Sul*

Desde tempos imemoriais que sempre se entendeu que o poder do soberano se concretizava no uso da violência, na medida em que a administração da justiça e o esforço de guerra, como suas tradicionais atribuições, implicavam o exercício de uma vigorosa acção coactiva.

Esta lógica de poder surge recorrentemente ao longo de toda a história, quer na visão aristotélica da *polis*, quer na concepção unificadora de Maquiavel, para quem a guerra era a verdadeira profissão de todo governante e odiá-la só traria desvantagens.

Por isso a outorga de justiça é vista simultaneamente como uma prerrogativa e um dever, emergente da própria soberania de Deus sobre todos os homens, cujo desejo de justiça é traduzido nas palavras que a Bíblia coloca na boca de Abraão: *O juiz de todo o mundo não fará justiça?*<sup>1</sup>.

Contudo, é também a própria Bíblia que nos fornece o primeiro exemplo de um soberano preocupado não só com a guerra ou com a justiça mas também com o bem estar do seu povo, com a sua alimentação e por consequência com a sua saúde, ao relatar o episódio em que o Faraó determina o aprovisionamento de alimentos para fazer face aos anos de seca que o sonho de José lhe revelara.

Esta concepção ampla das atribuições do poder soberano consubstancia-se, nos tempos de hoje, numa inversão dos valores aristotélicos: o indivíduo já não é concebido em função da cidade mas a cidade em função do indivíduo. O que conduziu ao Estado Social dos tempos presentes, agora ameaçado na sua existência pela escassez de recursos ou pela incapacidade de os redistribuir de forma satisfatória, convertendo em afortunadamente actuais as palavras de Kennedy, *asknotwhatyourcountry can do for you. Askwhatyou can do for yourcountry*.

Como quer que seja, uma das atribuições do Estado moderno ainda é a de assegurar a saúde pública, que constitui, aliás, umas das maiores

---

<sup>(1)</sup> *Génesis* 18.

preocupações sociais e também uma fonte cada vez maior de dispêndio de dinheiros públicos.

Entre nós a actuação do Estado nesse domínio concretizou-se na proclamação constitucional do direito de acesso à prestação pública de serviços de saúde, através do Serviço Nacional de Saúde público, de forma universal e geral, num primeiro momento gratuita e depois tendencialmente gratuita, e consagrando o princípio da liberdade de escolha entre o sector público e o privado.

Este princípio, encarado na perspectiva do benefício do utente, teve em vista incrementar os índices de satisfação e de qualidade na prestação dos cuidados de saúde, reduzindo as listas de espera e aumentando a competitividade, permitindo que o utente escolha um dos dois sistemas – publico ou privado – para o seu próprio tratamento.

Numa outra perspectiva, a consagração deste princípio conduz ao aumento da democraticidade de todo o próprio sistema de saúde, já que induz uma maior responsabilização de todos os profissionais envolvidos, decorrente das vantagens que da competitividade resultam e que é determinante na livre escolha dos doentes.

Contudo, isso não significou nem significa, porém, que tenha sido ou esteja posta em causa a universalidade do serviço de saúde, nem tão pouco, sequer, a natureza de função eminentemente estadual que lhe está associada.

E por isso é que a lei de Bases da Saúde estabelece, logo no seu art.º 1.º que a protecção da saúde constitui um direito dos indivíduos e da comunidade que se efectiva pela responsabilidade conjunta dos cidadãos, da sociedade e do Estado, em liberdade de procura e de prestação de cuidados, nos termos da Constituição e da lei (n.º 1), que o Estado promove e garante o acesso de todos os cidadãos aos cuidados de saúde nos limites dos recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis (n.º 2) e que a promoção e a defesa da saúde pública são efectuadas através da actividade do Estado e de outros entes públicos, podendo as organizações da sociedade civil ser associadas àquela actividade (n.º 3).

Quer isto dizer que a lei ordinária, na senda do que aliás dispõe o art.º 64.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) não veda, antes permite que entidades privadas actuando sob as regras do mercado possam prestar cuidados de saúde, embora cometendo ao Estado o dever de as disciplinar e fiscalizar, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade [art.º 64.º, n.º 3, al. d), da C.R.P.].

Ora, se tais entidades colaboram com o Estado num domínio que constitui uma das funções primordiais deste, e portanto são, de certo modo, *extensão* do mesmo nesse domínio, uma questão se coloca e que consiste em saber se a actuação de tais entes, ainda que sujeita a um regime em

grande medida disciplinado pelo direito privado mas também coberto por normas de direito público, está subordinada ao quadro legal que estrutura juridicamente a informação procedimental, ou seja, o direito de acesso dos cidadãos aos documentos que lhes digam directamente respeito e, concretamente no que ao caso interessa, aos documentos que constem dos processos clínicos dos doentes<sup>2</sup>.

A existência de regras deontológicas em matéria de informação *ao doente* permitiria supor que, *prima facie*, para tal problema o próprio sistema de saúde forneceria uma resposta cabal.

Por um lado o Código Deontológico dos Médicos (CDM) contém regras (art.º 69.º) que impedem o uso pelas entidades colectivas de saúde, *públicas* ou *privadas*, de quaisquer elementos que estejam abrangidos pelo segredo médico (art.º 69, n.º 3)<sup>3</sup>. O que significa, a *contrariosensu*, que as informações clínicas podem ser irrestritamente acedidas por aquele a quem as mesmas respeitam.

Mas um obstáculo se levanta e que resulta desde logo do CDM considerar que a ficha clínica do doente, que constitui o suporte material dos elementos relevantes do doente e das observações clínicas (art.º 77.º, n.º 1), que o médico tem o dever de registar, não pertence àquele mas a este (art.º 77.º/3). Contudo, é o próprio CDM que prevê que a "parte objectiva" do processo do doente - ou seja, os exames complementares de diagnóstico e a terapêutica - e acrescentamos nós, a descrição dos actos clínicos - possa ser disponibilizado quando o doente os solicite (art.º 77.º, n.º 3).

Impõe-se, porém, fazer uma distinção que nos parece relevante: se o suporte físico onde os dados clínicos são inseridos deve ser considerado propriedade do médico, o mesmo não sucede com estes, que mais não são do que a materialização da observação clínica e da informação que esta

---

(<sup>2</sup>) Segundo Rui Miguel Prista Patrício Cascão (*LexMedicinae*, ano 2.º, n.º 3, Coimbra, Coimbra ed., 2005, pag. 135), a informação prestada nos cuidados de saúde é assimétrica, não só pela dificuldade em avaliar *ex ante* os riscos associados aos actos médicos e de cuidados de saúde, associada à complexidade da informação e à falta de transparência das entidades prestadoras de cuidados de saúde, como pela excessiva precaução dos doentes em matéria de riscos, o que conduz à necessidade do *consentimento informado*, e bem assim pela dificuldade que lhes é colocada no acesso à informação e às circunstâncias que envolveram o evento danoso, em caso de exercício da responsabilidade civil.

(<sup>3</sup>) Sendo os litígios resolvidos, curiosamente, pelo Presidente do Tribunal da Relação da área, sem hipótese de recurso. Esta opção do legislador - quando se sabe que em causa está, pelo menos em parte, indiscutível matéria de natureza administrativa, cujo conhecimento é confiado aos tribunais administrativos - é merecedora de crítica, pois em razão da sua especialização seriam estes os que melhor se posicionam para decidir questões relacionadas com a protecção de dados, pelo que curial seria que a atribuição prevista no art.º 69.º/3 do CDM fosse cometida aos Presidentes dos Tribunais Centrais Administrativos.

revela e que por isso mesmo não podem considerar-se resultantes da criação ou autoria do responsável pelo registo. Eles revestem, outrossim, finalidades precisas, ligadas à prevenção, diagnóstico, prestação de cuidados e gestão de serviços de saúde, constituindo por isso uma indispensável base de dados para memória futura, cuja falta poderia até ditar o insucesso de futuras abordagens clínicas de doenças que o utente venha a padecer.

Para além disso têm outras virtualidades, designadamente a de demonstrar a compatibilidade do diagnóstico e tratamento com as *legisartise* com o estado da ciência médica vigentes à data em que foram obtidos, com enorme relevância no eventual apuramento de responsabilidades.

E são essas finalidades que justificam que estejam abrangidos pelo segredo médico, que impõe a “confidencialidade sobre os dados pessoais revelados» [cfr. Base XIV n.º 1 al. d) da Lei de Bases da Saúde aprovada pela Lei n.º 47/90, de 24 de Agosto], impedindo que possam ser acedidos por quem não esteja legalmente habilitado para tal, e que ao mesmo tempo permitem que sejam acedidos pelo próprio doente (cf. artigo 11.º n.º 5 da Lei 67/98, de 26 de Outubro). Mas se o seu acesso pelo próprio interessado não sofre restrição, já a sua utilização em certos casos pode ser restringida, mesmo para quem tem a referida habilitação legal: referimo-nos aos dados estritamente pessoais, para fins de tratamento da informação ou investigação científica, casos em que a sua utilização está sujeita a autorização prévia da Comissão Nacional de Protecção de Dados.

Parece, contudo, que o acesso do interessado a dados que lhe digam respeito está fora de causa. Ao contrário do que sucede noutros países que estabeleceram restrições em certos segmentos dos dados clínicos individuais, em Portugal, o artigo 10.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina – Convenção sobre os Direitos do Homem e a da Biomedicina, ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro – consagrou dois direitos: o «de saber» e o de «não querer saber».

Efectivamente, o n.º 2 do preceito citado refere, de forma expressa, que qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde, e bem assim o direito a não ser informado sobre o seu estado de saúde. E só a título excepcional é que a lei pode prever, no interesse do doente, restrição ao exercício de tais direitos.

Neste quadro, apresentando-se as limitações ao direito de acesso como excepcionais, será de admitir então que a regra geral do artigo 11.º n.º 5 da Lei 67/98 pode ser questionada, em ordem a decidir-se se deve ou não manter-se a regra do «acesso por intermediação».

De todo o modo, na medida em que o CDM prevê que os exames complementares de diagnóstico, a terapêutica e a descrição dos actos clínicos possam ser disponibilizados quando o doente os solicite (citado art.º 77.º, n.º 3) e como as infracções aos deveres constantes do CDM são consideradas infracções disciplinares, dir-se-ia então que o interessado pode conseguir, através dos órgãos internos da Ordem dos Médicos, acesso aos documentos que lhe digam respeito e constantes do processo clínico, o que conduziria a uma resposta mitigada à questão que acima se enunciou, qual é a de se saber se as entidades privadas que actuam no sistema de saúde estão ou não vinculadas a observar o quadro legal que estrutura juridicamente a informação procedimental.

Mas quando essa pretensão não é acolhida pela Ordem dos Médicos, no todo ou em parte, ou, *maxime*, é negada pela entidade colectiva privada prestadora de cuidados de saúde, sobretudo quando há urgência no acesso à informação?

Uma das vias de resolução do problema seria lançar mão do mecanismo previsto nos artigos 1476.º e ss. do CPC - apresentação de coisas ou documentos - o que desde logo levanta dois problemas: por um lado, a resistência da entidade de saúde privada ao ser compelida a apresentar o processo ou ficha clínica do doente que não é considerado propriedade do doente; por outro e mais decisivamente, este mecanismo processual não tem natureza urgente, o que o torna incapaz de tutelar em tempo útil o pedido de informação. E mesmo a sua associação a um procedimento cautelar não é suficiente: basta pensar que os procedimentos cautelares regulados no Código Civil não foram pensados para estas situações e que não dão resposta imediata ou quase imediata a solicitações deste tipo, grande parte das vezes motivadas por reforçada urgência e o mais lato acesso à informação.

A solução deve ser encontrada, a nosso ver, na verdadeira natureza do Sistema de Saúde, que congregando entidades públicas inseridas no SNS e entidades privadas, dá exequibilidade ao comando constitucional e ao princípio universal, que colocam a saúde como função do Estado.

De harmonia com a Base XII o Sistema de Saúde é constituído pelo Serviço Nacional de Saúde (SNS) e por todas as entidades públicas que desenvolvam actividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, bem como por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres que acordem com a primeira a prestação de todas ou de algumas daquelas actividades.

O SNS abrange todas as instituições e serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde dependentes do Ministério da Saúde e dispõe de estatuto próprio.

A rede nacional de prestação de cuidados de saúde abrange os estabelecimentos do SNS e os estabelecimentos privados e os profissionais

em regime liberal com quem sejam celebrados contratos com vista à prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde.

O controlo de qualidade de toda a prestação de cuidados de saúde é idêntico em ambos os casos, pelo que as entidades privadas com fins lucrativos que tenham celebrado os contratos anteriormente referidos, e que actuam em articulação com o Serviço Nacional de Saúde, estão sujeitas a licenciamento, regulamentação e vigilância de qualidade por parte do Estado.

Neste caso, o Serviço Privado de Saúde equivale a um serviço de interesse geral<sup>4</sup>, que embora diverso do serviço universal comunga com este das mesmas exigências de serviço público, - pese embora não possa considerar-se um serviço público em sentido objectivo - que como ensina Pedro Gonçalves, prossegue tarefas administrativas de prestação<sup>5</sup>. Trata-se, pois, da privatização de uma actividade material que ao Estado compete prosseguir, e que em certos casos assume mesmo a natureza de *privatização funcional de responsabilidades*, envolvendo o *exercício privado de funções públicas*, nas diversas modalidades de que se pode revestir a colaboração entre entes privados e o Estado, designadamente no que concerne à externalização de tarefas.

Essa exigência de serviço público<sup>6</sup> impõe-lhe a sujeição aos mecanismos de regulação, embora lhe permita socorrer-se, segundo a jurisprudência do TJE, dos meios alternativos de resolução de conflitos.

O que não significa, porém, que possa eximir-se à acção jurisdicional dos tribunais estaduais. A possibilidade acima referida tem outro sentido: o de constituir uma válvula de escape naquelas situações em que não lhes é imposta essa sujeição.

De facto, a natureza das tarefas que no âmbito do SNS são prestadas por entidades privadas, não perdem natureza administrativa: se é certo que as prestações são feitas por entidades de direito privado, não é menos verdade que as mesmas correspondem a prestações administrativas em sentido objectivo, ditadas pela satisfação *directa* de necessidades públicas e que, portanto, integram a *função administrativa*. De resto, o recurso à colaboração de entes privados não se esgota nas chamadas áreas da administração *económica* ou *social*, como sucede no fornecimento de bens ou serviços essenciais, podendo estender-se a áreas outrora tradicional-

---

(<sup>4</sup>) Assim, Rodrigo Gouveia, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Direito Público e Regulação 2, Coimbra, 2001, pp. 17 e s.

(<sup>5</sup>) *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, 1999, p. 25 e ss.

(<sup>6</sup>) Cf. Rodrigo Gouveia, *ob. cit.*, pag. 24, para quem os serviços de interesse geral em áreas essenciais à vida e à saúde equivale ao serviço público em sentido objectivo.

mente tidas como inseparáveis da função estadual, em função do exercício dos poderes de autoridade que lhes eram inerentes.

Neste caso a prossecução das tarefas pelas entidades privadas acarreta a transferência do exercício de tais poderes, conferindo a tais entidades a natureza de entidades administrativas privadas.

Pois bem. Se a saúde é uma função nuclear do Estado e se esta pode ser assegurada por entidades privadas, então parece indiscutível que as mesmas estejam sujeitas à observância do estatuto dos utentes do SNS, que permite a estes escolher, no âmbito do sistema de saúde e na medida dos recursos existentes e de acordo com as regras de organização, o serviço e agentes prestadores (Base XIV, n.º 1, al. a), bem como a ser informados amplamente sobre a sua situação clínica (Base XIV, n.º 1, al. e), tudo se conjugando para que em matéria de informação procedimental as entidades privadas que prestam serviços de saúde estejam vinculadas aos mesmos mecanismos legais (substantivos e processuais) que impendem sobre as entidades públicas que actuam na mesma área, tanto mais que tal direito de informação é instrumental do direito à tutela jurisdicional efectiva<sup>7</sup>.

E colaborando tais entidades com a Administração Pública e comungando, em sentido amplo, de algumas das tarefas que recaem sobre a mesma, então parece indiscutível que estejam vinculadas – mas apenas na parte em que a sua actividade tem contornos de administratividade e com as devidas adaptações – ao princípio contido no n.º 1 do art.º 61.º do C.P.A., segundo o qual “*os particulares têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos procedimentos em que sejam directamente interessados, bem como o direito de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas*”, ou seja, quando a informação pretendida está contida em factos, actos ou documentos de um concreto procedimento em curso<sup>8</sup>.

Na verdade, assentando a prestação de serviços de saúde por parte de entidades privadas no já referido princípio da liberdade de escolha, e tendo este princípio, por natureza, uma aplicação limitada, já que a escolha do estabelecimento ou profissional de saúde só é admissível naqueles casos em que o sistema de saúde estadual não responde cabalmente às necessidades públicas, sendo necessário colmatar os espaços de insuficiência deste através da colaboração de entes privados, parece evidente que estes estão vinculados aos mesmos deveres e obrigações que impendem nesse domínio sobre as entidades públicas - tanto mais que estão sujeitos às mesmas exigências que em matéria de qualidade nos cuidados de saúde são apanágio do serviço público - ainda que não lhes tenha sido

---

(<sup>7</sup>) Ac. do Tribunal Constitucional n.º 248/00 de 12-04-2000, P.º 478/99.

(<sup>8</sup>) Ac. do TCAN, de 02-04-2009, Proc. n.º 01993/08.5BEPRT.

atribuído, no todo ou em parte, o elenco de funções de autoridade que assiste às segundas.

Por conseguinte e sob esse prisma estão adstritos à observância do citado princípio da informação procedimental.

Em reforço desta ideia pode dizer-se que essa actividade constitui uma inegável demonstração de exercício de direito administrativo privado, a que não faltam especificidades de direito administrativo público, designadamente os limites à liberdade negocial (v.g. os preços dos serviços, que em regra são previamente fixados pela autoridade de saúde competente), e a observância de princípios administrativos substanciais (direitos fundamentais, interesse público, boa fé, imparcialidade, igualdade e proporcionalidade)<sup>9</sup>, bem como restrições de ordem pública ao exercício dessa actividade, designadamente a sujeição aos poderes de direcção, orientação e fiscalização da autoridade pública competente e a possibilidade da actividade ser condicionada por razões de interesse público, através de rescisões contratuais ou revogações de autorização.

Dir-se-á, pois, que tal actividade administrativa privada é temperada por limitações e regalias de direito público, ou noutra formulação, que o exercício de funções originariamente públicas na área da saúde por entidades privadas implica a sua sujeição a regras de Direito Administrativo para além do âmbito do chamado *direito administrativo privado*, sem embargo da delegação de funções públicas não ser acompanhado, neste caso, de toda a panóplia de poderes de autoridade.

A nossa jurisprudência administrativa vacila, porém, na atribuição de natureza administrativa aos actos praticados em estabelecimento de saúde privado mas integrados, por contrato ou convenção, no SNS, embora não recuse essa qualificação naqueles casos em que o capital da instituição hospitalar é integralmente público embora a sua gestão seja totalmente dominado pelo direito privado, como sucedeu com o Ac. do STA de 02-10-2008<sup>10</sup>.

Contudo, parece que o argumento da natureza do capital é nitidamente frouxo, se pensarmos que nas concretas situações em que se materializa a prestação dos cuidados de saúde pouco importa a natureza macro-económica da instituição, mas outrossim as *legisartis* que a disciplinam e, *maxime*, o fundamento pelo qual a mesma pode ser exigida pelo utente, ou seja, o direito à saúde constitucionalmente garantido e que o Estado *tem* de assegurar, concatenado com o já referido princípio da liberdade de escolha, que permite que o interessado seleccione o estabelecimento de saúde que, na sua perspectiva e sob certas condicionantes, entende que melhor o pode servir.

---

(<sup>9</sup>) Cf. art.º 2º, n.º 5 do CPA.

(<sup>10</sup>)Proc.n.º 012/08.



Aliás, se a dimensão dos *serviços públicos de segurança social*<sup>11</sup>, designadamente de saúde, os reconduzem a verdadeiros serviços universais em que a subordinação aos respectivos princípios não pode ser posta em causa<sup>12</sup>, a protecção dos respectivos utentes não pode deixar de incluir a tutela jurisdicional efectiva e, por conseguinte, o acesso aos meios processuais que mais eficazmente a assegurem, onde se inclui o contencioso administrativo.

Enfim, em jeito de conclusão dir-se-á que, na nossa perspectiva, o direito à informação procedimental no âmbito dos cuidados de saúde prestados por entidades privadas integradas ou colaborantes com o SNS pode ser exercido nas mesmas condições e modalidades que pode ser exigido quando em causa está um estabelecimento de saúde estadual, conclusão essa que comprova que cada vez mais se esbatem as fronteiras entre o direito público e o direito privado, parecendo que começa a ser útil reflectir a propósito do caminho traçado por alguma Doutrina, que tenta encontrar respostas na construção de um direito comum, disciplinador das actividades de prestação de serviços públicos e das respectivas garantias legais e institucionais, assim contribuindo para a clarificação de algumas das questões que a este propósito nos preocupam, e para as quais todos buscamos respostas.

---

(<sup>11</sup>) Cfr. Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, pp. 1069-1070.

(<sup>12</sup>) Assim, Rodrigo Gouveia, *ob. cit.*, pág. 161.