

FNS
FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II, nº 10 - 5.º
1800-079 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/8 - Fax 21855 14 49
Contribuinte N.º 503670090
E-Mail: fnsaude@netcabo.pt
www.fns.pt

Agendar p/ reunião
próxima ou próximas
30/10/13
WAAStos

Exma. Senhora
Presidente da Comissão Parlamentar da Saúde
Assembleia da República
14249-068 LISBOA

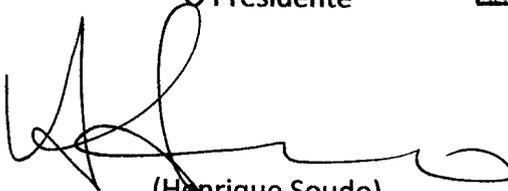
Lisboa, 22 de Outubro de 2013

ASSUNTO: DECRETO – LEI N.º 139/2013

Permitimo-nos insistir nos pedidos de audição anteriormente formulados (cópia em anexo).
Entretanto enviamos, para conhecimento, de V.Exa e da comissão a que preside, Parecer do
Prof. Eduardo Paz Ferreira e outros, sobre o decreto-lei nº 139/2013, de 9 de Outubro, que
estabelece o regime jurídico das convenções, que tenham por objeto a prestação de cuidados
de saúde aos utentes do SNS.

Com os melhores cumprimentos.

Pela Direção
O Presidente


(Henrique Soudo)

ASSEMBLEIA DA REPUBLICA Divisão de Apoio às Comissões CS N.º Único <u>477-216</u> Entrada/S.º <u>510</u> Data <u>22/10/2013</u>

FNS

FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II, nº 10 - 5.º
1800-079 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/8 - Fax 21855 14 49
Contribuinte Nº 503670090
E-Mail: fnsaude@neicabo.pt
www.fns.pt

Exma. Senhora
Presidente da Comissão Parlamentar da Saúde
Assembleia da República
LISBOA

Lisboa, 22 de Julho de 2013

Exma. Senhora

Vimos, pela presente, solicitar à Comissão a que V.Exa. preside, audiência, no sentido de podermos transmitir as principais preocupações que nos coloca o Projecto de diploma do Governo sobre convenções com o SNS, em discussão pública e que, no nosso entender, contém diversas disposições contrárias à Lei de Bases da Saúde.

Anexamos o projeto de Decreto – Lei do Governo, bem como a nossa apreciação crítica ao documento distribuído pelo Gabinete do Senhor Secretário de Estado da Saúde.

Com os melhores cumprimentos.

Pela Direção
O Presidente



(Henrique Soudo)

Elizabeth Guedes

De: FNS [fnsaude@netcabo.pt]
Enviado: segunda-feira, 14 de Outubro de 2013 11:55
Para: 'comissao.10a-csxi@ar.parlamento'; 'maasantos@ps.parlamento.pt'
Assunto: Pedido de Audição
Anexos: Carta FNS-Comissão Parlamentar de Saúde Julho 2013.pdf

Exma. Senhora

Presidente da Comissão Parlamentar de Saúde

Permitimo-nos reforçar o pedido de audição formulado em 22 de Julho de 2013 (cópia em anexo).

Consideramos que o diploma entretanto publicado (Decreto-Lei nº 139/2013) revela o desrespeito do Governo, por via de um decreto-lei de desenvolvimento, de princípios gerais ínsitos numa lei de bases, violando o princípio de subordinação.

É nosso entendimento (e esperamos poder melhor explicitá-lo junto da Comissão Parlamentar a que V.Exa. preside) que este novo regime legal das convenções põe em perigo a rede nacional de cuidados de saúde na sua atual configuração, bem como o acesso, a liberdade de escolha e a qualidade dos cuidados de saúde.

Com os melhores cumprimentos.

Pela Direção
O Presidente

Henrique Soudo

FNS- Federação Nacional dos Prestadores de Cuidados de Saúde
Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II - Lote 17 - 5º
1800-077 LISBOA
Telf: 21 855 1446/7/8
Fax: 218 551 49
fnsaude@netcabo.pt
www.fns.pt

EDUARDO PAZ FERREIRA

PROFESSOR CATEDRÁTICO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTOR EM DIREITO

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

PROFESSORA AUXILIAR
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORA EM DIREITO

MIGUEL SOUSA FERRO

ASSISTENTE CONVIDADO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORANDO EM DIREITO



Parecer Jurídico

relativo ao

**decreto-lei n.º 139/2013, de 9 de outubro, que
estabelece o regime jurídico das convenções que
tenham por objeto a prestação de cuidados de saúde
aos utentes do SNS (atualização)**

Lisboa, 14 de outubro de 2013

**Parecer Jurídico relativo ao decreto-lei n.º 139/2013, de 9 de outubro,
que estabelece o regime jurídico das convenções que tenham por
objeto a prestação de cuidados de saúde aos utentes do SNS
(atualização)**

Consulta

1. Configuração do setor convencionado como uma componente subsidiária do SNS
 - 1.1. As opções decorrentes da Constituição e da Lei de Bases da Saúde
 - 1.2. Incompatibilidade das normas do DL 139/2013
 - 1.3. Obrigação de otimização da totalidade da capacidade instalada do SNS
2. Transição dum modelo de contratos de adesão para um modelo bicéfalo de contratos de adesão e de concursos públicos
 - 2.1. Os dois modelos à luz dos imperativos constitucionais e legais
 - 2.2. O Direito da União Europeia e a contratação pública no domínio da saúde
3. Capacidade das entidades públicas e privadas para celebrar convenções
4. Regime de incompatibilidades
5. O regime transitório
6. Omissão do regime de direitos e garantias das entidades convencionadas
7. Convenções de âmbito regional
8. Conclusões

EDUARDO PAZ FERREIRA

PROFESSOR CATEDRÁTICO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTOR EM DIREITO

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

PROFESSORA AUXILIAR
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORA EM DIREITO

MIGUEL SOUSA FERRO

ASSISTENTE CONVIDADO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORANDO EM DIREITO



Consulta

Na sequência da publicação do decreto-lei n.º 139/2013, de 9 de outubro (adiante, “DL 139/2013”), que estabelece o regime jurídico das convenções que tenham por objeto a realização de prestações de saúde aos utentes do Serviço Nacional de Saúde no âmbito da rede nacional de prestação de cuidados de saúde, adotado em concretização da Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro (Lei de Bases da Saúde), vem a Federação Nacional dos Prestadores de Cuidados de Saúde (FNPCS) solicitar o nosso Parecer sobre a compatibilidade do DL 139/2013 com a Lei de Bases da Saúde, a Constituição e as obrigações relevantes decorrentes do Direito da União Europeia, em atualização de Parecer anteriormente elaborado sobre versão do projeto legislativo correspondente.

Concretamente, pretende a FNPCS esclarecer se cumprem os normativos *supra* referidos:

- 1) a configuração do setor convencionado como uma componente subsidiária do SNS, com as consequências que daí decorrem, nomeadamente quanto ao âmbito da obrigação de otimização da totalidade da capacidade instalada do sistema nacional de saúde;
- 2) a transição dum modelo de contratos de adesão para um modelo bicéfalo de contratos de adesão e de concursos públicos na contratação pública dos serviços de prestadores privados de cuidados de saúde;
- 3) a previsão da capacidade das entidades públicas para celebrar convenções;
- 4) o regime de incompatibilidades proposto;
- 5) o regime transitório constante do artigo 16.º;
- 6) a omissão do regime de direitos e garantias das entidades convencionadas;
e
- 7) a previsão da possibilidade de celebração de convenções de âmbito regional

Na eventualidade de se concluir pela inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de algumas das normas do DL 139/2013, pretende ainda a FNPCS que se identifiquem os possíveis meios de reação que estão ou estarão disponíveis a si e às empresas privadas prestadoras de cuidados de saúde, em abstrato e face a aplicações concretas deste regime.

1. Configuração do setor convencionado como uma componente subsidiária do SNS

1.1. As opções decorrentes da Constituição e da Lei de Bases da Saúde

O artigo 64.º da CRP consagra o dever de o Estado garantir o direito à proteção da saúde dos cidadãos (qualificado como direito económico, social e cultural), através, designadamente, de um serviço nacional de saúde universal e geral e, mais do que isso, de uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde (n.º 3, al. b)). O Estado tem, em especial, o dever de “disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde pública e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade”.

O direito à proteção da saúde surge constitucionalmente concebido como “direito económico, social e cultural”, com uma vertente negativa e uma vertente positiva, a primeira consistente no direito a exigir do Estado e terceiros que se abstenham de atos lesivos da sua saúde e a segunda — aqui mais relevante — traduzida no direito a exigir do Estado medidas e prestações de saúde. Pode dizer-se que estamos perante um direito social típico, configurado, enquanto tal, como um direito a ações ou prestações do Estado, de natureza jurídica (medidas legislativas), de carácter material (bens e serviços) e de índole financeira, necessárias à respectiva satisfação. Este direito à proteção da saúde, como direito social, está dependente de uma “interposição legislativa”, isto é, de uma atividade mediadora e subsequente do

legislador, com vista à criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao seu exercício efetivo (cf. Acórdão do Tribunal n.º 731/95, de 14 de dezembro)¹.

Uma das principais tarefas que resulta do direito à saúde, na sua vertente positiva, é a criação e manutenção do Serviço Nacional de Saúde. Resulta do texto constitucional um verdadeiro dever jurídico, a cargo do Estado, de criar e manter um serviço de saúde universal (dirigido à generalidade dos cidadãos), geral (abrangendo todos os serviços e cuidados médicos) e tendencialmente gratuito. O SNS é, com efeito, um serviço nacional, que engloba todos os serviços públicos de saúde, mas com estrutura descentralizada, quer do ponto de vista funcional quer territorial, e gestão participada, no sentido do envolvimento das organizações sociais interessadas².

Surgindo embora como serviço público obrigatório, não se sobrepõe à prestação privada de cuidados de saúde. Os cuidados de saúde a utentes do SNS podem ser concretamente prestados não somente pelas instituições públicas oficiais integrantes do SNS, mas igualmente por outras instituições ou entidades, designadamente privadas e com ou sem fins lucrativos. Como o Tribunal Constitucional já assinalou, “[com] efeito, o texto constitucional não perfilhou um modelo de monopólio do sector público de prestação de cuidados de saúde — tendencialmente coincidente com o Serviço Nacional de Saúde —, antes admite a existência de um sector privado de prestação de cuidados de saúde em relação de complementaridade e até de concorrência com o sector público.” (cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 731/95, de 14 de dezembro).

Como também escreve o Tribunal, “o conceito de ‘sistema de saúde’ é mais amplo do que o de Serviço Nacional de Saúde, já que engloba não apenas este, mas também todas as entidades públicas que desenvolvam actividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde bem como todas as entidades privadas e todos os profissionais livres que acordem com o primeiro a prestação de todas ou de

¹ Veja-se, no mesmo sentido, mais recentemente, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 9 de novembro de 2012, proc. n.º 00382/07.3BECBR.

² J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, vol. 1, 4.ª ed., Coimbra, 2007, anot. ao art. 64.º.

EDUARDO PAZ FERREIRA

PROFESSOR CATEDRÁTICO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTOR EM DIREITO

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

PROFESSORA AUXILIAR
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORA EM DIREITO

MIGUEL SOUSA FERRO

ASSISTENTE CONVIDADO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORANDO EM DIREITO

algumas daquelas actividades. Mas a concepção vertida naquelas normas do Serviço Nacional de Saúde como uma estrutura de serviços públicos, que tem um papel predominante na prestação de cuidados de saúde, mas que não esgota, nem absorve todas as instituições públicas e privadas e profissionais que desenvolvam actividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, e, desde logo, como uma realidade que não é incompatível com a existência de um sector privado de cuidados de saúde, não infringe o artigo 64.º, n.º 2, alínea a), da Lei Fundamental”.

Ora, não só não há — como referido — monopólio público na área da saúde, como do dever imposto pela Constituição de “articular” a medicina privada com o SNS não resulta qualquer indicativo de subordinação ou subsidiariedade face à prestação de cuidados de saúde pelo próprio SNS. Se é certo que não é claro o sentido desta imposição constitucional, deixando margem de concretização ao legislador infraconstitucional, também é verdade que competirá à Lei de Bases da Saúde (LBS) concretizar os termos dessa articulação.

A LBS concebe um sistema de saúde que coloca, par a par, SNS e entidades contratadas, sem qualquer prevalência do primeiro sobre o segundo: o modelo de articulação delineado por esta lei reforçada, tirando partido da liberdade de conformação deixada pelo texto constitucional, é um modelo de complementaridade paritária e não um modelo de subsidiariedade da prestação privada de cuidados de saúde face à prestação pública. Isso resulta de diversos preceitos da LBS: (i) da Base I, n.º 1, que torna claro que o papel do Estado e das demais entidades visa, *em conjunto*, a proteção da saúde; (ii) da Base I, n.º 4, que estabelece que os cuidados de saúde são prestados por serviços e estabelecimentos do Estado ou, sob fiscalização deste, por outros entes públicos ou *por entidades privadas, sem ou com fins lucrativos*; (iii) da Base II, n.º 1, al. f), que determina que é apoiado o desenvolvimento do setor privado de saúde, em concorrência com o setor público; (iv) da Base XXXVII, que concretiza este dever do Estado de apoiar o setor privado, indicando, nomeadamente, que o setor privado presta cuidados de saúde “em concorrência com o setor público”; (v) da Base IV, n.º 2, que estabelece que o direito à saúde é efectivado pelo Estado atuando *através de serviços próprios e da celebração de acordos com entidades privadas para*

a prestação de cuidados; (vi) da Base XIV, que proclama a liberdade de escolha dos utentes em termos que englobam a sua liberdade de opção entre os prestadores públicos e privados do sistema nacional de saúde; (vii) da Base XII, n.º 3, que prevê a possibilidade de contratação pelo Estado de serviços de prestadores privados, não em função de qualquer relação de subsidiariedade aos recursos públicos, mas *sempre que tal se afigure vantajoso*, introduzindo assim um critério de solução mais eficiente; e, sobretudo, (viii) da Base XIII, cujo n.º 1 coloca, par a par, o SNS e as entidades convencionadas, dispondo que “o sistema de saúde é constituído pelo Serviço Nacional de Saúde e por todas as entidades públicas que desenvolvam atividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, bem como por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres que acordem com a primeira a prestação de todas ou de algumas daquelas actividades”.

O sistema de saúde, longe de estar construído como modelo de *contracting out*, em que seriam externalizadas as prestações que o SNS não tivesse condições de garantir, apresenta, nestes termos, dois pilares, paralelamente situados e sem qualquer subsidiariedade. Nem é este último, como a seguir melhor veremos, o sentido da obrigação de otimização da totalidade da capacidade instalada do SNS. Em suma, o SNS é, em conjunto com as entidades privadas, parte do serviço nacional de saúde, e estes dois setores — SNS e setor convencionado — contribuem articuladamente para promover a saúde dos cidadãos. A opção tomada pela LBS liga-se também, por outro lado, a um princípio essencial no setor da saúde: o princípio da estabilidade, condição da qualidade da prestação dos serviços, que depende da continuidade do investimento.

1.2. Incompatibilidade das normas do DL 139/2013

O DL 139/2013 prevê um regime de “complementaridade” do sistema convencionado que é radicalmente diverso do descrito: a celebração de convenções, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, al. b), destina-se “a colmatar as necessidades do SNS quando este, de forma permanente ou esporádica, não tem capacidade para as suprir”. Encontramos aqui, em rigor, um sistema de subsidiariedade, que contraria o regime

definido pela Lei de Bases e que é suscetível de pôr em causa, inclusivamente, a estabilidade exigida pelo setor.

As leis de bases caracterizam-se, como é sabido, por definirem apenas princípios ou diretrizes genéricas relativas a certo regime jurídico, tendo posteriormente de ser desenvolvidas e densificadas por outro elemento legislativo, de tal modo que as grandes opções devam caber ao legislador parlamentar e o desenvolvimento das mesmas ao legislador executivo.

Existe uma “primariedade material e hierárquica”³ das leis de bases sobre os decretos-lei de desenvolvimento ou, se se preferir, uma “supraordenação funcional” e uma verdadeira “relação de subordinação dos decretos leis de desenvolvimento (...), em relação às leis de bases”⁴. Esta subordinação dos decretos-lei de desenvolvimento às leis de bases decorre da própria Constituição (artigo 112.º), que qualifica aquelas como leis de valor reforçado.

Por outro lado, as bases legais são “normas portadoras de um *indirizzo* político”⁵, no sentido em que consistem num grupo de normas orientadoras impositivas de uma disciplina a densificar. É claro que, no caso, esse *indirizzo* não é observado, gerando, desde logo, ilegalidade, por força da direta violação de ato normativo hierarquicamente superior por um ato normativo de nível hierárquico inferior. Sendo a lei de bases um pressuposto do ato de desenvolvimento, este não pode regular matérias que não estejam já pressupostas pelo primeiro ou regulá-las, como aqui sucede, em sentido diverso.

Todavia, a ilegalidade é consumida pela inconstitucionalidade orgânica que se encontra simultaneamente presente. O Governo, ao emitir um decreto-lei de desenvolvimento de uma lei de bases, inserida na competência reservada (absoluta ou relativa) da Assembleia da República, de forma que contraria as diretrizes emitidas por esta, excede a sua competência e entra no domínio legislativo do Parlamento. São,

³ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.ª Edição, Coimbra, p. 734.

⁴ BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra, 2008, p. 297.

⁵ BLANCO DE MORAIS, *Curso cit.*, p. 298.

assim, preteridas as garantias constitucionais e democráticas que o processo legislativo parlamentar oferece, bem como a legitimidade democrática acrescida que uma lei da Assembleia da República veicula.

Em síntese, o diploma em estudo, enquanto decreto-lei de desenvolvimento, subordina-se às opções da lei de base, estando interdita a criação *ex novo* de um regime de subsidiariedade que não resulta da lei de bases. Para além da evidente ilegalidade decorrente do desrespeito da LBS enquanto regime jurídico parametrizador, esta violação consubstancia, paralelamente, uma inconstitucionalidade orgânica, em termos duplos: constitui mandamento constitucional a subordinação do ato legislativo ordinário à lei de valor reforçado, pelo que a violação da lei de bases constitui, desde logo, preterição da imposição constitucional de respeito (art. 112.º/3); por outro lado, o decreto-lei de desenvolvimento, ao tratar de matéria que se integra no âmbito material reservado à lei de bases, viola a reserva relativa da Assembleia da República nesta matéria (art. 165.º/1, f)), sendo, também por este motivo, organicamente inconstitucional.

Constate-se ainda o profundo contraste entre os princípios aplicáveis à contratação com privados, no âmbito do DL 139/2013, e os princípios aplicáveis à contratação com instituições particulares de solidariedade social (IPSS), no âmbito do decreto-lei n.º 138/2013, de 9 de outubro. A publicação simultânea destes dois regimes paralelos, afirmando-se, no primeiro, uma relação de “complementaridade” ou subsidiariedade (nos termos *supra* referidos) e, no segundo, apenas a necessidade de “boa articulação entre instituições de saúde públicas e do setor social, na área da saúde” (artigo 4.º, n.º 1, e), do decreto-lei n.º 138/2013), reforça o caráter discriminatório do enquadramento resultante do DL 139/2013.

1.3. Obrigação de otimização da totalidade da capacidade instalada do SNS

Nos termos do regime atualmente vigente, especificamente, do art. 6.º/2 do decreto-lei 97/98, de 18 de abril: “o recurso aos serviços prestados através de

EDUARDO PAZ FERREIRA

PROFESSOR CATEDRÁTICO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTOR EM DIREITO

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

PROFESSORA AUXILIAR
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORA EM DIREITO

MIGUEL SOUSA FERRO

ASSISTENTE CONVIDADO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORANDO EM DIREITO

convenção não pode pôr em causa o racional aproveitamento da capacidade instalada no setor público”. O DL 139/2013 não afirma, expressamente, o mesmo princípio. Depreende-se, porém, da sua leitura de conjunto, que o regime proposto pretende manter o mesmo princípio.

É isso que decorre, desde logo, da consagração da subsidiariedade dos serviços privados face aos serviços públicos integrados no sistema nacional de saúde, nos termos já acima discutidos. A isto acresce que, nos termos do art. 2.º/2, b), a “contratação de convenções deve prosseguir”, entre outros, o objetivo de “obtenção de ganhos de eficiência na distribuição e afetação dos recursos do SNS”, uma clara manifestação do princípio da otimização dos recursos do setor público, sem qualquer contraparte no que respeita aos recursos do setor privado.

Em nosso entender, porém, esta opção viola os preceitos e princípios constitucionais aplicáveis, bem como a LBS, nos termos que passamos a descrever.

Desde logo, o art. 64.º/3, b), da CRP atribui ao Estado a incumbência de “garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde”, sem qualquer especificação nem diferenciação entre recursos públicos e privados.

Esta indiferenciação entre setor público e privado manifesta-se, igualmente, na legislação ordinária. Assim, a título de exemplo, o decreto-lei n.º 95/95, de 9 de maio, “visou estabelecer uma «articulação entre o Estado e a iniciativa privada» de molde a que a «gestão dos recursos disponíveis se efetue no sentido da obtenção do maior proveito para a comunidade», com o que se visou cumprir os comandos constitucionais insertos quer no próprio n.º 1 do art. 61.º quer ainda no art. 64.º⁶. Como decorre desta tomada de posição das instâncias judiciais, é o próprio preâmbulo deste diploma que evidencia a subordinação dos recursos privados ao propósito de otimização, em prol do interesse geral.

⁶ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 9 de novembro de 2012, proc. n.º 00382/07.3BECBR, §XXVI.

EDUARDO PAZ FERREIRA
PROFESSOR CATEDRÁTICO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTOR EM DIREITO

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA
PROFESSORA AUXILIAR
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORA EM DIREITO

MIGUEL SOUSA FERRO
ASSISTENTE CONVIDADO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORANDO EM DIREITO

Na implementação do art. 64.º/3, b), da CRP, pode o Estado optar por garantir a cobertura de todo o país pelos meios necessários à prestação dos diferentes tipos de cuidados de saúde através do setor público, do setor privado, ou duma conjugação de ambos.

Não pode, por contra, depois de ter optado pela última opção, recorrendo (também) ao setor privado para garantir a disponibilidade nacional dos meios necessários à prestação de cuidados de saúde, desresponsabilizar-se por inteiro pelas opções tomadas quanto à distribuição dos meios pelo território, limitando, em absoluto, o imperativo da sua otimização ao setor público.

A isto acresce que atenta contra os princípios da confiança e da estabilidade de investimento a desresponsabilização do Estado pelo racional aproveitamento da capacidade instalada no setor privado, sobretudo no quadro de um mercado regulado, sujeito a múltiplos licenciamentos e autorizações, em que se subordina, nomeadamente, a aquisição de equipamento médico pesado (por estabelecimentos de saúde públicos e privados) a uma autorização Ministerial emitida, *inter alia*, com base em “critérios de programação e de distribuição territorial fixados em resolução do Conselho de Ministros” (art. 2.º do decreto-lei n.º 95/95, de 9 de maio).

Ora, como decorre deste decreto-lei e já foi afirmado pela jurisprudência dos tribunais administrativos, “a instalação do equipamento médico pesado por estabelecimento de saúde (seja ele público ou privado) está sujeita a autorização do Ministro da Saúde a conceder de acordo com critérios de programação e de distribuição territorial fixados naquela Resolução sem que se faça qualquer distinção ou diferenciação quanto ao cumprimento daqueles critérios em função do estabelecimento de saúde ser público ou privado. Daí que a definição dos critérios de programação e distribuição territorial fixados valem para os pedidos que venham a ser

feitos e independentemente dos mesmos provirem de ente do setor público da saúde ou do privado”⁷.

De facto, os *ratios* indicativos estabelecidos na Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/95, que implementou o regime do decreto-lei n.º 95/95, foram estabelecidos, também eles, sem qualquer distinção entre o setor público e privado. A título de exemplo, o facto de já existir, junto duma entidade privada, um equipamento de angiografia digital apto a servir uma área com 250.000 habitantes constitui, em princípio, motivo para a recusa da autorização ministerial à instalação de equipamento idêntico, na mesma área, num hospital público. De acordo com esta Resolução, só assim não será quando “existam condicionalismos de acessibilidade, de carácter geográfico ou outro, com reflexos na coerência do planeamento dos serviços”.

Por outras palavras, a lógica inerente ao sistema de saúde nacional implica que a programação da distribuição dos meios e, necessariamente, a sua otimização, seja feita numa ponderação conjunta dos recursos públicos e privados já existentes.

Nestes termos, a orientação subjacente ao DL 139/2013 encontra-se, em nosso entender, viciada de inconstitucionalidade material.

Mas verifica-se, ainda, inconstitucionalidade orgânica por violação da LBS. Nos termos da Base II, n.º 1, e), a “gestão dos recursos disponíveis” (no sistema nacional de saúde, sem qualquer diferenciação entre recursos públicos e privados) “deve ser conduzida de forma a obter deles o maior proveito socialmente útil e a evitar o desperdício e a utilização indevida dos serviços”. Trata-se de uma cláusula de “vinculação programática no sentido da otimização”, no sentido em que a expressão foi utilizada pelo Tribunal Constitucional⁸.

Em acréscimo, decorre da Base XXXVII, n.º 2, que a atividade do setor privado se desenvolve “em concorrência com o setor público”. A redução do âmbito de responsabilização do Estado pela utilização racional dos recursos ao setor público

⁷ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 9 de novembro de 2012, proc. n.º 00382/07.3BECBR, §§XXIX-XXX.

⁸ Cf. Acórdão do TC n.º 484/2010, de 9 de dezembro de 2010 (proc. n.º 535/10).

introduz uma significativa distorção concorrencial na prestação de serviços pelos dois setores.

Por último, a publicação simultânea do decreto-lei n.º 138/2013, de 9 de outubro, introduziu uma discriminação e um desequilíbrio concorrencial entre o setor privado, coberto pelo DL 139/2013, e o setor das IPSS, coberto por aquele outro diploma. Com efeito, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, e), do decreto-lei n.º 138/2013, a “celebração de acordos com as IPSS deve respeitar”, entre outros, o seguinte princípio: “rentabilização dos meios existentes...”, expressão que remete para a otimização dos recursos, numa perspetiva que engloba os meios existentes tanto no setor público como no setor social.

2. Transição dum modelo de contratos de adesão para um modelo bicéfalo de contratos de adesão e de concursos públicos

2.1. Os dois modelos à luz dos imperativos constitucionais e legais

O DL 139/2013 prevê, no art. 4.º, n.º 1, que a celebração destas passará a ser realizada por um de dois mecanismos: (i) procedimento de concurso público; ou (ii) procedimento de adesão a um clausulado tipo previamente publicado. Ao contrário de versões preliminares do projeto deste decreto-lei, a versão que veio a ser adotada pelo legislador não consagra qualquer uma destes procedimentos como preferencial ou excecional. Antes se fixam, no n.º 2 do artigo 4.º, os seguintes critérios para a opção entre as duas modalidades: esta opção deve ser feita “pelo membro do Governo responsável pela área da saúde, sob proposta da ARS ou da ACSS, I.P., consoante o procedimento seja de âmbito regional ou nacional, mediante parecer prévio não vinculativo da Entidade Reguladora da Saúde (ERS), atendendo às características do mercado a que se dirige a convenção, nomeadamente quanto aos níveis de concorrência, à área de prestação e à natureza dos serviços”.

A opção entre a contratação por concurso público ou por adesão é, assim, deixada a um juízo casuístico do Ministro da Saúde. Terá o legislador pretendido, com esta inovação, assegurar, para o Estado, a melhor proposta possível, com respeito pelos princípios da legalidade, transparência, igualdade, concorrência, imparcialidade e estabilidade, permitindo a flexibilidade do modo de contratação necessária à adaptação às diferentes realidades e características da oferta e da procura dos diferentes tipos de cuidados de saúde.

O concurso público constitui manifestação particularmente intensa do princípio da procedimentalização da atividade administrativa, com vista à obtenção das melhores condições contratuais, tendo em conta o objetivo de realização do interesse público. O contrato administrativo surge, como é sabido, como *acordo de vontades que visa a produção de efeitos sobre uma relação jurídica administrativa*, apresentando-se, nessa medida, como *ato de gestão pública*, uma vez que prossegue o interesse público em termos que acarretam a sua prevalência sobre os interesses particulares eventualmente conflituantes com aquele⁹.

Assume, pois, particular relevância a busca da melhor proposta e, bem assim, a legitimação pública da escolha.

Até aqui estes fins têm sido assegurados, todavia, não pelo concurso público mas pelo modelo do contrato de adesão, previsto no decreto-lei n.º 97/98, de 18 de abril, cuja implementação regulamentar não chegou a ser completada, por não ter chegado a institucionalizar-se como modelo aberto em todos os serviços de saúde.

Naturalmente que está ao alcance do Estado alterar, com respeito pelos direitos e legítimas expectativas dos prestadores de serviços, o modelo de contratação. Compete-lhe, todavia, assegurar que o modelo escolhido é adequado ao setor e ao tipo de serviços a contratar. No caso contrário, são os próprios princípios que, em teoria, tem em vista assegurar que são atingidos. Assim, se é verdade que, em princípio, o concurso público realiza importantes objetivos constitucionais, nem sempre se adequa

⁹ MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral*, tomo III, Lisboa, 2008, pp. 13 e 14.

EDUARDO PAZ FERREIRA

PROFESSOR CATEDRÁTICO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTOR EM DIREITO

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

PROFESSORA AUXILIAR
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORA EM DIREITO

MIGUEL SOUSA FERRO

ASSISTENTE CONVIDADO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORANDO EM DIREITO

às características do setor ou do objeto contratual. No caso das convenções com o SNS para a prestação de cuidados de saúde por parte de operadores privados, a adequação do modelo do concurso público tem sido questionada, nomeadamente pela entidade reguladora do setor, por motivos diversos.

Por um lado, o contrato a celebrar rege-se por padrões e critérios específicos, que só muito limitadamente devem estar dependentes da vontade do sujeito privado, restringindo-se, por isso, a margem de livre estipulação: nessa medida, um modelo como o de concurso público parece pouco adaptado à realidade contratual em jogo. É ao Estado que competirá definir os termos concretos da prestação do serviço.

Por outro lado, este procedimento contratual é, por natureza, orientado por regras de mercado, tendendo o preço — mais do que a qualidade — a surgir como principal critério na escolha dos operadores. Se é certo que, teoricamente, o modelo concursal poderia garantir melhor qualidade e melhor preço, a concorrência pela via do preço (sendo certo que todos os concorrentes perfazem, à partida, os requisitos necessários à boa prestação do serviço) pode ter efeito pernicioso de incentivo à redução da qualidade e de investimento constante.

Acresce que o Estado sempre pode fixar — e fá-lo, efetivamente, em determinados setores — um preço próximo dos custos marginais no contrato de adesão, não dependendo, para isso, da concorrência entre propostas em concurso.

Abre-se, para mais, a hipótese de o concurso público criar um incentivo à concentração no setor, já que esta permite ganhos de eficiência em termos de custos, além de que o número de prestadores é, em princípio, inferior se o modelo for o do concurso público, por confronto com um modelo aberto de adesão.

Naturalmente, por último, que também não são indiferentes os custos de transação: o modelo do concurso público tem custos muito mais elevados e é mais moroso, permitindo haver impugnação e mesmo procedimentos cautelares.

Ora, o Estado, ao abrigo das suas incumbências constitucionais no setor da saúde, está vinculado a procurar a solução que (i) estimule a concorrência no setor e

EDUARDO PAZ FERREIRA

PROFESSOR CATEDRÁTICO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTOR EM DIREITO

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

PROFESSORA AUXILIAR
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORA EM DIREITO

MIGUEL SOUSA FERRO

ASSISTENTE CONVIDADO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORANDO EM DIREITO

garanta a igualdade entre prestadores; (ii) garanta padrões de qualidade adequados; (iii) garanta a continuidade e estabilidade na prestação do serviço (iv) minimize os custos para o Estado. Na eventualidade de se confirmar que, à luz destas incumbências, o concurso público não é a forma mais adequada de contratação no setor concretamente considerado, a opção por este procedimento contratual, num caso concreto, consubstanciará violação dos princípios subjacentes ao sistema de saúde e, nessa medida, da própria LBS. Joga-se aqui a garantia do próprio funcionamento do sistema de saúde, assente, nos termos expostos, em dois pilares: o SNS e o setor convencionado. A prática e indireta lesão deste segundo pilar constituem simultânea violação da Constituição, que reservou à Assembleia da República (com possibilidade de autorização ao Governo) a competência para a configuração do sistema, através de lei de valor reforçado: a instituição de modelo que, na prática, determine a insusceptibilidade de um funcionamento correto, adequado e estável do setor convencionado representa, nessa medida, também violação da Constituição.

2.2. O Direito da União Europeia e a contratação pública no domínio da saúde

Importa salientar que o ordenamento jurídico europeu não impõe qualquer opção entre um modelo de contratos de adesão e um modelo de concursos públicos, nos termos em causa, no que respeita à contratação da prestação de cuidados de saúde por privados no sistema de saúde.

Os Estados membros não transferiram para a União Europeia a competência para regular o setor da saúde. No que respeita à “proteção e melhoria da saúde humana”, as competências das instituições europeias limitam-se a uma missão de “apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados membros” (cf. artigo 6.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

Nos termos do artigo 168.º, n.º 1, do TFUE, todas as políticas e ações da UE devem ser definidas e executadas de modo a assegurar “um elevado nível de proteção



da saúde”, reforçando-se a ideia de que a atuação da UE deve ser “complementar das políticas nacionais”.

É este objetivo e esta missão meramente complementar que faz com que, apesar de se conferir à União alguns poderes legislativos no domínio da saúde (a par de poderes de adoção de medidas de incentivo e de recomendações), estes se encontrem limitados a domínios muito específicos, que não relevam para os efeitos do presente Parecer (cf. n.º 4 do artigo 168.º do TFUE).

Acima de tudo, e para que não possam restar dúvidas, dispõe-se no n.º 7 do artigo 168.º do TFUE que a “ação da União respeita as responsabilidades dos Estados membros no que se refere à definição das respetivas políticas de saúde, bem como à organização e prestação de serviços de saúde e de cuidados médicos. As responsabilidades dos Estados-Membros incluem a gestão dos serviços de saúde e de cuidados médicos, bem como a repartição dos recursos que lhes são afetados”. Trata-se, nitidamente, de afastar a interferência da União Europeia na livre opção soberana dos Estados membros sobre o modo como optam por garantir a prestação de cuidados de saúde à sua população.

É verdade que, de modo geral, o Tribunal de Justiça já qualificou os serviços de saúde como “serviços”, no sentido do Tratado, estando estes, por isso, sujeitos, consoante o preenchimento dos respetivos requisitos nos casos concretos, a conjuntos de disposições tais como a liberdade de prestação de serviços (artigo 56.º do TFUE), o regime de auxílios de Estado (artigo 107.º *et ss.* do TFUE e regulamentos de implementação) ou as normas de contratação pública (Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, revista em último lugar pelo Regulamento (UE) n.º 1251/2011 da Comissão, de 20 de novembro de 2011).

No entanto, decorre do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e da jurisprudência do Tribunal de Justiça (sendo também referido no considerando 6

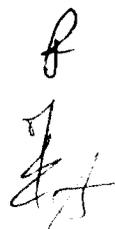
da Diretiva 2004/18/CE) que as obrigações dos Estados ao abrigo das liberdades fundamentais do mercado interno, incluindo a sua concretização na Diretiva da contratação pública, têm como travão legítimo as medidas necessárias à proteção da saúde pública.

Daqui resulta que, respeitadas as exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade, mesmo estas restrições aos direitos soberanos dos Estados membros de organizarem livremente o seu sistema de saúde podem ser afastadas se se revelar que o seu respeito é incompatível com a adequada garantia da saúde pública.

A isto acresce que a própria Diretiva da contratação pública não sujeita a contratação de serviços de saúde pelo Estado, nos termos ora em causa, ao regime integral. Com efeito, os “serviços de saúde e de carácter social” incluem-se na lista do Anexo II B da Diretiva 2004/18/CE. Assim sendo, por força do artigo 21.º da mesma Diretiva, estão sujeitos a um conjunto de obrigações muito mais diminuto do que aqueles que se aplicam à prestação de outros tipos de serviços (constantes da lista do Anexo II A). Isto porque, no que respeita à contratação de serviços de prestação de cuidados de saúde, entendeu-se que não se justificava a imposição homogénea do modelo de contratação pública imposto como regra.

Concretamente, resulta da norma *supra* citada que a contratação pública de serviços de prestação de cuidados de saúde está sujeita, apenas, ao disposto no artigo 23.º e no n.º 4 do artigo 35.º desta Diretiva, ou seja, estão sujeitos unicamente a duas exigências: (i) produção e disponibilização de documentação associada com especificações técnicas não discriminatórias; e (ii) publicação posterior dos resultados da contratação. Como concluem num estudo aprofundado HATZOPOULOS e STERGIOS, isto significa que “it is therefore in principle lawful to grant Part B-service contracts without organizing any form of procurement procedure”¹⁰. Ou seja, que a Diretiva não exige a realização de procedimentos concursais, no sentido em que os define, para a contratação de serviços de saúde pelas autoridades.

¹⁰ V. HATZOPOULOS e H. STERGIOS, *Public procurement law and health care: from theory to practice*, College of Europe Research Papers in Law 2/2010, p. 6.



3. Capacidade das entidades públicas e privadas para celebrar convenções

Nos termos do art. 3.º, n.º 1, do DL 139/2013, podem ser parte em convenções quaisquer pessoas singulares ou coletivas, com ou sem fins lucrativos. Apesar da ausência de qualquer restrição nesta norma, é claro, à luz da LBS e da conceção global do sistema, que apenas as entidades privadas estão em condições de ser sujeitos nos contratos em causa e não também as entidades públicas. A isto acresce que este regime tem de ser lido em conjunto com a *lex specialis* prevista no decreto-lei n.º 138/2013, publicada no mesmo dia, que introduz princípios e modalidades específicas de contratação pública de serviços de saúde com IPSS, embora deixando a porta aberta à aplicação subsidiária de outros regimes (cf. artigo 2.º, n.ºs 5 e 6).

4. Regime de incompatibilidades

Nos termos do artigo 5.º, n.º 2, do DL 139/2013, “os profissionais vinculados ao SNS não podem celebrar convenções, deter funções de gerência ou a titularidade de capital superior a 10% de entidades convencionadas, por si mesmos, pelos seus cônjuges e pelos seus ascendentes ou descendentes do 1.º grau”. Trata-se da reprodução da norma que já constava do artigo 9.º, n.º 2, do decreto-lei n.º 97/98.

Na medida em que esta restrição se aplica aos cônjuges, ascendentes ou descendentes de 1.º grau, verifica-se, quanto a nós, uma inconstitucionalidade material, por imposição de uma restrição aos princípios da liberdade de iniciativa económica e de escolha de profissão que se revela desnecessária e, em qualquer caso, desproporcionada.

Com efeito, não sendo inteiramente evidentes as incompatibilidades ou conflitos de interesses concretos que se pretendem evitar com esta norma, a verdade é que dela resulta que nenhum cônjuge ou ascendente/descendente em 1.º grau de um profissional vinculado ao SNS pode ser gerente ou deter mais de 10% do capital de uma entidade convencionada.

EDUARDO PAZ FERREIRA

PROFESSOR CATEDRÁTICO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTOR EM DIREITO

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

PROFESSORA AUXILIAR
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORA EM DIREITO

MIGUEL SOUSA FERRO

ASSISTENTE CONVIDADO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORANDO EM DIREITO

A norma tem, portanto, por efeito a restrição da liberdade de iniciativa económica dos familiares indicados dos profissionais vinculados ao SNS, que ficam, por esta via, fortemente dissuadidos de desenvolver atividade empresarial no domínio da saúde, através de uma pessoa coletiva, sabendo à partida estar vedado o seu acesso a convenções com o SNS e, por isso, a uma fonte de rendimentos neste mercado que se revela, de modo geral, de relevância económica crucial.

Mas restringe-se também o direito de escolha de profissão dos profissionais que estejam ou que pretendam estar vinculados ao SNS. No contexto familiar, a decisão de permanência em semelhantes funções, ou de ingresso nelas, passará a ter de ser ponderada à luz dum juízo de custo/benefício considerando a totalidade dos rendimentos familiares. Em termos simplificados, a título de exemplo, ninguém pretenderá destruir a viabilidade económica da empresa de prestação de serviços de saúde do seu cônjuge por passar a estar vinculado ao SNS e assim proibir essa empresa de celebrar convenções. Só o fará se esse ingresso se revelar mais lucrativo, no conjunto, para o casal. Em todo o caso, a própria necessidade desta ponderação constitui um fator dissuasivo e restritivo da liberdade de escolha de profissão.

Ainda que se suscitasse preocupações legítimas relativas a eventuais conflitos de interesses na relação com tais entidades convencionadas, decorreria do princípio da proporcionalidade a necessidade de se optar pela opção menos restritiva das liberdades *supra* referidas, o que, consoante os casos, se poderia traduzir, *inter alia*, na escusa do profissional vinculado ao SNS na tomada de qualquer decisão ou na participação em qualquer manifestação da atividade económica da entidade convencionada em causa.

Note-se que, ao mesmo tempo que incluiu esta norma no regime, o mesmo legislador entendeu não haver qualquer incompatibilidade a evitar na celebração por estas mesmas pessoas de convenções a título de pessoa singular, o que só por si indicia a desnecessidade da restrição no que toca a pessoas coletivas e, portanto, a presença duma violação do princípio da proporcionalidade.

5. O regime transitório

O artigo 16.º do DL 139/2013 inclui disposições que visam assegurar a necessária transição entre o regime anteriormente vigente, ao abrigo do decreto-lei n.º 97/98, e o novo regime, garantindo-se o respeito pelas exigências constitucionais associadas à proteção da confiança e ao respeito pelo princípio da boa-fé e pelas expectativas legítimas dos prestadores privados de cuidados de saúde que celebraram contratos com autoridades públicas ao abrigo do regime anterior.

Com efeito, estabelece-se, em primeiro lugar, que, sem prejuízo das precisões incluídas nos números seguintes, “os contratos de adesão relativos a convenções vigentes cessam no termo do prazo em curso, não podendo ser renovados” (artigo 16.º, n.º 1).

Verificou-se uma pronta e louvável reação do legislador a reparos suscitados por versões iniciais do projeto do Decreto-Lei em causa, nas quais a norma equivalente previa a cessação da vigência das convenções vigente no prazo de um ano a contar da data de entrada em vigor do novo regime, independentemente do seu período de validade e sem direito a indemnização. A revisão desta opção durante o processo legislativo realça a vontade de se excluírem dúvidas sobre a conformidade constitucional do regime transitório em causa.

Garante-se, assim, a continuidade do respeito pelas obrigações do Estado assumidas no âmbito da contratualização de serviços de saúde com operadores privados, até ao termo do prazo de validade dos contratos em vigor, ao mesmo tempo que se determina a não renovação desses contratos. Esta proibição de renovação equivale, na prática (e sem prejuízo da necessidade de cumprimento das notificações exigidas, para o efeito, nos termos contratuais), ao exercício pelo Estado do direito de oposição à renovação dos contratos ainda em vigor (ou, na expressão do legislador, direito de denúncia), de modo a que as eventuais relações contratuais futuras com os operadores em causa sejam negociadas e estabelecidas ao abrigo do novo regime.



Em consequência desta norma, um contrato celebrado, por hipótese, em outubro de 2012, válido pelo período de cinco anos, permanecerá em vigor até outubro de 2017, não podendo ser renovado. Só neste último momento, portanto, terá o prestador privado de cuidados de saúde que negociar, caso o deseje, a (re)contratação da prestação de serviços de saúde com o Estado, submetendo-se aos termos do regime do DL 139/2013.

A isto acresce que, nos termos do n.º 2 do artigo 16.º, “os contratos que à data de entrada em vigor do presente decreto-lei se encontrem dentro do prazo de denúncia previsto no clausulado tipo aplicável, cessam no termo do período de vigência da renovação a que o mesmo respeita”.

Ainda que a formulação da norma possa não ser, tecnicamente, a mais rigorosa, a sua interpretação não deixa espaço para dúvidas. Ao referir-se à “denúncia”, em associação ao “termo do período de vigência” da convenção, o legislador pretendia, efetivamente, referir-se à “oposição à renovação”.

Na “oposição à renovação”, uma das partes comunica à outra a sua intenção de não renovar um contrato celebrado entre si, de modo a impedir a sua renovação automática, prevendo-se um prazo de duração variável, antes do termo da vigência do contrato, até ao qual este direito tem de ser exercido (veja-se, a título de exemplo, a regulação dos contratos de arrendamento urbano, maxime no artigo 1098.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil). Diferentemente, a “denúncia” é um acto pelo qual uma das partes comunica à outra a sua intenção de pôr termo à vigência do contrato celebrado entre si, podendo o exercício deste direito estar sujeito a limitações temporais, impostas a partir de um determinado momento e/ou até um determinado momento (cf., e.g., artigos 1098.º, n.ºs 3 a 5, e 1110.º do Código Civil). A distinção entre as duas figuras reside, portanto, no facto de a denúncia não estar estruturalmente associada à verificação duma renovação automática.

Esta hesitação terminológica terá, possivelmente, sido herdada da terminologia usada, mais recentemente, nas normas do setor. Em clausulados tipo mais antigos, a

expressão “denúncia” era usada no sentido técnico próprio¹¹. No entanto, posteriormente os clausulados tipos deste setor passaram a utilizar esta expressão, efetivamente, no sentido de “oposição à renovação”¹².

Ora, não é absolutamente indiferente o uso de uma expressão ou de outra. Um contrato pode ser, legitimamente, denunciado (vindo essa denúncia a produzir efeitos apenas após o período exigido para pré-aviso da denúncia), mas num momento em que já se ultrapassou o prazo para a oposição à renovação, com a consequência de que o contrato se renovará automaticamente, e a denúncia só produzirá efeitos durante a vigência do contrato renovado.

Ao estipular que “cessam no termo do período de vigência da renovação a que o mesmo respeita” os contratos que, à data de entrada em vigor do DL 139/2013, “se encontrem dentro do prazo de denúncia”, o legislador pretendia, na continuação da lógica prosseguida pelo n.º 1 do artigo 16.º (e sendo esta a única leitura que evita a contradição entre as duas disposições), limitar, por via de regra, a vigência dos contratos celebrados antes da entrada em vigor deste novo regime, opondo-se à sua renovação automática.

A própria letra do n.º 2 esclarece que não se trata, de modo algum, de exercer um direito de denúncia que faça cessar os contratos em data anterior ao “termo do

¹¹ Cf., e.g., cláusula 28ª da Proposta de Contrato para a prestação de cuidados de saúde na área da patologia clínica, de 30 de setembro de 1986; e cláusula 24ª da Proposta de Contrato para a prestação de cuidados de saúde no âmbito da anatomia patológica, de 30 de setembro de 1986.

¹² Cf., e.g., cláusula 17ª do clausulado tipo para a prestação de cuidados de saúde na área da diálise, aprovado pelo Despacho do Secretário de Estado da Saúde n.º 7001/2002, de 7 de Março, posteriormente revisto pelo Despacho do Secretário de Estado da Saúde n.º 4325/2008, de 18 de Janeiro, e pelo Despacho do Secretário de Estado da Saúde n.º 4652/2010, de 9 de Março (“1 - A convenção é válida por um período inicial de cinco anos. 2 - Findo o prazo a que alude o número anterior, a convenção considera-se automaticamente renovada por igual período ou por diferentes períodos, mediante acordo das partes contratantes, salvo se com a antecedência mínima de seis meses em relação ao termo de cada período vigência, qualquer das partes a denunciar. 3 - Em caso de denúncia ou rescisão, nenhuma das partes terá o direito de exigir indemnização por encargos assumidos e despesas realizadas no âmbito da convenção”); e cláusula 25ª do clausulado tipo para a prestação de cuidados de saúde na área da medicina física de reabilitação (“1 - O presente contrato é válido por um período de cinco anos, considerando-se automaticamente prorrogado por iguais períodos se, com antecedência mínima de seis meses em relação ao termo de cada um dos períodos de vigência, qualquer das partes o não denunciar. 2 - A denúncia do contrato deverá ser feita por comunicação em carta registada com aviso de receção à outra parte”).



período de vigência” desse contrato (ou da última renovação desse contrato). A expressão “prazo de denúncia” tem, forçosamente, de ser entendida como uma referência ao período dentro do qual é legítima a oposição à renovação do contrato.

Continuando na sua cuidadosa salvaguarda da conformidade constitucional do diploma, o legislador garante, numa leitura *a contrario* desta norma, que o n.º 1 do mesmo artigo não pode levar a que se impeça a renovação automática dum contrato cuja renovação automática já estava assegurada no momento da entrada em vigor do DL 139/2013, por já ter passado o prazo de oposição à sua renovação pelo Estado. Em tais situações, o Estado poderia, em princípio, exercer o seu direito de denúncia, nos termos contratual e legalmente permitidos, mas essa denúncia já não impediria a renovação do contrato em causa.

Esta é uma situação, portanto, em que, por força do princípio *pacta sunt servanda* e do princípio da boa-fé do Estado, na vertente da tutela da confiança, concretização do princípio do Estado de Direito (arts. 2.º e 266.º da CRP e 6.º-A do CPA), e com raízes no próprio direito à propriedade privada (art. 62.º da CRP), se poderá verificar a renovação automática dum contrato celebrado antes da entrada em vigor do DL 139/2013, em derrogação da regra geral do n.º 1 do artigo 16.º.

De acordo com o regime transitório constante do artigo 16.º, existem ainda três situações em que se poderá verificar uma alteração do período de vigência dos contratos atualmente em vigor: (i) no sentido da redução do período de vigência, por iniciativa dos privados; (ii) no sentido do alargamento do período de vigência, por efeito automático da lei; e (iii) no mesmo sentido, por iniciativa do Estado.

Primeiro, os prestadores privados de cuidados de saúde cujas convenções permaneçam válidas durante um período subsequente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 139/2013, têm, nos termos do n.º 5 do artigo 16.º, o direito de apresentarem candidaturas ou propostas visando a celebração de convenções ao abrigo do novo regime, em reação a processos abertos pelas autoridades públicas.

Naturalmente, como expressamente se afirma no n.º 6 do artigo 16.º, caso um prestador privado de cuidados de saúde opte por exercer este direito e venha, efetivamente, a celebrar uma convenção ao abrigo do novo regime, ainda durante a vigência da convenção anteriormente celebrada, tendo ambas convenções as mesmas partes e o mesmo objeto, a nova convenção substitui a anterior, que deixará de vigorar.

Importa salientar, porém, que esta caducidade da convenção anterior poderá ser, apenas, uma caducidade parcial. Tal será o caso, designadamente, quando haja uma mera sobreposição parcial do objeto, ou quando a sobreposição geográfica não seja integral (o que se poderá verificar quando uma convenção de âmbito nacional seja sucedida, parcialmente, por uma convenção de âmbito regional, celebrada com uma ARS, ainda que não se tratem, rigorosamente, de convenções celebradas “com a mesma entidade”).

Segundo, um contrato que chegue ao seu termo “antes de 1 ano a contar da data de entrada em vigor do presente decreto-lei, (...) é prorrogado até ao final desse prazo, não podendo ser renovado” (artigo 16.º, n.º 3). Esta norma tem por propósito garantir a continuidade das convenções atualmente vigentes por um período considerado, de modo geral, suficientemente amplo para permitir a celebração de contratos ao abrigo do novo regime, evitando-se períodos intermédios em que pudesse ser posto em causa o acesso efetivo e integral a cuidados de saúde no âmbito do SNS. Tem ainda a virtude de harmonizar o termo da vigência de grande parte dos contratos anteriores, permitindo uma data de início tendencialmente uniformizada para os novos contratos, com os benefícios de simplificação administrativa que daí decorrem.

Perante o silêncio do DL 139/2013 sobre a data da entrada em vigor deste diploma, aplica-se o período de *vacatio legis* supletivamente previsto no artigo 2.º, n.ºs 2 e 4, da Lei n.º 74/98, de 11 de novembro, revista em último lugar pela Lei n.º 42/2007, de 24 de agosto (5 dias após a data da publicação). Ou seja, o DL 139/2013 entrou em vigor no dia 14 de outubro de 2013.

Assim sendo, por força do n.º 3 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 139/2013, as convenções que cheguem ao seu termo antes de 14 de outubro de 2013 (e sem

prejuízo do cenário de renovação automática discutido na análise do n.º 2 do artigo 16.º), continuarão, automaticamente, por força da lei, a vigorar até 14 de outubro de 2014, não podendo ser renovados após essa data, na extensão da lógica já insita no n.º 1 do mesmo artigo.

Conjugando os n.ºs 2 e 3 do artigo 16.º do DL 139/2013, observamos que, se, à data de entrada em vigor deste diploma, o Estado ainda estiver a tempo de se opor à renovação dum determinado contrato, deverá fazê-lo, mas garantindo, ao mesmo tempo, a prorrogação da sua vigência até 14 de outubro de 2014. E isto pela mesma *ratio* já acima referida, subjacente ao n.º 3, associada à proteção de interesses públicos.

Terceiro, “a vigência dos contratos de adesão relativos a convenções referidas nos números anteriores cuja caducidade inviabilize a prestação de cuidados de saúde aos utentes do SNS, pode ser mantida por período superior ao referido nos números anteriores, mediante despacho de membro do Governo responsável pela área da saúde sob proposta da ARS ou da ACSS, I.P.” (artigo 16.º, n.º 4).

Este cenário só deverá suceder, porém, “excepcionalmente, em casos devidamente fundamentados”. Poderá justificar o recurso excecional a esta possibilidade o facto de uma convenção específica chegar ao termo da sua vigência antes que tenha sido possível às autoridades concluir os passos necessários à celebração de novas convenções ou contratos, sendo necessário garantir a continuidade do acesso dos beneficiários do SNS a cuidados de saúde, no período e na área em causa que, de outro modo, não estaria contratualmente coberto com qualquer outra entidade ou nos quais se verificaria um défice de oferta de serviços.

Nestas situações, o despacho ministerial deverá determinar o período de prorrogação da vigência dos contratos em causa, período esse que deverá ser o estritamente necessário à garantia da remoção dos obstáculos ou da superação da situação que serviu de fundamentação à decisão de prorrogação excecional.

O recurso a este mecanismo pelo Estado é feito, naturalmente, sem prejuízo do exercício do direito de denúncia pelo prestador privado de cuidados de saúde, nos

termos contratuais e legais, ou do seu direito de concorrer à celebração de contratos ao abrigo do novo regime, nos termos *supra* referidos.

Em suma, resulta do regime transitório do artigo 16.º do DL 139/2013 que, no que respeita às convenções celebradas antes da entrada em vigor daquele diploma:

- a) Se o seu termo é anterior a 14 de outubro de 2014 (ou se, a 14 de outubro de 2013, o Estado ainda está a tempo de se opor à sua renovação automática, impedindo que vigore para além daquela data), são automaticamente prorrogadas até 14 de outubro de 2014, não podendo ser renovadas;
- b) Se o seu termo é posterior a 14 de outubro de 2014, vigoram até ao respetivo termo, não podendo ser renovadas; no entanto, se a 14 de outubro de 2013 já decorrerá o prazo de oposição à renovação, a convenção renova-se automaticamente (uma única vez) já após a entrada em vigor do DL 139/2013;
- c) Em qualquer um dos casos que precedem:
 - (i) o Estado pode, excecional e transitoriamente, prorrogar a vigência de contratos para garantir a continuidade da prestação de cuidados de saúde aos utentes do SNS; e
 - (ii) os privados podem optar por aderir ou concorrer à celebração de novos contratos, de objeto e âmbito idênticos, que se substituirão aos existentes.

6. Omissão do regime de direitos e garantias das entidades convencionadas

Nos termos da Base XLI, n.º 2, da LBS, a “lei estabelece as condições de celebração de convenções e, em particular, as garantias das entidades convencionadas”.

Decorre, assim, da Lei de Bases a exigência de que a legislação que venha a estabelecer o regime aplicável às convenções preveja, *inter alia*, o regime das garantias das entidades convencionadas.

Sucedem, porém, que o projeto de decreto-lei nada prevê a esse respeito, para além de uma remissão do estabelecimento dos “direitos e obrigações dos contratantes” para o texto das próprias convenções (ver art. 6.º/1, b)).

Ora, uma remissão do regime de garantias para a sede contratual concreta, variável casuisticamente, não cumpre a exigência da previsão legislativa de um regime de garantias das entidades convencionadas. Estamos, assim, perante uma inconstitucionalidade orgânica do projeto de decreto-lei, por omissão.

No exercício do seu poder legislativo reservado, a Assembleia da República entendeu crucial que, no contexto duma relação de tal desproporcionalidade de poderes, as entidades convencionadas pudessem contar com um regime legal de direitos e garantias, e não apenas de obrigações, preocupação esta que não se encontra refletida no projeto de decreto-lei em causa.

No contexto de relações em que uma das partes contratantes tem, dentro dos limites legais e constitucionais, o direito de recorrer aos seus poderes de autoridade para fixar preços, requisitos de qualidade e outras condições de prestação dos serviços, é da maior importância, nomeadamente para assegurar a própria estabilidade a longo prazo do sistema, que seja a própria autoridade a impor-se balizas comportamentais e a estabelecer garantias – tais como prazos máximos de pagamento – que permitam aos operadores privados um maior nível de segurança no planeamento da sua atividade económica e na gestão do risco associado.

7. Convenções de âmbito regional

O artigo 3.º do DL 139/2013 prevê a possibilidade da celebração de convenções de âmbito regional pelas respetivas Administrações Regionais de Saúde. Importa esclarecer que a opção por um âmbito regional das convenções não pode pôr em causa o princípio da cobertura nacional do sistema nacional de saúde e, especificamente, o direito de todos os cidadãos nacionais de escolherem livremente o



seu prestador de cuidados de saúde, o que inclui, naturalmente, a liberdade de opção entre prestadores sedeados na área de diferentes Administrações Regionais de Saúde.

Recorde-se que, nos termos da Base V, n.º 5, da LBS, “é reconhecida a liberdade de escolha no acesso à rede nacional de prestação de cuidados de saúde, com as limitações decorrentes dos recursos existentes e da organização dos serviços”. Este direito dos cidadãos foi, pois, configurado pela Lei de Bases como um direito de escolha, não apenas no que respeita à identidade do prestador de serviços, mas também na dimensão geográfica – garante-se o acesso à rede “nacional”, e não o acesso, por hipótese, à rede da área de residência.

E é forçoso que assim seja. Interpretação diversa levaria a que um cidadão nacional, temporariamente deslocado no interior do território por qualquer motivo, se visse recusado o acesso a cuidados de saúde a que tem direito, no âmbito das convenções do SNS, por ser residente de outra área, ou por dispor de um título emitido na área de outra ARS.

É certo que a liberdade de escolha no acesso à rede nacional de prestação de cuidados de saúde pode ser limitada por necessidades associadas aos “recursos existentes” ou à “organização dos serviços”, mas esta limitação excecional tem de se justificar e se conformar com o princípio da proporcionalidade. No contexto da União Europeia, em que está assegurada a circulação dos cidadãos europeus e o seu direito de receber cuidados de saúde gratuitos em qualquer Estado membro, através de mecanismos de coordenação e articulação entre as autoridades nacionais, estranho seria que um cidadão alemão tivesse acesso à rede nacional de cuidados de saúde portuguesa, em qualquer ponto do país, mas que um cidadão português visse o seu direito de acesso limitado geograficamente à área da sua residência, ou à área da ARS onde obteve o título que lhe permite dirigir-se a uma entidade convencionada para obter um determinado serviço de saúde.

8. Conclusões

- 1.^a A LBS, aproveitando a margem de liberdade de conformação do sistema de saúde conferida pelo art. 64.º da CRP, concebe um sistema de saúde em que o SNS e o setor convencionado surgem como pilares paritários e devidamente articulados: o sistema de subsidiariedade definido pelo art. 2.º, n.º 1, al. b), do DL 139/2013 contraria a LBS, determinando a respetiva ilegalidade e inconstitucionalidade orgânica, por violação da imposição constitucional de respeito pelas leis de valor reforçado (art. 112.º/3) e por preterição da reserva relativa da assembleia da República (art. 165.º, n.º 1, f)).
- 2.^a A redução do âmbito da obrigação de assegurar o racional aproveitamento da capacidade instalada ao setor público e às IPSS, excluindo-se o setor privado, viola material e organicamente a Constituição, por desrespeitar o artigo 64.º/3, b), da CRP, bem como os princípios da confiança e da estabilidade de investimento e a Base II, n.º 1, e), da LBS.
- 3.^a A transição de um modelo de celebração das convenções entre os entes privados e o SNS assente em contratos de adesão para um modelo bicéfalo de concursos públicos e de contratos de adesão está sujeita à confirmação da adequação do esquema procedimental de concursos públicos às características do setor, em análises casuísticas, sob pena de preterição dos princípios subjacentes à LBS e consequente ilegalidade e inconstitucionalidade do decreto-lei de desenvolvimento ou dos seus atos de implementação.
- 4.^a Não decorre do ordenamento jurídico europeu qualquer imposição quanto à opção entre um modelo de contratos de adesão e um modelo de concursos públicos, tendo o legislador europeu entendido justificar-se a exclusão dos serviços da saúde das obrigações típicas decorrentes da Diretiva da contratação pública e sendo que o próprio Tratado preserva largamente a soberania dos Estados membros neste domínio.
- 5.^a Em conformidade com a LBS, apenas as pessoas coletivas privadas, com ou sem fins lucrativos (sem prejuízo do regime especial aplicável às IPSS),



podem ser parte nas convenções com o SNS, e não também as pessoas coletivas públicas.

- 6.^a Na medida em que o regime de incompatibilidades incluído no DL 139/2013 abrange o exercício de gerência ou a detenção de capital superior a 10% em entidades convencionadas pelos cônjuges, ascendentes ou descendentes de 1.º grau dos profissionais vinculados ao SNS, verifica-se uma inconstitucionalidade material, por imposição de uma restrição desnecessária e desproporcional aos princípios da liberdade de iniciativa económica e de escolha de profissão.
- 7.^a O legislador reagiu, pronta e eficazmente, a fragilidades evidenciadas por projetos iniciais deste novo regime, passando a prever um regime transitório que garante a sua plena conformidade com as exigências da Constituição e da LBS, em respeito pelos princípios *pacta sunt servanda* e da boa-fé do Estado, na vertente da tutela da confiança, concretização do princípio do Estado de Direito (arts. 2.º e 266.º da CRP e 6.º-A do CPA), e com raízes no próprio direito à propriedade privada (art. 62.º da CRP). Assim, e sem prejuízo dos três cenários excecionais, previstos no artigo 16.º, de alteração (por iniciativa dos privados ou do Estado) do período de vigência de contratos anteriores a 14 de outubro de 2013, bem como do caso dos contratos que se encontrem ainda dentro do período de oposição à renovação, em cujo caso o Estado poderá optar por exercer esse direito, os contratos celebrados antes daquela data permanecerão em vigor até ao seu respetivo termo, não podendo ser renovados.
- 8.^a Ao omitir por inteiro o regime de direitos e garantias das entidades convencionadas, remetendo essa matéria para regulação casuística em cada convenção, o DL 139/2013 incorre em inconstitucionalidade orgânica, por violação da obrigação decorrente da Base XLI, n.º 2, da LBS.
- 9.^a A introdução da possibilidade de convenções de âmbito regional não pode pôr em causa a cobertura da totalidade do território nacional pelo sistema nacional de saúde nem a liberdade dos utentes do SNS de optarem por

EDUARDO PAZ FERREIRA

PROFESSOR CATEDRÁTICO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTOR EM DIREITO

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

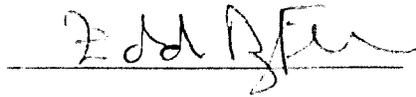
PROFESSORA AUXILIAR
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORA EM DIREITO

MIGUEL SOUSA FERRO

ASSISTENTE CONVIDADO
DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA
DOUTORANDO EM DIREITO

prestadores de cuidados de saúde convencionados sedeados na área de outras
Administrações Regionais de Saúde.

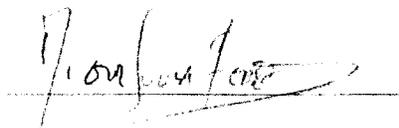
Tal é, pois, e salvo melhor o parecer de



Eduardo Paz Ferreira
Doutor em Direito
Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa



Ana Perestrelo de Oliveira
Doutora em Direito
Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa



Miguel Sousa Ferro
Doutorando em Direito
Assistente Convidado da Faculdade de Direito de Lisboa