

e pública

Revista Eletrónica de Direito Público



**PERSPECTIVA ADMINISTRATIVA DA MUDANÇA DE
PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL A PARTIR DAS
RELAÇÕES ENTRE INSTITUIÇÕES PARTICULARES
DE SOLIDARIEDADE SOCIAL E A ADMINISTRAÇÃO**

**AN ADMINISTRATIVE VIEW OVER THE CHANGING
PARADIGM OF THE WELFARE STATE THROUGH
THE RELATIONS BETWEEN PRIVATE BODIES
PERFORMING PUBLIC FUNCTIONS AND THE
ADMINISTRATION**

Paulo Fernando Simões Ramos
Número 1, 2014
ISSN 2183-184x

E-PÚBLICA
REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO PÚBLICO

www.e-publica.pt

PERSPECTIVA ADMINISTRATIVA DA MUDANÇA DE PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL A PARTIR DAS RELAÇÕES ENTRE INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL E A ADMINISTRAÇÃO

AN ADMINISTRATIVE VIEW OVER THE CHANGING PARADIGM OF THE WELFARE STATE THROUGH THE RELATIONS BETWEEN PRIVATE BODIES PERFORMING PUBLIC FUNCTIONS AND THE ADMINISTRATION

PAULO FERNANDO SIMÕES RAMOS*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade - Cidade Universitária

1649-014 Lisboa - Portugal

pauloramos.fdl@gmail.com

Abstracto: As Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS) têm vindo a ganhar terreno no campo das funções sociais, tornando-se mecanismos indispensáveis na realização da acção social. As novas necessidades, fruto da crise socio-económica a que Portugal não é alheio, atormentam a estabilidade democrática actual e perturbam a efectivação da protecção dos direitos sociais. Assim, no advento dessas necessidades, o Direito Administrativo português, acompanhando esses ventos de mudança, atribui às IPSS um particular relevo enquanto pessoas colectivas de utilidade pública, definindo novos e cada vez mais próximos modelos de relações administrativas entre estas entidades e a Administração, estreitando uma relação triangular dirigida ao bem-estar social. Este artigo pretende precisamente oferecer um olhar do ponto de vista constitucional e legal desta problemática, no seguimento da reforma do Estado em curso.

Palavras-chave: Direito Administrativo, Constituição Social, Instituições Particulares de Solidariedade Social, Solidariedade, acordos de gestão e cooperação

Abstract: The private bodies performing public duties have been gaining terrain in the field of social functions, becoming reliable mechanisms in performing social duties. The new needs, consequence of the social and economic crisis which Portugal is familiar to, torment nowadays democratic stability and disturb the effectiveness of the protection of social rights. Therefore, following these winds of change, the Portuguese Administrative Law assigns a special role to those private bodies as charities, defining new and more intimate models for administrative relations between these entities and the Administration, tightening a welfare-directed triangular bond. The goal of this article is to offer a constitutional and legal point of view of this issue, following the ongoing State reform.

Keywords: Administrative Law, Social Constitution, private bodies performing

public duties, solidarity, management and cooperation agreements

Sumário: 1. Enquadramento geral da problemática - 1.1. Uma visão histórica do problema: O Estado Social pré-1976 - 1.2. Princípios enformadores da Administração Pública à luz da Constituição de 1976: O elo de ligação entre a rotura com o centralismo do Estado Novo e a consolidação de um verdadeiro Estado Social - 1.3. As IPSS como veículos de execução das tarefas sociais: Breves aspectos constitucionais da solidariedade social - 2. A problemática específica dos objectivos de solidariedade social em face da actuação das IPSS - 2.1. A “cláusula aberta” do artigo 63º/5 CRP: Critério amplo ou política de prioridades? - 2.2. O suporte estatal das IPSS: Definição jurídico-administrativa de “apoio” no artigo 63º/5 CRP – 3. As “tréguas” público-privadas - 4. Considerações finais

1. Enquadramento geral da problemática

1.1. Uma visão histórica do problema: O Estado Social pré-1976

As correntes filosóficas e económicas do século XX, originárias das convulsões socio-políticas pós-1ª Guerra Mundial, influenciaram significativamente o pensamento jurídico, que por sua vez conduziu alterações legislativas nas relações jurídicas entre os particulares e a máquina estatal. Em particular, a arquitectura administrativa viu-se forçada a redesenhar um modelo de actuação entre as esferas públicas e privadas, até então imiscíveis. O pilar dessas modificações seria uma nova noção de Estado: O Estado Social, ou *Welfare State*, na terminologia anglo-saxónica. A Administração Pública passava, então, a orientar o Estado para um papel prestador, abandonando o padrão agressivo oriundo de noções clássicas da ciência administrativa e tutelando os grupos sociais economicamente menos capazes¹. Em boa verdade, o Estado Social de Direito só veio a ganhar corpo (ainda que imperfeitamente) com a Constituição de 1933 (doravante, CRP1933), sob a égide do Estado Novo corporativista. Era essa, aliás, a disposição do artigo 14º CRP1933: “Incumbe ao Estado reconhecer as corporações morais ou económicas e as associações ou organizações sindicais, e promover e auxiliar a sua formação”. Esta formulação vinha acompanhada de uma *nuance*, cuja essencialidade a destaca da solução hoje vertida na actual Constituição: Todas as funções sociais eram atribuídas ao Estado e a este cabia a direcção e coordenação das actividades resultantes do exercício dessas funções (artigo 6º/2 CRP1933).

Podemos entender o pendor centralista do Estado Novo com recurso a uma dupla delimitação do problema. Por um lado, a ordem jurídica portuguesa assumiu uma cautela reforçada quanto ao estabelecimento de relações jurídicas público-privadas. São dois os argumentos nucleares que sustentam esta visão: 1º) O artigo 109º/4 CRP1993 previa e estatuiu a integração de pessoas colectivas de utilidade pública administrativa (que abarcavam diversas entidades, conforme

1. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, *Direito Administrativo*, Lisboa, 2009, pp. 102 e ss.

exposto no artigo 416º do Código Administrativo de 1940, doravante, CA) na Administração Pública, limitando a liberdade de constituição e acção dessas entidades através de poderes de superintendência do Governo para que o seu horizonte se cingisse à actividade administrativa; 2º) O artigo 420º CA prescrevia a fiscalização dessas entidades no sentido de “harmonizar a sua acção com a dos corpos administrativos, de modo a obter-se o máximo rendimento dos esforços conjugados. Por outro, numa perspectiva mais moderadora, o Estado deixava a prossecução de importantes tarefas sociais a cargo de pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, progressivamente abandonando a reserva de Direito Público e assumindo um cariz funcional mais supletivo². Como tal, é fácil concluir que o objectivo da Constituição de 1933 era o de maximizar a eficiência dos serviços num enquadramento de harmonia público-privada, potenciando a colaboração dos particulares com a Administração sem retirar a esta o impulso autoritário.

1.2. Princípios enformadores da Administração Pública à luz da Constituição de 1976: O elo de ligação entre a rotura com o centralismo do Estado Novo e a consolidação de um verdadeiro Estado Social

Ainda que se tenha assistido a uma folga das esferas pública e privada, a democracia social na sua plena acepção só assentou na Constituição de 1976, cujos comandos constitucionais estabeleceram com maior intimidade os compromissos a ser honrados pelo Estado perante cada cidadão. Pela primeira vez, o Estado Social de Direito viria a tornar-se uma realidade efectiva, encarregando, por um lado, os órgãos legiferantes de propiciar, entre outras condições, a dignidade social (Artigo 81º, alíneas a), b) e d) CRP)³, e por outro, a Administração Pública de cumprir determinados princípios fundamentais e estruturais (artigos 266º e 267º CRP). Estes princípios são importantes ao nível de um entendimento complexo da actividade administrativa. É também nesta Constituição que é consagrada uma nova categoria de instituições, de que nos ocuparemos neste artigo: As instituições particulares de solidariedade social (IPSS)⁴. Adianta-se

2. LICÍNIO LOPES julga coerente que, não obstante a inexistência de um preceito constitucional específico consagrador da supletividade da interacção do Estado, contrariamente ao que sucedia para as actividades económicas (artigo 33º CRP1933), essa orientação poderia ser aplicável ao domínio da assistência social, quer por razões de ordem politico-legislativa, quer pela interpretação do próprio texto constitucional. A propósito desta matéria, vide LICÍNIO LOPES, *Instituições Particulares de Solidariedade Social*, 1ª ed., Coimbra, 2009, pp. 67 e ss.

3. A dignidade social surge como um princípio de organização económica a ser concretizado através das incumbências prioritárias do Estado na matéria *sub judice*, mas importa fazer a ressalva: Ele é fruto do desdobramento material das tarefas fundamentais do Estado (9º CRP). Sobre a questão do regime dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais e as suas dimensões subjectiva e objectiva, vide: GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pp. 127 e ss.

4. Na versão originária da Constituição de 1976, chamavam-se “instituições privadas de solidariedade social”. A designação actual surge em virtude da revisão constitucional de 1982. Neste contexto, o legislador continuou a prosseguir com bastante cuidado na confiança à esfera privada de tarefas públicas. A formulação negativa que constava do artigo 63º/3 da versão originária da Constituição de 1976 comprovava-o: “A organização do sistema de segurança social

já, para que não se fuja ao tema, que as instituições particulares de solidariedade social, apesar de pessoas colectivas privadas, não fazem parte da Administração Pública. Estas são pessoas colectivas de utilidade pública, distintas das entidades privadas que exercem poderes públicos⁵. Todavia, para que se compreenda a substância dessas entidades, é necessário fazer uma breve interligação com os princípios orientadores da Administração Pública.

Uma primeira análise ao artigo 266º CRP revela que o enunciado é algo “teatral”: O seu número 1 estabelece uma meta a prosseguir em duas dimensões correlativas colocadas numa óptica de conciliação (objectiva, quando visa a prossecução do interesse público, e subjectiva, quando impõe o respeito pelos “direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”), mas não estabelece nenhum efeito jurídico em concreto. O artigo 266º/2 CRP, por sua vez, prescreve: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”. Conclui-se, sem mais, que a norma é preenchida com um duplo efeito: Uma intenção programática e um condicionalismo por força de princípios disciplinadores.

O primado do interesse público na actuação administrativa é notório, mas também o é a legalidade administrativa, e é deste constante balanço que vive e respira o tecido da Administração. Não será surpresa que suceda, por vezes (malhas que o Império tece!), que a complexa funcionalidade dos órgãos da Administração leve a que se proceda a uma ponderação extenuante de casos concretos, pelo que não é ingrato afirmar que o Direito Administrativo é, nas palavras de VASCO PEREIRA DA SILVA, uma ciência com uma “infância difícil”⁶.

A legalidade administrativa é um denominador inquestionável (*dura lex sed lex*), mas a variável do interesse público é constantemente colocada em evidência nas intrincadas equações administrativas. Não se sugere - diga-se de passagem - a imposição de uma expressão fixa para o conceito de interesse público, tal como sucede com os textos legais que lhe atribuem o devido cariz formal: O caos administrativo seria tal que tanto os particulares como a própria Administração seriam sujeitos a uma cláusula geral de restrição⁷, inevitavelmente periclitante para a manutenção de qualquer Estado Social de Direito. É crucial manter o interesse público como um conceito indeterminado (isto é, numa situação de heterogeneidade), determinável pelas entidades competentes e veiculado pela lei.

A estrutura da Administração encontra-se prescrita no artigo 267º CRP. O especial destaque, por ora, vai para os números 1 e 2. O número 1 consagra o

não prejudicará a existência de instituições privadas de solidariedade social não lucrativas, que serão permitidas, regulamentadas por lei e sujeitas à fiscalização do Estado”.

5. Sobre a inadmissibilidade constitucional de entidades administrativas privadas como IPSS, vide LICÍNIO LOPES, *Instituições*, cit., pp. 123 e ss.

6. Expressão cunhada por VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Reimpressão, Coimbra, 1998.

7. ODETE MEDAUAR, *O Direito Administrativo em Evolução*, RT, São Paulo, 1992.

mandato de desburocratização a que a Administração está sujeita, no sentido de “aproximar os serviços das populações”. Aqui, é evidente e absolutamente nuclear a lógica de articulação triangular: Em primeiro lugar, o princípio da prossecução do interesse público, em segundo, o princípio da legalidade, e, por último, o princípio de desburocratização. São estes os três pilares em que assenta toda a orgânica administrativa, constituindo o substrato para os demais princípios jurídicos. A expressão “aproximar os serviços das populações” oferecerá, nesse sentido, de antemão a previsão do artigo 267º/2 CRP: Descentralização e desconcentração administrativas.

Todo este sistema é de fácil entendimento, desdobrado o esquema constitucional genérico relativo à Administração. Além do propósito de acautelar tanto o Estado como os particulares, o texto constitucional baliza as vias de actuação da própria Administração, de modo a que a tarefa não se torne numa colossal *vexata quaestio*. Assim seria, sem orientações normativas superiores: O Direito é toda uma ordem em constante mutação, acompanhando o gradualismo social, económico e político, na velha lógica camoniana (mudam-se os tempos, mudam-se as vontades). Estas metamorfoses não são vazias de conteúdo jurídico; antes, manifestam-se pela desmultiplicação do Estado, um Estado que presta e dá a prestar. “Ao princípio não “era” o Estado mas o Homem – “era” o Homem, o espírito e o barro... É esta uma verdade em função da qual será o Estado a ter de se humanizar – não o Homem quem tem de se estadualizar”, imortalizaria FRANCISCO LUCAS PIRES⁸. Foi nesta percepção (a que adiante se dará a devida atenção) que se entendeu não haver mais lugar à disjunção entre o público e o privado.

1.3. As IPSS como veículos de execução das tarefas sociais: Breves aspectos constitucionais da solidariedade social

Já foi oportunamente e sucintamente esclarecido que as IPSS não fazem parte da Administração Pública. Agora, analisaremos com alguma profundidade estas instituições ao nível da sua relevância na manutenção do bem-estar social.

Veja-se o artigo 63º/5 CRP: “O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do nº 2 do artigo 67º, no artigo 69º, na alínea e) do nº 1 do artigo 70º e nos artigos 71º e 72º”.

Uma primeira vista sobre o preceito oferece-nos um importante dado: As instituições particulares de solidariedade social são uma categoria autonomizada em face das demais, dada notória separação do texto constitucional (“instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público

8. FRANCISCO LUCAS PIRES, *Uma Constituição Para Portugal*, Coimbra, 1975, pp. 4-5.

sem carácter lucrativo (...)). Não quer isto dizer que as IPSS sejam uma categoria *sui generis* das pessoas colectivas de utilidade pública (Decreto-Lei 460/77 de 7 de Novembro, sem prejuízo do disposto no artigo 8º do Decreto-Lei 119/83 de 25 de Fevereiro, que estabelece o regime jurídico das IPSS). O modelo de democracia social é visto numa perspectiva de progressividade e acompanhamento da realidade social pelo que, neste sentido, se devem observar determinados parâmetros de exigência no cumprimento das demandas sociais. É no seguimento desta linha de raciocínio que devemos partir para a concepção de solidariedade social. SÉRVULO CORREIA afirma que solidariedade social é “um fenómeno espontâneo, nascido da necessidade insuprimível de afirmação da pessoa humana e do instinto natural de associação”⁹. Daqui podemos retirar que não se pode associar a solidariedade social qualquer tipo de ideia utilitarista: O que está em jogo não é um fim lucrativo, mas sim, conforme consagrado no artigo 1º/1 do Decreto-Lei 119/83 de 25 de Fevereiro, um “dever moral de solidariedade e de justiça entre os indivíduos”. Em adição a isto, abalança-se o facto de que estas não só executam tarefas sociais, como o fazem na esteira de um princípio de solidariedade social, agora tornado um princípio material da Constituição: A remissão do artigo 63º/5 CRP para os artigos 67º/2-b), 69º, 70º/1-e), 71º e 72º CRP é feita à luz de “objectivos de solidariedade social”. É, deste modo, possível traçar duas dimensões de solidariedade social - uma objectiva, a nível constitucional, e outra subjectiva, a nível legal - que surgem numa estrutura normativa de complementaridade.

2. A problemática específica dos objectivos de solidariedade social em face da actuação das IPSS

2.1. A “cláusula aberta” do artigo 63º/5 CRP: Critério amplo ou política de prioridades?

No quadro de uma coexistência entre a Administração Pública e as IPSS, foi necessário ultrapassar-se a reserva pública de funções públicas e redefinir o esquema de atribuições no âmbito da solidariedade social. A adição de mais uma variável à equação da *causa solidarietatis* não significa de todo um sistema social a várias velocidades. A vertente teleológica do corolário constitucional incide, por um lado, sobre uma conjugação de esforços entre o público e o privado, e por outro, sobre a extensão do princípio da eficiência administrativa (267º/1 CRP, 10º Código do Procedimento Administrativo, doravante, CPA) às IPSS, significando isto que o Estado deve exigir destas, à proporção da promoção, uma operação satisfatória dos fins que lhes são atribuídos¹⁰.

Um dos pontos mais controversos do artigo 63º/5 CRP é o esbatimento de

9. SÉRVULO CORREIA, *Elementos de um Regime Jurídico da Cooperação*, in *ESC*, ano V, Janeiro a Março, nº 17, pág. 137.

10. HUMBERTO ÁVILA, *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*, in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 4, Salvador, Outubro/Novembro/Dezembro 2005, pp. 22-23.

títulos de exemplo a respeito dos objectivos de solidariedade social com recurso à expressão “nomeadamente”. A utilização desta locução desperta alguns problemas relativos à determinação do raio de acção das IPSS. LICÍNIO LOPES, que tratou o tema com especial enfoque, entende que a locução tem por fim deixar ao legislador ordinário “a liberdade de concretização de outros fins para além daqueles que se encontram directamente e expressamente especificados na Constituição”¹¹. Parece-nos, com a devida vénia, não ser possível, tendo em conta a constante progressividade da realidade social, encarar o problema com uma perspectiva tão ampla. É facto que à lei cabe a concretização – com respeito pelos limites da Constituição social – do texto constitucional, mas tal não é possível quando a própria lei é também incauta na clarificação dos fins das IPSS: O artigo 1º/1 do regime jurídico das IPSS utiliza igualmente uma expressão quase arbitrária - “entre outros”.

Nesse sentido, LICÍNIO LOPES apela a uma urgente densificação de iniciativa legislativa, sob pena de se qualificarem por analogia outras pessoas colectivas públicas como IPSS para preencher a lacuna. Não tendo – por enquanto – o legislador alterado o Decreto-Lei 119/83 para esse efeito, parece-nos adequado crer que a intenção não é apenas alargar o âmbito da solidariedade social (sob pena de, tendo-o feito de forma desacompanhada), mas também destacar, in *casu*, aqueles que se encontram directamente vertidos no artigo 63º/5 CRP. Não se pretende majorar esses direitos em preterição de outros contidos no programa da Constituição social, correndo o risco de subverter as fundações do Estado social, mas sim relevar que, no plano da solidariedade social de iniciativa particular, são aqueles que, por razões logísticas, devem ser tutelados pelas IPSS, sempre (é claro) com o apoio do Estado. Assim, o sentido de “nomeadamente” no texto constitucional não é apenas aumentar a amplitude finalística das IPSS mas também definir quais as incumbências prioritárias destas, tendo em conta a sua capacidade de resposta mais íntima às necessidades básicas das populações, com base em critérios demográficos, económicos, sociais e sobretudo jurídicos. A este nível não há, de todo, problema em escalonar os objectivos das IPSS. Ademais, a própria lei fá-lo, no artigo 1º/2 do Decreto-Lei 119/83, quando refere que as IPSS podem prosseguir “de modo secundário outros fins não lucrativos que com aqueles sejam compatíveis”. Daí não se poder concordar com a posição de LICÍNIO LOPES quando este se refere à expressão como uma “indicação meramente exemplificativa”, que nos parece fazer tábua rasa da utilidade da expressão directa da referência aos artigos 67º/2-b), 69º, 70º/1-e), 71º e 72º CRP. Além do mais, interpretar a norma no sentido de se lhe apontar, em bloco, uma liberdade de concretização por via ordinária e meras indicações é inevitavelmente alvitrar um critério amplo de base programática, por três razões em particular:

a) A norma assumiria um simples semblante enunciativo, ou seja, de afirmar que

11. LICÍNIO LOPES, *Instituições*, cit., pp. 138-139. O autor afirma ainda que o legislador constitucional quis alargar o mais possível a realização da *causa solidarietatis*, partindo do pressuposto que esta não é apenas uma tarefa das IPSS mas também de outras pessoas colectivas de utilidade pública que merecem uma igualdade de tratamento.

as IPSS deveriam servir propósitos de desígnio solidário e pautar as suas acções às balizas da Constituição social, deixando ao critério da lei assacar às IPSS a responsabilidade de lidar com situações sociais que possam vir a surgir;

b) O legislador constitucional imiscui-se subtilmente de qualquer delineamento em particular, não definindo quais são os demais propósitos de solidariedade a que se refere, mas deixa-os lá. Resta saber se o fez *sic et simpliciter* para posterior torneamento legal (“nos termos da lei”), ainda que, conforme o já supradito, o próprio enunciado ordinário careça de densificação, ou se, conforme o supradito, pretendeu gerir prioridades através da criação de uma categoria especial de acção;

c) Por último, não se entende poder conferir à Constituição um papel tão minimalista como uma função de programação em sede de matérias de direitos primários num Estado Social de Direito. A Constituição, enquanto instrumento normativo máximo, alicerça a ordem jurídica e lança as bases para a ordenação da convivência em sociedade. Como tal, a ausência de densificação constitucional não implica tão-só uma concretização legal, mas também, *a fortiori*, uma interpretação da letra e do espírito em conformidade com os progressos e necessidades sociais. Assim se justifica que a junção deste critério amplo com uma política constitucional de prioridades, criada para a vertente particular da solidariedade social, actue em salvaguarda da acção social, objecto-privilégio das IPSS, sem colocar em causa a liberdade de associação, essa também, constitucionalmente consagrada no artigo 46º CRP.

É, com efeito, perfeitamente compreensível, ainda que não contrariando a defesa de um alargamento do âmbito operacional das IPSS, que essa extensão só explique em parte a cláusula aberta que o corolário constitucional do número 5 do artigo 63º CRP deixou.

2.2. *O suporte estatal das IPSS: Definição juridico-administrativa de “apoio” no artigo 63º/5 CRP*

A hipótese admitida *supra* para o estabelecimento constitucional de determinadas funções prioritárias às IPSS não deve ser afastada no quadro de uma cooperação dessas entidades com o Estado, cooperação essa que, reitera-se, não faz desses organismos entidades privadas em exercício de poderes públicos. No entanto, tal não obsta a que, no seio de uma cooperação entre a Administração e as IPSS, estas últimas possam prosseguir objectivos que tenham sido nuclearmente concebidos para o Estado, mas que elas, em virtude da sua condição de proximidade e transversalidade com outras entidades do mesmo género, podem prosseguir com maior eficiência. Melhor dito, é facto que as actividades exercidas pelas IPSS são-no por via da sua qualificação como pessoas colectivas de utilidade pública, mas tal não significa que o façam acessoriamente: Como já foi oportunamente explicado, as IPSS assumem, na decorrência das prioridades directamente expressas no artigo 63º/5 CRP, um papel de interveniente primário, o qual não pode ser derogado por uma lógica meramente exemplificativa.

Neste sentido, sustentar que a actuação das IPSS, nos domínios dos artigos 63º, 67º/2-b), 69º, 70º/1-e), 71º e 72º CRP é inconstitucional tendo em conta a ausência de uma delegação expressa da Administração não tem fundamento, dado que elas são constitucionalmente legitimadas a exercer essa actividade, ainda que sujeitas a fiscalização do Estado. O caso mais problemático será, sem dúvida, o do artigo 63º CRP. Neste contexto, entendemos que a Constituição impõe apenas ao Estado que propicie as condições necessárias à implantação de um sistema de acção social, cuja efectivação deverá ser realizada pelas IPSS e pelo Estado, em conjunto, no seguimento de uma valorização da solidariedade social face às circunstâncias da actual realidade socio-económica. Nesse sentido e mais recentemente, serve-nos de apoio legal o Despacho 12153/2013, que estabelece uma Rede Local de Intervenção Social (RLIS) na qual se reconhece um conhecimento mais aprofundado das necessidades locais em virtude da proximidade com as populações. Não obstante, reconhece-se a dificuldade de atribuir às IPSS a responsabilidade, em pé de igualdade com a Administração, de desenvolver um sistema de acção social, pelo que deverá ser ao Estado que primariamente cabe essa função, seguindo a *ratio* do artigo 63º/1 CRP, podendo este servir-se de instrumentos contratuais para prosseguir as incumbências sociais¹². Desses instrumentos, falaremos dos acordos de gestão e cooperação como vias de gestão da acção social.

Urge, no entanto e por ora, esclarecer o sentido de “apoio” no artigo 63º/5 CRP, através do qual o Estado contacta com as IPSS. Será que traduz uma verdadeira delegação? Ou será que se refere apenas a um apoio financeiro, no qual as IPSS apenas desenvolvem actividades em concorrência com a Administração? Ora, se o papel da Administração prestadora é um de, não perdendo o seu poder, ir deixando para outras entidades a prossecução de determinadas directrizes sociais por motivos óbvios de efectivação de princípios administrativos, será perfeitamente compreensível que esta actue em harmonia com entidades privadas igualmente prestadoras. Neste esquema, a Administração mantém a titularidade da função, mas delega-a a quem a poderá executar com maior grau de optimização¹³. Os limites a esta fórmula serão, como bem aponta, LICÍNIO LOPES, aqueles inerentes ao princípio do Estado Social¹⁴.

A ideia fundamental da Constituição é a de consagrar um sistema sem lacunas¹⁵, em que todos os particulares possam encontrar a protecção social em programas adequadamente estruturados às necessidades das populações, isto, claro, sempre em confluência com os esforços combinados entre a Administração e entidades

12. Em sentido contrário, na sua exaustiva obra, LICÍNIO LOPES (*Instituições*, cit., pp. 330-332) segue um critério funcional em que, esclarece, “as tarefas ou actividades desenvolvidas por estas entidades” (as IPSS) “são apenas actividades de utilidade pública desenvolvidas por particulares, não podendo, enquanto tais, ser reconduzidas ao exercício privado de funções públicas. Existirá, isso sim, o exercício privado ou cooperativo de actividades concorrenciais e que, pela sua relevância social, merecem um tratamento especial da Administração”.

13. MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES/VITAL MOREIRA, *A Mão Visível – Mercado e Regulação*, Lisboa, 2003, p. 137.

14. LICÍNIO LOPES, *Instituições*, cit., p. 325.

15. LICÍNIO LOPES, *Instituições*, cit., p. 338.

privadas (no caso, as IPSS). Tal sucede da componente humana própria das IPSS que falta à máquina desprovida de emoções que é a Administração¹⁶, vertendo, a partir desta realidade, o princípio de subsidiariedade do Estado, que constitui o ponto de partida para uma verdadeira democracia social.

3. As “tréguas” público-privadas: Breve olhar sobre os acordos de gestão e de cooperação entre a Administração e as IPSS

Cabe-nos, por fim, falar dos acordos de gestão e cooperação, celebrados entre as IPSS e a Administração, como meios de materialização da democracia social. Como meio de concretização do princípio da subsidiariedade, o Estado utiliza os instrumentos de contratualização ao seu dispor, harmonizando as tarefas sociais entre as esferas pública e privada. Importa reter que este é o expoente da homogeneidade entre o Estado e os particulares: A “aldeia gaulesa” privatista ganhou terreno por via do primado do interesse público e trouxe mudanças substanciais aos procedimentos administrativos em matéria social, flexibilizando os serviços numa actuação orientada para um verdadeiro *Welfare State*, dentro das possibilidades logísticas que os recursos do Estado podem providenciar. Aliás, não só a nossa Constituição reconhece uma verdadeira *open Administration* (268º/1 e 2 CRP) como também promove a legitimidade activa dos particulares na defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, por via de uma tutela jurisdicional efectiva (268º/4 CRP). Desta forma, o legislador constitucional lança o repto: Os cidadãos não devem apenas esperar o funcionamento da democracia social como também participar activamente nela, contribuindo para o “limar das arestas” do sistema de acção social¹⁷. Esse subsistema mostra particular relevância não só quando o Estado reconhece que as IPSS conseguem prosseguir interesses coincidentes com os da Administração mas também quando procura estabelecer relações com elas, recorrendo a um veículo jurídico de vinculação denominado *contracting out*. Nestes acordos a Administração confia a uma entidade que lhe é alheia, mas à qual reconhece capacidades suficientes para uma melhor execução, a realização de actividades ou prestação de serviços, em que a Administração se queda com a responsabilidade financeira e a entidade adjudicada com a gestão do serviço¹⁸. O apoio normativo destes acordos encontra-se na Lei 4/2007 de 16 de Janeiro, que estabelece as bases gerais do sistema de segurança social: As IPSS surgem nos artigos 31º/3 (desenvolvimento da acção social através da celebração de protocolos de cooperação com IPSS) e no artigo 32º (disposição própria para as IPSS), nos quais é nítida a confiança jurídica depositada nessas instituições, sem prejuízo, novamente, de poderes de fiscalização por parte do Estado tendo em conta as relações contratuais que com ele se estabelecem no sentido de prosseguir as suas atribuições por essas vias. Com efeito, no âmbito da segurança

16. CASALTA NABAIS, *Algumas Considerações Sobre a Solidariedade e a Cidadania*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, ano LXXV, 1999, pp. 153-154.

17. Neste sentido, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, *Direito Administrativo*, cit., pp. 102 e ss.

18. LICÍNIO LOPES, *Contrato Público e Organização Administrativa*, in *Estudos da Contratação Pública*, vol. I, Coimbra, 2008, pp. 676-677.

social, é destacado um subsector de acção social (inserido no sector público administrativo) no qual se integra o sistema de solidariedade e segurança social (artigo 2º/4 da Lei 52/2011, que estabelece o enquadramento orçamental) a ser desenvolvido na matéria que lhe cabe na Lei 4/2007. Temos, então, legitimação jurídica para a cooperação com as IPSS.

Os acordos de gestão e acordos de cooperação encontram-se regulados no Despacho normativo nº 75/92, em conformidade com o Estatuto das IPSS (Norma I daquele diploma). Sem prejuízo dos problemas da lei de bases da segurança social¹⁹, são esses os dois tipos que se subsumem às relações jurídicas entre Estado e IPSS. Por um lado, a Norma III diz respeito aos acordos de cooperação: O Estado confia às entidades o desenvolvimento de um role de actividades que representam necessidades sociais prementes. Por outro, a Norma IV é atinente aos acordos de gestão: Novamente, o Estado confia às entidades a gestão de instalações, serviços e estabelecimentos com o fim de exercer actividades orientadas para a sociedade. As Normas seguintes dizem respeito aos objectivos sociais a ser prosseguidos pelas IPSS.

No fundo, importa esclarecer que estes acordos são os intermediários de uma relação finalisticamente desenhada num paralelo entre não-lucratividade e iniciativa particular, estabelecida entre particulares e Estado, cujos desígnios não se esgotam nas suas incumbências. As IPSS surgem, conforme já referido, num contexto de democracia social, em que não só qualquer cidadão pode beneficiar como deve participar dos sistemas criados em confluência com um princípio universal de solidariedade, sustentáculo do Estado Social. Neste sentido, o apelo já lançado para uma intervenção legislativa especializada nesta matéria²⁰ de forma a que não se suscitem problemas jurídicos tão sintomaticamente como aqueles inerentes à disciplina normativa do subsector de segurança social é aqui reiterado, sob pena de se criarem regimes jurídicos *ad hoc*, ainda que lhe seja aplicável o regime substantivo dos contratos administrativos, nos termos dos artigos 278º e seguintes do Código da Contratação Pública (Parte III).

4. Considerações finais

Foram várias as medidas legislativas que ultimamente caminharam no sentido de atribuir às IPSS uma maior importância ao nível da sua actuação: Já levaram o Governo a criar fundos de sustentabilidade articulados entre as instituições e linhas de crédito para financiamento (fruto de protocolos entre o Governo e entidades bancárias). Com a criação da Rede Local de Intervenção Social, falou-se de um alargamento de responsabilidades das IPSS, “delegando-se” mais competências a estas pela Segurança Social, dada a clássica proximidade dessas instituições às localidades. A título de exemplo, em 2012, dados do Sistema Nacional de Intervenção Precoce (SNIPI) revelaram que acordos de cooperação

19. LICÍNIO LOPES, *Contrato Público*, cit., p. 684. O autor defende a inconstitucionalidade do diploma com base em critérios formais e materiais.

20. LICÍNIO LOPES, *Contratos*, cit., p. 719.

celebrados com IPSS resultaram no acompanhamento de 11.700 crianças e respectivas famílias, o dobro do que se registou em 2011²¹, o que resultou num reforço a acção de Equipas Locais de Intervenção nesse âmbito.

Quer sejam acordos de cooperação, quer sejam de gestão, qualquer um destes contratos administrativos²² preenche propósitos de dinamismo social, merecendo aplauso quanto aos resultados que têm sido revelados. Demonstrando que, em tempos de crise, as IPSS conseguem manter uma robustez única na capacidade de resposta e gestão de logísticas limitadas aos recursos disponíveis, parece-nos evidente que a abertura constitucional deve ser vista como uma oportunidade para desenvolver uma Administração mais flexível e não mais intransigente dadas as circunstâncias económicas que sobre ela incidem com maior rigor. Como tal, no seguimento da reforma do Estado em curso, as alterações profundas que se têm registado e que futuramente se irão verificar terão que ter em conta, como ponto de partida para um sistema de acção social mais estável em todos os pontos estruturais, as características indispensáveis das IPSS, que traduzem da melhor forma a ideia de que a iniciativa particular, quando dotada de adequados apoios, consegue otimizar a função prestadora do Estado e colocar em evidência as vantagens decorrentes de uma visão estratégica a ser analisada longo prazo a par da reorganização administrativa em curso, considerando em bloco os caminhos trilhados pela solidariedade social e na perspectiva de se atingir um patamar mais elevado na capacidade prestadora resultante da bissectriz entre a Administração Pública e Instituições Particulares de Solidariedade Social.

21. Dados disponíveis em <http://www.dgs.pt/ms/12/default.aspx?id=5525>.

22. Assim, também SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 420 e ss.; PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Reimpressão de Outubro de 2005, Coimbra, 2008, 454-455 e 889 e ss.; LICÍNIO LOPES, *Contrato Público*, cit., p. 690-691. Relativamente à classificação dos contratos de gestão e de cooperação como contratos administrativos de atribuição (como sustenta SÉRVULO CORREIA), LICÍNIO LOPES argumenta que o carácter atributivo desses contratos administrativos é duvidoso, merecendo mais e melhores esclarecimentos. Não parece haver razão para tal: Os contratos celebrados com as IPSS conferem a estas últimas determinadas vantagens, ainda que sejam direccionadas para terceiros, como o uso especial de bens públicos. O interesse prosseguido não é, no entanto o da Administração, o que se coaduna perfeitamente com a posição do autor: Se as IPSS não prosseguem interesses da Administração mas sim interesses coincidentes com ela que, por vezes, podem ser melhor concretizados por essas instituições, parece lógico que se qualifiquem esses contratos de contratos administrativos de atribuição, com duas delimitações, uma positiva e outra negativa: Por um lado, que se verifique o apoio do Estado (consagrado em lei constitucional e ordinária) e, por outro, que não haja violação do princípio do interesse público.