

AS TAXAS MODERADORAS E A LEI DE BASES DA SAÚDE¹

Aquilino Paulo Antunes*

1. Introdução; 2. Enquadramento das taxas moderadoras no panorama dos tributos públicos; 3. Análise sintética do regime vigente com referência à Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro; 4. Comparação das soluções do ante-projecto, da proposta e da nova Lei de Bases da Saúde. Críticas e propostas de melhoria; 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO



retende-se neste documento fazer uma análise daquilo que poderá ou deverá ser o regime de taxas moderadoras devidas como contrapartida da prestação de cuidados de saúde no âmbito do Serviço Nacional de Saúde (SNS), como consequência da aprovação da Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro.

De realçar que esta lei esteve envolta em polémica, na medida em que o Governo não deu sequência ao ante-projecto apresentado por Grupo de Trabalho expressamente nomeado

¹ Texto que serviu de base à palestra apresentada na Semana da Bioética, que teve lugar de 28 a 31 de Janeiro de 2019 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. De salientar que, entretanto, foi publicada e entrou em vigor a nova Lei de Bases da Saúde. Por este motivo e embora partindo do texto que serviu de base à palestra, fizemos uma actualização, tendo em conta o novo diploma.

* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

para o efeito, tendo optado por apresentar ao parlamento uma proposta substancialmente distinta². Depois, a fase de discussão em sede da Assembleia da República foi de tal ordem que, em alguns aspectos – como é o caso das taxas moderadoras –, quem ficou a perder foi o texto da lei e os seus destinatários.

Começaremos por fazer um breve enquadramento teórico das taxas moderadoras – aquilo que noutros países se designa de *user fees*³ –, após o que faremos uma análise sintética do regime vigente, o qual decorre da Constituição da República Portuguesa e do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, diversas vezes alterado, tendo por referência a Lei de Bases da Saúde aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, posteriormente alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, a qual foi recentemente revogada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro.

Por último, compararemos a Base XXV do ante-projecto de Lei de Bases da Saúde, a Base 20 da proposta de Lei de Bases da Saúde apresentada pelo Governo e a Base 24 da Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro, bem como faremos algumas críticas e sugestões de melhoria, após o que extrairemos algumas conclusões.

2. ENQUADRAMENTO DAS TAXAS MODERADORAS NO PANORAMA DOS TRIBUTOS PÚBLICOS

Até à revisão da Constituição da República Portuguesa, ocorrida em 1997, os tributos públicos distinguiam-se apenas entre impostos e taxas. As taxas caracterizam-se pela existência de um nexó sinalagmático entre o tributo e a prestação administrativa a assegurar pela entidade pública, enquanto os impostos

² Disponível em parlamento.pt.

³ Cfr. Tambor, M., M. Pavlova, P. Woch & W. Groot (2010), 585 e ss. Para uma panorâmica geral dos *user fees* (num sentido mais lato do que as meras taxas moderadoras) na União Europeia antes da adesão da Croácia, cfr. Tambor, M. (2015), 31 e ss.

se caracterizam pela unilateralidade, ou seja, pela existência desse nexo⁴. Isto significa que não se exige qualquer prestação específica da entidade pública a favor do sujeito passivo como contrapartida do pagamento do imposto. A bilateralidade – ou sinalagmaticidade – própria das taxas está associada à *divisibilidade*, ou individualização, da prestação pública a favor do sujeito passivo⁵.

A aludida revisão constitucional veio introduzir um *terceiro tipo* de tributos públicos, que são as *contribuições financeiras a favor das entidades públicas*, previstas na alínea i) do n.º 2 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa⁶. Não obstante, esta figura não releva para a presente análise, pelo que nos cingiremos às figuras tributárias mencionadas em primeiro lugar.

As taxas moderadoras são, no panorama dos tributos públicos, verdadeiras taxas bilaterais ou sinalagmáticas, e não impostos, na medida em que constituem contrapartida da prestação de um serviço público, que é a prestação de cuidados de saúde⁷. O facto de as taxas moderadoras poderem apresentar um valor manifestamente inferior ao valor deste serviço não obsta à mencionada classificação⁸. Por seu turno, os impostos caracterizam-se, como se referiu, pela unilateralidade, por não constituírem contrapartida de qualquer concreta prestação pública, e assentam

⁴ Vasques, S. (2008), 227 e ss; Antunes, A. P. (2011), 7 e ss; Antunes, A. P. (2019), 274 e ss, que acompanhamos de perto.

⁵ Xavier, A. (1974), 42 e ss; Nabais, J.C. (2004), 260; Nabais, J.C. (2010), 20-32; Vale, L. A. M. M. (2010), 138-160; Antunes, A. P. (2011), 15; Antunes, A. P. (2019), 274.

⁶ Vasques, S. (2008), 227 e ss; Antunes, A. P. (2011), 7 e ss; Antunes, A. P. (2019), 274; Rosa, P. J. F. (2014), 82-90.

⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre a evolução histórico-legislativa da cobrança de taxas moderadoras, cfr. Entidade Reguladora da Saúde (2013), *O Novo Regime das Taxas Moderadoras*, 110 e ss; Rosa, P. J. F. (2014), 92 e ss.

⁸ É suficiente a mera equivalência jurídica, não se exigindo a equivalência económica entre a prestação tributária e a prestação pública. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 115/2002, relatado pelo Exmo. Conselheiro Tavares da Costa. Vasques, S. (2008), 348 e ss; Antunes, A. P. (2019), 275.

essencialmente na capacidade contributiva revelada pelo sujeito passivo.

Isto mesmo resulta os n.ºs 1 e 2 do artigo 4.º da Lei Geral Tributária:

“1 - Os impostos assentam essencialmente na capacidade contributiva, revelada, nos termos da lei, através do rendimento ou da sua utilização e do património.

2 - As taxas assentam na prestação concreta de um serviço público, na utilização de um bem do domínio público ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares.

(...)”.

As taxas bilaterais, ou sinalgamáticas, podem ter finalidades fiscais – quando se destinem apenas à obtenção de financiamento público –; finalidades extrafiscais, no sentido de incentivar os sujeitos passivos a adoptar, ou a abster-se da prática de, um comportamento⁹; simultaneamente ambas as finalidades, independentemente do peso relativo de qualquer delas. O mesmo se diga das taxas moderadoras^{10/11}.

⁹ Pigou, A. C. (2009), 172 e 192-193; Araújo, F. (2005), 572 e ss; Vasques, S. (2008), 307-321; Christiansen, V. & S. Smith (2008?), 2 e ss; Fleisher, V. (2015), 1674 e ss.

¹⁰ Sobre as bases teóricas dos *user fees*, cfr. Mwabu, G. (1997), 5 e ss.

¹¹ Ver também Rosa, P. J. F. (2014), 91 e ss e 122 e ss. O autor acaba por concluir que as taxas moderadoras são, afinal, contribuições financeiras e não taxas bilaterais. Não concordamos com esta posição, na medida em que o autor parece fazer assentar o seu entendimento no facto de não existir uma correspondência aproximada entre o valor da taxa cobrada e o custo da prestação pública. Sucede que aquilo que caracteriza a contribuição financeira, por referência à taxa bilateral, é o facto de não ser possível uma adequada individualização da prestação pública – não se sabe em concreto quem beneficiou, ou provocou os custos, da prestação pública, embora se admita que tratará de determinado *clube* de sujeitos passivos, que assim ficam obrigados a suportar a contribuição financeira. Por referência ao imposto, o que caracteriza a contribuição financeira é o facto de esta não ser absolutamente unilateral – em termos tais que poderá nem sequer existir uma concreta prestação pública associada ao pagamento do tributo – e ainda ser possível identificar o *clube* de beneficiários, mas não cada beneficiário concreto. Cfr. Vasques, S. (2008), 227 e ss; Antunes, A. P. (2011), 7 e ss; Canotilho, J. J. G. & V. Moreira (2007), 1095. O autor acaba por não extrair consequências do seu entendimento quanto à qualificação das taxas moderadoras como “contribuições financeiras quando, naturalmente, essa qualificação teria implicações no que se refere à validade do regime vigente, face à reserva de regime geral aplicável

Os tributos que prosseguem finalidades extrafiscais são também conhecidos pela designação de *tributos pigouvianos*, ou correctivos, e visam internalizar as externalidades negativas causadas pelos sujeitos passivos, fazendo recair sobre estes os custos sociais dessa externalidade¹². As taxas moderadoras visam internalizar a externalidade negativa que consiste no congestionamento – excesso de uso, ou uso desnecessário – dos estabelecimentos e serviços do SNS^{13/14}.

Deste modo, a finalidade preponderantemente extrafiscal da taxa moderadora visa promover uma alocação eficiente dos recursos e minimizar o potencial de *risco moral* por parte do utente¹⁵. O *risco moral* consiste no facto de o utente, beneficiando de acesso ilimitado e gratuito aos cuidados de saúde, poder ignorar a necessidade de tomar medidas preventivas das doenças e, mesmo, adoptar comportamentos de risco susceptíveis de contribuir para agravar o seu estado de saúde, pelo que tenderá a

aos mesmos tributos, nos termos da alínea i) do n.º 2 do artigo 165.º da CRP, e face à manifesta insuficiência da citada Base XXXIV da Lei de Bases da Saúde revogada para cumprir essa reserva.

¹² Naturalmente que este tipo de tributos não é isento de críticas: os mesmos não são aptos a modificar todo o tipo de comportamentos. Fleisher, V. (2015), 1703, embora conclua que os *tributos pigouvianos* não são adequados para alterar um conjunto de comportamentos, considera-os eficazes quanto à modificação dos comportamentos com efeitos no ambiente e das situações de congestionamento. Antunes, A. P. (2019), 275.

¹³ Miranda, J. & R. Medeiros (2010), 1313-1314; Estominho, M. J. & T. Macieirinha (2014), 58-62 e 256 e ss. Canotilho, J. J. G. & V. Moreira (2007), 827, colocam em evidência o imperativo constitucional de as taxas moderadoras não impedirem o acesso por parte dos mais necessitados nem terem valores tão elevados que impossibilitem o acesso pelos utentes.

¹⁴ Para um panorama das medidas adoptadas no SNS para moderação do uso, tanto do lado da procura como do lado da oferta, cfr. Barbosa, A. P. R. (2009), 62 e ss.

¹⁵ Cfr. Culyer, A. J. (2005), 219, sobre a definição de risco moral. Araújo, F. (2005), 421 e ss; Grootendorst, P. (2006), 116; Fitzgibbon, M. (2015), 14-16. Cfr. Earl-Slater, A. (1999), 147; Berkovitch, E., R. Israel & Y. Spiegel (2010), 84, defendem que a própria organização – nomeadamente o SNS – pode contribuir para reduzir ou aumentar o risco moral. Sob o ponto de vista económico, a *tendencial gratuitidade* que caracteriza o SNS visa minimizar a hipótese de risco moral por parte dos beneficiários, introduzindo um “preço público” que poderá consistir, por exemplo, nas taxas moderadoras ou na comparticipação dos medicamentos

usar os serviços de saúde de modo excessivo^{16/17}.

Ao atribuir um preço ao serviço, a taxa moderadora minimiza o *risco moral*, pois desencoraja não apenas o uso desnecessário ou, dito pela positiva, incentiva a apenas recorrer aos serviços de saúde quem deles necessite efectivamente, como também poderá contribuir para reduzir os comportamentos de risco¹⁸.

Ainda assim, o recurso a certos cuidados de saúde pode, em certos casos, causar externalidades positivas, designadamente se contribuir para prevenir ou minimizar a propagação de doenças. É o que se passa com as actividades preventivas no domínio da saúde – vacinação, rastreios, trocas de seringas ou distribuição de preservativos. Em tais hipóteses tanto beneficia quem recorre ao serviço de saúde como um número indeterminado de outros cidadãos, que deste modo não correm o risco de contrair essas doenças e, em última análise, os serviços de saúde, que evitam uma afluência de maior número de doentes¹⁹. Nesses casos, em vez da cobrança de taxa moderadora, o que faria sentido seria isentar os utentes do seu pagamento, incentivando assim o recurso a esses cuidados.

Os tributos *pigouvianos* têm vantagens e desvantagens. Há quem defenda que os tributos em causa podem internalizar as externalidades, mas também criar distorções²⁰. Uma vantagem das taxas moderadoras é a moderação do uso através da

¹⁶ Cfr. Culyer, A. J. (2005), 219, sobre a definição de risco moral. Cfr. Earl-Slater, A. (1999), 90 e 147. cfr. Araújo, F. (2005), 421 e ss. Berkovitch, E., R. Israel & Y. Spiegel (2010), 84, defendem que a própria organização – nomeadamente o SNS – pode contribuir para reduzir ou aumentar o risco moral. Cfr. Barros, P. P. (2019), 163 e ss; 205 e ss; 215 e ss.

¹⁷ Barbosa, A. P. R. (2009), 67 e ss.

¹⁸ Contudo, nos casos em que as taxas tenham uma finalidade preponderantemente fiscal, as mesmas são criticáveis pelo facto de transferirem os custos dos serviços de saúde para os mais pobres, geralmente mais carecidos destes cuidados. Cfr. Creese, A. (1997), 202; Mwabu, G. (1997), 7-8; Antunes, A. P. (2019), 275.

¹⁹ Mwabu, G. (1997), 11; Estorninho, M. J. & T. Macieirinha (2014), 259-260.

²⁰ Coase, R. H. (1960), 1 e ss; Christiansen, V. & S. Smith (2008?), 31; Fleisher, V. (2015), 1674 e ss;

consciência do custo, susceptível de contribuir para mitigar o *risco moral* por parte do utente, como referimos²¹.

Ainda assim, a vantagem da *moderação do uso* poderá, em certos casos, revelar-se uma desvantagem, na óptica da equidade, se tal moderação for de molde a impedir o acesso aos cuidados de saúde por parte de quem deles realmente necessita^{22/23/24}. Apesar destas desvantagens, a taxa moderadora permite aumentar a eficiência na procura, nos termos expostos, mas também na oferta, no sentido em que transmite informação quanto à escassez dos recursos e quanto à necessidade de prestar os serviços a um custo cada vez mais baixo²⁵.

Durante a vigência do Plano de Assistência Económico-Financeira no nosso país, foram noticiados casos de cidadãos com dificuldades no acesso aos serviços públicos de saúde, por virtude das taxas moderadoras que lhes eram exigidas²⁶. Este problema pode ser ultrapassado através de sistemas de apoio aos mais desfavorecidos, como sejam isenções do pagamento de taxas moderadoras ou outros benefícios fiscais²⁷. A este propósito, é importante realçar que, no nosso país, mais de metade da população está isenta ou dispensada do pagamento de taxas moderadoras.

No que respeita às desvantagens dos *tributos*

²¹ Tambor, M., M. Pavlova, P. Woch & W. Groot (2010), 585. Para uma visão crítica deste efeito moderador, cfr. Vale, L. A. M. M. (2010), 161-201.

²² Creese, A. (1997), 203; Canotilho, J. J. G. & V. Moreira (2007), 827; Christiansen, V. & S. Smith (2008?), 31; Tambor, M., M. Pavlova, P. Woch & W. Groot (2010), 585. Estorninho, M. J. & T. Macieirinha (2014), 58-62 e 256 e ss.

²³ Cfr. Entidade Reguladora da Saúde (2013), *O Novo Regime das Taxas Moderadoras*, 93-95.

²⁴ Barbosa, A. P. R. (2009), 80-84; Amador, O. M. (2013), 505.

²⁵ Mwabu, G. (1997), 7-9.

²⁶ Correia, T., G. Carapinheiro, H. Carvalho, J. M. Silva & J. Vieira (2016), e56-e62, também dão nota dos problemas de acesso provocados pela política de contenção de custos praticada nos serviços de saúde públicos durante a crise económico-financeira. Antunes, A. P. (2019), 277.

²⁷ Mas são possíveis outros mecanismos, como, por exemplo, o apoio por parte da Segurança Social.

pigouvianos, avulta a respectiva regressividade. Esta significa que o tributo, por ser unitário ou de valor fixo (*lump sum tax*), exige maior esforço dos mais pobres, na medida em que representa um sacrifício proporcionalmente maior para o seu rendimento, do que para dos mais abastados, pois o rendimento deste é proporcionalmente menos sacrificado²⁸.

A regressividade das taxas moderadoras produz impacto negativo no acesso, pois, em regra, as pessoas mais pobres têm – ou vivem em condições propiciadoras de – mais problemas de saúde do que as pessoas com maiores rendimentos²⁹.

Diz-se dos *tributos pigouvianos* que os mesmos aumentam a eficiência, através de uma mais adequada alocação dos recursos, entendida esta como a alocação a quem apresenta maior disponibilidade de pagar³⁰. O mesmo sucede com os serviços de saúde: as taxas moderadoras alocam os serviços de saúde a quem tem maior disponibilidade de pagar.

A incumbência constitucional de garantia do acesso aos cuidados de saúde por parte de quem deles necessita e poderá não dispor de capacidade económica para pagar as taxas moderadoras, tem justificado a criação de um vasto arsenal de isenções e outros benefícios fiscais. Igual justificação existe quanto às situações em que importa incentivar o acesso aos cuidados de saúde, quando o mesmo propicie externalidades positivas³¹.

De outro ponto de vista, importará ter em mente que a cobrança de taxas moderadoras, embora teoricamente apta a moderar o uso dos serviços de saúde, poderá, apesar disso, não reduzir os custos de saúde ou não os reduzir na mesma proporção da redução do uso. Dito de outro modo, a moderação do consumo de serviços de saúde não implica necessariamente uma

²⁸ Mwabu, G. (1997), 8. No sentido de que a regressividade dos tributos comutativos actualmente não se coloca nos mesmos termos, cfr. Vasques, S. (2008), 392 e ss. Cfr Rosa, P. J. F. (2014), 82-90.

²⁹ Barros, P. P. (2019), 215.

³⁰ Mwabu, G. (1997), 7-9.

³¹ Estorninho, M. J. & T. Macieirinha (2014), 259-260.

economia de recursos directamente proporcional. Basta ter em mente que o facto de, em dado momento, o utente optar por utilizar o serviço de saúde, para não pagar a taxa, não impede que o mesmo utente recorra a esse serviço em momento posterior, mas num estadio mais avançado de doença e que, por esse motivo, exija cuidados mais diferenciados e mais dispendiosos³².

Em abstracto, se uma pessoa que tem uma cárie dentária acabada de revelar-se não recorrer ao dentista neste momento, é altamente provável que acabe por recorrer mais tarde a esse profissional e tenha de ser sujeita a uma reconstrução ou mesmo a uma extracção dentária. Se passarmos para o foro oncológico, a demora no acesso poderá ser a diferença entre a vida ou a morte, conduzindo a situações de perda absoluta de bem-estar³³.

Estes dois pequenos exemplos demonstram que a moderação do uso nem sempre é proporcionalmente positiva para o orçamento do SNS e, o que é pior, induz perdas de bem-estar social, por poder conduzir ao agravamento do estado de saúde do doente.

3. ANÁLISE SINTÉTICA DO REGIME VIGENTE COM REFERÊNCIA À LEI N.º 48/90, DE 24 DE AGOSTO, ALTERADA PELA LEI N.º 27/2002, DE 8 DE NOVEMBRO

De modo sintético, importa aludir agora ao regime vigente, mas com referência à Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro³⁴, até à entrada em vigor da Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro.

Assim, a Constituição da República Portuguesa consagra, no n.º 1 do seu artigo 64.º, o direito de todos à protecção da saúde, bem como o dever de os mesmos a defenderem e promoverem. A alínea a) do n.º 2 do mesmo artigo refere que o direito

³² Creese, A. (1997), 202-203; Antunes, A. P. (2019), 279.

³³ Sobre a questão da perda absoluta de bem-estar, cfr. Araújo, F. (2005), 235 e ss; Cruz, J. N. (2008), 13; Freire, M. P. R. V. (2008), 780 e ss.

³⁴ Rosa, P. J. F. (2014), 95 e ss.

fundamental à protecção da saúde é realizado através de um SNS *universal e geral* e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, *tendencialmente gratuito*³⁵.

Sob uma perspectiva económica, a *universalidade* do SNS impede a selecção adversa dos beneficiários por parte do “segurador público”; a *generalidade* do SNS justifica a escolha pública da “carteira de serviços” – ou das “coberturas” – do “seguro público”, bem como a eficiência na prestação, para garantia dessas “coberturas”; e a *tendencial gratuitidade* permite, como referimos a adopção de estratégias de minimização do *risco moral* por parte dos beneficiários, através da introdução da noção de custo concretizada nas taxas moderadoras ou na comparticipação no preço dos medicamentos³⁶.

O n.º 3 do mesmo artigo 64.º atribui ao Estado a incumbência prioritária de, para proteger o direito à saúde, (i) garantir (a) o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação, bem como (b) uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde, e de (ii) orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos³⁷.

No que toca à *tendencial gratuitidade*, importa salientar que já na vigência da redacção anterior da Constituição, que previa um SNS gratuito, o Tribunal Constitucional admitiu, no Acórdão n.º 330/89, a cobrança de taxas moderadoras, desde que o legislador não colocasse em causa o conteúdo mínimo da *gratuitidade* nem os princípios da *universalidade* e da *generalidade*³⁸.

³⁵ Vale, L. A. M. M. (2010), 119-121; Amador, O. M. (2013), 498-499; Serra, F. A. (2015), 75-86; Antunes, A. P. (2019), 279 e ss, que acompanhamos.

³⁶ Sobre a *tendencial gratuitidade* e o seu reflexo nas taxas moderadoras, cfr. Estorinho, M. J. & T. Macieirinha (2014), 58-62 e 256 e ss; Rosa, P. J. F. (2014), 108 e ss.

³⁷ Antunes, A. P. (2019), 280.

³⁸ Cfr. Miranda, J. & R. Medeiros (2010), 1314; Simões, J., P. P. Barros & J. Pereira (2008), 51 e ss; Estorinho, M. J. & T. Macieirinha (2014), 58-62 e 256 e ss; cfr.,

No fundo, tal como já decorria da redacção originária da Constituição, o estabelecimento das taxas moderadoras não pode colocar em causa o acesso dos cidadãos aos cuidados de saúde.

A referência à *socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos* justifica a opção pelos *impostos gerais* como principal fonte de financiamento da prestação de cuidados de saúde. A doutrina portuguesa nesta matéria é unânime quanto à preferência por essa fonte de financiamento do SNS³⁹.

No quadro da redacção actual do artigo 64.º, resultante da revisão constitucional de 1989, foi publicada a Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, que aprovou a Lei de Bases da Saúde, a qual foi posteriormente alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro. Como se referiu, o mencionado diploma foi recentemente revogado pela Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro.

A Base XXXIV da Lei de Bases da Saúde revogada, subordinada à epígrafe “Taxas moderadoras”, estabelecia o seguinte:

“1 - Com o objectivo de completar as medidas reguladoras do uso dos serviços de saúde, podem ser cobradas taxas moderadoras, que constituem também receita do Serviço Nacional de Saúde.

2 - Das taxas referidas no número anterior são isentos os grupos populacionais sujeitos a maiores riscos e os financeiramente mais desfavorecidos, nos termos determinados na lei.”

A mesma Base não era clara quanto à finalidade das taxas moderadoras nela previstas. Estes tributos eram considerados *complementares* das medidas “reguladoras do uso dos serviços de saúde”⁴⁰. Apesar de tudo, a referência nesse preceito à *regulação do uso* parecia servir de fundamento à finalidade extrafiscal de moderação do uso, embora também não afastasse uma finalidade de financiamento⁴¹.

ainda, Rosa, P. J. F. (2014), 108-114.

³⁹ Cfr. Barros, P. P. (2019), 205-216.

⁴⁰ Amador, O. M. (2013), 499.

⁴¹ Estorninho, M. J. & T. Macieirinha (2014), 257, recusam a finalidade de financiamento das taxas moderadoras.

Na prática e segundo os relatórios publicados pela Administração Central do Sistema de Saúde, I.P., as taxas moderadoras têm reduzida relevância no total dos proveitos das entidades públicas do SNS^{42/43}, devendo o seu cômputo incluir ainda as taxas cobradas por outros prestadores em nome do SNS, como os dos sectores privado e social (convencionados ou mediante acordos de gestão ou de cooperação⁴⁴) ou das parcerias público-privado da saúde⁴⁵.

Já vimos que a finalidade extrafiscal das taxas moderadoras visa moderar o uso dos serviços de saúde e simultaneamente minimizar o *risco moral*, em grande medida resultante da falta de consciência do custo desses serviços, motivado pela gratuitidade ou pela inexistência de um preço⁴⁶.

A fixação de taxas moderadoras configura o estabelecimento de um preço para os cuidados de saúde, permitindo que o doente dele tenha consciência, assim mitigando o *risco moral*⁴⁷.

Atento o quadro jurídico resultante da Constituição e da citada Base XXXIV, o legislador, em execução da medida 3.50 do Memorando de Entendimento entre a República Portuguesa, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Central Europeu e a Comissão Europeia de 17 de Maio de 2011, concretizou o regime das taxas moderadoras nos termos do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, já por diversas vezes

⁴² Antunes, A. P. (2019), 280; Rosa, P. J. F. (2014), 115.

⁴³ Cfr., sobre as fontes de financiamento da saúde no nosso país, incluindo as taxas moderadoras, Simões, J. A., G. F. Augusto, I. Fronteira & C. Hernández-Quevedo (2017), 63-66.

⁴⁴ Cfr. Decretos-Leis n.ºs 138/2013 e 139/2013, ambos de 9 de Outubro.

⁴⁵ Cfr. Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 86/2003, de 26 de Abril, 18/2008, de 29 de Janeiro, 176/2009, de 4 de Agosto, e 111/2012, de 23 de Maio.

⁴⁶ Cfr. Nota 14.

⁴⁷ Cfr. Nota anterior.

alterado^{48/49}. Apesar disso, o diploma ainda não sofreu alterações após a entrada em vigor da Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro.

O mesmo decreto-lei estabelece um regime singular e que, em certos casos, dificulta o trabalho ao intérprete. Desde logo, o diploma consagra uma norma de incidência, outra de isenção e outra de “dispensa da cobrança”; depois, só conjugando, pelo menos, os artigos 2.º, 4.º e 8.º, é possível compreender os casos em que são, ou não, devidas taxas moderadoras, na medida em que o primeiro desses artigos consagra a incidência do tributo e os restantes definem, com *nuances*, os benefícios fiscais ou, dito de outro modo, delimitam negativamente a incidência. Mas não só: o artigo 8.º sobre dispensa de cobrança inclui algumas normas que deveriam constar da norma de incidência consagrada no artigo 2.º.

O artigo 3.º do diploma remete no seu n.º 1 a definição do valor concreto das taxas para portaria, embora o n.º 2 do mesmo artigo estabeleça, como limite máximo desse valor, 1/3 dos valores estabelecidos na tabela de preços do SNS. O artigo 7.º do mesmo diploma estabelece as regras de cobrança. Os casos de incumprimento do pagamento das taxas moderadoras são regulados pelo Regime Geral das Infracções Tributárias, face à revogação do artigo 8.º-A, concretizada pela Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro. Não cabe aqui analisar estes e outros preceitos, bem como a portaria que define o valor das taxas⁵⁰.

O artigo 2.º do referido decreto-lei exige o pagamento de taxas moderadoras como contrapartida das seguintes prestações de saúde, quando os encargos sejam da responsabilidade do orçamento do SNS:

⁴⁸ O diploma foi alterado pelas Leis n.ºs 51/2013, de 24 de Julho, 83-C/2013, de 31 de Dezembro, 134/2015, de 7 de Setembro, 3/2016, de 29 de Fevereiro, 7-A/2016, de 30 de Março, e 42/2016, de 28 de Dezembro, e pelos Decretos-Leis n.ºs 117/2014, de 5 de Agosto, 61/2015, de 22 de Abril, 90/2017, de 28 de Julho, e 137/2017, de 10 de Outubro.

⁴⁹ Amador, O. M. (2013), 497-498; 499-505; Serra, F. A. (2015), 76-91.

⁵⁰ Trata-se da Portaria n.º 306-A/2011, de 20 de Dezembro, na redacção resultante das Portarias n.ºs 408/2015, de 25 de Novembro, e 64-C/2016, de 31 de Março.

“a) Nas consultas nos prestadores de cuidados de saúde primários, no domicílio, nos hospitais e em outros estabelecimentos de saúde públicos ou privados, designadamente em entidades convencionadas;

b) Na realização de exames complementares de diagnóstico e terapêutica em serviços de saúde públicos ou privados, designadamente em entidades convencionadas, com exceção dos efetuados em regime de internamento, no hospital de dia e no serviço de urgência para o qual haja referência pela rede de prestação de cuidados de saúde primários, pelo Centro de Atendimento do Serviço Nacional de Saúde⁵¹ ou pelo INEM⁵²;

c) Nos serviços de urgência hospitalar”.

O preceito não prevê o pagamento de taxa moderadora pela realização de meios complementares de diagnóstico e terapêutica (MCDT) quando estes exames sejam realizados em internamento, no hospital de dia ou quando realizados no serviço de urgência, desde que o acesso a este serviço de urgência se tenha efectuado por referência dos cuidados de saúde primários, do CCSNS ou do INEM. Esta parte final da norma faz sentido, por se entender que estas - cuidados de saúde primários, CCSNS ou INEM – devem ser as *portas de entrada* no sistema.

Não obstante, a mesma norma não excepciona o *atendimento em serviço de urgência* apesar de excepcionar os MCDT realizados no serviço de urgência⁵³. Só na distante alínea m) do artigo 8.º do mesmo diploma é que se prevê *dispensa a cobrança* de taxas moderadoras relativas a prestações de cuidados de saúde em atendimento em serviço de urgência, no seguimento de: (i) referência pela rede de prestação de cuidados de saúde primários; pelo CCSNS ou pelo INEM, *incluindo os actos complementares prescritos*; (ii) admissão a internamento através da urgência.

O legislador adoptou soluções incoerentes, quando faria sentido que as normas de incidência, ou de não incidência,

⁵¹ Actual Centro de Contacto do SNS (CCSNS).

⁵² Instituto Nacional de Emergência Médica, I.P.

⁵³ Antunes, A. P. (2019), 284-285.

estivessem incluídas no mesmo artigo. Acresce que os *actos complementares prescritos* nestes casos já se encontram excepcionados do pagamento de taxas moderadoras por força da alínea b) do artigo 2.º, o que significa uma previsão redundante do mesmo caso, nesta alínea b) do artigo 2.º e na alínea m) do artigo 8.º.

Existem outros dois casos que também não se mostram previstos no artigo 2.º. Referimo-nos à *primeira consulta de especialidade hospitalar*, com referenciação pela rede de prestação de cuidados de saúde primários [alínea c) do artigo 8.º] e ao *atendimento na rede de prestação de cuidados de saúde primários*, no seguimento de referenciação pelo CCSNS [alínea n) do artigo 8.º]. Os mesmos encontram-se previstos como meras *dispensas de cobrança*, em vez de configurarem excepções ao disposto na alínea a) do artigo 2.º.

O artigo 4.º do mesmo diploma estabelece um conjunto de isenções, destinado a dar guarida ao princípio constitucional da *tendencial gratuidade* do SNS, o qual manda atender às condições económicas e sociais dos cidadãos. A Lei de Bases da Saúde ora revogada igualmente determinava que fossem “isen-tos os grupos populacionais sujeitos a maiores riscos e os financeiramente mais desfavorecidos”.

Da lista de isenções do artigo 4.º do citado decreto-lei, poderá considerar-se como *grupos populacionais sujeitos a maiores riscos*: as grávidas e parturientes; os doentes transplantados; os menores e os jovens que se encontrem em cumprimento de medidas tutelares de internamento, de guarda em centro educativo ou em instituição pública ou privada, bem como os jovens integrados em qualquer das respostas sociais de acolhimento por decisão judicial proferida em processo tutelar cível ou que se encontrem em processo de promoção e proteção; os requerentes de asilo e refugiados, respetivos cônjuges ou equiparados e descendentes directos; os utentes portadores de incapacidade igual ou superior a 60% e os militares e ex-militares das Forças

Armadas portadores de incapacidade por acidente em serviço [cfr. alíneas a) a c), h), i) e k) a n) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, na redacção actual]. Apesar de tudo, as grávidas devem pagar taxa moderadora quando optem por interromper a gravidez nas primeiras 10 semanas (n.º 2 do mesmo artigo 4.º), com o objectivo de desincentivar o aborto voluntário, o que poderá justificar-se pelo facto de Portugal ser num país com reduzida taxa de natalidade.

Os grupos populacionais financeiramente mais desfavorecidos poderão incluir os utentes em situação de insuficiência económica comprovada, e os que dependam do agregado familiar daqueles, bem como os desempregados inscritos no centro de emprego, cujo subsídio não exceda 1,5 vezes o indexante de apoios sociais (IAS), cuja insuficiência económica é insusceptível de prova nos termos do artigo 6.º, e o respetivo cônjuge e dependentes [cfr. alíneas d) e j) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, na redacção actual]. O artigo 6.º prevê um mecanismo de verificação da condição de insuficiência económica, que não releva para o objecto da nossa análise⁵⁴.

Existem ainda outros grupos de pessoas que beneficiam de isenção de taxas moderadoras, mas julgamos que esta isenção constitui um *incentivo à continuação das respectivas actividades meritórias*: os dadores benévolos de sangue; os dadores vivos de células, tecidos e órgãos e os bombeiros [cfr. alíneas e) a g) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, na redacção actual]. As mesmas actividades não terão sido visadas pelo n.º 2 da citada Base XXXIV, embora possam comportar *risco* para os próprios.

Além das mencionadas isenções, estão previstos outros casos em que poderá não ocorrer pagamento de taxas

⁵⁴ Cfr. Portaria n.º 311-D/2011, de 27 de Dezembro, alterada pela Portaria n.º 289-B/2015, de 17 de Setembro. Para maiores desenvolvimentos sobre o tema da insuficiência económica, cfr. Estorninho, M. J. & T. Macieirinha (2014), 261-265.

moderadoras. Trata-se dos casos previstos no artigo 8.º do mesmo decreto-lei prevê, em que é *dispensada a cobrança* das taxas em causa.

A figura da *dispensa de cobrança*, apesar da originalidade da sua designação, reconduz-se à figura dos *benefícios fiscais*. O artigo 2.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais confirma-o:

“1 - Consideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem.

2 - São benefícios fiscais as isenções, as reduções de taxas, as deduções à matéria colectável e à colecta, as amortizações e reintegrações aceleradas e outras medidas fiscais que obedecem às características enunciadas no número anterior.

(...)”.

A dispensa de cobrança constitui uma medida fiscal, de carácter excepcional, instituída para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes.

Não obstante, a simples dispensa de cobrança parece deixar à entidade competente o poder discricionário de decidir quanto à efectivação da cobrança. Este poder discricionário não é compatível com o princípio da legalidade tributária, porque gera incerteza e permite situações de desigualdade e discriminação. No limite, pode suceder que o doente seja dispensado do pagamento da taxa numa consulta e não seja dispensado em outra consulta da mesma natureza, consoante a política adoptada pela, ou a disposição da, entidade competente. Como existe no âmbito do SNS um elevado número de entidades competentes para a cobrança de taxas moderadoras e como, teoricamente, cada uma poderá decidir de modo diferente perante casos similares, será razoável supor que estes problemas poderão ser amplificados.

A nosso ver, estes benefícios fiscais deveriam constituir verdadeiras isenções, porquanto esta figura é mais segura, sob o ponto de vista jurídico, pois não permite uma actuação discricionária por parte da entidade competente para cobrança.

No que se refere aos casos de dispensa de cobrança, já mencionámos três [alíneas m) e n) do artigo 8.º] que constituem excepções às normas de incidência e que, por tal motivo, devem figurar no artigo 2.º.

Afigura-se-nos que os demais casos de dispensa são enquadráveis em três conjuntos⁵⁵: (i) casos *geradores de externalidades positivas para a sociedade*; (ii) casos de *prestações de cuidados de saúde a portadores de doenças particularmente graves ou que implicam cuidados de longa duração*; e (iii) casos em que a *iniciativa de acesso aos serviços é alheia à vontade do utente*.

O conjunto de casos *geradores de externalidades positivas para a sociedade* inclui, a nosso ver, as consultas de planeamento familiar e actos complementares prescritos no decurso destas; as consultas e actos complementares de diagnóstico e terapêutica realizados no decurso de rastreios de base populacional, rastreios de infeções VIH/SIDA, hepatites, tuberculose pulmonar e doenças sexualmente transmissíveis, de programas de diagnóstico precoce e de diagnóstico neonatal, e no âmbito da profilaxia pré-exposição para o VIH, promovidos no âmbito dos programas de prevenção da Direção-Geral da Saúde; e a vacinação prevista no programa nacional de vacinação e pessoas abrangidas pelo programa de vacinação contra a gripe sazonal [alíneas a), g) e l) do artigo 8.º].

Neste conjunto, poderiam ainda incluir-se as consultas e actos complementares necessários para as dádivas de células, sangue, tecidos e órgãos [alínea f) do artigo 8.º], pois consideramos importante incentivar estas dádivas⁵⁶.

Note-se, a este propósito, que o legislador parece tratar de modo diferente quem já é dador e quem frequenta as consultas necessárias às dádivas. Atendendo a que quem já é dador

⁵⁵ Para um classificação diferente dos casos, cfr. Estorninho, M. J. & T. Macieirinha (2014), 259-260.

⁵⁶ Antunes, A. P. (2019), 288-289.

encontra-se isento, parece legítimo concluir que a dispensa de cobrança dirá respeito a consultas de candidatos à doação, pela primeira vez, dos mencionados produtos biológicos ou que, não sendo a primeira vez, não demonstrem documentalmente a sua qualidade de dador (cfr. n.º 3 do artigo 2.º do Decreto-Lei citado). Não nos parece fazer sentido esta diferença de tratamento, porquanto se trata de situações idênticas sob o ponto de vista material.

Estes casos devem ser incentivados, atenta a sua natureza altruísta e as externalidades positivas que produzem, pelo que a mera dispensa de cobrança da taxa moderadora poderá constituir um incentivo insuficiente. A isenção do pagamento da taxa moderadora constitui um benefício fiscal mais adequado, seja sob a perspectiva da igualdade seja sob a perspectiva de finalidade do tributo.

Quanto ao conjunto das *prestações de cuidados de saúde a portadores de doenças particularmente graves ou que impliquem cuidados de longa duração*, parece-nos que nele se incluem os casos das consultas, bem como actos complementares prescritos no decurso destas, no âmbito de doenças neurológicas degenerativas e desmielinizantes, distrofias musculares, tratamento da dor crónica, saúde mental, deficiências congénitas de fatores de coagulação, infeção pelo vírus da imunodeficiência humana/SIDA, diabetes, tratamento e seguimento da doença oncológica; cuidados de saúde respiratórios no domicílio; cuidados de saúde na área da diálise; atendimentos urgentes e actos complementares decorrentes de atendimentos a vítimas de violência doméstica; programas de tratamento de alcoólicos crónicos e toxicodependentes; e consultas, bem como actos complementares prescritos no decurso destas, no âmbito da prestação de cuidados pelas equipas específicas de cuidados paliativos [alíneas b), d), e), i), j) e o) do artigo 8.º]⁵⁷.

Não será despidiendo salientar que qualquer destes casos

⁵⁷ Antunes, A. P. (2019), 289.

poderia integrar os *grupos populacionais sujeitos a maiores riscos* que fundamentam as isenções já referidas. Assim, a qualificação destes casos como mera dispensa de cobrança não é pacífica⁵⁸.

Por último, o conjunto de casos cuja *iniciativa de acesso aos serviços é alheia à vontade do utente* inclui as consultas no domicílio levadas a cabo por iniciativa dos serviços e estabelecimentos do SNS e os programas de tomas de observação directa [alíneas h) e k) do artigo 8.º]⁵⁹.

Saliente-se que estas dispensas não visam a moderação do uso, pois a iniciativa da utilização da actividade pública de prestação de cuidados de saúde não cabe ao utente, mas sim aos serviços, os quais decidem deslocar-se ao domicílio ou observar directamente a toma de medicamentos por parte do doente, julga-se que com o objectivo de assegurar a adesão à terapêutica⁶⁰.

Tais situações, em lugar de conduzirem a benefícios fiscais, deveriam ser previstas como hipóteses de *não incidência*.

O regime que vimos enunciando, apesar do efeito moderador do uso desnecessário, tem também um efeito de financiamento, pois tributa o acesso a prestações de saúde por parte de quem delas necessita, em termos que não se coadunam com a justificação da tributação⁶¹. Apesar de o legislador não o reconhecer, o certo é que, no caso das prestações de saúde *necessárias*, a taxa moderadora encerra uma exclusiva finalidade de financiamento. Esta finalidade poderá prejudicar o acesso, porque desincentiva, ou dificulta, o uso dos serviços de saúde por parte daqueles que, de facto, necessitam de cuidados de saúde.

O regime assim desenhado, embora concordante com a Constituição da República Portuguesa, não era totalmente

⁵⁸ Antunes, A. P. (2019), 290.

⁵⁹ Nota anterior.

⁶⁰ Nota anterior.

⁶¹ Estorninho, M. J. & T. Macieirinha (2014), 257, recusam a finalidade de financiamento das taxas moderadoras.

conforme com a Lei de Bases da Saúde ora revogada, na medida em que tem uma finalidade moderadora para o *uso desnecessário* e uma finalidade de financiamento no que respeita às taxas pagas por quem *efectivamente necessita* de cuidados de saúde. Deste modo, o mesmo regime cria dificuldades de acesso a quem efectivamente necessita de cuidados de saúde e, simultaneamente, não é suficientemente moderador do uso desnecessário⁶².

Importa, ainda, salientar que, como se verá de seguida, o regime de taxas moderadoras consagrado pelo Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, alterado, poderá vigorar *apesar* da entrada em vigor da nova Lei de Bases da Saúde.

4. COMPARAÇÃO DAS SOLUÇÕES DO ANTE-PROJECTO, DA PROPOSTA E DA NOVA LEI DE BASES DA SAÚDE. CRÍTICAS E PROPOSTAS DE MELHORIA

No que respeita ao que poderá vir a ser o regime de taxas moderadoras, na sequência da entrada em vigor da nova Lei de Bases da Saúde, importa, antes de mais, recensear a evolução registada desde o ante-projecto até à Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro.

4.1. O ANTE-PROJECTO

O ante-projecto de nova Lei de Bases da Saúde⁶³ incluía uma Base XXV, com a seguinte redacção:

- “1 - Com o objetivo de moderar a procura desnecessária, a lei pode prever a cobrança de taxas moderadoras pelas prestações públicas de saúde, nos termos definidos pela lei, determinando a isenção de pagamento em situações de interesse de saúde pública, de maior risco de saúde ou de insuficiência económica.
- 2 - A lei deve estabelecer limites ao montante total de taxas

⁶² Antunes, A. P. (2019), 290-291; Rosa, P. J. F. (2014), 116-121.

⁶³ https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2018/06/LEI_BA-SES_18062018_pre_proposta_apresentacao_INSA.pdf

moderadoras a pagar por prestação e por ano, com o objetivo de proteger os beneficiários do pagamento excessivo por prestações públicas de saúde”.

A finalidade declarada para estes tributos era *moderar a procura desnecessária*, acentuando esta Base o carácter extrafiscal do tributo, em detrimento da finalidade de financiamento, opção que considerámos positiva⁶⁴.

O tributo assim configurado constituiria uma taxa bilateral ou sinalagmática, porque seria devida como contrapartida das prestações públicas de saúde. A referência às *prestações públicas de saúde* igualmente abrangia, em nossa opinião, as prestações de saúde por entidades privadas, desde que por conta do SNS, como sucede com as prestações executadas por entidades convencionadas com o SNS⁶⁵.

O ante-projecto admitia a existência de isenções do pagamento de taxa, em caso de (i) interesse da saúde pública, (ii) maior risco de saúde ou (iii) insuficiência económica. A Base citada não consentia – bem – situações de *dispensa de cobrança*, que deveriam passar a configurar casos de não incidência ou de *isenções* em sentido próprio⁶⁶.

O n.º 2 da citada Base XXV exigia a previsão por lei de limites ao montante total das taxas, *por prestação e por ano*. Porém, tal constituiria a negação do efeito moderador das taxas: na realidade, as prestações de saúde necessárias poderão conter-se dentro do limite *por prestação* ou *por ano*, sendo que o utente, ultrapassado esse limite, não está impedido de recorrer a novas prestações de saúde, ainda que desnecessárias, já sem qualquer moderação, porque o limite até ao qual incide o tributo foi ultrapassado e nada mais pode ser cobrado⁶⁷.

Assim, esses limites, caso previstos, são aptos a destruir o efeito moderador do tributo. Além disso, tais limites criam

⁶⁴ Antunes, A. P. (2019), 291 e ss, que acompanhamos.

⁶⁵ Cfr. Decretos-Leis n.ºs 138/2013 e 139/2013, ambos de 9 de Outubro. Nota anterior.

⁶⁶ Antunes, A. P. (2019), 292.

⁶⁷ Antunes, A. P. (2019), 292-293.

desigualdade no acesso desnecessário aos cuidados de saúde: quem acede desnecessariamente abaixo do limite, paga a taxa; quem acede desnecessariamente acima do limite, não a paga⁶⁸.

Esta solução não resolve o problema do acesso sub-ótimo por parte de quem necessita de cuidados de saúde, criado pela obrigatoriedade de pagamento da taxa moderadora⁶⁹.

Parece-nos mais curial um modelo que exija o pagamento da taxa moderadora apenas a título de adiantamento, que (i) se tornaria definitivo, confirmando-se a desnecessidade do uso, ou que (ii) seria devolvido, confirmando-se a necessidade desse uso⁷⁰.

A confirmação competiria ao *gatekeeper* das prestações de saúde do SNS, que seria o médico do primeiro acesso de cada episódio, geralmente o dos cuidados de saúde primários. Recorde-se que já existem casos em que a cobrança é dispensada, consoante o local de origem da referenciação. Quer isto dizer que no regime de taxas moderadoras consagrado no Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, já existem incentivos à entrada do doente pelos cuidados de saúde primários. Tal solução deverá ser aprofundada e generalizada. Dada a natureza da actuação do Centro de Contacto do SNS e o INEM, afigura-se-nos que os mesmos não poderão funcionar como *gatekeeper*, embora, como veremos adiante, a sua intervenção deva ser incentivada⁷¹.

Sob outra perspectiva não fará sentido que, se o *gatekeeper* confirmar a necessidade do uso e até prescrever MCDT ou referenciar para outras consultas mais diferenciadas, o utente fique obrigado a pagar taxas moderadoras pelos MCDT ou pelas

⁶⁸ Nota anterior.

⁶⁹ Nota anterior.

⁷⁰ Estorninho, M. J. & T. Macieirinha (2014), 260-261, também parecem apontar nesse sentido, ao considerarem inidónea a taxa para alcançar um objectivo de moderação quando se trate de cuidados ou exames prescritos pelo médico. Antunes, A. P. (2019), 292-294; Rosa, P. J. F. (2014), 116-125.

⁷¹ Antunes, A. P. (2019), 292-294.

consultas⁷². Em nossa opinião, confirmada a necessidade de certos cuidados de saúde, nada mais deve ser pago pelo utente. A possibilidade de o *gatekeeper* determinar a realização de MCDT que o apoiem na decisão de confirmação da necessidade será analisada *infra*.

Por isso, em alternativa aos limites *por prestação e por ano*, seria mais curial uma verdadeira *tributação do uso desnecessário*⁷³.

A necessidade seria confirmada pelo *gatekeeper*, nos moldes referidos. Confirmando-se a necessidade, não seria devida taxa moderadora, devolvendo-se ao utente a taxa inicialmente adiantada. Confirmando-se a desnecessidade do uso, não seriam prescritos MCDT nem haveria referenciação para outras consultas. A taxa inicialmente adiantada convertia-se em definitiva e não havendo lugar à sua devolução⁷⁴.

Um modelo assente na confirmada *necessidade do uso* é mais justo e tende a resolver os problemas de que padece o regime vigente: criar dificuldades de acesso a quem efectivamente necessita de cuidados de saúde e, simultaneamente, não dissuadir suficientemente o uso desnecessário, criando condições para o congestionamento no uso de recursos escassos, como são os estabelecimento e serviços do SNS⁷⁵.

Num sistema como o que preconizamos, o valor da taxa moderadora poderia ser mais elevado. Esse aumento criaria condições para uma maior responsabilização (i) do utente pelo uso desnecessário dos cuidados de saúde e (ii) do *gatekeeper* pela confirmação da necessidade de cuidados de saúde por parte do doente.

O regime preconizado poderá enfrentar algumas dificuldades: (i) o médico *gatekeeper* recusar-se a confirmar a

⁷² Nota anterior.

⁷³ Vale, L. A. M. M. (2010), 201-203, parece concluir nesse sentido, embora sem grande desenvolvimento quanto a esse ponto concreto.

⁷⁴ Antunes, A. P. (2019), 293-294.

⁷⁵ Nota anterior.

necessidade do uso, facto que exigiria maior responsabilização e fiscalização, bem como o envolvimento da Ordem dos Médicos – idêntica actuação ocorreria nos casos de execução defeituosa do controlo da necessidade (v.g. o médico confirmar a necessidade do uso dos serviços de saúde, apenas para poupar aos utentes o pagamento das taxas moderadoras); (ii) o médico *gatekeeper* não dispor de elementos que lhe permitam confirmar de imediato a necessidade do uso dos serviços e saúde – neste caso, mostrando-se necessários MCDT, o regime deverá ser o mesmo: o utente paga as respectivas taxas a título de adiantamento e, se a necessidade do uso vier a ser confirmada, as mesmas ser-lhe-ão devolvidas; (iii) ocorrer uma quebra de receita proveniente das taxas moderadoras – os serviços de saúde são essencialmente financiados pelos *impostos gerais*, sendo que as taxas moderadoras têm reduzida expressão entre as fontes de financiamento das entidades públicas do SNS, pelo que a quebra de receita sempre seria proporcionalmente diminuta, além de que esta solução permite a previsão de taxas de valores superiores aos actualmente praticados, na medida em que poderão ser devolvidas ao utente quando se comprove que o uso dos serviços de saúde foi necessário, enquanto que, no caso de uso desnecessário, a taxa paga é substancialmente mais elevada do que a actual, acentuando o efeito moderador, pelo que os adiantamentos convertidos em definitivos compensarão, ao menos em parte, a quebra de receita resultante das devoluções, além de que este mecanismo é mais favorável do que o actual, pois não existe prejuízo para o acesso⁷⁶; (iv) a cobrança de taxa de valor mais

⁷⁶ A propósito da quebra de receita, recorde-se que o ante-projecto de Lei de Bases da Saúde prevê o estabelecimento de limites *por prestação* e *por ano*. O mecanismo que propomos – taxas mais elevadas e devolução, no caso de uso necessário – não geraria quebra de receita superior à resultante dos limites previstos no ante-projecto, sendo certo que, na solução que preconizamos, também não se perde o efeito moderador pretendido pelo legislador.

Mais: atendendo à disseminação dos cartões de crédito nos tempos que correm – a qual ainda poderá ser incentivada – se o utente pagar o adiantamento da taxa moderadora com um desses cartões e o sistema que propomos estiver a funcionar

elevado, ainda que a título de adiantamento, desencorajar o recurso aos serviços de saúde por parte de pessoas que efectivamente estão doentes, mas que duvidam do seu estado de saúde, isto é, que não sabem se estão doentes a ponto de ser necessário uso dos serviços de saúde – este problema poderá ser atenuado, ou resolvido, com a intervenção do CCSNS: quando o doente não esteja seguro quanto à necessidade de uso dos serviços de saúde, poderá contactar o CCSNS e, se este concluir que o doente deverá dirigir-se a um serviço de saúde, já não poderá dizer-se que o eventual uso desnecessário é exclusivamente imputável ao utente, pelo que, se o médico *gatekeeper* vier a concluir que o uso foi desnecessário, deverá ser devolvida ao utente uma parte (idealmente, metade) da taxa paga adiantadamente, porque a sua responsabilidade pelo acesso desnecessário foi partilhada com o CCSNS.

Assim, o ante-projecto de Lei de Bases da Saúde era criticável quanto à previsão de limites anuais e por prestação, por mitigar, de modo inaceitável, o efeito moderador do uso desnecessário, pretendido pelo legislador.

O mesmo ante-projecto implicaria a revisão do regime de taxas moradoras em vigor, porquanto este tem uma finalidade implícita de financiamento, no que respeita a taxas pagas por quem necessita de aceder aos serviços de saúde. A tributação do uso necessário deve ser eliminada, sob pena de conduzir a “perdas absolutas de bem-estar”.

Atendendo ao objectivo de moderação do uso desnecessário consagrado no ante-projecto, o regime de taxas vigente teria de ser revisto em conformidade. Esta revisão deveria garantir

correctamente, o mesmo utente será reembolsado pela mesma via ainda antes de a taxa lhe ser debitada no extracto do cartão, pelo que haverá um efeito patrimonial neutro: se o utente utilizar o cartão de crédito para proceder ao adiantamento do valor da taxa e o uso dos serviços de saúde se revelar efectivamente necessário, o mesmo poderá nem sequer sofrer qualquer prejuízo patrimonial – decorrente do adiantamento do valor da taxa – e certamente não sofrerá qualquer limitação no acesso. Isto representará uma evidente melhoria relativamente à situação actual e àquela que se adivinhava do ante-projecto de Lei de Bases da Saúde.

o acesso por parte de quem necessita de cuidados de saúde e implicar a não exigência de taxas dos MCDT e das consultas, prescritos ou referenciadas, pelo *gatekeeper*, à excepção das devidas pelos actos necessários à confirmação da necessidade de uso, que deverão converter-se em definitivas e não ser devolvidas, caso se confirme o uso desnecessário⁷⁷.

4.2. A PROPOSTA DE LEI DE BASES DA SAÚDE

No que respeita à proposta de Lei de Bases da Saúde apresentada pelo Governo à Assembleia da República, importa salientar que esta dispunha, na sua Base 20, o seguinte:

“1 - A lei pode prever a cobrança de taxas moderadoras tendo em vista o controlo da procura desnecessária e a orientação da procura para respostas mais adequadas às necessidades assistenciais, sem prejuízo de poder determinar a isenção de pagamento, nomeadamente em função da situação de recursos, de doença ou de especial vulnerabilidade.

2 - A lei pode estabelecer limites ao montante total das taxas moderadoras a cobrar”.

Tal como decorre do seu n.º 1, a finalidade declarada para estes tributos é *controlar a procura desnecessária e orientar a procura para respostas mais adequadas às necessidades assistenciais*. No fundo, do que se trata é de regular a procura *absoluta* ou *relativamente* desnecessária.

A mesma Base acentua, assim, a finalidade extrafiscal do tributo, em detrimento da finalidade de financiamento, opção que é positiva.

Não obstante e como sucede com a Lei de Bases da Saúde revogada, não era claro na proposta o nexó bilateral ou sinálgmático. Admite-se que o subscritor da proposta tivesse admitido relegar a definição desse nexó para o diploma legal que visse a criar tais taxas.

A mencionada Base *permitia* isenções do pagamento de

⁷⁷ Antunes, A. P. (2019), 296-297.

taxa. Deve salientar-se que a redacção utilizada na proposta não é feliz, pois apresentava-se como imprecisa e redundante.

Segundo esse preceito, poderiam ser previstas isenções “nomeadamente em função da situação de recursos, de doença ou de especial vulnerabilidade”.

Desde logo, o n.º 1 da Base 20 admite que possam existir isenções *em função* de outras *situações*. Depois, quando alude à “situação de recursos”, o legislador certamente pretenderia referir-se à “condição de recursos” geralmente associada à insuficiência económica. A isenção *em função da situação* “de doença”, poderia conduzir a que nenhum doente pagasse taxa moderadora, mas admitimos que se pretendesse isentar apenas os portadores de *certas doenças*, embora o critério da sua selecção não estivesse previsto. Por último, a isenção *em função* de “especial vulnerabilidade” poderia ser redundante, porque essa *vulnerabilidade* tanto poderia ser de origem económica como social ou de saúde.

O preceito não admitia as *dispensas de cobrança*, que, assim, passariam a situações de *não incidência* ou de *isenção* propriamente dita. É uma opção que nos parece correcta.

O n.º 2 da citada Base 20 estabelecia que a lei *pode* prever limites ao montante total das taxas a cobrar. O ante-projecto de Lei de Bases da Saúde consagrava o *dever* de estabelecer limites ao montante *a pagar* e que os mesmos visavam proteger os beneficiários do *pagamento excessivo*, bem como que deveriam ser *por prestação* e *por ano*.

Neste ponto, a redacção da proposta mais recente é melhor do que a redacção do ante-projecto, pois os limites *por prestação* e *por ano* afastariam o efeito moderador das taxas, nos termos já referidos.

Ainda assim, se for utilizado o modelo actual, os limites seriam *por episódio*, pelo que o efeito moderador e o acesso poderiam continuar comprometidos.

O n.º 2 da Base 20 da proposta não resolvia o problema

do acesso sub-óptimo por parte de quem necessita de cuidados de saúde, decorrente do pagamento da taxa moderadora.

Continuamos, por isso, a preferir um modelo diferente, que passaria por exigir o pagamento da taxa moderadora apenas a título de adiantamento, o qual apenas se tornaria definitivo caso se confirmasse a desnecessidade do uso, ou que seria devolvido caso se confirmasse a necessidade desse uso, nos termos expostos em 4.1., a propósito do ante-projecto.

4.3. A LEI DE BASES DA SAÚDE APROVADA PELA LEI N.º 95/2019, DE 4 DE SETEMBRO

Conforme já referimos, a Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro, em vigor desde 3 de Novembro de 2019, aprovou a nova Lei de Bases da Saúde.

A respectiva Base 24 dispõe o seguinte:

“1 – A lei deve determinar a isenção de pagamento de taxas moderadoras, nomeadamente em função da condição de recursos, de doença ou de especial vulnerabilidade, e estabelecer limites ao montante total a cobrar.

2 - Com o objetivo de promover a correta orientação dos utentes, deve ser dispensada a cobrança de taxas moderadoras nos cuidados de saúde primários e, se a origem da referenciação for o SNS, nas demais prestações de saúde, nos termos a definir por lei”.

A redacção do preceito citado é assaz curiosa. Com efeito, a mesma não consagra a *regra* da cobrança das taxas. Imaginamos que o legislador de 2019 tenha entendido deixar para o legislador ordinário a fixação do poder de cobrança das taxas moderadoras, bem como as finalidades – de financiamento ou extrafiscais – que as mesmas visam alcançar⁷⁸.

No fundo, o preceito endossa para o legislador ordinário a adopção do regime das taxas moderadoras. Por isso, afigura-se-nos que a simples entrada em vigor da nova Lei de Bases da

⁷⁸ Ainda assim, e como se verá, o n.º 2 da Base 24 dá alguma noção da finalidade destes tributos.

Saúde não implica necessariamente uma alteração imediata do regime vigente.

Mas, o que se torna mais extraordinário é o facto de o mesmo legislador, apesar de não consagrar a *regra*, ter estabelecido a obrigatoriedade de o legislador ordinário prever as *excepções* a essa regra inexistente, ou seja o dever de estabelecer certas *isenções e dispensas de cobrança*.

Não nos parece, apesar de tudo, que a omissão da regra possa constituir problema, sob o ponto de vista jurídico, para a criação de taxas moderadoras pela via da legislação ordinária. De resto, se assim não fosse e se considerasse necessária a previsão desses tributos ao nível de uma lei paramétrica, poderia neste momento questionar-se os efeitos da citada Base 24 na validade do referido Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro.

O n.º 1 da Base 24, que funde parte do n.º 1 com o n.º 2 da Base 20 da proposta analisada no ponto anterior, suscita as mesmas críticas que aí tecemos e que aqui damos por reproduzidas.

O n.º 2 da mesma Base 24 retoma, na primeira parte, a figura da *dispensa de cobrança* em termos que poderão corresponder, *grosso modo*, ao actual desenho do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, e que já criticámos nomeadamente por virtude da incerteza que poderão gerar, mas acaba por vincar a preferência do legislador pela *entrada* do doente pelos cuidados de saúde primários.

Mais interessante poderá ser a segunda parte do mesmo preceito, quando admite a dispensa da cobrança de taxas moderadoras nas *demais prestações de saúde* quando a *origem da referenciação* seja o SNS. Ou seja, parece lícita a conclusão, de acordo com o preceito, que as prestações de saúde determinadas pelos cuidados de saúde primários ou por outros serviços do SNS são dispensadas da cobrança de taxas moderadoras, nos termos a definir pelo legislador ordinário.

Porém, esta solução igualmente nega o efeito moderador das taxas. Com efeito, as mesmas passariam, assim, a funcionar como mero incentivo à entrada pelos cuidados de saúde primários e à referenciação pelo SNS. Mas, nada se diz quanto à adopção do *critério da necessidade*.

A ser assim, tanto os doentes que *necessitam* de prestações de saúde como os utentes de que delas *não necessitam* poderão aceder igualmente aos cuidados de saúde primários, sem qualquer moderação do uso, pois estão dispensados do pagamento da taxa. É certo que, se assim suceder, quem *não necessita* de cuidados de saúde, não passará, em princípio, da *entrada* dos cuidados de saúde primários, mas este acesso desnecessário gera congestionamento e deveria ser tributado, pois prejudica o acesso por quem verdadeiramente *necessita* de cuidados de saúde. A solução jurídica a que se chegou, embora possa estar em linha com as mais recentes teses *abolicionistas* dos *user fees*⁷⁹, é, por conseguinte, apta a aumentar o *risco moral* e, deste modo, ineficiente.

Por isso, julgamos que seria preferível o modelo que preconizámos em 4.1. Ainda assim, poderá defender-se que o modelo de *dispensa de cobrança* poderá acomodar o pagamento de taxas por quem aceda aos cuidados de saúde primários sem necessitar. Todavia e como referimos, este modelo é altamente injusto, por admitir a adopção de tratamentos diferenciados, apenas assentes na discricionariedade de cada entidade competente para a cobrança.

5. CONCLUSÕES

O regime de taxas moderadoras em vigor, a par da finalidade de moderação do uso desnecessário, tem implícita uma finalidade de financiamento através do pagamento por parte de

⁷⁹ Cfr. Robert, E. & V. Ridde (2013), 2 e ss.

quem efectivamente necessita de cuidados de saúde⁸⁰, apesar dos vastos benefícios fiscais e do reduzido peso nos proveitos das entidades públicas do SNS. A consequência disto é a probabilidade elevada de prejuízo para o acesso, resultante do efeito moderador *cego*, por não ser sensível ao critério da necessidade do uso.

No processo conducente à provação da nova Lei de Bases da Saúde, assistiu-se a um conjunto de flutuações, que culminou com a aprovação de uma Base 24 que apenas comporta as *excepções* ao pagamento das taxas moderadoras, mas não consagra a *regra* do pagamento.

A solução a que se chegou parece dar preferência à *entrada* pelos cuidados de saúde primários e preconizar a *dispensa* do pagamento de taxas quando o dente seja referenciado pelo SNS. No entanto, perde-se todo o efeito moderador do uso, porque tanto não paga quem não necessita de cuidados de saúde como quem deles necessita. Esta situação é apta a aumentar o *risco moral*.

Em alternativa a esta solução, julgamos que deveria enveredar-se por um sistema assente no *critério da necessidade*, o qual seria determinante para saber se haveria lugar ao pagamento da taxa moderadora. Havendo necessidade de acesso às prestações de saúde, a taxa inicialmente adiantada seria devolvida; caso contrário, não o seria e não seriam prescritos outros MCDT ou consultas.

Este seria um sistema mais justo e que melhor garantiria o acesso aos cuidados de saúde por quem deles necessita do que o sistema actualmente vigente.

Admitimos que, ainda assim, o legislador ordinário, se e quando vier a rever o Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, possa dar alguns passos nesse sentido.

⁸⁰ Estorninho, M. J. & T. Macieirinha (2014), 257, recusam a finalidade de financiamento das taxas moderadoras.



BIBLIOGRAFIA:

- AA. VV. (2010), *A reforma do sector da saúde: uma realidade iminente?*, Nazaré da Costa Cabral, Olívio Mota Amador & Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins (orgs.), Coimbra, Almedina.
- AA. VV. (2013), *Troika ano II: uma avaliação de 66 cidadãos*, Eduardo Paz Ferreira (coord.), Lisboa, Edições 70.
- AA. VV. (2015), *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: estudos em Homenagem a Jorge Reis Novais*, José Péricles Pereira de Sousa (org.), Belo Horizonte, Arraes Editores.
- Amador, Olívio Mota (2013), “O pós-Troika e as taxas moderadoras na saúde: vamos esquecer Lord Beveridge?”, in AA. VV. (2013), 497-507.
- Antunes, Aquilino Paulo (2011), *Com um Regime geral por Horizonte: Contributo para a Definição do Parâmetro de Igualdade e da Base de Cálculo das “Demais Contribuições Financeiras a Favor das Entidades Públicas”*, tese de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/19971/1/ulfd124179_tese.pdf.
- Antunes, Aquilino Paulo (2019), “As Taxas Moderadoras no Ante-Projecto de Lei de Bases da Saúde”, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5 (2019), 273-300.
- Araújo, Fernando (2005), *Introdução à Economia*, 3.^a Edição, Coimbra, Almedina.
- Barbosa, Ana Patrícia da Rocha (2009), *Implicações Éticas das Taxas Moderadoras Face à Escassez de Recursos em Saúde*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto.

- Barros, Pedro Pita (2019), *Economia da Saúde: Conceitos e Comportamentos*, 4.^a Edição, Coimbra, Almedina.
- Berkovitch, Elazar, Ronen Israel & Yossi Spiegel (2010), “A Double Moral Hazard Model of Organization Design”, in *Journal of Economics & Management Strategy*, Volume 19, Number 1, Spring 2010, 55-85.
- Canotilho, J. J. Gomes & Vital Moreira (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1.º a 107.º*, Volume I, 4.^a Edição Revista, Coimbra, Coimbra Editora.
- Christiansen, Vidar & Stephen Smith (2008?), *Externality-Correcting Taxes and Regulation*, Institute for Fiscal Studies, Working Paper W09/16.
- Coase, Ronald H. (1960), “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*.
- Correia, T., G. Carapinheiro, H. Carvalho, J. M. Silva & J. Vieira (2016), “Listening to doctors on patients’ use of healthcare during the crisis: uncovering a different picture and drawing lessons from Portugal”, in *Journal of Public Health*, Vol. 39, No. 2, e56-e62.
- Creese, Andrew (1997), “User fees: they don’t reduce costs, and they increase inequity”, in *BMJ*, Volume 315, 202-203.
- Cruz, José Neves (2008), *Economia Política: Uma Abordagem Dialética da Escolha Pública*, Coimbra, Coimbra Editora.
- Culyer, Anthony J. (2005), *The Dictionary of Health Economics*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar.
- Earl-Slater, Alan (1999), *Dictionary of Health Economics*, Abingdon, Oxon, Radcliffe Medical Press.
- Estorninho, Maria João & Tiago Macieirinha (2014), *Direito da Saúde: Lições*, Lisboa, Universidade Católica Editora.
- Fleischer, Victor (2015), “Curb Your Enthusiasm for Pigouvian Taxes”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 68:6, 1673-1713.

- Freire, Maria Paula dos Reis Vaz Freire (2008), *Eficiência Económica e Restrições Verticais: Os Argumentos e Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- Miranda, Jorge & Rui Medeiros (2010), *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a Edição, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora.
- Mwabu, Germano (1997), *User Charges for Health Care: A Review of the Underlying Theory and Assumptions*, The United Nations University (UNU/WIDER), Working Paper No. 127.
- Nabais, José C. (2004), *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra, Almedina.
- Nabais, José C. (2010), *Direito Fiscal*, 6.^a Edição, Coimbra, Almedina.
- Pigou, Arthur C. (2009), *The Economics of Welfare*, Volume I, Transaction Publishers, New Brunswick (USA) and London (UK).
- Robert, Emilie & Valéry Ridde (2013), “Global health actors no longer in favor of user fees: a documentary study”, in *Globalization and Health* 2013, 9:29.
- Rosa, Paulo Jorge Ferreira (2014), *A Tributação da Saúde em Portugal*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas - Menção em Direito Fiscal apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- Serra, Filipa Arbiol (2015), “Taxas moderadoras no acesso a cuidados de saúde em Portugal: a margem e a natureza da intervenção do poder judicial na garantia do acesso ao serviço nacional de saúde”, in AA. VV. (2015), 74-112.
- Shmanske, Stephen (1996), “Information Asymmetries in Health Services: The Market Can Cope”, in *The Independent Review*, Vol. 1, No. 2, Fall 1996.
- Simões, Jorge de Almeida, Gonçalo Figueiredo Augusto, Inês

- Fronteira & Cristina Hernández-Quevedo (2017), “*Portugal: Health system review*”, in *Health Systems in Transition*, 2017; 19(2):1–184.
- Simões, Jorge, Pedro Pita Barros & J. Pereira (cords.) (2008), *A Sustentabilidade Financeira do Serviço Nacional de Saúde*, Ministério da Saúde - Secretaria Geral, Lisboa.
- Tambor, Marzena (2015), *Patient Cost-Sharing for Health Care in Europe*, Tese de Doutoramento, Universidade de Maastricht.
- Tambor, Marzena, Milena Pavlova, Piotr Woch & Wim Groot (2010), “Diversity an dynamics of patient cost-sharing for physicians’ and hospital services in the 27 European Union countries”, in *European Journal of Public Health*, Vol. 21, No. 5, 585-590.
- Vale, Luís António Malheiro Meneses do (2010), “As taxas moderadoras e o financiamento do Serviço Nacional de Saúde: elementos para uma perspectiva constitucional”, in AA. VV. (2010), 100-203.
- Vasques, Sérgio (2008), *O Princípio da Equivalência Como Critério de Igualdade Tributária*, Coimbra, Almedina.
- Xavier, Alberto (1974), *Manual de Direito Fiscal*, I, Lisboa.