

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 24

Acordam, em conferência, em plenário do Tribunal Constitucional:

Usando a prerrogativa que lhe confere a alínea a) do n.º 1 do artigo 281.º da Constituição da República, o Ex.º Provedor de Justiça requer que o Tribunal aprecie e declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade formal e orgânica das normas dos n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e 9.º da Portaria n.º 1023-B/82, de 6 de Novembro, com os fundamentos seguintes:

1 — O Ministério dos Assuntos Sociais fez publicar em 6 de Novembro de 1982 a Portaria n.º 1023-B/82, cujo n.º 10.º revogou expressamente a Portaria n.º 509/82, de 22 de Maio, e, do mesmo passo, no seu n.º 1.º estabeleceu novo mecanismo de comparticipação dos utentes dos Serviços Médico-Sociais na aquisição de medicamentos previstos no respectivo receituário. Esta portaria é a quarta que aquele Ministério fez publicar desde Janeiro de 1982 no domínio da questão controversa limitada à competência legislativa dos órgãos de soberania Assembleia da República e Governo. Mas o esquema por último ensaiado não se mostrou mais conforme à lei do que os anteriores.

2 — O Ministério dos Assuntos Sociais carece de competência para estabelecer esta dupla comparticipação dos utentes, a fixa de 25\$ e a variável de 25 % ou 40 %. Não se compreende a razão de ser da taxa fixa de comparticipação, uma vez que continua por descobrir a contraprestação para o respectivo «preço».

Tal procedimento já havia sido taxado de inconstitucional pela Resolução n.º 194-A/82, de 29 de Outubro, do Conselho da Revolução, que declarou inconstitucionais as normas dos n.ºs 1.º e 2.º da Portaria n.º 509/82, de 22 de Maio, por violação dos artigos 201.º, n.º 1, alínea c), e 108.º, n.ºs 1, alínea b), e 4, conjugados com o artigo 63.º, n.º 1, da Constituição, com base na argumentação dos Ex.ºs Conselheiros vencidos no parecer n.º 35/82 da Comissão Constitucional.

3 — Acresce que as disposições legais invocadas no preâmbulo da Portaria n.º 1023-B/82 (artigos 44.º, n.º 2, e 45.º, n.º 2, do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963) não conferem poderes àquele membro do Governo para introduzir alterações no esquema de comparticipação, as quais, na prática, equivalem à criação de um tributo — imposto —, como então se demonstrou. Menos se compreende a relutância de fazer apreciar a matéria em causa pela Assembleia da República.

4 — Assim, o duplo esquema participativo nada tem de inovador em relação aos que o antecederam ao longo do ano, em que se publicaram as Portarias n.ºs 131/82, de 29 de Janeiro, 188/82, de 13 de Fevereiro, que alterou aquela, e 509/82, de 22 de Maio, que, por ter sido declarada inconstitucional, veio a ser revogada pela Portaria n.º 1023-B/82, de 6 de Novembro, aqui em causa, antes é meramente repetitivo.

5 — De resto, a Portaria n.º 1023-B/82, enquanto diploma regulamentar, não tem base legal suficiente

em que se apoie, resultando, por isso, organicamente inconstitucional, já que:

- a) Não tem cobertura no Orçamento Geral do Estado para 1982;
- b) Os diplomas que desenvolveram a Lei do Serviço Nacional de Saúde (Lei n.º 56/79) não atribuíam ao Ministério dos Assuntos Sociais a faculdade de criar tal contribuição por portaria;
- c) A própria referência aos artigos 44.º, n.º 2, e 45.º, n.º 2, do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963, ao abrigo dos quais a Portaria n.º 1023-B/82 se diz publicada, resulta desajustada e irrelevante, pois aqueles preceitos obrigavam a um formalismo específico, que neste caso não foi conferido, e reportavam-se, de resto, a todo um sistema de definição do regime, por certo da Federação das Caixas de Previdência ou através de acordo desta com os organismos corporativos competentes, embora num caso e noutro sujeitos à aprovação do ministro do pelouro, incompatível com a actual estrutura do Estado.

E o Ex.º Provedor de Justiça apoia-se aqui nos argumentos desenvolvidos no voto de vencido do Dr. Ribeiro Mendes, no parecer n.º 35/82 da Comissão Constitucional, em cuja doutrina assentou a decisão do Conselho da Revolução sobre a Portaria n.º 509/82.

6 — Afirmando que só a Assembleia da República poderia legislar sobre o conteúdo da Portaria n.º 1023-B/82, conclui que as suas normas ofendem o disposto nos artigos 106.º, n.º 2, com referência à alínea i) do n.º 2 do artigo 168.º, e 115.º, n.ºs 5, 6 e 7, todos da Constituição da República, pelo que deve o Tribunal declarar, para todos os efeitos legais, a sua inconstitucionalidade.

Junta, em fotocópia, de fl. 6 a fl. 87, a Portaria n.º 1023-B/82, o parecer do adjunto do Provedor de Justiça, ofício em que a Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses — Intersindical Nacional lhe solicita que peça a declaração de inconstitucionalidade das normas da portaria, a Portaria n.º 188/82, o despacho do Ministro dos Assuntos Sociais de 3 de Fevereiro de 1982, a Portaria n.º 31/71, de 21 de Janeiro, o ofício do Provedor de Justiça ao Conselho da Revolução em 2 de Junho de 1982 pedindo a declaração de inconstitucionalidade da Portaria n.º 509/82 e respectiva informação de um assessor do seu serviço, com despachos do coordenador e do adjunto do Provedor e o despacho deste de 13 de Abril de 1982. Notificado S. Ex.ª o Primeiro-Ministro para se pronunciar, querendo, no prazo de 30 dias, sobre o pedido do Ex.º Provedor de Justiça, como se vê de fls. 88 e 89, não foi recebida qualquer resposta, pelo que foi ordenada a distribuição do presente processo (v. fl. 90), a ela se tendo procedido em 26 de Julho do ano em curso. Tudo visto e devidamente ponderado, cumpre decidir.

I — Antecedentes da portaria em apreço.

A quantia fixa, com a denominação de «taxa», foi criada pela Portaria n.º 131/82, de 29 de Janeiro, do Ministério dos Assuntos Sociais, em cujo preâmbulo

se justifica essa criação, não só porque «o consumo de medicamentos tem vindo a acusar uma taxa de crescimento substancial, que, do ponto de vista financeiro, tem sido agravada pelo aumento de preços dos produtos medicamentosos», mas ainda, «por outro lado, é líquido que o consumo actual de medicamentos nalgumas zonas do País é já excessivo, podendo eventualmente constituir motivo de preocupação não só no que respeita ao equilíbrio psico-fisiológico do indivíduo, como demonstra situações de manifesto desperdício». E, em face desta justificação, explica o preâmbulo:

Assim, em execução de uma política de racionalização na aplicação dos meios disponíveis na prestação de cuidados de saúde, considera-se necessária a criação de uma taxa fixa pela prescrição de cada medicamento, o que é prática corrente em outros países. Esta taxa, respeitando a cada embalagem ou tipo de apresentação de cada medicamento, apresenta-se, no momento, como a alternativa menos gravosa para a população.

Convém lembrar que esta portaria não declarava qual a disposição legal ao abrigo da qual era publicada.

Quinze dias depois, em 13 de Fevereiro, era publicada pelo Ministério a Portaria n.º 188/82, na qual, para evitar que se «cometam injustiças em relação a cidadãos cujo quadro clínico obriga a tratamentos continuados por largo período de tempo e minimizar a incidência daquela taxa para os casos de doenças crónicas», se admitia a prescrição de medicamentos, que enumerava, para tratamentos até períodos de 1 mês.

Mais tarde, em 22 de Maio, nova portaria, a n.º 509/82, é publicada ainda pelo Ministério dos Assuntos Sociais, agora ao abrigo dos artigos 44.º, n.º 2, e 45.º, n.º 2, do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963, revogando as Portarias n.ºs 131/82 e 188/82, e, deixando de utilizar a denominação de «taxa», altera a comparticipação dos utentes dos Serviços Médico-Sociais nos preços dos medicamentos estabelecida pela Portaria n.º 31/71, de 21 de Janeiro, em 25 % e 40 % sobre o preço de venda ao público de medicamentos de origem nacional ou estrangeira, acrescentando-lhe a «comparticipação fixa de 25\$ por embalagem de cada especialidade farmacêutica prescrita no receituário em uso nos Serviços Médico-Sociais sempre que o preço de venda ao público seja superior àquela quantia».

Mais se dispunha que o utente pagaria o preço de venda ao público do medicamento sempre que este fosse igual ou inferior a 25\$, que em cada receita médica só podia ser prescrita uma embalagem de especialidade farmacêutica, salvo quanto a medicamentos apresentados em unidose destinados a um só tratamento ou quanto aos medicamentos, que enumerava, destinados a tratamento prolongado, devendo as comparticipações dos utentes ser cobradas directamente pelas farmácias. A solicitação do Ex.º Provedor de Justiça, o Conselho da Revolução pronunciou-se pela inconstitucionalidade das normas constantes dos n.ºs 1.º e 2.º da Portaria n.º 509/82, por violação dos artigos 201.º, n.º 1, alínea c), e 108.º, n.º 1, alínea b), e 4, conjugados com o artigo 63.º, n.º 1, da Constituição, pela Resolução n.º 194-A/82, publicada no *Diário da República* de 29 de Outubro de 1982, mau grado parecer contrário da Comissão Constitucional.

Surge então nova tentativa do Ministério dos Assuntos Sociais para impor o pagamento pelos utentes dos Serviços Médico-Sociais da quantia fixada de 25\$ por embalagem de cada especialidade farmacêutica, a qual se traduz na publicação da Portaria n.º 1023-B/82, de 6 de Novembro.

É esta portaria — as outras 3 já estão revogadas — que está em causa, com novo pedido de declaração de inconstitucionalidade dos seus n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e 9.º por parte do Ex.º Provedor de Justiça, com base nos argumentos que atrás se enumeram.

II — Análise do problema.

Para a solução do problema em causa importa antes de mais verificar se a Portaria n.º 1023-B/82, expedida pelo Ministro dos Assuntos Sociais, tem base legal em que possa estribar-se.

Esse, portanto, o aspecto que vai ser analisado.

Como se vê da sua leitura, a portaria declara:

Ao abrigo dos artigos 44.º, n.º 2, e 45.º, n.º 2, do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963:

Manda o Governo da República Portuguesa, pelo Ministro dos Assuntos Sociais, o seguinte:

Foi, pois, de um bloco legislativo pré-constitucional, relativamente à Constituição de 1976, e que assentava nos princípios ainda da Constituição de 1933, que o Ministro dos Assuntos Sociais se socorreu para procurar dar viabilidade legal à portaria.

Mas a realidade está em que, como se vai demonstrar, não há base legal para dar cobertura à expedição da portaria, pois o bloco legislativo invocado não prevê nem autoriza a criação de «taxa fixa», como lhe chamava a Portaria n.º 131/82, ou de «comparticipação fixa», como é qualificada na Portaria n.º 1023-B/82, que, aliás, revogou aquela.

Na sua declaração de voto de vencido no acórdão da Comissão Constitucional que se pronunciou sobre este problema, que, embora com referência à Portaria n.º 509/82, é o mesmo que agora se debate, o Dr. Armindo Ribeiro Mendes afirmava:

Como é sabido, a Comissão Constitucional vem entendendo que as imposições tributárias que não revistam a natureza de imposto devem ser credenciadas por uma lei ou decreto-lei, decorrendo tal exigência de princípio jurídico-constitucional da legalidade da Administração (assim, por último, o recente parecer n.º 34/82, ainda não publicado; em sentido idêntico, o parecer n.º 30/81, também não publicado).

Ora, no caso em apreciação, os apontados artigos do Decreto n.º 45 266, diploma pré-constitucional, prevêm, por um lado, a possibilidade de a Federação das Caixas de Previdência elaborar um regulamento de concessões de medicamentos, circunstância que se não verificou no presente caso (nem interveio tal Federação nem houve uma regulamentação das condições de concessão de medicamentos, mas tão-somente a criação de uma taxa moderadora, ou comparticipação fixa). Por outro lado, o artigo 45.º, n.º 2, do Decreto n.º 45 266 prevê a existência de um acordo. Tal situação é, de todo o ponto, diferente da previdência e Abono de Família e os organismos corporativos de indústria ou comércio de produtos farmacêuticos sobre o fornecimento de medica-

mentos através de farmácias abertas ao público. Tal situação é, de todo o ponto, diferente da prevista no caso em apreciação.

E concluía:

Pode, pois, dizer-se que a invocação daquelas normas regulamentares de cobertura é inadequada, do ponto de vista jurídico-constitucional, para fundar a regulamentação da Portaria n.º 509/82.

Efectivamente, não teve o legislador da portaria — nem sequer foi o Governo, órgão de soberania, a quem também são atribuídas funções legislativas, mas apenas um dos seus membros, a subscrevê-la — possibilidade de justificar a sua emanação através de legislação ajustada aos conceitos de segurança social e de protecção à saúde surgidos modernamente.

Foi, por isso, procurar arrimo no Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963, velho de quase 20 anos, de uma altura em que os direitos à protecção à saúde e à segurança social não só não eram princípios constitucionais como até não passavam de doutrinas em embrião, pelo menos no nosso país.

Ora, não pode justificar-se hoje — quando a nossa Constituição insere entre os direitos fundamentais os direitos sociais de segurança social e de protecção à saúde e institui um serviço nacional de saúde para os realizar — o estabelecimento de esquemas de prestação ou realização desses direitos com base na legislação que ainda os não reconhecia e quando os artigos 44.º e 45.º do citado decreto impunham para a definição das condições de assistência medicamentosa que a mesma se fizesse em regulamentação elaborada pela Federação das Caixas de Previdência e Abono de Família e aprovada pelo Ministro das Corporações e Previdência Social, o que não foi observado, nem os Serviços Médico-Sociais tiveram qualquer parte na elaboração da portaria. Além do mais, esses formalismos tornavam-se incompatíveis com a actual estrutura do Estado, e é por isso mesmo que a portaria não invocou, nem podia invocar, o artigo 7.º da Lei do Serviço Nacional de Saúde, pois nem nela nem em qualquer outra legislação posterior a 1974 existe disposição que permita ao Ministério dos Assuntos Sociais alterar o regime que só aquele artigo 7.º estatuiu.

Não faz, por isso, sentido, nem é válida, qualquer afirmação de que a portaria foi emitida em conformidade com o bloco legislativo anterior à publicação da Lei do Serviço Nacional de Saúde — a Lei n.º 2115 e o Decreto n.º 45 266 —, quando este não previa nem sequer apontava para a gratuitidade das prestações, pois se baseavam na comparticipação em percentagens sobre o preço em cada embalagem de especialidade farmacêutica e, portanto, variável de acordo com este. Até esse bloco legislativo está desactualizado, não só quanto à estrutura do Estado como quanto ao plano organizativo dos serviços contemplados no mesmo bloco, encarregados da respectiva implementação.

Só a Lei n.º 56/79 (Serviço Nacional de Saúde) veio a estabelecer, no seu artigo 7.º, o princípio jurídico, a gratuitidade das prestações, sem prejuízo, porém, de «taxas moderadoras», princípio que aquele bloco legislativo não previa e era totalmente alheio e contrário ao regime jurídico da comparticipação que nele se estatuiu.

Não podem restar dúvidas de que, seja qual for a qualificação que se dê ao quantitativo fixo de 25\$ a pagar por embalagem de cada especialidade farmacêutica cujo preço de venda ao público seja igual ou superior àquela quantia e independentemente do seu enquadramento jurídico-constitucional, sempre teria a sua criação de obedecer à forma, pelo menos, de decreto-lei. Com efeito, não pode deixar de considerar-se que tal sistema só poderá ter fundamento na medida em que seja desenvolvimento dos princípios e bases gerais do regime jurídico dos artigos 7.º e 14.º da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro, que enumeram os direitos dos utentes do Serviço Nacional de Saúde, e entre esses direitos incluem-se as prestações de medicamentos e produtos medicamentosos, em termos a regulamentar, o que só por decreto-lei, pelo menos, pode fazer-se, de acordo com as disposições da alínea c) do n.º 1, conjugado com o n.º 3, do artigo 201.º da Constituição.

Com efeito, a competência conferida ao Governo, no exercício de funções legislativas, pela referida alínea c) é a de fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevem — e é esse o caso da lei de autorização legislativa ou da lei de bases ao abrigo da qual são aprovados, pois a tal obriga o n.º 3 do citado artigo.

Este preceito do n.º 3, que não tem correspondência no texto da Constituição antes da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, mostra bem como a Assembleia da República quis resguardar e garantir os princípios e regimes jurídicos nas leis de bases dos possíveis atropelos, desvirtuações e descaracterização, quando não total alteração e substituição, que uma faculdade incontrollada de regulamentação ou de desenvolvimento sempre poderia ocasionar.

E mostra, bem assim, como não quis que as matérias de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos pudessem escapar ao seu eficiente controle e fossem sub-repticiamente desrespeitadas, com invocações, como no caso da portaria em apreço, não autorizadas por aquelas e sem a dignidade legislativa que só o decreto-lei possui — e a portaria não tem — e que a natureza da matéria sobre que se legisla, a sua importância, por vezes até política, não só deve recomendar como exigir.

A «taxa moderadora», ou «comparticipação fixa», manifestamente só poderá, na actualidade, reclamar apoio no artigo 7.º da Lei do Serviço Nacional de Saúde.

E, por isso mesmo, não se entra na análise profunda sobre a natureza jurídica da quantia fixa, porque tal não é relevante para o ponto de vista expresso, qualquer que seja a natureza que se lhe atribua ou a qualificação que se lhe dê, já que só o artigo 7.º da Lei do Serviço Nacional de Saúde prevê a criação e a disciplina de «taxas moderadoras».

É manifesto que as bases daquela lei só por decreto-lei podem ser objecto de desenvolvimento.

III — Conclusão.

Atingida esta conclusão, não importa nenhuma análise mais a qualquer outro vício de inconstitucionalidade porventura associado à portaria no requerimento do Ex.º Provedor de Justiça, pois que, com efeito útil já alcançado, o pedido obtém o acolhimento pretendido.

E não se declara a inconstitucionalidade dos n.ºs 3.º e 9.º da Portaria n.º 1023-B/82, uma vez que, desapeçada a obrigação do pagamento da parte fixa na comparticipação, as disposições destes 2 números não vão além de manter um regime que lhes era anterior e que só passa a respeitar às percentagens comparticipativas de 25 % e 40 % sobre o preço dos medicamentos.

Nestes termos, e por todo o exposto, se declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade constante das normas dos n.ºs 1.º e 2.º da Portaria n.º 1023-B/82, de 6 de Novembro, na parte em que estabelecem uma parte fixa, no montante de 25\$, a pagar pelos utentes dos Serviços Médico-Sociais por embalagem de cada especialidade farmacêutica cujo preço de venda ao público seja igual ou superior àquela quantia, por violarem as disposições da alínea c) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 201.º da Constituição da República Portuguesa. Tendo em atenção a conveniência de evitar qualquer perturbação financeira ou no bom funcionamento dos serviços que porventura esta decisão pudesse originar, entende o Tribunal, usando da faculdade que lhe é concedida pelo n.º 4 do artigo 282.º da Constituição, restringir os seus efeitos, decidindo que ela não terá eficácia retroactiva e só produzirá efeito útil a partir da data da sua publicação no *Diário da República*.

Lisboa, 23 de Novembro de 1983. — *José Magalhães Godinho* — *Antero Alves Monteiro Dinis* — *Mário Augusto Fernandes Afonso* — *Luís Nunes de Almeida* — *Jorge Campinos* — *Mário Brito* (vencido quanto à restrição dos efeitos da inconstitucionalidade decretada no acórdão, por entender que se não verifica o condicionalismo previsto no n.º 4 do artigo 282.º da Constituição) — *Vital Moreira* (vencido, porém, quanto à restrição temporal dos efeitos da inconstitucionalidade, por entender que se não verifica nenhuma das circunstâncias previstas no n.º 4 do artigo 282.º da Constituição da República Portuguesa, não devendo haver nesta matéria qualquer interpretação extensiva) — *José Manuel Cardoso da Costa* (vencido no tocante à declaração de inconstitucionalidade das normas dos n.ºs 1.º e 2.º da portaria em apreço, nos termos da declaração anexa) — *Messias Bento* (vencido, nos termos da declaração junta, quanto à questão da declaração de inconstitucionalidade, não quanto à do diferimento da produção dos respectivos efeitos) — *Raul Mateus* (vencido, na exacta medida em que foi declarada a inconstitucionalidade parcial dos n.ºs 1.º e 2.º da Portaria n.º 1023-B/82, pelas razões constantes de voto anexo) — *Armando M. Marques Guedes* (vencido quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, porque entendo que nenhuma das situações referidas no n.º 4 do artigo 282.º da Constituição, que haveriam de ser fundamentadas, se verifica no caso concreto).

Declaração de voto

Votei no sentido de que as normas dos n.ºs 1.º e 2.º da Portaria n.º 1023-B/82 não deveriam ser declaradas inconstitucionais, mantendo, assim, o entendi-

mento que já perfilara no parecer n.º 35/82 da Comissão Constitucional, pelos seguintes fundamentos:

1 — A «parte fixa» da comparticipação dos utentes dos Serviços Médico-Sociais nos preços dos medicamentos estabelecida pelo n.º 1.º da portaria em apreço não pode, de modo algum, considerar-se um «imposto»; com efeito, é, a meu ver, indiscutível que ela representa uma «contraprestação» (*rectius*, uma parte da contraprestação) devida pela «prestação» dos medicamentos (prestação e contraprestação estas entre que verdadeiramente intercede um nexo de sinalagma) e que, por isso, lhe falta a nota de «unilateralidade» que é característica essencial daquela figura jurídica. E uma tal conclusão — a de que a parte fixa não é um imposto — tenho-a por firme, quaisquer que sejam a justificação e o objectivo visados pela portaria com o estabelecimento dessa comparticipação: é que estes outros aspectos (aspectos «materiais», por assim dizer) são irrelevantes, ao menos em princípio, para estabelecer a distinção entre as diferentes receitas coactivas do Estado. Por isto — quer dizer, não se estando, no caso, perante um imposto —, a Portaria n.º 1023-B/82, ao estabelecer a «parte fixa» em causa, não invadiu o domínio reservado à Assembleia da República pelo artigo 168.º, n.º 1, alínea i), conjugado com o artigo 106.º, n.º 2, da Constituição e não ofendeu, por conseguinte, estes preceitos constitucionais.

2 — Assim sendo, a única questão que pode pôr-se é a de saber se a Portaria n.º 1023-B/82 tem a necessária cobertura legal, isto é, se dispõe da cobertura exigida pelo princípio geral da legalidade da Administração consignado no artigo 226.º e, em particular, quanto aos regulamentos, nos artigos 202.º, alínea c), e 115.º, n.ºs 5 a 7, da Constituição.

Para responder a esta questão não seria porventura despiciendo estabelecer, antes de mais, a rigorosa natureza jurídica da «parte fixa» da comparticipação dos utentes introduzida pelo diploma regulamentar em causa, pois, na verdade, essa natureza jurídica não deixa de se afigurar algo problemática: não se tratando de um imposto, tratar-se-á então de uma verdadeira «taxa»? Ou representará ela antes uma nova modalidade de receita, semelhante às taxas, mas diferenciando-se destas pela nota peculiar de se traduzir na «comparticipação» num preço? Ou será mesmo que não se trata sequer de uma «receita pública», mas de uma receita, afinal, «privada» (uma receita das farmácias), já que corresponde a uma parte do preço dos medicamentos que o Estado deixa de custear?

O esclarecimento definitivo destes pontos demandaria uma indagação minuciosa e demorada, a que não pôde proceder-se, mas, em boa verdade, cumpre reconhecer que, se não despiciendo, um tal esclarecimento não é essencial. E isto porque, ainda mesmo que se entenda (como possivelmente deve entender-se) que se está perante uma «receita pública», inclusivamente perante uma «taxa», isto é, perante aquela das hipóteses figuradas em que porventura (e sublinha-se o carácter muito dubitativo da asserção) a «legalidade» seria mais exigente, ainda então a portaria tem suficiente base legal: conferem-lha justamente, no meu modo de ver e ao contrário da opinião que fez vencimento, os artigos 44.º, n.º 2, e 45.º, n.º 2, do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963 (que a mesma portaria invoca), e, por último, as bases x e xxxiii da Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962,

que é o diploma em que aquele decreto encontra o seu fundamento.

Eis, tão sucintamente quanto possível, as razões deste meu entendimento:

a) A Lei do Serviço Nacional de Saúde (Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro) pretendeu estabelecer um novo esquema definidor da intervenção e da actividade do Estado no domínio da protecção da saúde, **esquema** que se apresentava com um carácter global e até «universal», quer no tocante à pretensão de abranger todas as vertentes compreendidas nessa actividade (isto é, todas as modalidades prestatórias nela incluídas), quer no respeitante ao objectivo de incluir o conjunto de toda a população portuguesa; com tal diploma visava-se, obviamente, ir ao encontro do direito fundamental à saúde consagrado no artigo 64.º, n.º 1, da Constituição e dos princípios programaticamente definidos nos números seguintes do mesmo preceito da lei fundamental. A verdade, porém, é que a Lei n.º 56/79 não chegou a ser implementada, pois que, designadamente, não foram emitidos os decretos-lei que ela expressamente previa como necessários à sua execução e condicionantes da implantação efectiva do serviço criado (artigo 65.º, n.ºs 1 e 3). Mais: pelo Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de Setembro, a Lei n.º 56/79 veio mesmo a ser revogada em tudo o que respeitava propriamente à «institucionalização» e «organização» do Serviço Nacional de Saúde (incluindo o já citado artigo 65.º), de pé só tendo ficado (para além de 2 normas referentes à extensão desse serviço às regiões autónomas e a Macau) os preceitos «materiais» e «programáticos» — digamos assim — dos seus primeiros títulos, mas preceitos que não são *self-executing*.

b) Nestas condições, a actividade do Estado no domínio da protecção da saúde dos cidadãos continuou a desenvolver-se ao abrigo dos regimes jurídicos anteriores à Lei n.º 56/79 ou, de qualquer modo, surgidos à margem desta, quer no tocante aos aspectos institucionais e organizacionais que tal actividade pressupõe, quer no respeitante à definição das prestações a que os cidadãos têm direito e às condições de acesso a essas prestações. Quer dizer, é ainda, e só, através desses regimes jurídicos e dos mecanismos institucionais que implementaram — boa parte dos quais, de facto, é bem anterior à Constituição de 1976 — que, melhor ou pior, o Estado se vai desincumbindo do encargo que lhe é apontado pelo artigo 64.º da lei fundamental vigente, ou seja, da tarefa de tornar efectivo o direito fundamental à saúde aí consagrado.

c) Assim, e no que respeita concretamente à assistência medicamentosa dos utentes dos Serviços Médico-Sociais, encontra ela ainda hoje o seu fundamento na Lei n.º 2115 (cf., especialmente, as bases v e x) e no Decreto n.º 45 266 (cf. artigos 32.º e seguintes, especialmente 44.º a 46.º), naturalmente com as modificações de que um e outro foram objecto ou que, de todo o modo, implicam um entendimento actualizado dos seus preceitos. E tanto as coisas se passam deste modo que não se vê, fora desse quadro legal ou regulamentar, um qualquer outro em que os referidos utentes pudessem basear o seu direito à mencionada assistência.

d) Foi dentro deste quadro legal e regulamentar — e não no quadro do desenvolvimento da Lei n.º 56/79 — que o Ministro dos Assuntos Sociais

se moveu ao emitir a Portaria n.º 1023-B/82 e ao modificar, através dela, as condições de concessão de medicamentos aos utentes dos Serviços Médico-Sociais. Ora, o Ministro dispunha de competência para tanto, em vista do disposto no artigo 44.º, n.º 2, do Decreto n.º 45 266, e, por outro lado, não estava impedido de a utilizar, pelo facto de, entretanto, haver sido publicada a Lei n.º 56/79: é que, como se viu, na parte em que não foi atingida pelo Decreto-Lei n.º 254/82, essa lei mantém-se como que num estado de «quiescência» e na parte organizatória (que seria, do ponto de vista da questão da competência do Ministro, a verdadeiramente relevante) encontra-se revogada.

e) É certo que no n.º 2 do referido artigo 44.º o que se dispõe é que «as condições de concessão de medicamentos serão definidas em regulamento elaborado pela Federação das Caixas de Previdência e Abono de Família e aprovado pelo Ministro das Corporações e Previdência Social» e que agora estamos perante uma simples portaria ministerial. Simplesmente, não pode deixar de se levar em conta que, a partir do momento em que o financiamento da assistência medicamentosa no âmbito dos Serviços Médico-Sociais passou a ser suportado pelo Orçamento Geral do Estado deixou de o ser pelos recursos da antiga Previdência, hoje segurança social (Portaria n.º 431/76, de 20 de Julho, e Decreto-Lei n.º 17/77, de 12 de Janeiro, com regulamentos posteriores), também deixou de ter qualquer justificação e sentido a intervenção da Federação das Caixas de Previdência (ou do organismo ou organismos que, entretanto, a vieram substituir) na regulamentação da concessão dessa assistência. O que vale por dizer que o disposto no artigo 44.º, n.º 2, não pode hoje deixar de ser objecto de uma «leitura» actualizada, justamente no sentido de que a competência regulamentar nele prevista cabe exclusivamente ao ministro de que dependerem os Serviços Médico-Sociais: ora, ao tempo da emissão da Portaria n.º 1023-B/82 tal ministro era, indiscutivelmente, o dos Assuntos Sociais. De resto, não deve deixar de se salientar que a portaria ministerial é uma forma de regulamento mais solene que a inicialmente prevista no n.º 2 do artigo 44.º

f) Por outro lado, o Decreto n.º 45 266 limitou-se a fixar um regime de «comparticipação» do Estado (ao tempo da Federação das Caixas de Previdência) no preço dos medicamentos adquiridos pelos utentes dos Serviços Médico-Sociais, mas não parece que imponha que tal participação deva assumir necessariamente uma natureza variável, ou seja, não parece que exclua necessariamente a possibilidade de tal participação ser constituída também por uma «parte fixa». Isto ainda mesmo que nesta parte a participação deva considerar-se uma «taxa», pois que nem por isso ela deixará então de ser uma taxa que se insere no quadro das condições da prestação de assistência medicamentosa e pois que para a definição destas condições dispõe o Ministro de competência.

g) Por outro lado ainda, não obsta o Decreto n.º 45 266 a que a «parte fixa» da participação assumida o carácter de uma «taxa moderadora» (isto é, de uma taxa visando obviar a um recurso imoderado e injustificado à assistência medicamentosa, que o mesmo é dizer, visando a racionalização do recurso a tal assistência); é que não só não me parece (contrariamente à opinião que fez vencimento) que taxas

desse tipo estejam indissociavelmente ligadas a um regime de prestação «gratuita» da assistência em causa e devam ter-se necessariamente por excluídas num regime de «comparticipação», como se me afigura, para além disso e sobretudo, que elas encontram cobertura positiva no próprio Decreto n.º 45 266: é que no artigo 44.º, n.º 1, deste diploma dispõe-se justamente que «a assistência medicamentosa será concedida tendo em vista o máximo de eficiência terapêutica e de economia».

h) Mas, seja como for, e por último, ainda que porventura se entenda que o regime da Portaria n.º 1023-B/82 não é integralmente compatível com os princípios fixados nos artigos 44.º a 46.º do Decreto n.º 45 266, ainda então parece que não faltará — ou, pelo menos, será muito questionável que falte — àquela a cobertura «legal» necessária para não estar inquinada de um vício de inconstitucionalidade: é que, por um lado, a Lei n.º 2115 não impôs, nem na sua base x nem na sua base xxxiii, que a respectiva regulamentação revestisse a forma de decreto regulamentar e, por outro lado, a utilização, no caso, de tal forma de regulamento, se já não era exigida pela Constituição de 1933 (em vigor ao tempo da Lei n.º 2115), também o não é agora pela Constituição vigente, atento o que nesta se dispõe no artigo 115.º, n.º 6. Sendo assim, bem poderá sustentar-se, na verdade, que a referida incompatibilidade — simples incompatibilidade entre regulamentos, que nem sequer entre o regulamento e a lei —, a existir, não atingirá o plano constitucional. — José Manuel Cardoso da Costa.

Declaração de voto

Votei vencido pelas razões que se seguem:

Os n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e 9.º da Portaria n.º 1023-B/82, de 6 de Novembro, não violam o artigo 201.º, n.º 1, alínea c), conjugado com o n.º 3, da Constituição:

1 — A participação exigida dos utentes dos Serviços Médico-Sociais reveste, se não a natureza de taxa, ao menos a de uma figura que dela se aproxima e que, por isso, se deverá submeter ao mesmo regime. De todo o modo, o que ela não é é um imposto ou um «tributo especial indirecto de consumo» que deva submeter-se ao regime da reserva de lei parlamentar, como se mostrou no parecer n.º 35/82 da Comissão Constitucional, ainda inédito, a cuja doutrina nos mantemos fiéis.

Na verdade, «o que caracteriza a taxa [...] é o facto de os indivíduos, *ut singuli*, receberem uma prestação pública mediante o pagamento de uma retribuição, cujo montante é autoritariamente fixado pelo legislador ou pela Administração, neste caso dentro dos limites estabelecidos pelo legislador [...]

Distingue-se, materialmente, o imposto da taxa em que o Estado o cobra sem dar especificamente nada àqueles que o pagam, sem lhes atribuir qualquer contraprestação [...]» (Afonso Rodrigues Queiró, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 94.º, pp. 329-330 e 347).

No caso, ao pagamento da participação por parte dos utentes dos Serviços Médico-Sociais corresponde uma prestação pública — a assistência medicamentosa —, que os Serviços lhes prestam, sem que medie qualquer contrato celebrado entre os utentes e as farmácias fornecedoras. Estas é que actuam em

cumprimento de um contrato celebrado com os Serviços Médico-Sociais [v. artigo 45.º, n.º 2, do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963; v. também artigos 14.º, alínea h), e 15.º da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro (Lei do Serviço Nacional de Saúde)].

Pois «a única coisa necessária para que juridicamente se fale de taxa é que a Administração proporcione ao onerado, com o pagamento dela, o serviço que este lhe reclama» (A. Queiró, loc. cit.). Indiferente, naturalmente, é que o montante da taxa se determine por percentagem ou consista numa quantia fixa. Irrelevante é, de igual modo, que com a sua imposição ou agravamento se vise também moderar os consumos, pois são perfeitamente admissíveis finalidades extrafiscais. Finalmente, nem sequer é indispensável que o montante das taxas corresponda exactamente ao custo da unidade do serviço que constitui a prestação da Administração ao contribuinte: «O facto de a remuneração ser lucrativa não transforma a taxa em imposto.» (A. Queiró, loc. cit.)

Que as taxas possam ter finalidades extrafiscais, designadamente a de moderar os consumos, veio reconhecer a Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro, pois, instituindo embora o Serviço Nacional de Saúde como serviço gratuito, previu, no seu artigo 7.º, «o estabelecimento de taxas moderadoras diversificadas tendentes a racionalizar a utilização das prestações».

Atente-se ainda que o utente pode deixar de pagar a quantia em causa sem que deixe de aviar a receita: basta que pague os medicamentos ao preço do mercado, prescindindo da participação dos Serviços Médico-Sociais (v. n.º 2.º da portaria), coisa que não sucederia se estivéssemos em presença de um imposto, pois, num tal caso, se o utente dos Serviços Médico-Sociais o não pagasse não lhe seria aviada a receita e, além disso, ver-se-ia executado pela dívida. É, de facto, *próprio do imposto o ser coactivamente exigível do contribuinte* (cf. A. Queiró, loc. cit.).

Quando muito, pois, no caso, tratar-se-á de uma taxa.

Ora, as taxas tanto podem ser criadas pelo legislador como pela Administração. Questão é que, neste caso, ela actue dentro dos pressupostos e limites estabelecidos pela lei (v. pareceres da Comissão Constitucional n.ºs 30/81 e 34/82, ambos inéditos).

Mas isso acontece no presente caso, como vai ver-se de seguida.

2 — A Portaria n.º 1023-B/82, de 6 de Novembro, foi editada, segundo os seus próprios dizeres, ao abrigo do preceituado nos artigos 44.º, n.º 2, e 45.º, n.º 2, ambos do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963, o qual foi, por sua vez, editado em cumprimento do disposto na base xxxiii da Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962, que contém as bases da Previdência Social.

Essa base xxxiii preceitua, com efeito:

O Governo publicará os regulamentos necessários à boa execução desta lei.

Esse regulamento contém-se desde logo no citado Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963, cujo artigo 44.º estabelece no n.º 1:

A assistência medicamentosa será concedida tendo em vista o máximo de eficiência terapêutica e de economia.

E no n.º 2 desse mesmo artigo 44.º preceitua-se:

As condições de concessão de medicamentos serão definidas em regulamento [...]

Por sua vez, o artigo 46.º, n.º 2, desse mesmo decreto estipula:

O custo [...] dos medicamentos [...] será em parte suportado pelo doente [...]

E no n.º 3 do mesmo artigo 46.º acrescenta-se:

O quantitativo e a forma de pagamento [...] da participação prevista no número anterior constarão de regulamento, nos termos do artigo 44.º, n.º 2.

Pois foi com base neste *bloco de legalidade* que a portaria aqui em questão foi editada.

Essa *habilitação legislativa* era, como se disse, *necessária*, já que se tratava de impor um *encargo* aos utentes dos Serviços Médico-Sociais (cf. pareceres da Comissão Constitucional n.ºs 30/81 e 34/82, citados, e A. Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, 1, Coimbra, 1976, p. 64). Mas é *suficiente também*.

3 — É isto apesar de se acharem constitucionalmente garantidos os direitos à protecção da saúde e à segurança social e de se haver instituído um serviço nacional de saúde.

Na verdade, desde logo, a Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro, que instituiu o Serviço Nacional de Saúde, não é um diploma executivo, por si mesmo, antes carecendo, para implementação do sistema que instituiu, de regimes jurídicos complementares, a editar pelo Governo: o artigo 65.º prescreveu que este editaria os decretos-leis necessários à sua execução.

Ora, enquanto esse sistema não fosse implementado, a assistência médica e medicamentosa aos utentes dos Serviços Médico-Sociais continuou — e continua — a ser-lhes prestada por estes Serviços. E justamente, porque, de outro modo, deixariam de beneficiar de tal assistência.

Depois, a citada lei acabou por ser, em boa parte, revogada pelo Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de Junho, sem que houvessem sido editados aqueles decretos-leis de desenvolvimento previstos pelo mencionado artigo 65.º, que acabou por ser atingido por tal revogação.

Por consequência, o sistema que à data da publicação da Portaria n.º 1023-B/82, achando-se em vigor, estava a ser *actuado* era, justamente, o constante do *bloco de legalidade* em que ela própria disse inscrever-se, com algumas alterações, naturalmente (v. g., desapareceu a intervenção da Federação das Caixas de Previdência e Abono de Família).

4 — Mas, sendo assim, não se vê como possa recusar-se legitimidade constitucional à referida portaria, insistindo para tanto em que a taxa, por ser moderadora, devia ter sido criada por um decreto-lei de desenvolvimento.

De facto, dizer que a taxa aqui questionada é (ou só pode ser) a *taxa moderadora* prevista pelo artigo 7.º da Lei n.º 56/79 é, do meu ponto de vista, inteiramente injustificado.

De um lado, a circunstância de a própria portaria assinalar à taxa um objectivo moderador — o de racionalizar os consumos de medicamentos — não chega, seguramente, para justificar essa identificação, pois trata-se de uma finalidade extrafiscal, que qualquer outra taxa, que não apenas a prevista no citado artigo 7.º, pode assumir. Depois, também não é do facto de a taxa ser criada num momento em que está em vigor o mencionado artigo 7.º que se pode extrair tal conclusão, uma vez que ele não foi invocado para a edição da portaria e o bloco de legalidade a que então a Administração disse arrimar-se achava-se igualmente a vigorar. Finalmente, este bloco de legalidade, designadamente o artigo 46.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963, ao preceituar que o doente suportará *parcialmente* o custo dos medicamentos, devendo constar de regulamento o quantitativo dessa comparticipação e a forma do seu pagamento, consente perfeitamente que a taxa comparticipativa seja constituída por uma quantia fixa e por uma parte percentual, para além de que, embora não consentindo a fixação de taxas lucrativas nem que igualem o custo dos medicamentos fornecidos — fazendo-o existe violação de regulamento —, suporta inteiramente a instituição de taxas com fins de racionalização ou moderação de consumos, pois o artigo 44.º, n.º 1, acentua, justamente, que a assistência medicamentosa há-de ser prestada visando o máximo de economia. — *Messias Bento*.

Voto de vencido

1 — Na linha do parecer n.º 35/82 da Comissão Constitucional, que subscrevi, votei que o Tribunal Constitucional se não pronunciasse pela inconstitucionalidade das normas dos n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e 9.º da Portaria n.º 1023-B/82, de 6 de Novembro.

2 — Entendo que a Portaria n.º 1023-B/82 é suficientemente credenciada, numa perspectiva jurídico-constitucional, pelos artigos 44.º, n.º 2, e 45.º, n.º 2, do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963, diploma regulamentador da Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962.

É certo que o n.º 2 do artigo 44.º do Decreto n.º 45 266 diz assim:

As condições da concessão de medicamentos serão definidas em regulamento elaborado pela Federação das Caixas de Previdência e Abono de Família e aprovado pelo Ministro das Corporações e Previdência Social.

Mas não menos certo é que a subsequente alteração dos quadros legislativos no domínio da saúde postula uma leitura actualizada do preceito (artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil).

Esta leitura é exigida, porquanto, ao mesmo passo que a Federação das Caixas de Previdência e Abono de Família (base XIV da Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962, e Portaria n.º 22 451, de 13 de Janeiro de 1967) deixou de financiar directamente a assistência médica e medicamentosa, passou esta a ser subsidiada pelos Serviços Médico-Sociais da Previdência, através do Orçamento do Estado (Portaria n.º 431/76, de 20 de Julho, Decreto-Lei n.º 17/77, de 12 de Janeiro, e Decretos Regulamentares n.ºs 12/

77 e 65/77, respectivamente de 1 de Fevereiro e 21 de Setembro).

Por isso, numa interpretação, *em dia*, do n.º 2 do artigo 44.º do Decreto n.º 45 266, se entende que o Ministro dos Assuntos Sociais tem, sozinho, a competência regulamentar que aquele preceito atribua ao Ministro das Corporações e Previdência Social, sob prévia proposta da Federação das Caixas de Previdência e Abono de Família.

3 — A Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro, parcialmente revogada e nunca regulamentada, por incompleta, não chegou a revogar os preceitos em causa do Decreto n.º 45 266.

No acórdão, de que este voto de vencido é parte integrante, reconhece-se, aliás, que o Decreto n.º 45 266 está desactualizado. Com isso, e como já se viu, estou totalmente de acordo. Porque não se fez então uma interpretação, *de hoje*, do n.º 2 do artigo 44.º do Decreto n.º 45 266? — *Raul Mateus*.

REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES

GOVERNO REGIONAL

Secretaria Regional dos Assuntos Sociais

Decreto Regulamentar Regional n.º 4/84/A

Com o Decreto-Lei n.º 305/81, de 12 de Novembro, posteriormente complementado pelo Decreto-Lei n.º 324/83, de 6 de Julho, foi reformulada a carreira profissional do pessoal de enfermagem.

Com a nova carreira procurou-se, nomeadamente, realçar as funções de direcção e chefia, de tal forma que à aceitação de novas funções correspondam crescentes qualificações técnicas e responsabilidades.

Considerando que para o exercício de certas funções, hoje já indispensáveis, a Região ainda não possui pessoal em número suficiente com as condições de habilitação exigidas, é urgente que se criem mecanismos que assegurem, em regime de transitoriedade, a realização da actividade correspondente a tais funções.

Assim, o Governo Regional decreta, nos termos da alínea d) do artigo 229.º da Constituição, o seguinte:

Artigo 1.º — 1 — Os enfermeiros do grau 2 e do grau 3 da carreira de enfermagem com pelo menos 3 anos de exercício num desses graus podem, por nomeação interina, assegurar transitoriamente o exer-

cício de funções relativas a categorias correspondentes ao grau imediatamente superior, independentemente da observação dos requisitos habilitacionais, desde que satisfeitas as seguintes condições:

- a) Estarem previstos e vagos lugares, nos quadros a que pertencem, relativos a categorias a que apenas teriam acesso os enfermeiros de grau 3 e de grau 4;
- b) Não haver nenhum profissional nos quadros referidos na alínea anterior que reúna os requisitos legais exigíveis para o provimento definitivo.

2 — A situação de interinidade referida no número anterior só perdurará enquanto se verificar a condição referida na respectiva alínea b).

3 — A ocupação interina de lugares a que se refere o presente diploma depende de despacho de nomeação do Secretário Regional dos Assuntos Sociais.

4 — Os profissionais sobre os quais recaia a nomeação referida no número anterior assumirão todas as obrigações decorrentes do exercício das funções inerentes à categoria para que forem nomeados e beneficiarão do mesmo estatuto dos providos definitivamente em tais categorias.

Art. 2.º — 1 — Os profissionais que exerçam a sua actividade, em regime de destacamento ou de requisição, em estabelecimento diferente do de origem poderão optar pela sua integração no quadro de pessoal do estabelecimento onde, na presente data, exercem as suas funções, desde que exista no quadro vaga para o efeito.

2 — A integração em novo quadro a que se refere o número anterior far-se-á independentemente de qualquer formalidade, salvo o respectivo despacho de nomeação.

Aprovado em Conselho do Governo Regional em 14 de Novembro de 1983.

O Presidente do Governo Regional, *João Bosco Mota Amaral*.

Assinado em Angra do Heroísmo em 28 de Dezembro de 1983.

Publique-se.

O Ministro da República para a Região Autónoma dos Açores, *Tomás George Conceição Silva*.

