

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@netcabo.pt
www.fns.pt

Marcar logo p/ as
primeiras reuniões
de Setembro.
24/7/2013
Maas

| | |
|-------------------------------|-----------------------------------|
| ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA | |
| Divisão de Apoio às Comissões | |
| CS | |
| N.º Único | <u>471559</u> |
| Entrada/ Saída n.º | <u>408</u> Data <u>23/07/2013</u> |

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)



Ministério d.....



Decreto n.º

No desenvolvimento do regime jurídico previsto na base XLI da Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, que aprova a Lei de Bases da Saúde, o Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de abril, veio regulamentar o regime de celebração das convenções.

Por via desse diploma, estabeleceu-se um modelo especial de contratação pelo Estado com os operadores privados para a prestação de cuidados de saúde, assente no contrato de adesão, ao qual as pessoas privadas, singulares ou coletivas, apenas têm de aderir e preencher os requisitos constante no clausulado tipo, aprovado pelo Ministro da Saúde.

Atento o lapso de tempo entretanto decorrido, revela-se necessário definir um novo modelo de convenções mais consonante com a atual realidade de prestação de cuidados de saúde que permita, com respeito pelos princípios da complementaridade, da liberdade de escolha, da transparência, da igualdade e da concorrência, assegurar a realização de prestações de serviços de saúde aos utentes do Serviço Nacional de Saúde (SNS) no âmbito da rede nacional de prestação de cuidados de saúde.

Nesse sentido, concebeu-se um modelo mais flexível do ponto de vista dos procedimentos, possibilitando-se que as convenções tenham um âmbito regional ou nacional, e que sejam celebradas mediante contrato de adesão ou após procedimento de contratação específico, sendo ainda permitida a celebração, a título excecional, de convenções que abranjam um conjunto integrado e ou alargado de serviços.

Por outro lado, a escolha do tipo de procedimento deve ter em conta não apenas a área de prestação, mas também a natureza e as características do mercado a que se dirige a convenção, sendo que em mercados com baixo grau de concentração e ou concorrência significativa deve ser privilegiado o procedimento de contratação específico, ao invés do contrato de adesão, que será mais adequado para mercados com graus de concorrência reduzidos.



Ministério d.....



Decreto n.º

No que respeita aos preços, o novo modelo de convenções assenta numa metodologia de fixação e atualização de preços de referência, que deve adaptar-se às exigências e especificidades impostas pelos diferentes serviços de saúde abrangidos e garantir o indispensável equilíbrio entre incentivos à eficiência e garantia de qualidade dos cuidados de saúde prestados aos cidadãos.

Assim:

No desenvolvimento do regime jurídico estabelecido pela Base XLI da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, e nos termos das alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:

Artigo 1.º

Objeto

O presente decreto-lei estabelece o regime jurídico das convenções que tenham por objeto a realização de prestações de cuidados de saúde aos utentes do Serviço Nacional de Saúde (SNS) no âmbito da rede nacional de prestação de cuidados de saúde.

Artigo 2.º

Princípios e objetivos

1 - A contratação de convenções deve obedecer aos seguintes princípios:

- a) Equidade do acesso dos utentes aos cuidados de saúde;
- b) Complementaridade, destinando-se a sua celebração a colmatar as necessidades do SNS quando, de forma permanente ou esporádica, este não tem capacidade para as suprir;
- c) Liberdade de escolha dos prestadores pelos utentes, quer do SNS, quer de entidades convencionadas, nos limites dos recursos existentes e de acordo com as regras de organização estabelecidas.

2 - A contratação de convenções deve prosseguir os seguintes objetivos:

- a) Prontidão, continuidade e qualidade na prestação dos cuidados de saúde;



Ministério d.....



Decreto n.º

- b) Obtenção de ganhos de eficiência na distribuição e afetação dos recursos do SNS, através da adoção de formas de gestão flexíveis e de mecanismos concorrenciais;
- c) Promoção da qualidade dos serviços prestados através da exigência de licenciamento, quando aplicável, e, complementarmente, através da indexação de padrões de qualidade ao financiamento.

Artigo 3.º

Entidades contratantes

- 1 - Podem ser partes em convenções quaisquer pessoas singulares ou coletivas com ou sem fins lucrativos.
- 2 - As convenções de âmbito nacional são contratadas pela Administração Central do Sistema de Saúde, I.P., (ACSS) e vinculam todas as Administrações Regionais de Saúde (ARS).
- 3 - As ARS podem celebrar convenções de âmbito regional ou constituírem um agrupamento de entidades contratantes para celebrar convenções que abranjam mais de uma região.
- 4 - A contratação de convenções de âmbito nacional afasta a de âmbito regional.
- 5 - A celebração pelos prestadores de convenções impede outras formas de contratação de prestações de saúde com o mesmo objeto e no mesmo âmbito com os mesmos sujeitos.

Artigo 4.º

Procedimento para a contratação de convenções

1 — A celebração das convenções deve ser precedida de uma das seguintes modalidades de procedimento:

- a) Procedimento de contratação para uma convenção específica;



Ministério d.....



Decreto n.º

b) Procedimento de natureza excecional, mediante adesão a um clausulado tipo previamente publicado.

2 —A opção entre as modalidades de procedimento previstas no número anterior, é determinada 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) sobre as condições de mercado adequadas ao procedimento proposto.

3 —O parecer da ERS deve ser emitido no prazo de 15 dias e o procedimento apenas pode ser iniciado após este prazo.

4 —O procedimento a que se refere a alínea a) do n.º 1 corresponde à aplicação, com adaptações, dos procedimentos previstos no Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, para a celebração de acordos quadro, sendo o programa de procedimento e o caderno encargos destes acordos aprovados pelo membro do Governo responsável pela área da saúde.

5 —O procedimento a que se refere a alínea a) do n.º 1, deve ser realizado pela Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, E.P.E., e pode incluir uma fase de negociação para o estabelecimento de um preço único para todas as entidades selecionadas.

6 —Após a realização do procedimento a que se refere o número anterior, a escolha da entidade convencionada é feita pelo utente, não havendo lugar à aplicação do procedimento específico dos artigos 258.º e 259.º do Código dos Contratos Públicos.

Artigo 5.º

Requisitos para a celebração de convenções

1 —São requisitos de idoneidade para a celebração de convenções:

- a) A orientação e responsabilidade técnica de profissionais de saúde devidamente habilitados para a realização das prestações de saúde;
- b) A titularidade de licenciamento, sempre que exigido nos termos da lei;
- c) Registo na ERS;



Ministério d.....



Decreto n.º

d) Não estar abrangido pelos impedimentos previstos no artigo 55.º do Código dos Contratos Públicos.

2 — 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.

3 — Os trabalhadores com funções de direção e chefia no âmbito dos estabelecimentos e serviços do SNS não podem exercer funções de direção técnica em entidades convencionadas.

Artigo 6.º

Conteúdo das convenções

1 — As convenções devem estabelecer nomeadamente:

- a)* A área de cuidados de saúde a contratar;
- b)* A responsabilidade dos contratantes;
- c)* Os códigos de nomenclatura e respetivos valores;
- d)* Os requisitos relativos à idoneidade técnica dos colaboradores;
- e)* A necessidade de licença de funcionamento, se exigível, ou de requerimento para a sua emissão;
- f)* Os critérios de fornecimento do serviço, incluindo a possibilidade de realização de prestações acessórias;
- g)* As regras de fiscalização, controlo e acompanhamento do contrato;
- h)* As normas relativas às incompatibilidades;
- i)* Os níveis de serviço;
- j)* O volume de serviços;
- k)* O volume financeiro máximo dos serviços a adquirir, quando aplicável.

2 — No caso das convenções celebradas com recurso ao procedimento referido na alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º, o programa de procedimento e caderno de encargos devem



Ministério d.....



Decreto n.º

definir o conteúdo da convenção, de acordo com o n.º 1, bem como os aspetos que podem ser submetidos à concorrência.

3 — Cabe à ACSS, I.P. definir os clausulados tipo em articulação com as ARS, no caso do procedimento previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º.

Artigo 7.º

Preços

1 — Os preços máximos a pagar no âmbito das convenções são os constantes na tabela de preços do SNS.

2 — Mediante despacho do membro do Governo responsável pela área da saúde podem ser estabelecidos preços inferiores aos previstos no n.º 1 ou estabelecida uma tabela de preços específica, sem prejuízo do disposto no n.º 5 do artigo 4.º.

Artigo 8.º

Convenções integradas

Em situações devidamente fundamentadas com base no interesse público e/ou no desenvolvimento do conceito de gestão integrada da doença, podem ser celebradas convenções que abrangam um conjunto integrado e/ou alargado de serviços mediante despacho do membro do Governo responsável pela área da saúde.

Artigo 9.º

Encargos das convenções

1 — O encargo com a realização das prestações de saúde realizadas ao abrigo das convenções efetiva-se mediante a prescrição e a escolha do utente do SNS.

2 — O pagamento dos encargos com as convenções, independentemente do âmbito regional ou nacional é da responsabilidade das ARS, sem prejuízo do disposto no número seguinte.



Ministério d.....

Decreto n.º

3 —As Unidades Locais de Saúde com a natureza de entidades públicas empresariais, ficam responsáveis pelo pagamento às entidades convencionadas relativamente aos utentes da sua área de influência, nomeadamente para efeitos de adesão ao sistema de pagamento a convencionados e utilização do centro de conferência de faturas.

Artigo 10.º

Extensão das convenções

1 —As convenções celebradas pela ACSS, I.P. ou pelas ARS podem ser aplicadas entidades não pertencentes ao SNS, que sejam responsáveis, legal ou contratualmente, pelos encargos com prestações de saúde, mediante declaração de extensão.

2 —A extensão das convenções é feita mediante declaração dirigida à ACSS;I.P. ou à ARS, não podendo a mesma ser feita parcialmente ou com reservas.

3 —Após a aceitação da extensão, a entidade convencionada é notificada pela ARS ou pela ACSS, I.P. consoante a parte que celebrou a convenção.

4 —As entidades convencionadas ficam obrigadas a assegurar as prestações de saúde aos utentes cuja responsabilidade seja das entidades a quem aquelas convenções foram estendidas.

5 —As entidades do SNS que venham solicitar a extensão às convenções nos termos do presente diploma podem igualmente aderir ao sistema de pagamento a convencionados e utilizar o centro de conferência de faturas.

Artigo 11.º

Prazo das convenções

1 —Na falta de disposição em contrário, as convenções são válidas por períodos de 3 anos, podendo ser automaticamente renovadas, salvo se, com a antecedência mínima de 90 dias em relação ao termo de cada período de vigência, qualquer das partes a denunciar.

2 —O preço pode ser revisto anualmente, com observância do disposto no artigo 7.º..



Ministério d.....



Decreto n.º

Artigo 12.º

Deveres das entidades convencionadas

Constituem deveres das entidades convencionadas:

- a) Prestar às entidades fiscalizadoras as informações e esclarecimentos necessários ao desempenho das suas funções;
- b) Prestar cuidados de saúde de qualidade e com segurança aos utentes do SNS, em tempo útil, nas melhores condições de atendimento, não estabelecendo qualquer tipo de discriminação;
- c) Facultar informações estatísticas, relativamente à utilização dos serviços, para efeitos de auditoria e fiscalização e controlo de qualidade, no respeito pelas regras deontológicas e de segredo profissional;
- d) Respeitar os protocolos, requisitos e especificações técnicas para recolha, tratamento e transmissão de informação definidas contratualmente.

Artigo 13.º

Acompanhamento e controlo

1 —As ARS devem, em articulação com os serviços de saúde, avaliar, de forma sistemática, a qualidade e acessibilidade dos cuidados prestados pelas entidades convencionadas e zelar pelo integral cumprimento das convenções.

2 —Para efeitos do n.º 1, as ARS efetuam as auditorias necessárias, sem prejuízo das competências legalmente atribuídas a outras entidades.

3 —As ARS devem apresentar à ACSS, I.P. um relatório anual sobre os resultados do acompanhamento e controlo das convenções, em termos a definir.

Artigo 14.º

Publicitação



Ministério d.....



Decreto n.º

1 —As ARS e a ACSS; I.P. devem manter atualizada toda a informação relativa aos contratos celebrados no sistema de informação único, nos termos a estabelecer pela ACSS, I.P..

2 —As ARS e a ACSS, I.P. devem divulgar e a manter atualizada a informação relativa às entidades com convenções em vigor.

3 —A divulgação da informação referida no número anterior, é efetuada nos moldes definidos pela ACSS, I.P., sendo obrigatória a divulgação nos respetivos sítios electrónicos das ARS e ACSS, I.P. e a afixação em todas as unidades funcionais do Agrupamento de Centros de Saúde respetivo.

Artigo 15.º

Incumprimento

1 —Sem prejuízo das regras gerais em matéria de incumprimento contratual, constituem incumprimento grave das convenções os seguintes factos:

- a) A existência de práticas que discriminem utentes do SNS;
- b) A violação do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 5.º;
- c) O abandono da prestação de serviços ou a sua suspensão injustificada.

2 —Os factos referidos no número anterior são fundamento de resolução da convenção.

Artigo 16.º

Disposições transitórias

1 —Os contratos de adesão relativos a convenções vigentes cessam no prazo de um ano a contar da data de entrada em vigor do presente diploma.

2 —Excepcionalmente, em casos devidamente fundamentados, a vigência dos contratos de adesão relativos a convenções referidas no numero anterior cuja caducidade inviabilize a prestação de cuidados de saúde aos utentes do SNS, podem ser mantidas por período



Ministério d.....



Decreto n.º

superior a um ano, mediante despacho de membro do Governo responsável pela área da Saúde sob proposta da respetiva ARS.

3 —A vigência das convenções nos termos dos números anteriores celebradas antes da entrada em vigor do presente diploma, não impede a apresentação de candidatura ou de proposta a processos de celebração de convenções ao abrigo do presente decreto-lei.

4 —A celebração de convenções ao abrigo do presente decreto-lei tem como consequência a caducidade de convenção anteriormente celebrada com a mesma entidade e objeto.

Artigo 17.º

Norma revogatória

È revogado o Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de abril.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de

O Primeiro-Ministro

O Ministro da Saúde



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II, Lote 17 - 5.º
1800-077 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/6 - Fax 21855 14 49
Contribuinte N.º 503670090
E-Mail: fnsaude@netcabo.pt
www.fns.pt

PROJECTO DE DECRETO-LEI SOBRE O REGIME JURÍDICO DAS CONVENÇÕES (JULHO 2013)

Apreciação crítica ao documento distribuído pelo Gabinete do Secretário de Estado da Saúde

INTRODUÇÃO

As convenções têm-se revelado um pilar fundamental do sistema de saúde português, desempenhando um papel determinante na construção da rede assistencial do País, aproximando os meios complementares de diagnóstico e terapêutica da residência e do local de trabalho dos utentes e têm constituído importante instrumento concretizador dos princípios da liberdade de acesso e de escolha dos cidadãos, face ao sistema de saúde.

O Setor privado convencionado com o SNS constitui uma rede de proximidade que coloca a quase totalidade da população portuguesa a menos de meia hora de distância dos meios complementares de diagnóstico e terapêutica.

Esta cobertura nunca foi e provavelmente nunca será atingida pelos serviços públicos de saúde.

O Sector produz cerca de 330 mil atos diariamente (mais de 100 milhões de atos por ano) e dá resposta a 60.000 requisições médicas por dia (18 milhões de requisições por ano).



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II, Lote 17 - 5.º
1800-077 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/8 - Fax 21855 14 49
Contribuinte Nº 503670090
E-Mail: insaude@netcabo.pt
www.fns.pt

É uma rede com mais de 3.000 locais de atendimento, construída ao longo de 30 anos, através de investimento exclusivamente privado e que emprega cerca de 50.000 pessoas.

O peso relativo da fatura do sector convencionado no Orçamento da Saúde tem diminuído assinalavelmente.

Em 85, representava cerca de 14%, passou por uma média de 10% na década de 90, cerca de 8% no início deste século, rondando atualmente, o valor aproximado de 6 %.

Nos últimos dois anos a despesa pública com o sector convencionado diminuiu quase 30%, valor de redução que não foi atingido em nenhuma outra rubrica do Orçamento da Saúde.

O Decreto-Lei nº 97/98, de 18 de Abril, em desenvolvimento da Lei de Bases da Saúde, estabeleceu as condições de celebração de convenções entre as entidades privadas e o Serviço Nacional de Saúde (SNS).

Reconhecendo a especial natureza das prestações a regular e a integração dos prestadores contratados na rede nacional de prestação de cuidados de saúde, o legislador consagrou expressamente, como modelo de contrato, o contrato de adesão, figura jurídica na base da qual foi construída esta rede, desde o início do SNS.

Contudo e volvidos quinze anos, as convenções, salvo uma ou outra exceção, mantiveram-se fechadas, desde o início da vigência do diploma a cuja revisão agora se procede.

Este congelamento constitui um fator de discriminação entre os diferentes agentes económicos do sector, criando uma injustificável barreira ao acesso para os operadores que iniciaram a atividade depois de 1993.



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II, Lote 17 - 5.º
1800-077 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/8 - Fax 21855 14 49
Contribuinte N.º 503670090
E-Mail: fnsaude@nefcabo.pt
www.fns.pt

A FNS tem vindo, desde sempre, antes e depois da publicação do Decreto-Lei n.º 97/98, a defender a necessidade de abrir as convenções a todos os prestadores em condições de aderir aos respetivos clausulados-tipo.

E para que tal desiderato pudesse ter sido, há muito, atingido, bastaria tão só publicar os clausulados-tipo para as diferentes áreas.

Esta omissão dos sucessivos governos frustrou as expetativas criadas aos operadores e potenciais investidores no setor, pelo art.º 14.º do referido diploma legal.

Com efeito, os clausulados-tipo deveriam ter sido todos publicados no prazo de 180 dias após a entrada em vigor daquele diploma, i.e., em Outubro de 1998.

Como é bom de ver, não há qualquer necessidade de revisão legislativa para abrir as convenções a todos os operadores que reúnam os requisitos.

Bastará tão só que o Governo cumpra a Lei em vigor e publique os clausulados-tipo em falta.

ARTICULADO

NOTA PRÉVIA - A presente iniciativa visa a publicação de um decreto-lei de desenvolvimento de uma Lei de Bases - a Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto (Lei de Bases da Saúde).

Sendo o diploma em Projeto, um ato legislativo subordinado, nos termos do art.º 112.º da Constituição da República Portuguesa, a sua apreciação terá necessariamente de ser enquadrada pelas normas e princípios enformadores daquela Lei de Bases.

As Leis (atos legislativos emanados pela Assembleia da República - AR) e os Decretos-Leis (atos legislativos emanados pelo Governo) têm igual valor, exceto



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolarna - Torres dos Olivais II, Lote 17 - 5.º
1800-077 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/8 - Fax 21855 14 49
Contribuinte Nº 503670090
E-Mail: fnsaude@netcabo.pt
www.fns.pt

em certos casos, como é exatamente aquele que se verifica na relação que se deve estabelecer entre as leis de bases e os decretos-leis de desenvolvimento.

As *leis de bases* são um tipo de lei que a AR emite quando pretende apenas estabelecer os princípios gerais de um certo regime jurídico e que, por demasiado genéricos, carecem, para a sua exequibilidade, de uma posterior especificação ou, se se quiser, concretização. Os *decretos-leis de desenvolvimento* são os decretos-leis que o Governo posteriormente tem de elaborar com o propósito de, espartilhado naqueles princípios gerais, concretizar (desenvolver) normativos gerais, compondo assim (pela soma daqueles dois atos legislativos) toda a regulamentação jurídica de um determinado regime jurídico.

Do que se acaba de referir fácil é de concluir que, em especial quando as leis de bases incidem sobre matérias constitucionalmente reservadas à AR (como é o caso, já que legislar sobre as bases do serviço nacional de saúde consta da alínea f) do nº 1 do artigo 165ª da CRP, cuja epígrafe é “reserva relativa da competência legislativa” da AR), o desrespeito pelo Governo, por via de um **decreto-lei de desenvolvimento**, de um princípio geral ínsito numa lei de bases, configura uma alteração da repartição de competências legislativa constitucionalmente prevista e uma violação do princípio da subordinação, sendo, por isso, orgânica e materialmente inconstitucional.

Artigo 2º (Princípios e objetivos)

nº 1-b)



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II, Lote 17 - 5.º
1800-077 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/8 - Fax 21855 14 49
Contribuinte Nº 503670090
E-Mail: fnsaude@netcabo.pt
www.fns.pt

A filosofia que está subjacente a este princípio – complementaridade, no sentido de *colmatar as necessidades do SNS quando, de forma permanente ou esporádica, este não tem capacidade para as suprir* – parte de uma perceção errada do que é o sistema de saúde português.

O sistema de saúde não se confunde com o Serviço Nacional de Saúde. O SNS é parte de um todo, que é o sistema de saúde português.

O sistema de saúde, é, *constituído pelo Serviço Nacional de Saúde e por todas as entidades públicas que desenvolvam actividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, bem como por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres que acordem com a primeira a prestação de todas ou de algumas daquelas actividades* – Lei de Bases da Saúde, Base XII.

Logo, as entidades privadas convencionadas com o SNS integram o SISTEMA DE SAÚDE PORTUGUÊS.

E, atente-se, não estamos aqui perante uma mera declaração de princípios. Trata-se outrossim, de um princípio basilar do edifício jurídico da Saúde, enformador da atuação dos órgãos e agentes do Estado, face até à natureza da legislação sobre saúde que, nos termos da Base III da mesma Lei, é de interesse e ordem pública.

Outro dos princípios fundamentais desta Lei de Bases é inequivocamente o apoio ao sector privado, em concorrência com o sector público.

Base II, 1 - f):

É apoiado o desenvolvimento do sector privado da saúde e, em particular, as iniciativas das instituições particulares de solidariedade social, em concorrência com o sector público.

Base XXXVII - I:

O Estado apoia o desenvolvimento do sector privado da prestação de cuidados de saúde, em função das vantagens sociais decorrentes das iniciativas em causa e em concorrência com o sector público.



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II, Lote 17 - 5.º
1300-077 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/8 - Fax 21655 14 49
Contribuinte Nº 503670090
E-Mail: fnsaude@netcabo.pt
www.fns.pt

Este apoio pode traduzir-se, nomeadamente, na facilitação da mobilidade do pessoal do Serviço Nacional de Saúde que deseje trabalhar no sector privado, na criação de incentivos à criação de unidades privadas... (Base XXXVII, 2).

Portanto, a tendência para falar em complementaridade do sector convencionado face ao sector público, entendida no sentido de mera subsidiariedade ou “último recurso”, e invocando, invariavelmente, em auxílio da tese, o racional aproveitamento da capacidade instalada no sector público, como se os prestadores convencionados fossem “descartáveis”, de usar quando, ocasionalmente, o sector público deles necessitasse para suprir as suas ineficiências e, de deitar fora em conjuntura contrária, não colhe, porque é contrária à letra da Lei.

E, para além do mais, seria impensável construir uma rede estável, com a cobertura atualmente feita, com base nesse pressuposto, de que só seria utilizada como último recurso.

Por coerência com o nosso ordenamento jurídico da saúde, quando se fala em “racional aproveitamento da capacidade instalada” deve-se colocar imediatamente um ponto ou, em maior rigor, acrescentar a expressão “no sistema de saúde”, nunca “no sector público” por contraponto ao sector privado convencionado com o SNS.

É pois, alicerçados neste princípio de consagração legal, que sempre defendemos a necessidade de elaboração de uma carta nacional de equipamentos do sistema de saúde e não a versão menor, de equipamentos do SNS, pois só a primeira constituirá, no quadro jurídico vigente, instrumento adequado a uma boa orientação para as opções a fazer em sede de investimento público, para uma correta afetação de recursos (sempre escassos) às reais necessidades.

Artigo 3º (Entidades contratantes)



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II, Lote 17 - 5.º
1800-077 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/8 - Fax 21855 14 49
Contribuinte Nº 503670090
E-Mail: fnsaude@netcabo.pt
www.fns.pt

Impõe-se, na nossa opinião, restringir a capacidade para celebrar convenções a quaisquer pessoas singulares ou coletivas **privadas**, com ou sem fins lucrativos. Com efeito, as convenções previstas na lei em desenvolvimento - Lei de Bases da Saúde (Base XLI) - são o modelo contratual que a mesma Lei elege para a contratação com ***entidades privadas*** (*sublinhado nosso*) da prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde - Base XII, nº 3 e Base XLI, nº 1. Ou seja, não há, nos termos da Lei de Bases que o projeto em apreço visa desenvolver, convenções com ***pessoas públicas***; apenas com entidades privadas.

Nem faria sentido que o houvesse, pois, tal qual está definido na Lei de Bases da Saúde (Base XII, nº1), *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*

Por sua vez, o nº 2 da mesma Base, determina:

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

Do quadro estabelecido pela Lei de Bases da Saúde, podem-se retirar, neste particular, com grande clareza, as seguintes conclusões:

- a) as entidades públicas que prestam cuidados de saúde (hospitais e serviços) tuteladas pelo Ministério da Saúde, integram o SNS;
- b) todas as outras entidades públicas que prestam cuidados de saúde, tuteladas por outros ministérios, integram o sistema de saúde, sem necessidade de mediação contratual;



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II, Lote 17 - S.º
1800-077 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/718 - Fax 21855 14 49
Contribuinte N.º 503670090
E-Mail: fnsaude@netcabo.pt
www.fns.pt

- c) apenas as entidades privadas necessitam de acordar (contratar) com o Ministério da Saúde e as administrações regionais de saúde, a prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do SNS, para integrarem o sistema de saúde;
- d) o modelo de relacionamento contratual entre o Ministério da Saúde, as administrações regionais de saúde e as **entidades privadas** para a prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do SNS, é a convenção.

Em face desta análise, um diploma do Governo que visa regulamentar a Lei de Bases da Saúde, deve pois, restringir a capacidade para celebrar convenções para a prestação de cuidados de saúde a beneficiários do SNS, a **entidades privadas**.

Veja-se ainda o nº 2 da Base IV, que sob a epígrafe "*Sistema de saúde e outras entidades*" determina que *Para efectivação do direito à protecção da saúde, o Estado actua através de serviços próprios, celebra acordos com entidades privadas (sublinhado nosso) .*

O SNS não estabelece convenção consigo próprio.

Por outro lado, parece-nos difícil continuar a defender as convenções de âmbito regional, especialmente, no quadro da União Europeia e das regras relativas ao acesso a cuidados de saúde transfronteiriços.

Artigo 4º (Procedimento para a contratação de convenções)

Não é claro nem transparente o modelo proposto, nem quanto aos critérios para a contratação pública, nem para a eventual negociação, nem quanto às regras de adesão para os outros prestadores.



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II, Lote 17 - 5.º
1800-077 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/8 - Fax 21855 14 49
Contribuinte Nº 503670090
E-Mail: fnsaude@netcabo.pt
www.fns.pt

Estabelece-se *ex novo*, como modelo de procedimento de contratação, o instituto “acordo quadro” previsto no Código dos Contratos Públicos, Capítulos I e II do Título V da Parte II.

Ora, a parte II do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro, não é aplicável à formação dos contratos de aquisição de serviços que tenham por objeto os serviços de saúde, por determinação expressa do artigo 5º, nº 4, alínea f) do mesmo Código e da Tabela constante do Anexo VII ao Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, (que alterou a tabela constante Anexo II B à Diretiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004), e que corresponde a nomenclatura CPV, com os números de referência 74511000-4 e de 85000000-9 a 85323000-9.

Percebe-se que assim seja. E, no caso das convenções, a questão revela particular acuidade. Não estamos perante um fornecimento pontual de serviços que possamos, sem mais, submeter a puras regras de mercado.

Está aqui em causa a rede nacional de prestação de cuidados de saúde, nos termos definidos pela Lei de Bases da Saúde (Base XII, nº 4).

Ora, a rede nacional de prestação de cuidados de saúde terá necessariamente que se caracterizar pela estabilidade dos operadores que a integram, quer os estabelecimentos do SNS, quer os operadores privados convencionados que, como é sabido, produzem mais de 90 % dos atos do SNS, em ambulatório.

Este princípio fundamental será posto em crise com a alteração substancial do paradigma de formação do contrato que passará do contrato de adesão para procedimento concursal.

Como facilmente se compreenderá, os operadores privados que, em cada procedimento, forem excluídos, não terão condições para continuar a sua atividade, à espera de segunda oportunidade. Em consequência, diminuirá



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II, Lote 17 - 5.º
1600-077 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/8 - Fax 21855 14 49
Contribuinte Nº 503670090
E-Mail: fnsaude@netcabo.pt
www.fns.pt

substancialmente o número de prestadores, a cobertura e a acessibilidade por parte da população portuguesa. Em suma, a rede nacional de prestação de cuidados de saúde, na sua atual configuração, estará provavelmente condenada.

Esta velha questão - contrato de adesão ou concurso público? - trazida pela primeira vez a debate pelo Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de Janeiro, que aprovou o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde e que parecia definitivamente "enterrada" com a publicação do Decreto-Lei nº 97/98, de 18 de Abril (Lei das Convenções), foi agora, pela segunda vez, "ressuscitada".

Não obstante, compreendemos e aceitamos que o facto de o debate já ter sido realizado e encerrado, não deverá constituir impedimento para que mais tarde, noutra oportunidade, venha a ser colocado novamente em agenda. É uma iniciativa normal e própria da dinâmica das sociedades democráticas.

Mas, da nossa parte, por maior esforço que façamos, não conseguimos vislumbrar alteração de circunstâncias que possa, de alguma forma, modificar as considerações de interesse público feitas no preâmbulo do diploma pelo legislador de 1998 e que estiveram subjacentes à clara opção feita pelo contrato de adesão.

Consideramos que as mesmas se revestem, hoje, de toda a atualidade e pertinência, pelo que, aqui as trazemos, por excerto do preâmbulo e assim, por economia e remissão, reforçamos a fundamentação da nossa posição de manutenção do contrato de adesão como o instrumento adequado à celebração de convenções com o SNS:

"Por um lado, a exigência de celebração de concurso público, então consagrada, revela-se desadequada a um sector tão particular e sensível como o da saúde, justificando o interesse público das prestações objecto de contratação a adopção de um regime especial que agora



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Boiama - Torres dos Olivais II, Lote 17 - 5.º
1600-077 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/8 - Fax 21855 14 49
Contribuinte Nº 503670090
E-Mail: fnsaude@netcabo.pt
www.fns.pt

se institui, consagrando uma ponderação mais qualitativa do que quantitativa, sustentada no princípio da livre escolha do utente face a prestadores devidamente credenciados.

Na verdade, o interesse público a prosseguir - garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação, com a necessária prontidão e continuidade - condiciona a natureza, os termos e o conteúdo dos contratos a celebrar. Por outro lado, pretende-se uma progressiva melhoria na intervenção do Estado na administração dos cuidados de saúde, acompanhada de adequada rentabilização da capacidade instalada, a par do aumento e diversificação da oferta dos prestadores de vocação social e privada, assumindo-se sempre o Estado como garante do princípio da acessibilidade de todos os cidadãos aos cuidados de saúde. É neste contexto que se reveste de especial importância a definição dos pressupostos e princípios subjacentes à contratualização com o sector privado lucrativo ou com fins de solidariedade social, por via de adequada disciplina estabilizadora e clarificadora do sector convencionado, tendo igualmente em vista a segurança do seu investimento.” -
Preâmbulo do Decreto-Lei nº 97/98.

Artigo 5º (Requisitos para a celebração de convenções)

nº 1 -b)

Sendo o licenciamento requisito essencial para a celebração de convenções, a discussão desta iniciativa legislativa deveria ocorrer em simultâneo com a discussão do projeto (já anunciado) de revisão do Decreto-lei nº 27/2009 (regime jurídico da abertura, modificação e funcionamento das unidades privadas de saúde), que, como é sabido, se tem revelado de difícil aplicação, mormente em matéria de Direito transitório e discriminatório no que se refere



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II, Lote 17 - 5.º
1800-077 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/8 - Fax 21855 14 49
Contribuinte Nº 503670090
E-Mail: fnsaude@netcabo.pt
www.fns.pt

ao âmbito de aplicação, na medida em que deixa de fora o setor social. Não vislumbramos qualquer fundamento sério que exceção este sub setor das obrigações do setor privado, em geral, na medida em que o interesse público que a Lei visa proteger e prosseguir é a qualidade dos cuidados de saúde e a segurança dos cidadãos. Pela mesma razão também os operadores do setor público deveriam estar obrigados à observância das mesmas regras de segurança e qualidade.

nº 2

Pode-se suscitar a inconstitucionalidade material na parte em que se aplica aos cônjuges, ascendentes ou descendentes do 1º grau - *vide* Parecer do Doutor José Gabriel Queiró, a propósito do artº 9º, nº 2 do Decreto-Lei nº 97/98, cuja formulação é exatamente a mesma da norma em apreço.

Artigo 6º (Conteúdo das convenções), nº 1, alínea h)

Do clausulado tipo não têm obviamente que constar, por manifesta inutilidade, as normas relativas às incompatibilidades que só podem ser de fonte legal e, como tal, residem no lugar próprio - a lei que institui o respetivo regime.

Artigo 7º (Preços)

Este artigo estabelece um regime pouco transparente e nada esclarecedor.

O artigo 7º começa por estabelecer uma identidade entre os preços máximos a pagar no âmbito das convenções e os constantes na tabela de preços do SNS, mas acaba por acrescentar a possibilidade de, mediante despacho do membro do Governo responsável pela área da saúde, poderem ser estabelecidos preços



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II, Lote 17 - 5.º
1800-077 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/8 - Fax 21855 14 49
Contribuinte Nº 503670090
E-Mail: fnsaude@netcabo.pt
www.fns.pt

inferiores aos previstos na referida tabela do SNS ou ser estabelecida uma tabela específica para a determinação dos preços das convenções.

Por outro lado, apenas se cria uma regra para o preço máximo, omitindo o conceito de preço mínimo como garantia da qualidade de serviço.

Artigo 10º (Extensão das convenções)

Este artigo deve ser reformulado no sentido de identificar o âmbito de aplicação deste novo instituto – extensão das convenções. A expressão “*entidades não pertencentes ao SNS*”, *tout court*, abarca as entidades privadas, nomeadamente seguradoras e subsistemas de raiz associativa, o que não nos faz sentido, pois a matéria é do foro do Direito Privado e da liberdade contratual.

Artigo 11º (Prazo das convenções)

Deve ser mantido o prazo de vigência de cinco anos, único minimamente compatível com as necessidades de amortização quer do investimento inicial, quer de investimentos de percurso, única forma de assegurar a qualidade num sector particularmente exposto à inovação tecnológica e à evolução do *estado da arte*.

Artigo 16º (Disposições transitórias)

Não deve haver retroatividade na aplicação da nova lei, i.e., os atuais contratos devem manter-se em vigor até ao seu termo, nos termos gerais de Direito.



FEDERAÇÃO NACIONAL
DOS PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE

Rua Cidade de Bolama - Torres dos Olivais II, Lote 17 - 3.º
1800-077 LISBOA
Tels. 21 855 14 46/7/6 - Fax 21855 14 49
Contribuinte Nº 503670090
E-Mail: fnsaude@netcabo.pt
www.fns.pt

OBSERVAÇÃO FINAL

Fazemos notar que o projeto apenas enuncia, em artigo dedicado, os deveres das entidades convencionadas, não lhe correspondendo qualquer artigo com o enunciado dos direitos e garantias destas mesmas entidades, o que, no nosso entender, resulta em violação, por omissão, da Lei de Bases da Saúde, em concreto, do comando contido na Base XLI, nº2, que determina que *a lei estabelece as condições de celebração de convenções e, em particular, as garantias das entidades convencionadas.*

Entre outras garantias, é exigível que fiquem claramente definidas as regras relativas ao pagamento da prestação de cuidados de saúde no âmbito das convenções - prazos e regras relativas a juros moratórios em caso de incumprimento - procedendo à consagração legal do Sistema de Pagamento a Convencionados a que o projeto apenas faz referência e que, sob a forma de Despacho, existe desde 1997.

CONSULTA

Com vista a esclarecer o conteúdo do regime de incompatibilidades contido no artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril, a Federação Nacional dos Prestadores de Cuidados de Saúde formula as seguintes questões:

1. Qual o alcance da expressão "profissionais vinculados ao Serviço Nacional de Saúde"?

2. Podem os profissionais vinculados ao Serviço Nacional de Saúde (SNS) deter participação superior a 10% no capital de sociedades que sejam, por sua vez, titulares de participações superiores a 10% em entidades convencionadas com o SNS?

3. As sociedades geridas ou participadas em mais de 10% por pessoa que seja cônjuge, ascendente ou descendente do 1.º grau de profissional vinculado ao SNS, ainda que este não detenha funções de gerência ou qualquer participação no capital social, estão em qualquer hipótese impedidas de celebrar convenções com o SNS?

4. No caso de resposta negativa à pergunta formulada no número anterior, não se trata de uma discriminação em razão do grau de parentesco e, nessa medida, uma violação dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade de escolha da profissão e da liberdade de iniciativa privada?

PARECER

I

**FUNDAMENTO E RAZÃO DE SER DAS REGRAS DE ACESSO
ÀS CONVENÇÕES. LEGITIMIDADE GERAL DAS RESTRIÇÕES
IMPOSTAS. PROBLEMAS DE DIREITO TRANSITÓRIO.**

1. O novo regime de restrições no acesso à celebração de convenções com o Serviço Nacional de Saúde, estabelecido pelo artigo 9.º, n.º 2 e n.º 3, do Decreto-Lei n.º 97/98, veio substituir o regime que sobre o mesmo objecto constava do artigo 37.º, n.º 3, do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde (SNS), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro.

O n.º 3 do artigo 37.º do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, inserido na matéria geral da “articulação do SNS com actividades particulares”, dispunha o seguinte:

“3 – O SNS não pode celebrar contratos ou convenção com pessoas colectivas privadas que sejam titulares de casas de saúde, clínicas, laboratórios farmacêuticos e unidades de diagnóstico, tratamento e reabilitação em que qualquer profissional de saúde do SNS detenha, directa ou indirectamente, por si mesmo ou conjuntamente com o cônjuge, ascendentes ou descendentes, participação superior a 10% no respectivo capital ou exerça funções de gerência ou direcção.”

J.

O n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98, há pouco aprovado, contém por sua vez, sob a epígrafe “condições de adesão”, a seguinte regra:

“2 — Os profissionais vinculados ao Serviço Nacional de Saúde 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.”

E o n.º 3 do mesmo artigo acrescenta:

“3 — Os directores de serviço dos serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde não podem exercer funções de direcção técnica em entidades convencionadas.”

Não obstante algumas diferenças evidentes, quanto à técnica de formulação e ao âmbito de aplicação dos dois regimes, a natureza das restrições estabelecidas e a sua razão geral de ser mantiveram-se inalteradas de 1993 para 1998.

Em primeiro lugar, trata-se — hoje como antes — de **proibir a celebração de convenções** em determinadas circunstâncias, relacionadas com a qualidade ou a posição recíproca das entidades intervenientes. A lei de 1993 dizia que em tais circunstâncias “o SNS não pode celebrar” as convenções. A lei de 1998 faz recair a proibição sobre “os profissionais vinculados ao Serviço Nacional de Saúde”. Mas é óbvio que as duas redacções se equivalem. A proibição diz respeito simultaneamente às duas partes outorgantes na convenção: a entidade pública competente (Ministério da Saúde ou administração regional de saúde) e o profissional liberal com vínculo ao SNS. Se o Decreto-Lei n.º 97/98 preferiu uma redacção centrada neste último, foi apenas, com certeza, porque os pressupostos da proibição se reconduzem à sua situação pessoal, por via da acumulação de actividades públicas e privadas e de outros factores adjacentes, nomeadamente de natureza familiar.

Em segundo lugar, a proibição desempenha — tal como em 1993 — uma função de prevenção de **conflitos de interesses** no desempenho de actividades públicas. Está em causa, concretamente, o risco de sobreposição ou de excessiva proximidade entre o interesse das entidades convencionadas e o interesse daqueles que, no âmbito dos serviços públicos, se encontram em contacto directo e personalizado com os utentes e têm a possibilidade (se não o direito¹) de lhes recomendar, no exercício das suas funções, o recurso a outros profissionais ou a outros estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde.

Na perspectiva dos dois diplomas, o de 1993 e o de 1998, importa evitar que os profissionais do SNS se vejam confrontados com situações que ponham em jogo o seu interesse pessoal, sempre que este se mostre potencialmente contraditório com o interesse público e, portanto, susceptível de comprometer a sua plena isenção. O legislador não pretende averiguar se a consciência ética e profissional de cada um dos agentes públicos se revela suficientemente forte para o levar a resistir às solicitações indevidas do seu interesse próprio. Essa averiguação é sempre difícil de fazer e, em qualquer caso, só permite uma intervenção *a posteriori*, depois de consumado um eventual prejuízo para o interesse público. Daí que a lei prefira, nesta matéria como em muitas outras semelhantes, proceder à definição e prevenção abstracta de situações de risco, avaliadas objectivamente e de acordo com a experiência comum.

2. O conflito de interesses acabado de referir não se limita, nos termos em que ficou descrito, às relações entre o SNS e as entidades privadas con-

¹ Esta tarefa de aconselhamento nada tem em si de anormal ou disfuncional. Pelo menos quanto à actividade médica, corresponde a um direito consagrado no artigo 32.º, n.º 2, do Código Deontológico dos Médicos, segundo o qual o médico, sob condição de se guiar apenas pela sua consciência e pelo interesse do doente, pode livremente recomendar o recurso a outro médico ou a quaisquer estabelecimentos ou entidades prestadoras de cuidados de saúde, seja qual for a sua natureza e independentemente do sector ou organização em que eles se integrem.

vencionadas. Em bom rigor, ele está presente nas relações entre os serviços públicos e **quaisquer entidades privadas** prestadoras de cuidados de saúde, estejam ou não convencionadas.

A razão por que este conflito de interesses é objecto da atenção do legislador somente em relação às pessoas ou entidades convencionadas reside, como se sabe, no facto de o Estado assumir uma grande parte dos encargos decorrentes da prestação de cuidados de saúde convencionados. Esta circunstância, na medida em que cria um risco de duplicação de custos, coloca naturalmente na primeira linha das motivações do legislador a preocupação do bom aproveitamento dos recursos públicos, numa área, como a dos serviços de saúde, geradora de grandes pressões financeiras.

Isso não significa, todavia, que o objectivo do regime do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 deva ser entendido, simplesmente, como o de garantir a máxima poupança dos recursos públicos e a máxima contenção no encaminhamento dos utentes do SNS para os cuidados de saúde convencionados. A razão de ser daquele regime consiste essencialmente na prevenção dum conflito de interesses, devendo pois as preocupações financeiras ser vistas apenas como um factor relevante para a determinação da intensidade e da gravidade dos riscos associados a tal conflito.

Por outras palavras: o que a lei pretende evitar não é o encaminhamento de utentes para o sector convencionado e os custos que daí derivam, em si mesmos considerados, mas sim o risco de que as decisões de encaminhamento sejam determinadas por razões estranhas ao interesse do doente e à consciência profissional do agente público. A lei espera impedir o desperdício e a duplicação de encargos que resultariam de decisões ilegitimamente influenciadas por interesses pessoais, mas não quer (no que a esta norma diz respeito) restringir a todo o custo o sector convencionado, nem obter poupanças além das proporcionadas por um comportamento isento dos profissionais do SNS.

A chave para a interpretação do regime do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 reside, portanto, neste princípio de **isenção dos agentes públicos**, traduzido num sistema que procura remover as situações de perigoso cruzamento

de interesses entre o sector público e o sector convencionado e quaisquer formas de relacionamento privilegiado entre certas entidades convencionadas e o SNS. É essa preocupação que no preâmbulo do diploma legal se exprime nos conceitos de “credibilidade”, “aspectos tendencialmente conflitantes” e “leal concorrência” do sector convencionado. Trata-se, em suma, de garantir, no contexto específico da celebração de convenções para a prestação de cuidados de saúde, a realização do princípio geral da imparcialidade da Administração pública em face de interesses privados.

3. O princípio da imparcialidade entrou para o catálogo escrito dos princípios gerais da actividade administrativa a partir da Constituição de 1976². A sua importância tem sido repetidas vezes encarecida na doutrina e não precisa de ser aqui sublinhada³.

Recorde-se, apenas, que se trata de um princípio com um vasto âmbito subjectivo e objectivo de aplicação, que abrange não somente os órgãos decisores, mas todos os órgãos e agentes da Administração (incluindo simples funcionários e agentes); e que não se restringe também a particulares modos de actuação administrativa (participação em actos ou procedimentos dirigidos à

² Segundo o artigo 266.º, n.º 2, da Constituição, com a redacção que lhe foi dada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, “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”.

³ O primeiro estudo monográfico sobre o princípio da imparcialidade no âmbito do direito administrativo data, entre nós, de 1974 e é da autoria do Prof. VIEIRA DE ANDRADE (*A imparcialidade da Administração como princípio constitucional*, in “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, vol. L, Coimbra, 1974, págs. 219 e segs.). Recentemente, veja-se a dissertação de MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, Coimbra, 1996.

produção de efeitos jurídicos), antes se deve considerar aplicável a todas as formas de agir susceptíveis de afectar positiva ou negativamente interesses particulares (execução de contratos, operações materiais, etc.⁴). Em relação a qualquer delas, o princípio da imparcialidade desempenha uma função crucial na defesa de valores fundamentais do Estado de Direito — como o da prossecução do interesse público, o da igualdade dos cidadãos perante a Administração ou o da confiança dos administrados nas decisões públicas.

Seria, entretanto, inexacto supor que o regime de restrições no acesso às convenções, constante do Decreto-Lei n.º 97/98, se reconduz a alguma das figuras tradicionais em que se manifesta a função preventiva do princípio da imparcialidade relativamente a situações de conflito de interesses. Essas figuras são, como se sabe, as das incompatibilidades, as dos impedimentos e as das escusas e suspeições.

As **incompatibilidades** caracterizam-se por constituírem uma **garantia abstracta** da inexistência de um conflito entre o interesse público e outros interesses. Em sentido técnico, uma incompatibilidade surge quando o legislador determina que uma actividade pública é inconciliável com o exercício de outras actividades, estipulando assim uma proibição do exercício simultâneo de funções públicas ou de funções públicas e privadas. Esta proibição visa normalmente proteger a isenção dos titulares de cargos públicos, embora possa ao mesmo tempo ser determinada pelo princípio da eficiência ou da boa administração, na medida em que imponha a dedicação exclusiva ou tendencialmente exclusiva por parte daqueles ao exercício do respectivo cargo⁵.

⁴ A favor de uma interpretação ampla do campo de aplicação do princípio da imparcialidade, cfr., a respeito da matéria dos impedimentos, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra, 1997, págs. 246-247.

⁵ Vejam-se, como principais exemplos, o regime instituído para os titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos pelo artigo 7.º da Lei n.º 64/93, de 26 de Agosto (alterada pelas

O regime de **impedimentos**, por seu turno, é determinado unicamente pelo princípio da imparcialidade e distingue-se das incompatibilidades por constituir uma **garantia concreta** da imparcialidade administrativa. No âmbito deste regime, a lei considera que certos interesses privados, embora em si mesmos não obstem ao desempenho dum cargo público, devem inibir o respectivo titular de exercer a sua **competência** nos casos concretos em que tais interesses estejam em jogo⁶.

Quanto às figuras da **escusa** e da **suspeição**⁷ (que se distinguem apenas entre si pela circunstância de o respectivo incidente ser suscitado pelo próprio agente ou por terceiro), elas visam igualmente restringir o exercício da competência dos agentes públicos em **situações concretas** que comportem um conflito de interesses. Ao contrário, porém, dos impedimentos, que correspondem às circunstâncias de maior risco ou de risco mais evidente, por isso mesmo tipificadas na lei e sujeitas a uma verificação estritamente vinculada e declarativa, os fundamentos da escusa ou suspeição são definidos em termos abertos, a partir de uma cláusula geral. Salvo nas hipóteses descritas na lei a título exemplificativo, a inibição do agente depende de uma decisão a tomar pelo superior, destinada a avaliar a incidência de cada situação concreta na imparcialidade da

Leis n.º 28/95, de 18 de Agosto, e n.º 12/96, de 18 de Junho), e as incompatibilidades estabelecidas para o demais pessoal da administração, seja das carreiras do regime geral, seja dos chamados corpos especiais – exceção feita ao pessoal de forças militarizadas ou paramilitares – pelos artigos 31º e 32º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, 12º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e 2.º do Decreto-Lei n.º 413/93, de 23 de Dezembro.

⁶ O regime geral dos impedimentos, no sentido tradicional de restrições ao exercício duma competência, consta hoje dos artigos 44.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro).

⁷ Reguladas nos artigos 48.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo.

Administração. Trata-se, pois, **de situações que comportam um risco variável** em função das características de cada caso.

As disposições constantes do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 não correspondem a nenhuma destas figuras, que constituem as garantias clássicas da imparcialidade. Não traduzem uma incompatibilidade de funções, porque a lei não proíbe, como princípio, os profissionais do SNS de exercer actividades privadas na área da saúde⁸. E não representam também um sistema de impedimentos ou suspeições, porque não visam restringir o exercício da competência dos profissionais do SNS enquanto titulares de cargos ou funções públicas, impedindo-os de participar em decisões ou procedimentos concretos.

4. O caminho seguido pelo Decreto-Lei n.º 97/98 foi diferente. Adoptando uma orientação já antes seguida pelo artigo 37.º do Estatuto do SNS de 1993 e presente noutros diplomas publicados ainda nesse mesmo ano (referimo-nos à Lei n.º 64/93, de 26 de Agosto, e ao Decreto-Lei n.º 413/93, de 23 de Dezembro, já citados⁹), o legislador procurou evitar situações de potencial conflito de interesses **afastando, em certas hipóteses, o relacionamento dos interesses privados com a Administração**, mas sem impedir os agentes administrativos de prosseguirem tais interesses no relacionamento com terceiros e sem restringir o exercício normal da sua competência enquanto titulares de funções públicas.

Esta técnica de regulamentação não é identificável com nenhuma das anteriores e representa, em relação a elas, uma espécie de **solução intermédia**.

⁸ Pelo contrário, a lei autoriza o exercício de tais actividades, desde que respeitadas as condições definidas no artigo 20.º do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde.

⁹ Assim, no artigo 8º da Lei n.º 64/93, aplicável apenas aos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos, estabelecem-se “impedimentos aplicáveis a sociedades” (cfr. a epígrafe desse artigo). Por seu turno, nos artigos 3º a 6º do Decreto-Lei n.º 413/93 – este aplicável a todos os titulares de órgãos, aos funcionários e aos agentes da Administração – estabelecem-se casos de impedimentos com um alcance mais vasto.

Por um lado, constitui uma garantia **menos forte** do que a das incompatibilidades, porque permite o exercício lícito da actividade privada em que se geram os interesses potencialmente conflituantes com o interesse público. Por outro lado, é uma garantia **mais intensa** do que a dos impedimentos e suspeições, porque estes últimos não envolvem qualquer obstáculo ao relacionamento dos interesses privados com a Administração Pública¹⁰.

Que razões podem explicar a preferência do legislador por um sistema de restrições como o do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98?

Não está em causa, dados os princípios estabelecidos no Estatuto do SNS, uma incompatibilidade entre o exercício da medicina privada e o vínculo ao SNS. A alternativa restringe-se, pois, essencialmente aos impedimentos e suspeições. Como estes, por outro lado, representam a **solução menos limitativa dos direitos individuais**, deveriam constituir sempre a primeira opção em matéria de garantias da imparcialidade da Administração. Qualquer outra solução pressupõe a existência de motivos que inviabilizem ou desaconselhem esse primeiro regime.

Os motivos que podem levar a lei a decidir-se por um regime como o do Decreto-Lei n.º 97/98 (em vez do regime geral de impedimentos e suspeições) são principalmente os três seguintes¹¹:

¹⁰ Note-se que o diferente grau de intensidade dos três tipos de garantia faz com que entre elas se estabeleça uma relação lógica de **prejudicialidade**, no sentido de que as mais restritivas limitam implicitamente o campo de aplicação das menos restritivas. A determinação de uma incompatibilidade, por exemplo, torna inaplicável (por falta de objecto) uma proibição de relacionamento com a Administração que abrangesse a actividade incompatível. Do mesmo modo, uma proibição desta última espécie torna inaplicável (novamente por falta de objecto) o regime geral de impedimentos e suspeições.

¹¹ Os motivos indicados no texto não pretendem, evidentemente, ser exaustivos. Um caso *sui generis* de proibição de relacionamento com a Administração, determinado por motivos substancialmente diversos, pode encontrar-se no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 413/93. Segundo

Em primeiro lugar, o legislador não pode desconhecer a relativa ineficácia do sistema de impedimentos e suspeições no contexto de actuações públicas marcadas por um acentuado **informalismo**. Os mecanismos associados à declaração de um impedimento ou suspeição funcionam como incidentes dum procedimento, o que significa que pressupõem a existência de um conjunto de actos minimamente estruturado e documentado. Fora desse quadro — como sucede nas actividades de forte componente técnica, normalmente despidas de formalismo decisório — a verificação dos impedimentos e suspeições torna-se muito falível, além de incongruente com as necessidades de eficiência e prontidão que presidem a tais actividades.

Em segundo lugar, o sistema de impedimentos e suspeições coloca difíceis problemas de substituição dos titulares de órgãos públicos, quando esteja em causa a prática de actos dirigidos a um **universo muito amplo de destinatários potenciais**. Nestes casos, que são sobretudo aqueles em que a identificação do destinatário constitui o próprio objecto da decisão a tomar (e não o seu ponto de partida, como sucede nos procedimentos iniciados por um requerimento), a existência dum conflito de interesses depende da simples possibilidade de o destinatário vir a ser uma pessoa ou entidade relacionada com o autor da decisão. Se a margem de escolha for realmente muito ampla, a **probabilidade** do conflito de interesses torna-se então demasiado elevada e acaba por comprometer a utilidade do incidente, porque tenderá a afectar também os eventuais substitutos.

Em terceiro lugar, o legislador tem em conta a estreita **conexão entre actos diferentes** que, por vezes, se verifica dentro da mesma função. Certas ac-

este preceito, os agentes públicos não podem beneficiar de actos ou tomar parte em contratos em cujo processo de formação tenham intervindo “*órgãos ou serviços colocados na sua directa dependência ou sob sua directa influência*”. Repare-se em que se trata de uma proibição meramente relativa, já bastante próxima, no seu alcance prático, do regime de impedimentos.

tividades administrativas requerem, pela sua própria natureza ou por expressa indicação legal, a observância de uma visão de conjunto e de uma orientação continuada ao longo de operações e actos sucessivos. Pode dizer-se, em tais casos, que existe um processo em sentido não jurídico, uma sequência de decisões subordinadas a um critério e uma estratégia uniformes, como condição do sucesso de todas e cada uma delas para a realização do interesse público. A substituição pontual do agente, por motivo de impedimento ou suspeição, teria aqui o grande inconveniente de quebrar a **relação de continuidade** necessária ao exercício da função, comprometendo (ou podendo comprometer) simultaneamente a decisão tomada pelo substituto e o resultado globalmente esperado.

Todas estas razões — importa desde já reconhecê-lo — estão presentes no caso do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98. A abertura de um incidente de impedimento ou suspeição no decurso da actividade de tratamento e acompanhamento de doentes seria de todo impraticável e inconveniente em relação a aspectos ou momentos isolados, como o de formular uma recomendação de especialistas ou estabelecimentos privados. Ainda que praticável, a substituição de um profissional do SNS com interesses no sector convencionado, para o efeito de sugerir o recurso a um estabelecimento privado, apenas faria sentido se o substituto não se encontrasse, ele próprio, ligado ao sector convencionado, porque só então ele poderia proceder a um confronto isento de todas as hipóteses disponíveis.

O mecanismo dos impedimentos e suspeições poderia, sem dúvida, ser utilizado no momento da celebração das convenções, de forma a evitar que a decisão sobre a aceitação ou não aceitação de um determinado pedido de adesão fosse tomada com a participação de um profissional do SNS pessoalmente interessado nela. Nada mais fácil. Mas a lei não seguiu essa via, o que prova indiscutivelmente que a sua preocupação não incide, exclusiva ou sequer predominantemente, na celebração das convenções, mas sim nas decisões que ao abrigo delas serão tomadas relativamente ao encaminhamento dos utentes do SNS.

Compreende-se, pois, que a lei, querendo prevenir os conflitos de interesses emergentes da execução das convenções, se tenha decidido pela solu-

ção de impor barreiras ao relacionamento entre os profissionais do SNS e o sector convencionado. **De um modo geral, pode afirmar-se que o regime instituído tem uma justificação objectiva e um fundamento racionalmente demonstrável.**

5. A legitimidade das soluções adoptadas, no entanto, depende ainda de saber se a proibição de relacionamento com a Administração, imposta aos profissionais do SNS com interesses na medicina privada, não tem por consequência o sacrifício excessivo de **direitos individuais**.

Há inúmeras situações em que o legislador pura e simplesmente não pode impedir um cidadão de ser beneficiário de um acto da Administração, mesmo que ele desempenhe funções públicas mais ou menos susceptíveis de influenciar a decisão em que está pessoalmente interessado. Nesses casos, a lei só pode socorrer-se do regime de impedimentos e suspeições. Pense-se nos actos relativos à protecção de pessoas e bens, à atribuição de prestações dos serviços públicos, à obtenção de licenças administrativas — e muitos outros ainda.

Para que possa legitimamente vedar o relacionamento de interesses privados com a Administração Pública, é necessário em princípio que a proibição **não inviabilize o exercício de uma actividade lícita**. Por outras palavras, é necessário que as actividades afectadas não dependam decisivamente de um acto da Administração, sob o ponto de vista das condições legais ou das condições práticas do seu desenvolvimento. Se essa dependência existir, a norma proibitiva enfrentará um problema sério de constitucionalidade.

Se, pelo contrário, o relacionamento com a Administração Pública surgir como uma possibilidade entre outras, no quadro de uma actividade não especificamente dependente desse relacionamento, o caminho ficará aberto para regimes como o Decreto-Lei n.º 97/98. O campo de aplicação deste diploma, assim como o dos regimes correspondentes da Lei n.º 64/93, de 26 de Agosto, e do Decreto-Lei n.º 413/93, de 23 de Dezembro, já anteriormente citados, mostra que o legislador partiu do princípio de que o sistema neles adoptado constitui

um meio legítimo de prevenção de conflitos de interesses, quando estejam em causa **actividades de produção e prestação de serviços** e na medida em que a Administração surja, perante elas, como um simples cliente. A impossibilidade de contratar com a Administração não seria obstáculo ao livre desenvolvimento da actividade considerada, mediante a prestação de serviços a terceiros¹².

Em termos gerais, pode aceitar-se a legitimidade deste pressuposto. Fica afastada, portanto, a ideia de que o regime do Decreto-Lei n.º 97/98 deva, no seu conjunto, ser considerado como ofensivo de liberdades ou direitos individuais constitucionalmente protegidos. **Mas será necessário ver se tal ofensa não ocorre nalgumas hipóteses especiais**, nomeadamente naquelas em que o acesso às convenções condicione decisivamente o exercício da actividade privada, ou naquelas que dizem respeito, não ao interesse pessoal dos profissionais do SNS, mas sim aos interesses com ele conexos, nomeadamente no âmbito das relações societárias ou no das relações familiares. Esta análise será feita em momento ulterior do presente parecer.

6. Importa, no entanto, salientar desde já, neste capítulo introdutório, uma disposição do Decreto-Lei n.º 97/98 que, se indevidamente interpretada, pode mostrar-se potencialmente lesiva de princípios constitucionais relacionados com o regime dos direitos, liberdades e garantias.

¹² Se não existir liberdade de prestação de serviços a terceiros, o regime passará a dever ser qualificado como uma incompatibilidade. É o que acontece com o disposto no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 413/93, quando proíbe os agentes públicos de prestar serviços *“no âmbito do estudo, preparação ou financiamento de projectos, candidaturas e requerimentos que devam ser submetidos à sua apreciação ou decisão ou à de órgãos ou serviços colocados na sua dependência ou sob sua directa influência”*.

Referimo-nos ao preceito do artigo 14.º, segundo o qual as convenções celebradas antes da entrada em vigor do novo diploma, que se encontrem em vigor em 31 de Dezembro de 1997, devem no prazo de 180 dias ser adequadas ao regime nele estabelecido, “*mantendo-se válidas até ao termo desse prazo*”.

Esta regra deve ser entendida — de acordo, aliás, com os seus termos literais — como aplicável apenas às condições de validade referentes ao conteúdo das convenções, excluindo, portanto, as condições de validade estabelecidas no n.º 2 do artigo 9.º. Pode, de facto, acontecer que uma convenção celebrada em conformidade com as normas do artigo 37.º do Estatuto do SNS venha a entrar em contradição com as restrições fixadas pelo n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98, pois há aspectos em que estas se revelam mais apertadas do que as do Estatuto do SNS¹³. Se isso acontecer, não estaremos perante uma invalidade superveniente da convenção, porque a norma do n.º 2 do artigo 9.º diz respeito às condições de validade da sua celebração e não às do seu conteúdo. Qualquer interpretação do n.º 1 do artigo 14.º tendente a invalidar as convenções celebradas nestes termos daria ao n.º 2 do artigo 9.º um alcance retroactivo que a Constituição não admite quando estejam em causa direitos, liberdades e garantias¹⁴.

¹³ Para a generalidade dos profissionais, o n.º 2 do artigo 9.º trouxe uma mais ampla possibilidade de colaboração com entidades convencionadas, pela via do exercício das funções de direcção técnica, que passaram a estar proibidas apenas para os directores de serviço dos estabelecimentos do SNS (n.º 3 do citado artigo). Mas o n.º 2 do artigo 9.º assume um carácter mais restritivo do que o Estatuto do SNS pelo menos em dois aspectos: a) quando alarga o seu âmbito pessoal de aplicação a todos os “profissionais vinculados ao SNS”; e b) ao impedir que o cônjuge, os pais ou os filhos de um profissional do SNS detenham isoladamente participação superior a 10% no capital de entidades convencionada, em contraste com o Estatuto do SNS, que proibia apenas as participações detidas “conjuntamente” com o profissional do SNS.

¹⁴ Segundo o artigo 18.º, n.º 3, da Constituição, “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

As convenções validamente celebradas antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 97/98, com entidades que tenham passado a estar abrangidas pelo n.º 2 do artigo 9.º deste último, devem ser executadas até ao termo do seu prazo normal de vigência, embora não possam beneficiar de cláusulas de renovação, como decorre do disposto no n.º 2 do artigo 14.º.

II

ALCANCE DA EXPRESSÃO "PROFISSIONAIS VINCULADOS AO SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE".

7. O artigo 37º, n.º 1, alínea c), do Estatuto do SNS limitava a possibilidade de celebração de convenções aos "*médicos não pertencentes ao SNS*", enquanto o seu n.º 3 interditava a celebração de convenções com pessoas colectivas participadas em mais de 10% por "*qualquer profissional de saúde do SNS*".

O n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98, actualmente em vigor, permite a celebração de convenções com "*peçoas privadas, singulares ou colectivas, com idoneidade para a prestação de cuidados de saúde, sob a orientação e responsabilidade técnica de profissionais de saúde devidamente habilitados*", enquanto o n.º 2 proíbe a celebração das mesmas convenções com os "*profissionais vinculados ao Serviço Nacional de Saúde*", seja a título individual, seja por via de entidades por eles participadas em mais de 10%.

Em relação às convenções celebradas a título individual, resulta claro que **a proibição legal se dirige apenas a profissionais de saúde**, porque só eles estão habilitados a celebrar convenções com o Estado. Quaisquer outras pessoas vinculadas profissionalmente ao SNS estão, por natureza, fora do âmbito de aplicação do regime do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98. Como o Estatuto do SNS, aliás na sequência de diplomas anteriores¹⁵, previa apenas a ce-

¹⁵ *Maxime* o artigo 1.º das "Normas Regulamentadoras da Articulação entre as Administrações Regionais de Saúde e a Actividade Privada" aprovadas pela Portaria n.º 667/90, de 13 de Agosto. Este preceito autorizava a celebração de contratos apenas com médicos de clínica ge-

lebração de convenções com médicos, a proibição de celebração de convenções a título individual assume no Decreto-Lei n.º 97/98, só por esse facto, um carácter mais extenso do que na legislação precedente, tornando-se aplicável a profissionais de saúde não médicos. Estarão neste caso os enfermeiros, por exemplo, ou os técnicos superiores de saúde dos vários ramos previstos no Decreto-Lei n.º 414/91, de 22 de Outubro¹⁶, quando possam prestar cuidados de saúde em regime liberal).

Quanto às convenções celebradas com pessoas colectivas, onde a presença de profissionais do SNS releva apenas enquanto detentores de partes de capital, não há razão para restringir o âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 97/98 aos “profissionais de saúde”. Tendo a lei substituído essa expressão (que era a do Estatuto do SNS de 1993) pela de “profissionais vinculados ao SNS”, o intérprete deve presumir que a alteração da letra da lei é intencional e possui um significado útil. Em nossa opinião, ficam abrangidas pela restrição do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 todas as sociedades em cujo capital participem pessoas vinculadas às carreiras de saúde do SNS, sejam ou não médicos, e ainda as **pessoas que, estando profissionalmente vinculadas ao SNS, exerçam nele uma função relevante para desencadear um potencial de conflito de interesses entre o SNS e o sector convencionado**. Tendo em conta as preocupações subjacentes ao regime do Decreto-Lei n.º 97/98, cabem nesta definição, nomeadamente, os administradores hospitalares, que não são profissionais de saúde mas exercem funções de gestão que lhes conferem, em relação

ral (ou com certas pessoas colectivas), restringindo assim a previsão do n.º 2 do artigo 15.º da Lei de 1979 do Serviço Nacional de Saúde (Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro).

¹⁶ Esses ramos são a engenharia sanitária, a farmácia, a física hospitalar, a genética, o laboratório, a medicina nuclear e radiações ionizantes, a nutrição e a veterinária.

aos serviços, uma proximidade e uma capacidade de influência suficientes para justificar a restrição do n.º 2 do artigo 9.º¹⁷.

8. Questão diferente da anterior é a de saber que tipo de **vínculo profissional** o legislador terá querido abarcar no regime em apreço.

Seguramente está aí incluído o vínculo funcional constituído pelos modos típicos de constituição de uma **relação jurídica de emprego público** (a relação existente entre um profissional da função pública e a pessoa colectiva a que está vinculado). Os modos de constituição desta relação jurídica de emprego público constam dos artigos 3.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e são a nomeação por tempo indeterminado ou em comissão de serviço (artigos 5.º a 7.º) e o contrato administrativo de provimento (artigos 14.º a 17.º). A nomeação confere ao interessado a qualidade de funcionário (artigo 4.º, n.º 5), enquanto o contrato administrativo de provimento confere a simples qualidade de agente (artigo 14.º, n.º 2). Esta diferença não é relevante, pois os agentes exercem ainda funções próprias do serviço público, com carácter de subordinação e com sujeição ao regime jurídico da função pública, como se estabelece no artigo 15.º do mesmo diploma.

Assim, incluem-se no conceito de profissionais vinculados ao SNS, para os efeitos do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98, os profissionais das carreiras indicadas no número anterior que possuam a qualidade de funcionários (com

¹⁷ O problema não se põe em relação aos cargos de director e administrador-delegado dos hospitais, mesmo que sejam desempenhados por profissionais das carreiras hospitalares, dado o regime legal de incompatibilidade entre esses cargos e o exercício de qualquer outra função, pública ou privada — cfr. o artigo 7.º, n.º 2, e o artigo 9.º, n.º 2, do Decreto Regulamentar n.º 3/88, de 22 de Janeiro, com a redacção do Decreto Regulamentar n.º 14/90, de 6 de Junho.

vínculo constituído por nomeação¹⁸) ou a qualidade de agentes (com vínculo formado mediante contrato administrativo de provimento¹⁹).

Já os profissionais de saúde que prestem serviço no SNS através de um **contrato de trabalho a termo certo** estão fora do conjunto de situações que o regime do Decreto-Lei n.º 97/98 pretende abarcar, pois não exercem funções próprias do serviço público, não são nem funcionários nem agentes e não estão sujeitos ao regime da função pública (artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 427/89). Do mesmo modo, não devem considerar-se incluídos no conceito os profissionais ligados ao SNS por um **contrato de prestação de serviços**, pois este não cria uma relação jurídica de emprego. No contrato de prestação de serviços, as funções são desempenhadas sem sujeição ao poder de direcção e de disciplina da entidade a quem os serviços são prestados. Assim, estão excluídos do âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 os chamados tarefeiros ou avençados.

Tanto no caso do contrato de trabalho a termo certo, como no do contrato de prestação de serviços, a inexistência de um vínculo à função pública traduz a **inexistência de uma carreira profissional no âmbito do SNS**. É razoável entender que o legislador não quis colocar as pessoas vinculadas por tais contratos perante uma proibição que, em muitas circunstâncias, poderia redundar na impossibilidade prática de desenvolver uma carreira no sector privado. Ao que se pode acrescentar que o risco de eventuais conflitos de interesses

¹⁸ Como sucede com a generalidade do pessoal médico integrado nas carreiras médicas de clínica geral, hospitalar e de saúde pública, de acordo com a regulamentação do Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março.

¹⁹ É o caso do pessoal médico em regime de internato geral ou complementar, como se estipula no artigo 15º, n.º 2, al. b), do citado Decreto-Lei n.º 427/89, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 218/98, de 17 de Julho.

pode, nestes mesmos casos, ser removido através da cessação (ou não renovação) dos vínculos transitórios existentes.

Em resumo, dir-se-á que o critério que subjaz ao conceito em apreço é o da satisfação de necessidades permanentes dos serviços, conjugado com a sujeição ao poder de direcção e disciplina da entidade onde o profissional exerce a sua função. Sempre que um profissional ao serviço do SNS não esteja a satisfazer uma necessidade permanente do serviço, mas antes uma necessidade pontual, transitória, ou ocasional, deve considerar-se que não está vinculado ao SNS²⁰.

²⁰ Este é o critério utilizado nos diplomas que visam regularizar o trabalho precário na função pública — Decreto-Lei n.º 81-A/96, de 21 de Junho, e Decreto-Lei n.º 195/97, de 31 de Julho, e ainda a Lei n.º 25/98, de 26 de Maio.

III

POSSIBILIDADE DE OS PROFISSIONAIS VINCULADOS AO SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE DETEREM PARTICIPAÇÃO SUPERIOR A 10% NO CAPITAL DE SOCIEDADES QUE SEJAM, POR SUA VEZ, TITULARES DE PARTICIPAÇÕES SUPERIORES A 10% EM ENTIDADES CONVENCIONADAS COM O SNS.

9. O artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 97/98 suprimiu a referência que o artigo 37.º, n.º 3, do Estatuto do SNS fazia às participações indirectas, eventualmente detidas em entidades convencionadas por profissionais do SNS ou pelos seus cônjuges, ascendentes ou descendentes. Tais participações eram equiparadas às participações directas, para o efeito de vedar a celebração de convenções com a entidade participada.

A modificação do texto da lei suscita um problema de interpretação que deve ser encarado com as devidas precauções.

Por um lado, dificilmente se poderá atribuir a eliminação das participações indirectas a um lapso ou esquecimento do legislador. Havendo uma regulamentação anterior da matéria, que nas suas linhas gerais foi mantida no novo diploma, todas as alterações substanciais da letra da lei se têm de considerar como o resultado **consciente** de uma intenção bem definida da lei. Trata-se, para mais, de um aspecto sempre presente e minuciosamente acautelado nos regimes aplicáveis às participações societárias que excedem um certo limiar²¹.

²¹ Cfr., por exemplo, a alínea b) do n.º 1 do artigo 6º do Decreto-Lei n.º 413/93, de 23 de Dezembro, acerca das sociedades cujo interesse é equiparado ao dos agentes públicos sujeitos a

Vale aqui, portanto, com plena razão de ser, o princípio do n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil, segundo o qual o intérprete deve presumir que o legislador “*soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*”.

Por outro lado, todavia, a aceitar-se a total irrelevância, a partir da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 97/98, das participações indirectas na determinação do universo das sociedades impedidas de celebrar convenções com o Estado, estaria aberto o caminho mais óbvio para contornar a proibição estabelecida no n.º 2 do artigo 9.º. Bastaria aos profissionais do SNS ou aos seus familiares adquirir uma participação superior a 10% na entidade convencionada (ou interessada na celebração de convenções) através duma sociedade por eles constituída para esse fim. Este mecanismo não oferece nenhuma dificuldade e, com ele, a lei estaria pura e simplesmente a deixar sair pela janela o que fez entrar pela porta. Ora o respeito pela letra da lei não deve conduzir o intérprete a soluções que **inutilizem por completo** os objectivos do legislador. Valem nesse sentido, ainda aqui, os princípios do citado n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil, na parte em que mandam o intérprete presumir que “*o legislador consagrou as soluções mais acertadas*”.

certas regras de imparcialidade; ou as alíneas b), c) e d) do n.º 1 do artigo 346.º do Código do Mercado de Valores Mobiliários (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de Abril), sobre os direitos de voto que se devem considerar integrados numa “participação importante” para o efeito de informação do público; ou ainda as alíneas c), d) e e) do n.º 7.º do artigo 13.º dos Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro), relativas aos direitos de voto integrantes das participações qualificadas sujeitas ao controle do Banco de Portugal.

10. Como conciliar estes dois parâmetros interpretativos, aparentemente contraditórios? O aspecto essencial a ter em conta parece-nos ser o seguinte.

O conceito de participação indirecta, nos múltiplos contextos normativos em que tem sido utilizado pelo legislador²², exprime uma **relação de influência** que determinada pessoa, através da participação no capital de uma sociedade, exerce sobre a actividade ou a gestão de uma outra sociedade participada pela primeira. O que se pretende, através da consideração das participações indirectas, é normalmente saber se a posição detida na sociedade participante pode ser assimilada a uma posição na sociedade participada para o efeito de identificação dos **poderes de controlo** sobre esta última.

Assim se explica que as participações indirectas se definam a partir da existência de uma **posição de domínio** na sociedade participante, expressa na detenção de uma maioria do capital social ou em outros factores equivalentes²³. E assim se explica, também, que aos direitos de voto do participante sejam equiparados os direitos de voto de terceiros que se tenham obrigado a adoptar

²² Nomeadamente os citados na nota anterior, a que se pode acrescentar ainda o disposto na alínea d) do n.º 2 do artigo 447.º do Código das Sociedades Comerciais, a propósito do dever de comunicação à sociedade das participações sociais adquiridas pelos membros dos seus órgãos de administração e fiscalização.

²³ Esses factores são habitualmente a detenção da maioria dos direitos de voto, a possibilidade de designar ou destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização, a capacidade de exercer uma influência dominante por força de contrato ou cláusula estatutária, etc. Cfr., a título de exemplo, a alínea a) do n.º 2.º do artigo 13.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, já citado, ou o n.º 2 do artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais.

uma “política comum” em relação à gestão da sociedade²⁴, ou os direitos de voto de terceiros correspondentes a uma participação que seja objecto de um contrato-promessa, de opção ou de reporte²⁵, ou ainda os direitos de voto que o participante tenha o direito de adquirir por sua exclusiva iniciativa²⁶ ou possam ser por ele exercidos a qualquer título, incluindo os inerentes a acções recebidas em garantia de créditos do participante²⁷.

Em todos estes casos, o que a lei procura é identificar os mecanismos de controlo duma sociedade. O objectivo dos regimes citados consiste em saber quem define a orientação da sociedade participada, quem rege efectivamente a sua actividade, quem está em condições de influenciar mais ou menos significativamente a sua gestão.

Ora, não é esse o objectivo do regime estabelecido pelo artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98. A delimitação de uma participação superior a 10%, como limiar a partir do qual fica vedada a celebração de convenções, não se prende com a influência que tal participação permite exercer na gestão da sociedade. A lei tem em vista apenas o **interesse económico ligado à titularidade da participação social**, materializado no direito a uma atribuição proporcional de lucros.

²⁴ Cfr. a alínea e) do n.º 1 do artigo 346.º do Código do Mercado de Valores Mobiliários, ou a alínea e) do n.º 7.º do artigo 13.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, um e outro já citados.

²⁵ Cfr. o n.º 3 do artigo 447.º do Código das Sociedades Comerciais.

²⁶ Cfr. a alínea f) do n.º 1 do artigo 346.º do já referido Código do Mercado de Valores Mobiliários, bem como a alínea i) do n.º 7.º do artigo 13.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

²⁷ Cfr., ainda aqui, a alínea g) do n.º 1 do artigo 346.º do Código do Mercado de Valores Mobiliários e as alíneas g) e j) do n.º 7.º do artigo 13.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

Do ponto de vista do conflito de interesses decorrente da celebração duma convenção, o que importa é o proveito que a sociedade pode obter através do encaminhamento indevido de utentes do SNS. Não estão em causa, portanto, as decisões ou a orientação da sociedade, mas sim o benefício que ela colhe a partir de decisões tomadas no âmbito do SNS.

Dentro deste contexto, o conceito de participação indirecta surge como um conceito eminentemente equívoco, demasiado atreito a erros de interpretação. E foi essa, decerto, a razão pela qual o Decreto-Lei n.º 97/98 o suprimiu. Seria um erro, nomeadamente, pensar que a posse de 51% do capital duma sociedade, detentora por hipótese de 11% duma outra sociedade, representa um **interesse económico** equivalente a esses 11%. O titular daquela maioria de capital de 51% exerce, sem dúvida, o pleno controlo da participação que a primeira sociedade detém na segunda — o que permite dizer que é titular indirecto dessa participação —, mas não tem senão direito a sensivelmente metade da parte que nos lucros cabe àqueles 11%.

Assim, nestes casos e para os efeitos do Decreto-Lei n.º 97/98, o que importa averiguar não é a existência de participações indirectas, no sentido normal do termo, mas a **existência por via indirecta de um interesse económico nos resultados da sociedade que seja equivalente a uma participação de mais de 10%**. Essa equivalência determina-se através do produto aritmético das percentagens de capital situadas na cadeia de participações. O produto apurado desta forma constitui o que, na técnica contabilística, se designa como “percentagem de participação”, em contraposição a “percentagem de controlo”²⁸. São estas **percentagens de participação** que se encontram abrangidas pelo artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98, quando ultrapassem os 10%, e não as percentagens de controlo, normalmente associadas ao conceito de participação indirecta.

²⁸ Cfr., acerca destes conceitos, F. V. GONÇALVES DA SILVA / J. M. ESTEVES PEREIRA, *Contabilidade das Sociedades*, 10.ª ed., Lisboa, 1994, pág. 421.

Em conclusão: devem considerar-se impedidas de celebrar convenções, atendendo ao espírito e razão de ser do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98, as sociedades prestadores de cuidados de saúde participadas por uma outra sociedade de que seja sócio um profissional do SNS (ou o seu cônjuge, ascendentes ou descendentes), desde que o produto das duas fracções de capital seja superior a 10%.

IV

SITUAÇÃO LEGAL DAS SOCIEDADES GERIDAS OU PARTICIPADAS EM MAIS DE 10% POR PESSOA QUE SEJA CÔNJUGE, ASCENDENTE OU DESCENDENTE DO 1.º GRAU DE PROFISSIONAL VINCULADO AO SNS.

11. Os problemas de interpretação levantados pelo n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 no respeitante à situação dos familiares dos profissionais do SNS, enquanto titulares de partes de capital em sociedades, resultam, tal como os analisados nos capítulos anteriores, de uma ostensiva diferença de redacção daquele preceito relativamente ao n.º 3 do artigo 37.º do Estatuto do SNS.

Na verdade, como já foi anteriormente assinalado, enquanto o diploma de 1993 proibia a celebração de convenções com entidades colectivas em que o profissional do SNS detivesse uma participação superior a 10% do capital "*por si mesmo ou conjuntamente com o cônjuge, ascendentes ou descendentes*", o novo regime estabelece a mesma proibição para os profissionais que detenham participação superior a 10% "*por si mesmos, pelos seus cônjuges e pelos seus ascendentes ou descendentes do 1.º grau*".

Abstraindo do grau de parentesco (que não suscita dúvidas de interpretação e na prática não tem grande significado), a posição dos familiares acionistas ou quotistas deixou de ser considerada apenas **em conjunto** com a do profissional do SNS, para passar a ter uma relevância autónoma enquanto situação **alternativa** à do mesmo profissional. Se a verdadeira intenção da lei é a que transparece da sua letra, ter-se-á verificado um substancial alargamento das hipóteses abrangidas pelo n.º 2 do artigo 9.º, passando ele a abranger situações

em que a conexão do interesse do profissional do SNS com a dos seus familiares é menos intensa — ou, se se quiser, menos visível.

Um tal entendimento, porém, não deve ser aceite precipitadamente e sem melhor análise. Na verdade, a ser exacto, ele vem dificultar seriamente a possibilidade de os familiares desenvolverem uma actividade própria, como é seu direito, sem qualquer forma de conjugação ou parceria próxima com o profissional do SNS em questão. Se a lei considera que a sociedade participada unicamente pelo cônjuge, pelos pais ou pelos filhos do profissional do SNS está automaticamente impedida de celebrar convenções ou sujeita a ver resolvidas com justa causa as convenções já celebradas (cfr. artigos 13.º, n.º 1, e 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 97/98), a razão de ser e a legitimidade constitucional de uma tal restrição terá de ser vista com olhos diferentes, e mais severos, por comparação com o regime anterior.

Haverá outros entendimentos possíveis do alcance do n.º 2 do artigo 9.º, na parte que se refere à posição dos familiares?

12. Uma interpretação a considerar, compatível com a letra da lei, seria a seguinte: ao incluir a titularidade de partes de capital “*pelos seus cônjuges e pelos seus ascendentes ou descendentes*”, o legislador estaria a referir-se aos casos em que essa titularidade é adquirida pelo profissional do SNS mediante **interposição da pessoa do seu familiar** — e só a esses casos.

De acordo com esta interpretação restritiva, a expressão “titularidade pelo seu cônjuge”, ou “titularidade pelo seu ascendente”, ou ainda “titularidade pelo seu descendente”, abrangeria apenas duas hipóteses: ou a de **simulação** da titularidade do capital da sociedade participada, ou a de actuação do familiar com base num **mandato** do profissional do SNS. Só quando existisse alguma destas situações é que a proibição de acesso às convenções se justificaria, porque só então é que haveria motivo para estabelecer uma identificação entre o in-

teresse do familiar, titular real ou aparente da participação, e o interesse próprio do profissional do SNS.

Se o n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 devesse ser compreendido nestes termos, a intenção do novo regime não teria sido, afinal, a de alargar o âmbito de aplicação das restrições, mas sim a de alterar a definição do nexó relevante que liga o interesse do profissional do SNS à posição do seu familiar. Esse nexó teria deixado de ser a conjunção de participações sociais, para passar a ser a interposição de pessoas. Consequentemente, a Administração Pública não poderia recusar a celebração de convenções com sociedades participadas pelo cônjuge, por ascendentes ou por descendentes de profissionais do SNS, se não lograsse demonstrar a existência de tal interposição.

13. A verdade, no entanto, é que esta interpretação não resiste a algumas objecções e acaba por revelar-se insustentável.

Insustentável, desde logo, na hipótese de simulação. A existência de um negócio simulado quanto à identidade do detentor, por aquisição originária, dum participação no capital da sociedade equivale, necessariamente, à **simulação do próprio pacto social**. Sem o acordo de todos os sócios, na verdade, tudo o que pode existir é um compromisso lateral entre um dos subscritores do pacto social e terceiros, sem reflexos na titularidade da participação adquirida pelo primeiro. Aí já não haverá simulação, mas apenas actuação por conta de outrem, ou seja, simples interposição de mandatários.

A consequência da simulação do pacto social, como se sabe, não poderia deixar de ser a **nullidade** desse pacto, enquanto negócio simulado²⁹. A ar-

²⁹ É o princípio geral estabelecido no artigo 240.º, n.º 2, do Código Civil.

guição de simulação por parte da Administração Pública teria assim o sentido de fazer valer, em vez desse pacto, os efeitos do negócio dissimulado, isto é, do contrato de sociedade realmente estipulado pelos sócios, entre os quais se encontraria o profissional do SNS. Apurada a **titularidade real** (embora dissimulada) de uma parte de capital por um profissional do SNS, haveria então lugar a recusa de celebração da convenção.

Só que este raciocínio não teria em conta a natureza formal dos pactos sociais, que são negócios sujeitos a escritura pública³⁰, assim como a registo e publicação obrigatória³¹. Mesmo que se provasse a existência dum contrato dissimulado entre os sócios, nos termos do qual a titularidade da participação pertencesse ao profissional do SNS e não ao seu familiar, não seria propriamente essa circunstância que impediria a celebração da convenção, porque tal contrato sofreria de **nulidade por falta de forma**³². A convenção não poderia, com certeza, ser celebrada — mas a razão estaria simplesmente na falta de um ente societário válida e eficazmente constituído.

O regime da simulação mostra-se, portanto, incongruente com o regime do Decreto-Lei n.º 97/98, tanto no que se refere às situações pressupostas no n.º 2 do seu artigo 9.º, como no que diz respeito à sanção prevista para as convenções indevidamente celebradas, que no caso de simulação do pacto social não poderia ser a mera **resolubilidade** estabelecida no n.º 2 do artigo 13.º.

³⁰ Artigo 7.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro.

³¹ Artigo 166.º do Código das Sociedades Comerciais e artigos 3.º e 70.º do Código do Registo Comercial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de Dezembro.

³² O artigo 241.º do Código Civil, depois de no n.º 1 estabelecer, como regra, que a validade do negócio dissimulado não é prejudicada pela nulidade do negócio simulado, acrescenta no n.º 2 que o negócio dissimulado em todo o caso só será válido se tiver observado a forma eventualmente exigida por lei.

E incongruente se mostra também, pelo mesmo motivo, nos casos de **aquisição superveniente** de partes do capital da sociedade, na medida em que o respectivo acto de transmissão se encontre dependente de especiais formalismos (assim sucede com a cessão de quotas, com a transmissão de acções nominativas, com a transmissão de acções ao portador sujeitas a registo ou depósito, etc.)

Para além, entretanto, desta incongruência de regimes, a interpretação ora em análise mostra-se ainda vulnerável a dois argumentos.

Por um lado, não se compreenderia facilmente a utilidade de uma norma que, na parte relativa à participação dos familiares, viesse contemplar hipóteses já cobertas pelo regime geral da simulação. Se a Administração possui elementos que lhe permitam detectar e meios que lhe permitam provar a existência duma titularidade simulada de qualquer fracção do capital duma sociedade, por parte dos familiares dum profissional do SNS, os princípios gerais do Código Civil ser-lhe-iam mais do que bastantes para extrair dessa simulação todas as consequências e, nomeadamente, para fundamentar a não celebração da convenção.

Por outro lado, ficaria também por explicar a razão pela qual só em relação aos familiares do profissional de saúde do SNS (o cônjuge e os ascendentes e descendentes do 1.º grau) é que a lei atribuiria relevância a situações de eventual simulação. É possível que os acordos simulatórios sejam mais fáceis ou mais frequentes entre familiares próximos. Mas com que fundamento se iriam excluir os demais? Se a lei estivesse preocupada com este tipo de situações, não se vê que motivo razoável a levaria a considerar apenas certas hipóteses de simulação, deixando de fora todas as outras.

14. Este último argumento — que se nos afigura decisivo — vale ainda e por inteiro para afastar da *mens legislatoris* os casos de interposição de pessoas baseados na existência de uma **relação de mandato**.

Seria aceitável, em face da letra da lei, uma restrição do alcance do n.º 2 do artigo 9.º que fizesse entrar na sua previsão as situações em que o titular da participação (titular verdadeiro, não simulado) agisse por conta e no interesse de um profissional do SNS, seu familiar. A lei não cuidaria de saber se a interposição do familiar esconde um negócio simulado, nem sequer se ela tem o propósito fraudulento de contornar a proibição de acesso às convenções. Bastaria que o familiar se tivesse comprometido a actuar sob as instruções do profissional do SNS e a transferir para ele os lucros correspondentes à sua participação — porque tanto seria suficiente para equiparar a titularidade daquele a uma titularidade directamente assumida por este último.

O que, todavia, não lograria de todo em toda explicação seria a restrição da mencionada equivalência aos casos em que o mandatário fosse um dos familiares previstos no artigo 9.º. Se o mandato fosse conferido a um familiar de categoria ou grau diferente, ou então a uma pessoa sem qualquer grau de parentesco ou afinidade, a relação assim estabelecida já não teria, segundo esta via de interpretação, quaisquer consequências, apesar de o interesse do profissional do SNS se encontrar tão intimamente ligado à sociedade como na primeira hipótese. Isto com a agravante de não existir motivo para pensar que os mandatos desta natureza são mais fácil ou mais frequentemente conferidos a familiares próximos do que a outras pessoas.

Impõe-se assim concluir que a parte final do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 não tem em vista as participações adquiridas por interposta pessoa (por interposto cônjuge, ascendente ou descendente). Se a lei quisesse abranger apenas essas situações, não necessitaria de acrescentar essa segunda parte do preceito, porque elas caberiam sempre no espírito da primeira parte, conjugado com os princípios gerais pertinentes.

Ao alargar o âmbito de previsão da norma às participações detidas pelos citados familiares, a lei quis algo mais — quis incluir todas as participações de que eles sejam titulares, independentemente da existência de factos ou vínculos suplementares que os liguem ao profissional do SNS, além da relação conjugal ou de parentesco.

15. Que razões terão levado o legislador a proibir a celebração de convenções com sociedades participadas pelo cônjuge e pelos ascendentes ou descendentes dos profissionais vinculados ao SNS? A determinação dessas razões é essencial para o juízo crítico que posteriormente se fará a respeito da constitucionalidade das restrições impostas pelo n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98.

Toda a dificuldade do problema deriva da circunstância de a lei não ter proibido a celebração de convenções, a título individual, nem com os cônjuges, nem com os ascendentes e descendentes de profissionais do SNS. Apesar da evidente proximidade de interesses entre uns e outros, a lei não tirou dela quaisquer consequências no plano do acesso às convenções. Não se trata de lapso ou esquecimento, porque está em causa um aspecto central do regime instituído. A salvaguarda da posição individual dos familiares foi intencional.

Por que motivo, então, a lei vedou o acesso às convenções por parte de sociedades onde o interesse do cônjuge, ascendente ou descendente — expresso na titularidade de uma fracção do capital eventualmente minoritária — está na aparência menos intensamente envolvido do que numa convenção celebrada a título individual?

Uma explicação porventura invocável seria esta: o legislador terá entendido que nas convenções celebradas a título individual está em jogo um interesse de maior peso, que é o interesse relativo ao desenvolvimento de uma carreira profissional, do que o interesse meramente económico que se prende com

a participação no capital de uma sociedade. Tanto mais que os interesses económicos tendem a ser dispersos e repartidos, ao contrário do interesse profissional, que tende a concentrar-se numa única actividade.

A explicação, porém, não se afigura convincente. Para além de se basear numa hierarquização de interesses em si mesma de duvidosa legitimidade — quanto mais não seja porque os interesses profissionais e os interesses económicos correspondem a duas liberdades protegidas de igual modo pela Constituição —, o argumento que ela encerra como que se vira contra si próprio. Com efeito, por mais que se queira valorizar os interesses de carácter profissional relativamente aos interesses decorrentes de uma participação financeira, a verdade é que o menor peso destes últimos (a ser realmente menor) **implica necessariamente um conflito menos intenso** com o interesse público e um grau de risco também menor para a realização deste interesse.

Quer dizer: se o legislador entende que lhe é lícito ir mais longe no sacrifício de interesses de natureza económica ou financeira, porque os considera de algum modo **menos prementes** do que o interesse ligado à actividade profissional, então **pela mesma razão deverá concluir que esse sacrifício é menos necessário**. Para este efeito, a possibilidade e a necessidade do sacrifício variam segundo uma razão inversa, porque o facto que as determina é só um — a menor importância do interesse privado em jogo. Se o legislador partir do princípio de que um particular tem menos a perder com uma restrição ao seu interesse de mero titular de uma participação social, por idêntico motivo terá de aceitar que esse particular tem também menos a ganhar com um eventual benefício ilegítimo conseguido nessa qualidade.

Daqui se tem de concluir que **não foi por atribuir um peso diferente aos interesses pessoais envolvidos** que a lei permitiu a celebração de convenções, a título individual, com os familiares próximos dos profissionais vinculados ao SNS, mas não permitiu a sua celebração com sociedades por eles participadas. Uma tal explicação sofreria de um irremediável ilogismo.

16. Não parece igualmente aceitável o argumento segundo o qual o risco de um conflito de interesses se mostraria inferior quando a convenção fosse celebrada directamente com o cônjuge, ascendente ou descendente do profissional do SNS, em virtude de os cuidados de saúde convencionados a título individual pertencerem a uma **única especialidade**, fazendo assim diminuir significativamente a oportunidade da prática de actos indevidos de encaminhamento de utentes do SNS.

Este argumento assenta em pressupostos cuja exactidão não está ao nosso alcance determinar. Se a oportunidade para o encaminhamento de utentes, por exemplo, tende ou não, e em que medida, a restringir-se às entidades convencionadas no mesmo campo de especialidade do profissional do SNS — não o sabemos. Como também não sabemos se as sociedades convencionadas tendem ou não, e em que medida, a ser pluri-especializadas, e se as convenções celebradas com o SNS abrangem ou não, como regra, o conjunto dos vários cuidados de saúde por elas prestados.

O que nos parece óbvio é que, se se aceita que a oportunidade de encaminhamento é maior no âmbito da mesma especialidade, o risco de conflito de interesses com as sociedades, embora resulte acrescido do ponto de vista das probabilidades, diminui do ponto de vista das vantagens proporcionadas, porque essas vantagens corresponderão apenas a **uma parcela** da actividade societária. Na pior das hipóteses, se apenas o segundo pressuposto se mostrar verdadeiro (a diversidade de cuidados de saúde cobertos pelas convenções com sociedades), ainda assim a maior capacidade de beneficiar do encaminhamento de utentes, que as sociedades apresentam relativamente aos profissionais independentes, é sempre contrabalançada pelos **custos** próprios dessa diversidade e pela **divisão** dos resultados entre os sócios.

Tal como na hipótese anterior, portanto, os factores de variação do risco de conflito de interesses geram **efeitos que se anulam ou compensam mu-**

tuamente. São factores neutros ou quase neutros, que deixam sensivelmente inalterado o grau de risco associado à celebração de convenções a título individual ou por via de sociedades participadas. Tanto basta para que não seja possível explicar através deles a diferença de regime legal aplicável às duas situações, no que respeita aos familiares dos profissionais do SNS.

17. A conclusão inevitável que se retira dos números anteriores é a de que a referência, no âmbito do n.º 2 do artigo 9.º, a certos familiares dos profissionais do SNS, quando titulares de participações sociais, **não resulta da consideração do seu interesse próprio e da proximidade desse interesse relativamente ao do profissional do SNS.** Se fosse esse o fundamento da sua inclusão no preceito, a lei não deixaria de proibir também a celebração de convenções com tais familiares a título individual — o que não fez.

As razões da lei hão-de ser, portanto, outras. São razões baseadas na **presunção de que o interesse do titular da participação — cônjuge, ascendente ou descendente do profissional do SNS — se confunde com o interesse deste último.** A lei parte do princípio de que o familiar prossegue, dentro da sociedade, um interesse que não é seu, ou não é exclusivamente seu. Um interesse, por outras palavras, indissociável do do profissional do SNS, seu cônjuge ou parente.

Na raiz desta presunção legal de identidade de interesses está, com toda a certeza, a consciência que o legislador tem das **insuperáveis dificuldades de prova** com que a Administração se defrontaria se tivesse de averiguar, em cada caso concreto, a eventual existência de mecanismos de interposição de pessoas, nomeadamente os que foram acima analisados (simulação e mandato). Exigir da Administração essa prova comprometeria seriamente, na perspectiva do legislador, a eficácia prática da proibição de celebração de convenções por parte dos profissionais do SNS.

A presunção legal subjacente à parte final do n.º 2 do artigo 9.º é ilidível? Se a prova positiva da interposição de pessoas é difícil, o encargo inverso (a prova da não existência dum simulação ou dum mandato) seria de todo impossível. Não cremos que faça muito sentido um esforço de interpretação a favor dessa possibilidade, que em nada aproveitaria aos familiares do profissional do SNS. A letra do preceito inculca fortemente a ideia de que se trata de uma **presunção absoluta**, uma presunção não ilidível – e é assim que, para todos os efeitos, ela deve ser encarada.

Acrescente-se ainda que, ao assumir o pressuposto de que as participações sociais detidas por cônjuges, ascendentes e descendentes estão sempre subordinadas ao interesse do profissional do SNS, **a lei não se baseou necessariamente numa presunção de fraude**. A interposição de pessoas pode não ser fictícia, como é na simulação. E se for uma interposição real, como no mandato, pode obedecer a outros objectivos que não o de defraudar a lei. Para o efeito que a lei tem em vista, o que releva é o facto objectivo de o titular da participação representar um interesse alheio.

Deve, em todo o caso, sublinhar-se que o círculo de pessoas próximas do profissional do SNS, atingidas pela proibição estabelecida no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98, revela uma **especial preocupação do legislador com as hipóteses de interposição fictícia**. Os cônjuges, ascendentes e descendentes não esgotam as relações de confiança normalmente requeridas para a atribuição dum mandato. Mas são as pessoas que, pela sua proximidade familiar e pela sua qualidade de herdeiros prováveis do profissional do SNS, propiciam mais facilmente um negócio simulado na aquisição de participações sociais.

V

ANÁLISE DO REGIME DAS SOCIEDADES GERIDAS OU PARTICIPADAS POR FAMILIARES DE PROFISSIONAL DO SNS, À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE, DA LIBERDADE DE ESCOLHA DA PROFISSÃO E DA LIBERDADE DE INICIATIVA PRIVADA.

18. O problema da constitucionalidade das restrições impostas aos cônjuges, ascendentes e descendentes dos profissionais do SNS, pelo n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/97, tem de ser visto separadamente em relação ao princípio da igualdade e em relação às liberdades de escolha da profissão e de iniciativa económica privada.

No que diz respeito ao **princípio da igualdade**, o problema consiste em saber se a lei tem um motivo legítimo e razoável para restringir os direitos de certas pessoas, muito especificamente delimitadas, numa matéria — como a da participação no capital e na gerência de sociedades convencionadas — em que a generalidade das demais pessoas goza de inteira liberdade, incluindo os familiares menos próximos do profissional do SNS. O princípio da igualdade não postula a universalidade das regras de direito, mas exige, sob pena de discriminação ilegítima, que as diferenças de tratamento sejam **justificadas** por motivos idóneos, isto é, por motivos funcionalmente adequados à realização de valores acolhidos pela ordem jurídica³³.

³³ O princípio da igualdade vale aqui essencialmente como um princípio de **proibição do arbítrio**: cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, pág. 127; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*,

A questão muda de natureza quando vista à luz **das liberdades fundamentais de escolha da profissão e de iniciativa privada**. Aí já não se trata de averiguar se se justifica uma diferença de tratamento entre várias categorias de pessoas, mas sim se as restrições impostas foram além do necessário para salvar o interesse colectivo, segundo um critério de **proporcionalidade**. A possibilidade de restringir liberdades fundamentais está constitucionalmente limitada, não só no seu fundamento, mas também na sua medida, a qual não pode exceder os sacrifícios correspondentes à obtenção de um benefício comparável para o interesse público (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição)³⁴.

19. Quanto ao princípio da igualdade, é nossa convicção que o regime do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 **não contém uma discriminação ilegítima ou injustificada**, nomeadamente uma discriminação em razão do grau de parentesco.

Se se abstrair do eventual carácter excessivo das restrições em relação ao interesse legalmente tutelado (esse aspecto será analisado depois, a propósito da liberdade de profissão e de iniciativa económica), **não parece que elas surjam como restrições injustificadas e gratuitas**, pelo facto de abrangerem determinados familiares dos profissionais do SNS e não quaisquer outras pessoas. A

tomo IV (Direitos Fundamentais), 2.ª ed., Coimbra, 1993, págs. 213 e segs.; e sobretudo MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO, *Princípio da igualdade. Fórmula vazia ou fórmula "carregada" de sentido?*, in "Boletim do Ministério da Justiça", n.º 358 (Julho de 1986), págs. 19 e segs.

³⁴ Trata-se de um afloramento do princípio geral da proibição do excesso, insito na ideia de Estado de Direito — cfr., por todos, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1998, págs. 417 e segs.

preocupação do legislador do Decreto-Lei n.º 97/98, neste ponto do seu regime, é a de evitar que os profissionais do SNS adquiram, por via da interposição de terceiros, posições relevantes no capital de entidades convencionadas, comprometendo assim o objectivo da lei em matéria de prevenção de conflitos de interesses. Para este efeito, e pelas razões já descritas no capítulo anterior, a lei estabeleceu uma **equiparação** entre as participações detidas pelos cônjuges, ascendentes e descendentes e as detidas pelo próprio profissional do SNS, aplicando às primeiras a mesma proibição imposta às segundas.

Na base deste regime, como também se viu anteriormente, está a ideia de que as relações familiares são especialmente propensas à interpenetração de interesses e à interposição de pessoas. Assim como a ideia de que, dentro das relações familiares, são as relações conjugais e de parentesco no 1.º grau aquelas que, pela maior **proximidade** e sobretudo pelo **regime sucessório** que as caracteriza³⁵, permitem atingir o nível de confiança necessário à prática de interposições fictícias ou simuladas, desdramatizando até certo ponto o risco e as consequências de um eventual desentendimento entre pessoas interpostas e interponentes. Tanto basta, a nosso ver, para explicar o âmbito de incidência da segunda parte do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98.

Aceite esta ideia e esta explicação, o problema deixa de se colocar em sede do princípio da igualdade. Saber, nomeadamente, se o legislador podia ir ao ponto de pressupor uma sistemática identificação de interesses entre o profissional do SNS e os seus familiares, equiparando as suas posições independentemente de uma averiguação caso a caso, é assunto que já não se enquadra no princípio da igualdade, mas sim no da restrição de direitos fundamentais.

³⁵ No actual sistema português, são herdeiros legitimários precisamente o cônjuge, os descendentes e os ascendentes (artigo 2157.º do Código Civil).

20. Em que medida poderá o regime do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98, ao proibir a celebração de convenções por parte de determinadas sociedades, afectar a **liberdade de escolha da profissão** dos cônjuges, ascendentes e descendentes dos profissionais do SNS³⁶?

À primeira vista, a proibição de celebração de convenções por via de sociedades participadas não contende com o exercício da actividade profissional das pessoas em questão. Se se tratar de uma actividade desenvolvida na área da prestação de cuidados de saúde, **poderão exercê-la tanto em regime liberal como em regime de trabalho por conta de outrem**. E nenhum obstáculo legal se levanta a que celebrem, enquanto profissionais liberais, uma convenção com o SNS, pois o Decreto-Lei n.º 97/98 não o proíbe. Assim como também não proíbe a celebração de convenções por parte de estabelecimentos em que os familiares do profissional do SNS exerçam o seu trabalho por conta de outrem.

A única actividade profissional que o n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 parece vedar aos cônjuges, ascendentes e descendentes do profissional do SNS é a **gerência de entidades convencionadas**. Em bom rigor, o que a lei impede é a celebração de convenções com entidades geridas por tais pessoas, pois só esse facto — e não o exercício de funções de gerência em si mesmo considerado — se mostra passível de sanção (a resolubilidade da convenção), mesmo que a gerência tenha sido assumida em momento posterior ao da celebração da convenção. Mas torna-se evidente que por esta forma indirecta se cria, na ordem prática das coisas, uma verdadeira restrição ao exercício da profissão, pois é mais fácil a uma entidade já convencionada, ou interessada na celebração de convenções, escolher pessoa diferente para a sua gerência do que desistir do seu relacionamento contratual com o SNS.

³⁶ A liberdade de escolha da profissão está consagrada no n.º 1 do artigo 47.º da Constituição nos seguintes termos: “*Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade*”.

Não nos parece, todavia, que se possa afirmar, com segurança, existir especificamente neste caso uma restrição ou sacrifício excessivo da liberdade de profissão, sem fundamento suficiente que o justifique à luz do princípio da proporcionalidade. O que há são **razões de ordem geral, relativas à posição de conjunto dos familiares perante o regime do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98**, que a nosso ver comprometem a validade constitucional das restrições que lhes são impostas. Essas razões serão referidas mais adiante a propósito da liberdade de iniciativa económica privada, para onde remetemos³⁷.

21. O problema da liberdade de escolha da profissão pode, entretanto, ser encarado numa outra perspectiva, que é a **do acesso a uma carreira profissional no âmbito do SNS**. Nada, aparentemente, se dispõe no Decreto-Lei n.º 97/98 que contrarie esse acesso, porque a existência dum vínculo profissional ao SNS surge nele como pressuposto, e não como objecto, da regulamentação instituída.

Mas também aqui se impõe estar atento à realidade prática das coisas e aos efeitos indirectos da lei. A existência dum vínculo ao SNS é, de facto, um pressuposto das restrições previstas na parte final do n.º 2 do artigo 9.º. Mas só o é quando associado à existência duma participação superior a 10% detida pelo familiar, porque só mediante a cumulação destes factores se aplica a proibição de celebração de convenções. Ora a **conjunção dos dois pressupostos** há-de estabelecer-se pela verificação em primeiro lugar de um ou outro deles — e essa relação de sequência não é indiferente.

Se a aplicabilidade da restrição resulta da aquisição de uma participação no capital de uma sociedade convencionada (ou da assunção da respecti-

³⁷ Cfr. *infra* n.os 22-23.

va gerência) por parte do cônjuge, do ascendente ou do descendente de uma **pessoa que já se encontra profissionalmente vinculada ao SNS**, nenhum argumento razoável pode em princípio ser utilizado para concluir que o regime do Decreto-Lei n.º 97/98 (ao determinar a resolubilidade das convenções existentes) irá, na prática, exercer sobre o profissional do SNS uma pressão constrangedora no sentido de abandonar a sua carreira pública. O senso comum e a experiência geral da vida são suficientes para presumir o contrário, pela simples razão de que a participação em sociedades (ou a sua gerência) são actos da vida pessoal que oferecem **alternativas muito mais vastas** do que uma carreira pública na área da saúde³⁸. Havendo que fazer escolhas, toda a probabilidade vai no sentido de elas serem assumidas pelo familiar e não sobre o profissional do SNS, que possui uma situação já enraizada e desprovida de alternativas.

Na hipótese, porém, de a aplicação do Decreto-Lei n.º 97/98 ser desencadeada pelo **acesso aos quadros do SNS** de uma pessoa cujo cônjuge, ascendente ou descendente detém mais de 10% do capital (ou a gerência) de uma sociedade convencionada, podem facilmente configurar-se muitas situações em que essa pessoa se sinta **decisivamente constrangida** a abdicar do seu projecto de carreira no âmbito do SNS. Se a participação societária corporizar uma parte muito importante dos interesses patrimoniais do seu detentor (ou mesmo profissionais, no caso da gerência) e, mais ainda, se se tratar de uma situação muito consolidada no tempo, a admissão nas carreiras do SNS converter-se-á num dilema de consciência para o respectivo familiar. A lei não limita directamente a escolha da profissão, mas penaliza-a indirectamente de uma forma que se deve

³⁸ Este raciocínio perde alguma da sua força quando a participação social seja adquirida por via de sucessão *mortis causa*, pois a lei exclui a aceitação parcial da herança (artigo 2054.º do Código Civil) e pode não haver sequer lugar a partilha. cremos, em todo o caso, que a venda subsequente da participação herdada constitui ainda uma opção muito menos onerosa do que a interrupção duma carreira profissional — na condição, evidentemente, de ao herdeiro ser facultado um prazo razoável para a alienação da sua participação, sem consequências para a sociedade.

reputar **excessiva e desproporcionada**, dado o peso que as carreiras públicas assumem no âmbito da saúde.

Concluimos, pois, pela invalidade constitucional do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98, na parte em que nele estão abrangidas as situações acabadas de mencionar. Trata-se de uma inconstitucionalidade material, por ofensa da liberdade fundamental de escolha da profissão. Encontrando-se esta liberdade inserida no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, a norma que a protege (o já transcrito artigo 47.º, n.º 1, da Constituição) é de **aplicação directa** a todas as entidades públicas e privadas³⁹, pelo que o regime daquele n.º 2 deve ser inaplicado pela própria Administração, na parte descrita.

22. Consideremos, por último, o problema da legitimidade das restrições impostas pelo n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 à luz **da liberdade de iniciativa económica privada** dos cônjuges, ascendentes e descendentes dos profissionais do SNS⁴⁰.

O objecto directo das restrições — como já diversas vezes ficou assinalado — não é a possibilidade de as pessoas em questão adquirirem ou dete-

³⁹ A força jurídica dos direitos, liberdades e garantias encontra-se definida no n.º 1 do artigo 18.º da Constituição: *“Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”*.

⁴⁰ A liberdade de iniciativa económica, ou liberdade de empresa, vem prevista no artigo 61.º, n.º 1, da Constituição: *“A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral”*. Trata-se de um direito negativo ou de defesa, por isso mesmo considerado um direito análogos aos direitos, liberdades e garantias e sujeito ao regime do artigo 18.º — cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., pág. 326.

rem fracções de capital superiores a 10% numa sociedade convencionada, mas sim a **possibilidade de a sociedade por elas participada celebrar convenções com o SNS**. O facto realmente proibido é este último e só ele, na verdade, dará lugar a uma sanção, nos termos do Decreto-Lei n.º 97/98. Para o efeito, no entanto, de uma eventual ofensa da liberdade de iniciativa privada, torna-se indiferente o plano em que a análise seja colocada. A proibição de celebração de convenções afecta, decerto, a liberdade de investimento dos familiares do profissional do SNS, mas apenas **na medida em que a sua qualidade de sócios vem reduzir a actividade potencial da sociedade**. Não existe nenhum outro obstáculo, directo ou reflexo, explícito ou implícito, à aquisição de participações na sociedade. A lesão causada à liberdade de investimento dos sócios confunde-se, pois, por inteiro com a lesão causada à sociedade pela proibição legal de celebração de convenções com o SNS.

Esta proibição, por sua vez, não pode ser vista como uma restrição pontual, mais ou menos irrelevante, da **liberdade contratual** da sociedade e da sua actividade económica. O Estado, em matéria de cuidados de saúde, não é um cliente entre muitos. A responsabilidade que lhe incumbe de organizar um *“serviço nacional de saúde universal e geral”*⁴¹ faz com que o campo de afirmação da medicina privada se confine às margens do sistema e que a capacidade de relacionamento contratual com o Estado, com vista à integração numa rede nacional de prestação de cuidados de saúde⁴², condicione fortemente o acesso dos utentes. É natural que a dependência do sector privado em relação às conven-

⁴¹ Cfr. a alínea a) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição: “[O direito à protecção da saúde é realizado] a) *Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito*”.

⁴² Esta “rede nacional” está prevista no n.º 4 da Base XII da Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto) como expressão de um sistema geral de saúde misto, baseado na complementaridade de sectores e na colaboração dos profissionais e estabelecimentos privados com as entidades públicas.

ções varie consoante a natureza ou espécie dos cuidados oferecidos, ou o âmbito geográfico da sua prestação, ou outros factores ainda. Mas, excluídos os casos em que os profissionais ou estabelecimentos privados possam desenvolver a sua actividade sem recurso a convenções com o Estado, **a impossibilidade de as celebrar constituirá sempre uma restrição da liberdade de iniciativa privada**, na exacta medida da dependência de cada um deles.

Ora, é nossa convicta opinião que a proibição de celebrar convenções, imposta às sociedades participadas (em mais de 10%) pelos cônjuges, ascendentes ou descendentes dos profissionais vinculados ao SNS, constitui uma **restrição ilegítima, porque injustificada ou excessiva, à liberdade de iniciativa económica privada**. Procuraremos demonstrá-lo no número seguinte.

23. O alargamento da proibição estabelecida no n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 aos cônjuges, ascendentes e descendentes dos profissionais do SNS não se funda na necessidade de prevenir conflitos entre o interesse público que esses profissionais devem prosseguir, no âmbito das suas funções no SNS, e o **interesse próprio** dos seus familiares. Pelas razões já explanadas no capítulo IV do presente parecer⁴³, tem de entender-se que não foi a proximidade do interesse dos familiares relativamente ao interesse pessoal dos profissionais do SNS que determinou a parte final do n.º 2 do artigo 9.º. Foi antes a **presunção de que esses dois interesses se identificam**, no sentido de que o primeiro não tem autonomia em face do segundo.

⁴³ Cfr. *supra* n.ºs 15-17.

Por outro lado, se a lei se baseou numa presumida identidade de interesses entre os profissionais do SNS e os respectivos cônjuges⁴⁴, ascendentes e descendentes do 1.º grau, quando detentores de participações superiores a 10% em sociedades convencionadas, foi porque partiu do princípio de que estes familiares **desempenham um papel de simples interposição, real ou fictícia**, entre a respectiva sociedade e o profissional do SNS. Querendo provavelmente poupar a Administração Pública ao pesado ónus da prova dessa interposição, a lei assumiu-a como um pressuposto (insusceptível, de facto se não mesmo de direito, de prova em contrário) e extraiu dele como natural consequência a aplicação aos familiares das mesmas restrições impostas aos profissionais do SNS.

O que acontece é que esta presunção não é aceitável, sob nenhum ponto de vista, como fundamento da equiparação da posição dos familiares à posição dos profissionais do SNS. Não há nenhuma razão, tirada da experiência comum, que permita supor que a aquisição de participações sociais por cônjuges, pais e filhos dos profissionais do SNS obedece, por regra, ao interesse destes últimos e é feita por sua conta. A interposição de pessoas, sobretudo na suas modalidades simuladas ou fictícias (que são aqui especialmente combatidas), constitui sempre um fenómeno ocasional a averiguar caso a caso⁴⁵. Presumir a

⁴⁴ Se a participação do cônjuge constituir um bem comum do casal, a identidade de interesses não é evidentemente presumida, mas real e efectiva, e justifica inteiramente as restrições à celebração de convenções. A referência aos cônjuges, no texto, deve portanto considerar-se limitada às participações sociais que se integrem no respectivo **património próprio**.

⁴⁵ É o que determina, por exemplo, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 413/93, de 23 de Dezembro, ao impedir os agentes públicos de, em certas circunstâncias, prestarem serviços a terceiros, “*por si ou por interposta pessoa*”. Note-se que a interposição pode dizer respeito a qualquer pessoa, e não apenas aos familiares. No mesmo sentido, vejam-se os artigos 345.º e 346.º do Código do Mercado de Valores Mobiliários, sobre os deveres de informação relativos a “participações importantes”, onde se referem as aquisições feitas “*directamente ou por interposta pessoa*” e se lhe equiparam os direitos de voto “*detidos por terceiros em seu próprio nome, mas de conta do interessado*”, sem presumir a interposição de ninguém.

existência dessas situações equivale a **lançar, sobre determinadas classes profissionais, uma suspeita generalizada de fraude**. O legislador poderia recear que a proximidade de interesses entre cônjuges ou entre pais e filhos gerasse, em si mesma, um risco específico de conflito de interesses, relevante para o efeito da proibição de celebração de convenções. Mas não pode partir do princípio de que esses familiares se encontram sempre, por via de interposições simulatórias ou fraudulentas, ao serviço do interesse do profissional do SNS e que, por tal motivo, devem sofrer as consequências de um conflito de interesses que só a ele diz respeito⁴⁶. Não é admissível, numa palavra, que o legislador converta um **risco de fraude** numa **presunção de fraude** e, com base nela, restrinja os direitos dos familiares e lhes negue a possibilidade de exercer por meios lícitos a sua liberdade económica⁴⁷.

⁴⁶ Este ponto já foi sublinhado e possui uma importância fundamental. Revejam-se novamente *supra*, n.ºs 15-17, as razões pelas quais se tem de concluir que o Decreto-Lei n.º 97/98 não atribuiu relevância ao eventual conflito entre o interesse público confiado aos profissionais do SNS e o **interesse pessoal** dos seus cônjuges, ascendentes ou descendentes. Este aspecto estabelece uma diferença decisiva em relação ao regime dos artigos 3.º, 4.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 413/93. A equiparação expressamente prevista nestes preceitos inclui actos individuais dos familiares, além das suas participações societárias, pelo que pode ser justificada pela necessidade de prevenir um **conflito de interesses distinto e autónomo**. A hipótese de interposição de pessoas encontra-se regulamentada separadamente no artigo 3.º, como se referiu na nota anterior.

⁴⁷ Não se confundem com a situação descrita aquelas outras em que as participações societárias de determinadas pessoas são equiparadas à de um seu familiar apenas para o efeito de a lei reforçar uma restrição que impende sobre este, **sem presumir a interposição de pessoas e sem lançar uma suspeita arbitrária sobre uma determinada classe profissional**: é o caso da equiparação dos direitos de voto do cônjuge e dos filhos menores, para o efeito de controle da idoneidade dos detentores de participações qualificadas no capital de instituições de crédito, nos termos conjugados dos artigos 102.º e 103.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro), bem como da alínea a) do n.º 7.º do artigo 13.º do mesmo diploma e, por remissão, das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 447.º do Código das Sociedades Comerciais.

Uma restrição assente em tais pressupostos não é justificável pelas vantagens concedidas para o interesse público. Não é a bondade dos fins que está em causa, mas a natureza dos meios utilizados para os conseguir realizar. Não é razoável, nem legítimo, impedir certos familiares de participar no capital ou na gerência de sociedades convencionadas, para ter a certeza de evitar casos isolados de simulação ou interposição fraudulenta de pessoas — como também não seria legítimo aprisionar uma população inteira para ter a certeza de punir os criminosos. Os fins não justificam sempre os meios. Se estes se mostram arbitrários ou excessivos, deixam de poder ser usados como arma para a realização do interesse público. Tal é o princípio estabelecido no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, em matéria de restrição de direitos, liberdades e garantias.

Com os fundamentos expostos, não temos dúvida em afirmar que **sofrem de inconstitucionalidade material, por ofensa da liberdade de iniciativa económica privada, todas as restrições impostas pelo n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 aos cônjuges, ascendentes e descendentes dos profissionais do SNS** (com ressalva, quanto aos cônjuges, das participações integradas no património comum do casal). Estando em causa um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, a correspondente norma constitucional (artigo 61.º, n.º 1) é de **aplicação directa** a todas as entidades públicas e privadas, tal como a referente à liberdade de profissão, pelo que também com este fundamento a Administração pode (e deve) deixar de aplicar o regime legal em questão.

24. Independentemente da conclusão a que se chegou no número anterior, existem certas situações em que a aplicação do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 se revela claramente inconstitucional, tanto por ofensa da **liberdade de exercício da profissão** como por ofensa da **liberdade de iniciativa económica** — e tanto em relação aos profissionais do SNS como aos seus familiares.

A restrição destes direitos, por motivo de acautelamento da imparcialidade administrativa, só se justifica, como oportunamente se salientou, na medida em que os profissionais ou estabelecimentos convencionados possam ter um tratamento de favor no encaminhamento dos utentes do SNS. Este conflito de interesses — que justifica o estabelecimento da restrição — só existe, por sua vez, quando o profissional do SNS tem, em abstracto, a possibilidade de dar esse tratamento favorável indevido a uma entidade convencionada que envolve o seu interesse pessoal ou o dos seus familiares.

Ora, para que este pressuposto se verifique, é indispensável que a entidade convencionada preste os cuidados de saúde na mesma área geográfica do estabelecimento público em que o profissional do SNS exerce as suas funções. Sempre que a entidade convencionada preste os cuidados de saúde em **área geográfica distinta** — numa região de saúde diferente, designadamente — não existe possibilidade de um conflito de interesses. E tanto basta para afirmar que, nesses casos, a restrição contida no artigo 9º, n.º 2, **não é adequada nem necessária ao fim que a justifica.**

A adequação e a necessidade são, tanto como a proporcionalidade, requisitos indispensáveis para legitimar as restrições de direitos, liberdades e garantias, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Na falta deles, a norma restritiva estará ferida de inconstitucionalidade material e não deverá, nos termos do n.º 1 do mesmo preceito, ser aplicada pelas autoridades públicas.

É o que sucede com o artigo 9º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 97/98, na parte em que veda a celebração de convenções com profissionais livres, ou com sociedades em que eles ou os seus familiares participem, cujos cuidados de saúde sejam prestados, ao abrigo da convenção, em área geográfica distinta da correspondente ao estabelecimento do SNS em que os mesmos profissionais exerçam funções.

VI

CONCLUSÕES

1. **Fundamento e razão de ser das regras de acesso às convenções. Legitimidade geral das restrições impostas. Problemas de direito transitório.**
 - a) O n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 contém uma proibição de contratar com o Estado, não uma proibição do exercício de actividades privadas pelos profissionais do SNS. No caso das sociedades, a proibição de exercer funções de gerência ou de deter partes de capital em sociedades convencionadas deve ser entendida como uma proibição de contratar dirigida à própria sociedade.
 - b) O regime do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 desempenha uma função de prevenção de conflitos de interesses, evitando o risco de relacionamento privilegiado entre o SNS e entidades privadas convencionadas, resultante da proximidade entre o interesse destas entidades e o dos profissionais do SNS com intervenção nas decisões de encaminhamento de utentes.
 - c) A proibição de celebração de contratos constitui uma garantia da imparcialidade da Administração especialmente justificada quando o informalismo das decisões públicas, a amplitude dos seus beneficiários possíveis e a conexão estreita entre actos diversos dentro da mesma função tornam inaplicáveis outras garantias menos restritivas, nomeadamente o regime geral de impedimentos e suspeições.



- d) Estas razões procedem no caso das actividades públicas de tratamento e acompanhamento de utentes do SNS, pelo que o regime do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 se pode considerar, de um modo geral, alicerçado em fundamentos razoáveis e legítimos.
- e) As convenções validamente celebradas antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 97/98, com entidades que tenham passado a estar abrangidas pelo n.º 2 do artigo 9.º, devem ser cumpridas até ao termo do seu prazo normal de vigência, embora não possam beneficiar de cláusulas de renovação, como decorre do disposto no n.º 2 do artigo 14.º.

2. **Alcance da expressão "profissionais vinculados ao Serviço Nacional de Saúde".**

- a) No que respeita à proibição de celebração de convenções a título individual, o conceito de "profissionais vinculados ao Serviço Nacional de Saúde" abrange apenas os profissionais de saúde, porque só eles estão, em abstracto, habilitados a celebrar tais convenções, nos termos do n.º 1 do artigo 9.º
- b) No que se refere à proibição de celebração de convenções com pessoas colectivas, o conceito de "profissionais vinculados ao Serviço Nacional de Saúde" abrange outras categorias além dos profissionais de saúde, pois o que determina a proibição é a gerência dessas entidades e a titularidade de partes do seu capital, o que não pressupõe a habilitação profissional para a prestação de cuidados de saúde.

- c) Na hipótese da alínea anterior, devem considerar-se incluídas as pessoas colectivas em cuja gerência ou em cujo capital figurem pessoas que, estando profissionalmente vinculadas ao SNS, exerçam neste uma função relevante para desencadear o conflito de interesses que o Decreto-Lei n.º 97/98 pretende evitar. Podem eventualmente caber nesta definição os administradores hospitalares, na medida em que exerçam funções que lhes confirmam, em relação aos serviços, uma proximidade e uma capacidade de influência suficiente para justificar a restrição do n.º 2 do artigo 9.º.
- d) Em qualquer dos casos referidos nas alíneas anteriores, estão abrangidas no conceito de “profissionais vinculados ao Serviço Nacional de Saúde” as pessoas que tenham com o SNS uma relação jurídica de emprego público, constituída por nomeação ou contrato administrativo de provimento. Não se incluem no conceito aqueles que, por terem com o SNS um simples contrato de trabalho a termo certo ou um contrato de prestação de serviços, não possuem uma carreira profissional pública.
- 3. Possibilidade de os profissionais vinculados ao Serviço Nacional de Saúde deterem participação superior a 10% no capital de sociedades que sejam, por sua vez, titulares de participações superiores a 10% em entidades convencionadas com o SNS.**
- a) A razão pela qual o n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 suprimiu a referência às participações indirectas, que era feita no n.º 3 do artigo 37.º do Estatuto do SNS, reside, segundo a melhor interpretação, no facto de o conceito de participação indirecta ter normalmente em vista avaliar a capacidade de influência que a titularidade de uma participação social permite exercer na gestão de uma outra sociedade participada pela primeira.

- b) A proibição estabelecida no n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98, relativamente às sociedades participadas por profissionais do SNS, não é determinada pela influência que a participação permite exercer na gestão da sociedade, mas sim pelo interesse económico ligado à titularidade dessa participação, materializado no direito a uma atribuição de lucros.
 - c) Ao contrário da capacidade de influência, para efeitos da qual uma participação directa equivale a uma participação indirecta se esta última se traduzir numa posição de maioria ou domínio, o interesse económico ligado às participações indirectas é apenas o que resulta do produto aritmético das percentagens detidas no capital das duas sociedades.
 - d) Em consequência, uma participação indirecta só pode impedir a celebração de uma convenção, nos termos do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98, se a fracção de capital detida pelo profissional do SNS na sociedade participante, multiplicada pela fracção que esta detém na sociedade participada, for superior a 10%.
4. **Situação legal das sociedades geridas ou participadas em mais de 10% por pessoa que seja cônjuge, ascendente ou descendente do 1.º grau de profissional vinculado ao SNS.**
- a) Ao proibir a celebração de convenções com sociedades em que os profissionais do SNS detenham uma participação *“por si mesmos, pelos seus cônjuges e pelos seus ascendentes ou descendentes do 1.º grau”*, o n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 não está a referir-se apenas aos casos em que a titularidade da participação seja adquirida pelo profissional do SNS mediante interposição da pessoa do seu familiar.

- b) Na verdade, se o legislador estivesse a referir-se a situações de interposição de terceiros, não se compreenderia que restringisse essa possibilidade aos familiares, e só a alguns familiares, do profissional do SNS. Assim como também não se compreenderia, no caso de interposição fictícia, que a consequência da infracção fosse (nos termos do artigo 13.º) a resolubilidade da convenção celebrada, visto serem neste caso simultaneamente nulas a aquisição simulada e (por falta de forma) a aquisição dissimulada da participação em causa.
- c) Deve concluir-se, portanto, que o n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 pretendeu abranger no seu âmbito todas as participações detidas por cônjuges, pais ou filhos de profissionais do SNS.
- d) A proibição de celebração de convenções nestas circunstâncias não é justificada pelo conflito de interesses resultante da proximidade entre o profissional do SNS e os seus familiares, pois a lei autoriza a celebração de convenções com estes últimos a título individual.
- e) A diferença de tratamento entre as duas espécies de convenções — as celebradas com os familiares a título individual e as celebradas com sociedades por eles participadas — não pode explicar-se pela maior relevância do interesse profissional relativamente ao interesse do sócio, pois este argumento também obriga a concluir que é menos grave ou intenso o conflito de interesses decorrente da celebração de convenções com sociedades.
- f) A diferença de tratamento entre as duas espécies de convenções não é igualmente explicável pelo facto de as convenções com sociedades poderem abranger várias espécies de cuidados de saúde, pois o maior risco daí resultante é compensado pelo menor benefício do sócio em comparação com o do profissional independente.

- g) Torna-se, assim, inevitável concluir que a verdadeira razão pela qual a lei proíbe a celebração de convenções com sociedades participadas por cônjuges, pais ou filhos de profissionais do SNS reside na presunção (sem prova possível do contrário) de que estes familiares representam na sociedade os interesses do profissional do SNS, mediante mecanismos de simulação ou mandato.

5. Constitucionalidade do regime das sociedades geridas ou participadas por familiares de profissional do SNS, à luz dos princípios da igualdade, da liberdade de escolha da profissão e da liberdade de iniciativa privada.

- a) O regime do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 não contém uma discriminação ilegítima em razão do grau de parentesco, pois colhe apoio na ideia de que as relações familiares — e, pela sua maior proximidade e pelo regime sucessório que as caracteriza, as relações conjugais e de parentesco no 1.º grau — são objectivamente mais propensas à interpenetração de interesses e à interposição de pessoas.
- b) O regime do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 é materialmente inconstitucional, por ofensa da liberdade de escolha da profissão, na parte em que se aplica a sociedades geridas ou participadas por cônjuges, pais ou filhos de pessoas que pretendam ingressar nas carreiras do SNS posteriormente à celebração da convenção, na medida em que tais pessoas se vêem forçadas a pagar um preço familiar excessivo e desproporcionado pela sua candidatura ao SNS.
- c) O regime do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 é materialmente inconstitucional, por ofensa da livre iniciativa económica

dos cônjuges (no âmbito dos seus bens próprios), bem como dos pais e dos filhos de profissionais do SNS, na parte em que impede a celebração de convenções com sociedades por eles participadas, na medida em que a proibição, ao presumir a existência de situações de interposição de pessoas, baseia-se numa suspeita arbitrária e funda-se em motivos ilegítimos para impedir os referidos familiares de prosseguirem licitamente o seu interesse próprio.

- d) Independentemente da conclusão anterior, o regime do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 é ainda materialmente inconstitucional, por envolver restrição desnecessária da liberdade de profissão e da liberdade de iniciativa económica dos profissionais do SNS e dos seus familiares, na parte em que proíbe a celebração de convenções destinadas à prestação de cuidados de saúde em área geográfica distinta da área correspondente ao estabelecimento do SNS em que exerce funções o profissional em questão.
- e) As normas constitucionais que protegem a liberdade de escolha de profissão e a liberdade de iniciativa económica são directamente aplicáveis e vinculam todas as entidades públicas e privadas, pelo que o regime do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 97/98 não pode ser invocado pela Administração Pública para recusar a celebração de convenções nas hipóteses em que se verifiquem as inconstitucionalidades descritas nas alíneas anteriores.

Lisboa, Setembro de 1998.

José Gabriel Queiró