

AINDA O REGIME JURÍDICO DAS CONVENÇÕES*

Aquilino Paulo Antunes**

Resumo: A celebração de convenções para a prestação de cuidados de saúde e o relacionamento entre o Serviço Nacional de Saúde e os prestadores dos sectores privado e social tem sido alvo de controvérsia ao longo das últimas décadas, nomeadamente quanto à complementaridade ou paridade entre prestadores dos vários sectores. Parte dessa controvérsia decorre da articulação entre os sucessivos regimes jurídicos das convenções, a Constituição e as Leis de Bases da Saúde. No presente texto analisa-se essa controvérsia, bem como o regime jurídico actualmente vigente sobre a matéria.

Palavras-Chave: convenções; contrato de adesão; concurso público; prestação de cuidados de saúde; complementaridade; paridade.

Abstract: The conclusion of conventions for the provision of health care and the relationship between the National Health Service and the providers of the private and social sectors has been the subject of controversy over the last decades, namely regarding the complementarity or parity between providers in the various sectors. Part of this controversy arises from the articulation between the successive legal regimes of the conventions, the Constitution, and the Basic Laws of Health. In this text, this controversy is analysed, as well as the legal regime currently in

* O presente texto constitui uma versão revista e actualizada do artigo intitulado “Breves notas sobre o regime jurídico das convenções”, publicado na *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 26 (abril, 2021), pp. 77-106.

** Doutor em Direito pela FDUL. Investigador Associado do CIDP-Lisbon Public Law. Árbitro do CAAD. Membro da CEIC. Advogado.

force on the matter.

Keywords: conventions; adhesion contract; public tender; health care provision; complementarity; parity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos de constitucionalidade. 3. Antecedentes recentes do regime actual; 3.1. A influência das Leis de Bases da Saúde; 3.2. O Decreto-Lei n.º 97/98 de 18 de Abril, e o Estudo da ERS de 2006. 4. O Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro.

1. INTRODUÇÃO



objectivo do presente estudo é dar uma breve panorâmica sobre o regime jurídico das convenções para prestação de cuidados de saúde em Portugal.

A título introdutório, começamos por avançar uma proposta de definição das convenções para prestação de cuidados de saúde. Assim, em nossa opinião, as convenções são *tipos de contratos administrativos a favor de terceiro*¹, *que têm por objecto a prestação de cuidados de saúde ou a realização de meios complementares de diagnóstico e terapêutica (MCDT) a beneficiários do Serviço Nacional de Saúde (SNS) e, em certos casos, de outras entidades públicas*. Como veremos, trata-se de contratos especiais tipificados na lei, em que um dos sujeitos é uma entidade pública e o outro será uma pessoa singular ou colectiva dos sectores privado ou social².

¹ Sobre o contrato a favor de terceiro, cfr. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, 1987, Coimbra Editora, pp. 424 e ss.

² Sobre os pressupostos económicos da contratação pública, cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2013, AAFDL, pp. 369 e ss; sobre a natureza pública da entidade adjudicante, cfr. pp. 83 e ss; sobre as relações jurídicas administrativas em matéria de prestação de cuidados de saúde (na perspectiva Estado-utente), cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *As Relações Jurídicas Administrativas de Prestação de Cuidados de Saúde*, ICJP/CIDP, 2005, pp. 12 e ss;

O contrato tem por objecto a prestação de cuidados de saúde ou a realização de MCDT a um beneficiário do SNS ou de outra entidade pública³. O mesmo contrato assenta num regime jurídico-público de formação dos contratos⁴. A lei atribui à entidade pública os poderes para definir e conformar a prestação, bem como para definir o preço máximo a pagar, *inclusive* na vigência do contrato⁵.

Para analisarmos o regime jurídico das convenções, importa fazer, antes de mais, uma referência a alguns aspectos do quadro constitucional aplicável, bem como a antecedentes, de entre os quais avultam a Lei de Bases da Saúde, o Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril, e o Estudo da Entidade Reguladora da Saúde (ERS) de 2006⁶.

O regime jurídico das convenções tem, agora, de ser lido em consonância com o que resulta dos recentes diplomas que aprovaram o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde – Decreto-Lei n.º 52/2022, de 4 de Agosto – e a Direcção Executiva do Serviço Nacional de Saúde, I.P. (DE-SNS) – Decreto-Lei n.º 61/2022, de 23 de Setembro. Este diploma alterou também a orgânica do Ministério da Saúde e de alguns dos seus serviços, como é o caso da Administração Central do Sistema de Saúde,

LICÍNIO LOPES, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, PAULO OTERO E PEDRO GONÇALVES (Coords.), Volume III, Coimbra, 2010, Almedina, pp. 304-305.

³ É o que resulta do n.º 1 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro. Cfr., quanto aos índices de natureza pública dos contratos, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação ...*, (cit.), pp. 64 e ss. No caso das convenções, resulta evidente “a proximidade à missão de interesse colectivo da entidade adjudicante” que as mesmas apresentam. Cfr., sobre os contratos de aquisição de serviços, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Volume I, Lisboa, 2020, AAFDL, pp. 132-133.

⁴ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação ...*, (cit.), pp. 91 e ss; MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral: Actividade Administrativa - Contratos Públicos*, Tomo III, Lisboa, 2008, D. Quixote, pp. 140 e ss.

⁵ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação ...*, (cit.), pp. 115-116 e 117 e ss.

⁶ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Avaliação do Modelo de Celebração de Convenções pelo SNS*, Novembro de 2006, disponível em: https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/112/824783_rel.pdf.

I.P. (ACSS) e das Administrações Regionais de Saúde, I.P. (ARS).

2. ASPECTOS DE CONSTITUCIONALIDADE

Relativamente aos aspectos de índole constitucional, o artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra o direito de todos à protecção da saúde, bem como o dever de todos de a defender e promover (n.º 1)⁷.

A alínea a) do n.º 2 do mesmo artigo estabelece que esse direito à protecção da saúde é realizado através de um SNS universal, geral e tendencialmente gratuito, o qual tem gestão descentralizada e participada (n.º 4 do mesmo artigo)⁸.

O n.º 3 do referido artigo 64.º prevê como incumbências prioritárias do Estado, entre outras, garantir uma *racional e eficiente* cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde, bem como disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, *articulando-as* com o SNS, de modo a *assegurar adequados padrões de eficiência e qualidade* nas instituições de saúde públicas e privadas⁹.

Conforme defendeu o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 731/95, o direito à protecção da saúde é um *direito social*, de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e, como direito social que é, carece de interposição legislativa que,

⁷ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra, 2007, Coimbra Editora, pp. 825 e ss; JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, 2010, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, pp. 1307 e ss; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Direitos e Deveres dos Utentes do Serviço Nacional de Saúde*, ICJP/CIDP, 2008, pp. 1 e ss; CLÁUDIA MONGE, “O direito fundamental à protecção da saúde”, *e-Pública*, Vol. 6, n.º 1, Abril 2019 (075-100), pp. 77 e ss.

⁸ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição ...*, (cit.), pp. 827-828; JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição ...*, (cit.), pp. 1311-1319; MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, Lições, Lisboa, 2014, Universidade Católica Editora, pp. 31-34; 50-64.

⁹ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição ...*, (cit.), pp. 829-830; JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição ...*, (cit.), pp. 1319-1322.

através da “criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao seu exercício efectivo”, o concretize¹⁰.

De entre os aspectos que referimos, assume particular importância, para o que ora nos interessa, a alusão à *articulação* entre o público e o privado como forma de assegurar adequados padrões de eficiência¹¹. O Tribunal Constitucional admitiu no mesmo Acórdão “a existência de um sector privado de prestação de cuidados de saúde em relação de complementaridade e até de concorrência com o sector público”¹².

Já quanto à *racional e eficiente* cobertura do país em recursos humanos e unidades de saúde nos parece – ao contrário do que tem sido defendido pelos parceiros sociais¹³ – que estará em causa a questão dos recursos humanos e unidades de saúde *públicas*¹⁴. Apesar de o preceito não estabelecer distinção, julgamos que esta sempre seria desnecessária face à separação dos três sectores de propriedade dos meios de produção [alínea b) do artigo 80.º do CRP]¹⁵. A actual Lei de Bases da Saúde veio apontar no mesmo sentido [alínea h) do n.º 2 da Base 20].

Ainda assim, parece-nos que, com a formulação que apresenta, o princípio constitucional incumbe o Estado de

¹⁰ JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição ...*, (cit.), pp. 1308-1309; MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, *Direito ...*, (cit.), pp. 35-37.

¹¹ Cfr. Nota 9.

¹² Cfr. Nota anterior. Saliente-se que o termo *complementaridade* não é o mais feliz, como veremos adiante.

¹³ CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL, *O Setor da Saúde: Organização, Concorrência e Regulação*, ANTÓNIO MENDONÇA MENDES FRANCISCO ANDRÉ (Coords.), Lisboa, 2017, Caleidoscópio, pp. 60-63; FEDERAÇÃO NACIONAL DE PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE, *Parecer jurídico relativo ao decreto-lei n.º 139/2019, de 9 de outubro, que estabelece o regime jurídico das convenções que tenham por objeto a prestação de cuidados de saúde aos utentes do SNS*, da autoria de EDUARDO PAZ FERREIRA, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA E MIGUEL SOUSA FERRO, de 14 de Outubro de 2013, pp. 9-13.

¹⁴ Cfr., neste sentido, GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição ...*, (cit.), pp. 829-830.

¹⁵ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição ...*, (cit.), pp. 957-960; JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra, 2006, Coimbra Editora, pp. 12-13.

atender à distribuição de todas as unidades de saúde – públicas, privadas ou do sector social – no momento da decisão de abertura de uma nova unidade de saúde, de natureza pública. Com efeito, se tiver de optar entre a instalação de um hospital num local em que já exista satisfatória oferta privada ou social ou num local onde inexista *qualquer* oferta, parece que a escolha deverá recair sobre este segundo local, de modo a assegurar a eficiente cobertura do país.

Mas voltando, então, à questão da articulação dos privados com o SNS e ao contrário daquilo que publicamente se discutiu ainda há bem pouco tempo a propósito da aprovação da Lei de Bases da Saúde, afigura-se-nos que a Constituição, ao colocar a tónica na *eficiência*, claramente afasta a pretensão da *paridade* entre a oferta pública e a oferta privada no SNS, que chegou a ser preconizada pelos parceiros sociais¹⁶.

Com efeito, apesar das ineficiências do SNS – e salvo algum eventual caso de gestão ruínosa dos dinheiros públicos de que agora não cabe cuidar – quando exista oferta pública de determinada prestação de cuidados de saúde (ou de determinado tipo de MCDT), o recurso a essa oferta será sempre mais eficiente para o SNS do que o recurso *ex novo* à oferta privada.

A razão pela qual assim acontece é simples: para se equacionar essa possibilidade, pressupõe-se que o SNS já investiu nos meios técnicos necessários e, além disso, sempre terá de pagar, em qualquer caso, o vencimento do pessoal que garante as unidades de saúde públicas, independentemente de esses meios técnicos e humanos virem a ser, ou não, utilizados. Por este motivo, quando está em causa comparar quanto custa a prestação de saúde – por exemplo, a realização de uma análise clínica – no SNS ou no sector privado, é preciso ter em atenção que enquanto, pela prestação privada, o SNS terá de pagar a quota-

¹⁶ Cfr. Nota 9. Para maiores desenvolvimentos sobre eficiência no contexto da prestação de cuidados de saúde, cfr. PEDRO PITA BARROS, *Economia da Saúde: Conceitos e Comportamentos*, 4.ª Edição, Coimbra, 2019, Almedina, pp. 225-248.

parte do custo dos meios técnicos e do pessoal, bem como o custo dos consumíveis utilizados no acto e determinada margem de lucro, já no caso de prestação pública o SNS verdadeiramente só terá de pagar o valor dos consumíveis. Neste caso, naturalmente não haverá margem de lucro e a quota-parte dos custos dos meios técnicos e humanos sempre estaria paga, quer o acto se realizasse quer não, pelas razões que indicámos.

Considerando, por exemplo, que determinada análise clínica no sector privado custaria 4 euros, correspondente à soma de 1 euro da quota-parte dos custos de meios técnicos; 1 euro da quota-parte dos custos de meios humanos; 1 euro dos custos de consumíveis e 1 euro da margem de lucro (e talvez se devesse ainda acrescentar o sobrecusto para o SNS de 2 euros, correspondentes à soma de 1 euro dos custos de meios técnicos e de 1 euro dos custos de meios humanos, já pagos e que permanecem não utilizados), enquanto, realmente, a realização da mesma análise em unidade do SNS apenas custaria 1 euro dos consumíveis em vez de 4 euros ou, se quisermos imputar os 2 euros dos meios técnicos e humanos, um máximo de 3 euros, em vez de 4 ou 6 euros (consoante a opção de incluir, ou não, os custos dos meios técnicos e humanos), que custaria no privado.

Mesmo descontando algum esmagamento que possa ocorrer nos preços das convenções, julgamos que, ainda assim, é insofismável a maior eficiência do recurso à prestação pública, sob a óptica referida, na medida em que, logicamente, esse esmagamento não irá ao ponto de suprimir a totalidade da margem de lucro ou a totalidade dos custos dos meios humanos e técnicos, quando esteja em causa a realização de prestações de saúde pelo sector privado.

É claro que numa visão contabilística das coisas – em que ao custo final da análise clínica feita numa unidade do SNS fosse adicionada a quota-parte dos custos com meios técnicos e humanos – o cenário seria diferente e, porventura, o valor encontrado poderia ser maior na unidade de pública saúde do que na unidade

privada. Obviamente, este é o ponto de vista que – certamente – mais convém aos operadores privados e suas associações para abono da sua argumentação. Todavia, não é necessariamente o ponto de vista mais correcto nem o que foi visado pelo legislador constitucional, pois, no final das contas, o que a este interessa é saber o que, *na realidade* (e não apenas contabilisticamente), é *menos oneroso* para o SNS.

3. ANTECEDENTES RECENTES DO REGIME ACTUAL

Para melhor compreendermos a situação actual, importará referir alguns aspectos relacionados com a Lei de Bases da Saúde aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, e com a evolução para a actual, bem como com a situação na vigência do Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril, e as implicações do já referido Estudo de 2006 da ERS¹⁷.

3.1. A INFLUÊNCIA DAS LEIS DE BASES DA SAÚDE

A propósito das Leis de Bases da Saúde, os aspectos que geralmente suscitam discussão prendem-se *essencialmente* com o modo de *articulação* entre os sectores público e privado.

O primeiro desses aspectos é a questão, por um lado, da *complementaridade* (parece-nos mais adequada *subsidiariedade*¹⁸) dos sectores privado e social, relativamente ao sector público, destinada a colmatar as falhas deste¹⁹ ou, por outro lado,

¹⁷ Para maior detalhe sobre a evolução do regime, cfr. ADALBERTO CAMPOS FERNANDES, *A Combinação Público-Privado em Saúde: Impacto no desempenho do sistema e nos resultados em saúde no contexto português*, Tese de Doutoramento, Universidade de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2015, pp. 115 e ss.

¹⁸ Subsidiariedade, porque a prestação dos sectores privado e social está em *segundo plano* relativamente à prestação pública.

¹⁹ Cfr. ADALBERTO CAMPOS FERNANDES E ALEXANDRE MORAIS NUNES, “Os Hospitais e a Combinação Público-Privado no Sistema de Saúde Português”, in *Acta Médica Portuguesa*, 2016, Março, 29 (3), 217-223, p. 218; JOÃO ARRISCADO NUNES, “Os mercados fazem bem à saúde? O caso do acesso aos cuidados”, in *Revista Crítica de*

da *paridade* entre prestadores públicos e privados ou do sector social, em que o utente pode escolher entre os prestadores de cuidados de saúde dos três sectores. Inerente à *complementaridade* estará aquilo que poderemos designar como o princípio do *prévio esgotamento da capacidade pública* instalada²⁰. Ao contrário do que geralmente é defendido pelos operadores privados e suas associações, este princípio já resultava da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto. Com efeito, o critério da *maior vantagem*, considerando, entre outros aspectos, o binómio qualidade-custos, previsto no n.º 3 da Base XII, tem implícito o *prévio esgotamento da capacidade pública* instalada, pelas razões que apontámos anteriormente.

A propósito da tese da *paridade* entre prestadores públicos e privados ou do sector social, é geralmente invocado o argumento segundo o qual o Estado deve rentabilizar *também* os recursos e o investimento privados em saúde. Julgamos que o argumento não procede, pois o Estado não pode ser responsabilizado por decisões que apenas cabem aos privados e não pode ficar refém de investimentos realizados por entidades sobre as quais não exerce um adequado controlo.

Aliás, o Supremo Tribunal Administrativo, por Acórdão de 17 de Abril de 2008, proferido no processo n.º 0548/07, considerou válida uma deliberação de uma Unidade Local de Saúde de dar preferência à realização nas suas instalações, e nos limites da capacidade instalada, de MCDT geralmente contratados aos operadores privados. Esta decisão deixa claro que o referido Tribunal entendeu que não existe a pretendida paridade.

Em abono do mesmo argumento, é ainda invocado pelos mesmos operadores o exemplo do regime de autorização dos Equipamentos Médicos Pesados (EMP) estabelecido no

Ciências Sociais, n.º 95, 201, pp. 137 e ss.

²⁰ Cfr. TIAGO MIRANDA SILVÉRIO, *A Rentabilização da Capacidade Instalada do Serviço Nacional de Saúde: o caso do Setor Convencionado*, Relatório de Estágio, Setembro de 2014, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 20 e ss.

Decreto-Lei n.º 95/95, de 9 de Maio²¹. Este diploma vem sujeitar a instalação dos mencionados equipamentos, independentemente do sector de propriedade a que pertencem, a autorização do Ministro da Saúde, atendendo a determinados rácios de equipamentos por milhares de habitantes²².

O referido argumento apenas ganha algum relevo porque a solução legislativa adoptada é manifestamente irracional. Com efeito, o mecanismo de autorização previsto no diploma não faz sentido, pois o Estado não pode obrigar os privados a comprar equipamentos nem pode, por via do indeferimento do pedido de autorização, obrigá-los a colocar os equipamentos em local distinto daquele que os requerentes pretendem (que seria a única consequência do indeferimento que, numa óptica de racional e eficiente cobertura, poderia revestir alguma utilidade)^{23/24}.

O diploma só revestirá – em nossa opinião – algum sentido se servir para *informar* o Estado dos locais onde são instalados EMP privados, de modo a permitir que os investimentos públicos em equipamentos similares tenham em consideração essas existências, permitindo a sua canalização para locais onde se registre maiores carências, de acordo com os rácios estabelecidos.

Parece-nos claro que os rácios definidos pelo diploma não podem servir para limitar a aquisição e instalação de equipamentos privados. Tratar-se-ia de uma restrição da liberdade de iniciativa económica privada que não poderia considerar-se

²¹ Cfr. Nota 9.

²² Cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/95, de 28 de Junho.

²³ Cfr., neste sentido, JORGE DE ALMEIDA SIMÕES *et al.*, *Health Systems in Transition: Portugal – Retrato do Sistema de Saúde*, European Observatory on Health Systems and Policies, 2017, pp. 29-30.

²⁴ Ainda assim, seria defensável que o mecanismo de autorização teria a utilidade indirecta de evitar que o pessoal que opera esses equipamentos transite do sector público para o sector privado. Julgamos, no entanto, que esta possibilidade já seria levar demasiado longe o propósito de sujeição destes equipamentos a autorização. Dizemos que seria levar demasiado longe o propósito do legislador, porque o diploma nunca o refere, nem sequer no preâmbulo.

justificada pelo princípio da protecção da saúde, sendo certo que, como se referiu, o diploma não apresenta a menor razão para essa restrição. Na realidade e como se referiu, o facto de o operador privado pretender adquirir o equipamento X para o local A não implica necessariamente que, indeferida a sua pretensão, o operador mantenha o mesmo propósito de aquisição desse equipamento para o local B. Além disso, não resulta do diploma que o indeferimento do pedido de autorização tenha implícita uma determinação administrativa no sentido de o operador privado proceder à colocação do equipamento em local diferente do inicialmente pretendido.

Quando muito, os referidos rácios terão conteúdo meramente ordenador, no sentido de sinalizar os locais onde existem as necessidades de equipamentos, dando oportunidade à iniciativa privada de os instalar nesses locais, sendo que, na falta dessa iniciativa, terá de existir investimento público de modo a cumprir os indicados rácios. Sobre este diploma pronunciou-se o Acórdão – que julgamos único – proferido em 9 de Novembro de 2012 pelo Tribunal Central Administrativo Norte no processo n.º 00382/07.3BECBR, sendo certo que o mesmo decide apenas questões de ordem formal, a saber: o facto de as inconstitucionalidades suscitadas no recurso não terem sido invocadas perante o tribunal recorrido e a insuficiência da matéria de facto considerada provada para a decisão do pedido de condenação à prática do acto legalmente devido. O Acórdão não conheceu, pois, do fundo da questão.

Além disso, era ainda invocado, pelos operadores privados e suas associações, na vigência da anterior Lei de Bases da Saúde, o princípio da *livre escolha* por parte do utente, que, no seu entender, só poderia ser exercido caso a escolha se verificasse entre prestadores públicos e privados²⁵. Julgamos que não será assim, por duas razões. Primeiro, porque só existe direito de

²⁵ CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL, *O Setor ...*, (cit.), pp. 74-75; FEDERAÇÃO NACIONAL DE PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE, *Parecer...*, (cit.), pp. 28-29.

escolha dentro dos condicionalismos da *reserva do possível*²⁶ ou, se quisermos, dentro das limitações decorrentes dos recursos existentes e da organização dos serviços [n.º 5 da Base V da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, e alínea c) do n.º 1 e alínea c) do n.º 4 da Base 2 da actual Lei de Bases]; segundo, porque, mesmo num cenário de prestadores unicamente públicos, ainda assim será possível assegurar algum direito de escolha ao utente, como se vê, nomeadamente, do mecanismo SIGA SNS a que se refere a alínea a) do n.º 1 do artigo 13.º da Portaria n.º 147/2017, de 27 de Abril.

Quem esgrimia estes argumentos defendia ainda que o Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, desrespeitava a anterior Lei de Bases da Saúde, por consagrar um princípio de complementaridade que, no seu entender (e já vimos que não tinham razão), não resultaria desta lei de valor reforçado²⁷.

Estas questões foram clarificadas pela Lei de Bases da Saúde actualmente em vigor, aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro, a qual veio expurgar do diploma as disposições da Lei de Bases anterior em que se estribava quem defendia a paridade público-privado e, além disso, veio reforçar a *supletividade*²⁸ do recurso, permanente ou temporário, à contratação de entidades privadas ou do sector social (n.º 1 da Base 6) e vincar a *comprovada inexistência de capacidade pública*²⁹ para prestação dos cuidados em tempo útil, bem como a exigência de *avaliação da necessidade* (n.º 1 da Base 25)³⁰. A mesma lei veio

²⁶ JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição ...*, (cit.), pp. 1309-1311; CATARINA SANTOS BOTELHO, *A dignidade da pessoa humana e o direito à saúde – Políticas públicas e ativismo judicial*, SSRN-id2913567, pp. 5 e ss.

²⁷ CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL, *O Setor ...*, (cit.), pp. 60 e ss; FEDERAÇÃO NACIONAL DE PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE, *Parecer...*, (cit.), pp. 7-9.

²⁸ Note-se que este é um sinónimo de complementaridade.

²⁹ A inexistência de *capacidade pública* não é necessariamente sinónimo de inexistência de *oferta pública*; apenas significa que esta oferta não satisfaz a procura, i.e., não é necessária a absoluta inexistência de oferta pública para permitir o recurso à contratação de operadores privados e do sector social.

³⁰ CLÁUDIA MONGE, “O direito ...”, (cit.), p. 90.

ainda estabelecer que o SNS obedece, entre outros, ao princípio da “*sustentabilidade financeira*, tendo em vista uma utilização efetiva, *eficiente* e de qualidade dos recursos *públicos* disponíveis” [alínea h) do n.º 2 da Base 20] (itálicos nossos).

Daí que a nova Lei tenha sido fortemente criticada, inclusive com argumentos de cariz ideológico³¹, quando é certo que a opção pela supletividade (complementaridade ou subsidiariedade) já resultava, como vimos, do direito anterior.

Esta opção da actual Lei de Bases da Saúde pela supletividade foi reafirmada no n.º 2 do artigo 2.º e no artigo 29.º do citado Decreto-Lei n.º 52/2022, de 4 de Agosto.

3.2. O DECRETO-LEI N.º 97/98 DE 18 DE ABRIL, E O ESTUDO DA ERS DE 2006

O Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril, actualmente revogado pelo Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, consagra o princípio da *complementaridade*, pois apenas previa a contratação de prestações de saúde junto de privados quando tal não colocasse em causa o “racional aproveitamento da capacidade instalada no sector público” (n.º 2 do artigo 6.º).

O mesmo diploma veio por termo ao regime de concurso público até então vigente – resultante do Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro – e alargar o mecanismo da adesão, para efeito de aquisição pelo SNS de prestações de serviços de saúde junto

³¹ Cfr., entre outros, os contributos apresentados no âmbito da discussão da Lei de Bases da Saúde, por FEDERAÇÃO NACIONAL DOS MÉDICOS, JOSÉ GERMANO DE SOUSA E OUTROS, ORDEM DOS ENFERMEIROS, CGTP-IN, CIDADANIA NA ENFERMAGEM, ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE HOSPITALIZAÇÃO PRIVADA, FEDERAÇÃO NACIONAL DE PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE, SINDICATO DOS TÉCNICOS SUPERIORES DE SAÚDE DAS ÁREAS DE DIAGNÓSTICO E TERAPÊUTICA, ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE FISIOTERAPEUTAS, ASSOCIAÇÃO DE TÉCNICOS E ENGENHEIROS HOSPITALARES PORTUGUESES, CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE SOLIDARIEDADE, UNIÃO DAS MUTUALIDADES PORTUGUESAS, APORMED, DECO, CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL, DUARTE SOARES E OUTROS, defensores, no essencial, das duas perspectivas em discussão, disponíveis em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=43210>.

dos privados que não fossem médicos das entidades do SNS. Os médicos que trabalhavam para entidades do SNS já podiam celebrar contratos de adesão (artigos 28.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro, na sua redacção inicial).

Uma das razões invocadas pelo legislador no preâmbulo do diploma para justificar a alteração introduzida foi o facto de o mecanismo do concurso não se compadecer com a necessária celeridade no acesso pelos utentes às prestações de saúde.

Porém, a ERS elaborou, em 2006, um relatório onde critica o modelo do contrato de adesão e onde conclui que um modelo misto (adesão/concurso público), dependendo a opção entre as duas modalidades do grau de concentração de cada mercado, poderia ser mais eficiente³².

Sucede que a análise da ERS partiu de um erro de base, que consiste na inadequação do modelo *clássico* do concurso público à aquisição de prestações de saúde.

Um dos motivos dessa inadequação é o facto de, nem em 2006 nem actualmente, existir um prestador privado com dimensão suficiente para assegurar por si só todas as prestações de saúde que lhe fossem adjudicadas a nível nacional ou regional no âmbito do SNS. De resto, um concurso dessa dimensão seria apto a gerar elevados custos de transacção³³.

³² ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Avaliação ...*, (cit.), disponível em: https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/112/824783_rel.pdf, pp. 116. A posição da ERS é, apesar de tudo, consentânea com as conclusões do estudo de MASSIMILIANO FERRARESI, GIANLUCA GUCCIARDI E LEONZIO RIZZO, “Savings from public procurement centralization in the healthcare system”, in *European Journal of Political Economy*, disponível em: <https://reader.elsevier.com/reader/>, p. 18.

³³ Sobre os custos de transacção, cfr. cfr. RONALD H. COASE, “The nature of the firm”, in *Economica*, 4.16, 1937, pp. 386-405; RONALD H. COASE, “The Problem of Social Cost”, in *Journal of Law and Economics*, 1960, pp. 3 e ss; GUIDO CALABRESI, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules: A Comment*, Faculty Scholarship Series, Paper 3743, 1968, pp. 67-73; RONALD H. COASE, *The Institutional Structure of Production*, University of Chicago Law Occasional Paper, No. 28, 1992, pp. 1-16; FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia-II*, Lisboa, 2022, AAFDL, pp. 423 e ss; MARIA PAULA DOS REIS VAZ FREIRE, *Eficiência Económica e Restrições Verticais: Os Argumentos e Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência*, Lisboa, 2008, AAFDL, pp. 118 e ss; 186 e ss.

Assim, uma de duas: ou (i) o adjudicatário teria de subcontratar a prestação de cuidados de saúde a outros operadores, o que aumentaria os custos de transacção, entre adjudicatário e subcontratantes e, em alguns casos, poderia comprometer o adequado cumprimento do contrato, além de que poderia colocar em causa a qualidade do serviço, ou (ii) permitia-se que o concurso se destinasse a determinar o preço mais baixo para as prestações de cuidados de saúde, a partir de um preço base pré-definido e que, uma vez definido o preço mais baixo, qualquer prestador de cuidados de saúde concorrente a operar na mesma área geográfica pudesse prestar os mesmos serviços pelo preço determinado no concurso. Foi esta a solução adoptada.

O segundo erro de apreciação em que incorreu a ERS assenta no facto de, na sua análise de eficiência do modelo, não ter equacionado a possibilidade de *cartelização* – intencional ou accidental – por parte dos prestadores privados de cuidados de saúde. Na realidade, os mesmos, no concurso lançado para a endoscopia gastroenterológica, propuseram, na sua generalidade, preços muito aproximados do preço base estabelecido para o concurso. Por isso, o resultado do concurso revestiu reduzida utilidade, pois não conduziu à esperada baixa de preços³⁴.

Tanto assim que aquele foi o único concurso realizado até ao momento e, com grande probabilidade, poderá ser o último, dados os elevados custos de operacionalização deste tipo de procedimento e os objectivamente fracos resultados obtidos. Aliás, houve lotes postos a concurso que nunca chegaram a ter serviços adjudicados ou em execução.

Por seu turno, o contrato de adesão é mais simples, na medida em que o Estado define previamente todas as condições do serviço a prestar, incluindo o preço. Aos privados apenas cabe a decisão de aderir, ou não, às condições propostas.

Caso opte por aderir e cumpra os requisitos definidos, o

³⁴ Este facto poderá ter outras explicações, como sejam a tentativa de os operadores compensarem anteriores intervenções administrativas nos preços.

interessado é admitido a prestar os cuidados acordados.

Comparando os dois modelos – adesão e concurso público – conclui-se o seguinte:

a) No que respeita à selecção do co-contratante privado, em qualquer dos casos os prestadores terão de facultar à entidade pública um conjunto de documentos, dos quais deve resultar a prova do licenciamento para o exercício da actividade em causa e a posse dos meios técnicos e humanos adequados, bem como da idoneidade destes. Não existe, pois, diferença sensível entre ambos os modelos;

b) Relativamente às prestações a assegurar pelo co-contratante privado, uma de duas: (i) as mesmas constam do clausulado-tipo, no caso da adesão, ou (ii) do caderno de encargos, no caso do concurso. Aliás, nos casos em que coexistem zonas do país onde o modelo contratual é o concurso com zonas em que o modelo contratual é a adesão – como sucedeu com as convenções para a endoscopia gastroenterológica – não existirá diferença, em princípio, entre as prestações de saúde exigidas ao abrigo de ambos os modelos. De resto, o que seria estranho seria a existência dessas diferenças;

c) Quanto ao preço, a lei diz que os preços máximos a pagar serão os que constam da tabela do SNS. Julgamos que esta solução legislativa se tem prestado a equívocos e críticas. O primeiro equívoco que importa esclarecer é que o legislador não pretendeu aqui estabelecer um “regime de preços máximos” na acepção prevista no artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Ou seja, não se trata da consagração de um regime em que a prática de preço superior ao das tabelas do SNS implique a prática de um *crime de especulação*. A razão é simples, como os adquirentes dos serviços são entidades públicas, naturalmente que as mesmas nunca poderiam, face ao princípio da legalidade administrativa³⁵, pagar preços superiores aos

³⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3.ª Edição, Coimbra, 2016,

estabelecidos nas tabelas do SNS. O mesmo artigo 35.º visa proteger os consumidores em geral, o que não é o caso das entidades públicas contratantes, pois estas dispõem de outros meios para eficazmente se salvaguardarem deste tipo de práticas.

Segundo, não colhe a crítica, que chegou a ser veiculada, nos termos da qual os preços a praticar nas convenções, ao assestarem nas tabelas de preços do SNS, não tinham em conta a estrutura de custos dos prestadores privados, dada a respectiva dinâmica³⁶.

Julgamos que este argumento funciona exactamente ao contrário: enquanto as entidades do SNS têm de incorporar nos preços fixados nas tabelas do SNS as suas ineficiências de funcionamento – decorrentes seja da vetustez das instalações seja da obsolescência dos equipamentos seja, ainda, dos mais elevados custos com pessoal – o mesmo não sucederá, em regra, com os prestadores privados.

Por estas razões, os preços a praticar pelos privados no âmbito das convenções deverão necessariamente ser inferiores aos praticados nos prestadores públicos do SNS. Caso contrário, o eventual ganho de eficiência no recurso à contratação externa seria ainda menor.

Mas não só. O facto de se estabelecer um preço máximo não significa necessariamente que deva ser esse o preço a praticar em sede de convenção. Pelo contrário, nada impede que o preço a praticar nessa sede seja fixado pela entidade pública contratante em valor inferior ao fixado naquelas tabelas. E, geralmente, é isso que sucede, pois o preço base no concurso ou o preço para os contratos de adesão é, em regra, 20% a 30% inferior ao estabelecido nas tabelas do SNS, de modo a reflectir o desconto das mencionadas ineficiências próprias do SNS;

d) Como se referiu, a preparação e tramitação de ambas as modalidades de procedimentos diferem, na medida em que o

Almedina, pp. 41 e ss.

³⁶ CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL, *O Setor ...*, (cit.), pp. 66-67; 72-76.

facto de o concurso incluir uma *selecção adversarial* – ao menos em certa medida – poderá implicar tramitação procedimental e o recurso a meios impugnatórios, gratuitos e contenciosos, susceptíveis de conduzir a uma demora acrescida. O mesmo não sucederá no caso do contrato de adesão, na medida em que a entrada de um prestador de serviço não impede a entrada do prestador seguinte nem prejudica a posição do prestador que entrou imediatamente antes, salvo, talvez, quanto à partilha do mercado.

Ainda no contexto do Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril, a ERS entendeu – a nosso ver, mal – que, pelo facto de ter cessado a vigência dos clausulados-tipo aprovados ao abrigo do direito anterior ao Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro, as convenções se encontravam “fechadas” e existiam *barreiras à entrada* de novos concorrentes³⁷.

Dizemos que *entendeu mal*, porque, a nosso ver, nada impedia o lançamento de novas convenções ao abrigo do Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril, que remetessem para o conjunto de cláusulas de clausulados-tipo anteriores, excepto no que concerne à remissão para as cláusulas incompatíveis com o novo regime. No fundo, seria a nova legislação a *fazer seu* o conteúdo de clausulados-tipo anteriores, ao menos, até à sua substituição por novos clausulados-tipo.

4. O DECRETO-LEI N.º 139/2013, DE 9 DE OUTUBRO

E é neste contexto que surge o Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro. O referido diploma vem acolher – a nosso ver, mal – as propostas da ERS e acaba por considerar a solução mista do contrato de adesão e do concurso³⁸.

³⁷ Cfr. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Avaliação ...*, (cit.), disponível em: https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/112/824783_rel.pdf, p. 32; CONFEDERAÇÃO EMPRE-SARIAL DE PORTUGAL, *O Setor ...*, (cit.), p. 66.

³⁸ Modelo que alguns apelidaram de “bicéfalo”, cfr. CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL, *O Setor ...*, (cit.), p. 68; FEDERAÇÃO NACIONAL DE PRESTADORES DE

O mesmo diploma deixa claro o carácter *complementar* do recurso à contratação de operadores privados [alínea b) n.º 1 do artigo 2.º]. Este facto gerou oposição dos operadores económicos, os quais argumentaram, nomeadamente, com o disposto na Constituição e na Lei de Bases da Saúde então vigente (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, alterada)³⁹.

Todavia e como já demonstrámos, nem a Constituição nem a referida Lei de Bases eram incompatíveis com a subsidiariedade (complementaridade) do recurso à contratação de operadores privados. Bem pelo contrário, afigura-se-nos que este é o modelo que melhor se compatibiliza com as preocupações de eficiência expressas tanto na Lei Fundamental como na Lei de Bases.

De resto, não há notícia de litígios judiciais que tenham por objecto esta divergência de posições.

No entanto, a mesma divergência foi retomada aquando da discussão da actual Lei de Bases da Saúde, tendo vingado o princípio da *supletividade* (*subsidiariedade* ou *complementaridade*) e tendo a lei sido expurgada das disposições em que os operadores privados estribavam as suas pretensões. Pelas razões já expostas, consideramos que a solução que veio a ser adoptada é a mais conforme com a Constituição.

Refira-se, por último, que, actualmente, o enquadramento dos contratos específicos para prestação de cuidados de saúde no âmbito do SNS resulta da Lei de Bases da Saúde, do Decreto-Lei n.º 23/2020, de 22 de Maio, relativo a parcerias público-privado, do Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de Outubro, no que toca à contratação com entidades do sector social, e do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, relativamente à contratação de entidades do sector privado, com as alterações

CUIDADOS DE SAÚDE, *Parecer...*, (cit.), pp. 13 e ss; TIAGO MIRANDA SILVÉRIO, *A Rentabilização ...*, (cit.), pp. 24 e ss.

³⁹ CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL, *O Setor ...*, (cit.), pp. 61 e ss; FEDERAÇÃO NACIONAL DE PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE, *Parecer...*, (cit.), pp. 6 e ss.

decorrentes do disposto nos citados Decretos-Leis n.ºs 52/2022, de 4 de Agosto, e 61/2022, de 23 de Setembro⁴⁰.

Vejamos, então, qual o regime resultante do mencionado Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, e, subsequentemente, das referidas alterações.

PRINCÍPIOS

O diploma estabelece quatro princípios basilares: (i) equidade de acesso; (ii) complementaridade do recurso aos privados, destinado a colmatar necessidades permanentes ou esporádicas; (iii) liberdade de escolha do prestador, pelo utente, nos limites dos recursos disponíveis e de acordo com as regras organizatórias fixadas; (iv) adequados padrões de qualidade na prestação de cuidados de saúde (n.º 1 do artigo 2.º).

Estes princípios encontram-se, pelo anteriormente exposto, em linha com o estabelecido na Constituição e na Lei de Bases da Saúde.

OBJECTIVOS

A contratação de operadores privados para a prestação de cuidados de saúde visa os seguintes objectivos: (i) prontidão, continuidade, proximidade e qualidade dos serviços contratados; (ii) obtenção de ganhos de eficiência na distribuição e afectação dos recursos do SNS, através de modos de gestão flexíveis e de mecanismos concorrenciais; (iii) promoção da qualidade, mediante exigência de licenciamento e da indexação do financiamento ao atingimento de certos padrões de qualidade (n.º 2 do artigo 2.º).

Todos nós sabemos, enquanto utentes do SNS, que

⁴⁰ Sobre estas recentes alterações a respectiva problemática, cfr. AQUILINO PAULO ANTUNES, “Algumas notas sobre as recentes alterações à organização do Serviço Nacional de Saúde”, in *Revista de Direito Administrativo*, # 17, Maio-Agosto '23, pp. 125-135.

alguns destes objectivos estarão longe de ser atingidos. Bastará recordar os casos em que, para realizar uma ressonância magnética pelo SNS, se demora dois meses, enquanto, se for ao abrigo de um seguro de saúde, esta demora poderá, no mesmo prestador privado, ser muito inferior. Também não existem – que se saiba – casos de indexação do financiamento ao atingimento de padrões de qualidade, facto que poderá explicar-se pela não aprovação de clausulados-tipo ao abrigo do diploma vigente, salvo o da endoscopia gastroenterológica.

SUJEITOS

No que toca aos sujeitos públicos das convenções, o Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, previa que a entidade pública contratante seria a ACSS, no caso de convenções nacionais, ou cada ARS, no caso de convenções regionais (n.ºs 2 e 3 do artigo 3.º). No fundo, tratava-se de um afloramento do princípio da gestão descentralizada do SNS consagrado no n.º 4 do artigo 64.º da Constituição, conforme decidiu o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 731/95. Porém, as recentes alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 61/2022, de 23 de Setembro, vieram atribuir em exclusivo à ACSS a competência para, sob proposta da DE-SNS, celebrar contratos de prestação de cuidados de saúde [alínea r) do n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 35/2012, de 15 de Fevereiro].

O artigo 10.º do diploma estabelece um mecanismo que – fazendo uma colagem ao regime dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho – designa de “extensão” das convenções (n.º 1)⁴¹. No fundo, trata-se de um alargamento do conjunto de entidades públicas contratantes.

Assim, o mesmo preceito permite que entidades públicas

⁴¹ De resto, a própria adesão é também uma figura utilizada a propósito das convenções colectivas de trabalho. Cfr. ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 20.ª Edição, Coimbra, 2020, Almedina, pp. 951-955.

não pertencentes ao SNS ou subsistemas públicos de saúde possam ser partes destas convenções. Este alargamento é feito, diz o diploma, mediante declaração, por parte da entidade pública extensionária à entidade pública contratante (n.º 2), a qual, pelo exposto, é, no enquadramento jurídico em vigor, a ACSS. Esta, caso aceite a pretensão, notifica a entidade convencionada (n.º 3). A entidade convencionada fica obrigada a assegurar as prestações convencionadas também aos beneficiários da entidade extensionária (n.º 4). O alargamento poderá abranger ainda o sistema de pagamento a convencionados e o controlo de facturação por parte do CCMSNS (n.º 5).

Vejamus agora o sujeito não público. Os co-contratantes poderão ser pessoas singulares ou colectivas, sendo que estas poderão ter, ou não, fins lucrativos (n.º 1 do artigo 3.º). Importa salientar, quanto a este aspecto, que as entidades do sector social, nomeadamente as IPSS, podem ser co-contratantes de convenções, por força da alínea c) do n.º 1 e do n.º 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de Outubro⁴².

O artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, estabelece um conjunto de requisitos de idoneidade e de garantias de imparcialidade, pelo lado do co-contratante privado ou do sector social⁴³. Assim, no que respeita aos requisitos de

⁴² DOMINGOS SOARES FARINHO, “A propósito do recente Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de Outubro: a escolha dos parceiros do Estado para prestações do Estado Social - em particular o caso das IPSS na área da saúde”, in *e-Pública*, Vol. I, n.º 1, Janeiro 2014 (244-256), p. 254; LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regimes Especiais de Contratação Pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 13, Julho de 2016, pp. 212 e ss; LICÍNIO LOPES MARTINS, “Breves Nótulas Sobre o “Novo Estatuto” das Instituições Particulares de Solidariedade Social no Direito Nacional e no Direito da União Europeia”, in *Cooperativismo e Economia Social (CES)*, n.º 37, pp. 153 e ss.

⁴³ Este regime, relativo aos co-contratantes, não se confunde com o estabelecido no Decreto-Lei n.º 14/2014, de 22 de Janeiro, o qual está construído sob a perspectiva dos intervenientes no procedimento. Sobre este tema, cfr. MARCO CALDEIRA, “Da imparcialidade dos júris na contratação pública: o caso recente das incompatibilidades no sector da saúde”, in *O Direito*, Ano 146.º, 2014, III, pp. 717 e ss. Cfr. também FRANCISCO NORONHA, “Os Conflitos de Interesses e a Participação Prévia dos Candidatos ou Proponentes”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 13, Julho de 2016, pp. 7 e ss; MARCO CALDEIRA, “Considerações em torno da relevância do elemento pessoal

idoneidade, além de não poder encontrar-se abrangido por qualquer dos casos do artigo 55.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) – v.g., falência, condenação por crime que afecte a honrabilidade profissional; sanção administrativa por falta grave em matéria profissional ou dívida ao Fisco ou à Segurança Social⁴⁴ – o candidato a co-contratante deve dispor de pessoal devidamente habilitado e de responsável técnico, bem como de licenciamento, quando legalmente exigido, e registo na ERS (n.º 1).

Já no que se refere às garantias de imparcialidade, o n.º 2 do mesmo artigo 5.º estabelece um caso de *impedimento*, segundo o qual, os profissionais vinculados ao SNS⁴⁵ – imagina-se que mediante contrato de trabalho em funções públicas, contrato individual de trabalho ou contrato a termo – não podem (i) celebrar convenções; (ii) exercer funções de gerência ou serem titulares, por si ou por intermédio de familiares próximos (cônjuges, ascendentes ou descendentes no 1.º grau), de mais de 10% no capital social das entidades convencionadas⁴⁶.

Por seu turno, o n.º 3 do artigo 5.º estabelece uma

na contratação pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 18, Setembro de 2018, pp. 132 e ss; AQUILINO PAULO ANTUNES, “Breve análise dos conflitos de interesses na Saúde”, in *O Direito*, Ano 149.º, 2017, II, pp. 359 e ss; PEDRO MONIZ LOPES E MARIA TERESA CAPELA, “Conflitos de interesses na contratação pública: uma primeira abordagem”, in *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, CARLA AMADO GOMES, RICARDO PEDRO, TIAGO SERRÃO E MARCO CALDEIRA (Coords.), 1.ª Reimpressão, Lisboa, 2018, AAFDL, pp. 437 e ss; PEDRO COSTA GONÇALVES, “Notas breves sobre duas decisões judiciais em matéria de impedimentos”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 21, Setembro de 2019, pp. 7 e ss; AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso a Medicamentos em Portugal: Uma Análise Jurídico-Económica*, Lisboa, 2020, AAFDL, pp. 321 e ss.

⁴⁴ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito...*, (cit.), pp. 11 e ss; JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, “A relevação dos impedimentos no Código dos Contratos Públicos”, in *e-Pública*, Vol. 4, n.º 2, Novembro 2017 (121-144), pp. 125 e ss.

⁴⁵ Evidentemente, a expressão *vinculados ao SNS* não está aplicada em sentido próprio, na medida em que este não dispõe de personalidade jurídica. O vínculo será com as entidades públicas que integram o SNS.

⁴⁶ CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL, *O Setor ...*, (cit.), p. 72; FEDERAÇÃO NACIONAL DE PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE, *Parecer...*, (cit.), pp. 19-20, considera este regime materialmente inconstitucional, por restrição da liberdade de iniciativa económica dos familiares dos profissionais vinculados ao SNS.

incompatibilidade entre o exercício de funções de direcção ou chefia nos estabelecimentos e serviços do SNS e o exercício de funções de direcção técnica numa entidade convencionada⁴⁷.

Parece-nos, por conseguinte, que só o caso de impedimento se aplica exclusivamente a prestadores privados. Já os requisitos de idoneidade, bem como a incompatibilidade referida, aplicam-se tanto no caso de prestadores do sector privado como no caso de prestadores do sector social.

Por último, o n.º 5 do artigo 16.º deixa claro que o facto de uma entidade ser outorgante de uma convenção celebrada ao abrigo da legislação anterior não constitui impedimento para a celebração de nova convenção ao abrigo do diploma actualmente vigente. Compreende-se esta norma, pois o legislador terá pretendido que as prestações de cuidados de saúde passassem a ser realizadas ao abrigo do novo diploma.

ÂMBITO TERRITORIAL E CONCORRÊNCIA ENTRE CONVENÇÕES

No que se refere ao *âmbito territorial*, as convenções podem ser nacionais ou regionais, sendo que aquelas afastam estas, desde que visem a “salvaguarda de interesse público devidamente justificado” (n.º 4 do artigo 3.º). Esta possibilidade não é prejudicada pelo facto de, face à legislação vigente, a ACSS ser agora a única entidade competente para a celebração de convenções.

Sob o ponto de vista da *concorrência entre convenções*, parece resultar do mesmo n.º 4 do artigo 3.º que, na falta desta justificação, o legislador permitirá a coexistência de convenções de âmbito nacional e regional.

O n.º 5 do mesmo artigo 3.º consagra uma norma que poderá relevar em matéria de concorrência das convenções face a outras modalidades de contratação de prestações de cuidados

⁴⁷ Notas 43 e 46.

de saúde, designadamente com as entidades do sector social. Com efeito, diz o preceito que a celebração de convenções, por parte dos prestadores dos serviços de saúde, impede outras formas, presentes ou futuras, de contratação de prestações com os mesmos objecto e âmbito.

Por isso, havendo lugar à contratação de uma convenção relativa a certa prestação de saúde X para a zona A, cessam, por exemplo, os acordos de cooperação celebrados com entidades do sector social para a mesma zona A e para a prestação X. Neste contexto, a entidade do sector social anteriormente subscritora do acordo de cooperação terá ela própria de adquirir a qualidade de co-contratante da convenção, nos mesmos termos dos demais concorrentes, para poder continuar a prestar o cuidado X na zona A.

O preceito em apreço apresenta algumas reminiscências com o regime da *concorrência* dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho de génese contratual⁴⁸.

O n.º 6 do artigo 16.º reitera, de algum modo, a regra, que já resulta do n.º 5 do artigo 3.º, segundo a qual a celebração de convenções ao abrigo do novo regime implica a caducidade de convenção anteriormente celebrada com a mesma entidade e objecto.

MODALIDADES DE PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO

Como se referiu, o Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, veio consagrar duas modalidades de procedimento de contratação de convenções: o “procedimento de contratação para uma convenção específica” e o “procedimento de adesão a um clausulado tipo previamente publicado”⁴⁹. Pese a singularidade das denominações adoptadas pelo legislador –

⁴⁸ ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES, *Direito ...*, (cit.), p. 958.

⁴⁹ JORGE DE ALMEIDA SIMÕES *et al.*, *Health ...*, (cit.), pp. 32-33.

designadamente porque, em ambos os casos, se trata de “uma convenção específica” e existe um clausulado “previamente publicado” – o que terá pretendido estabelecer-se foi a *modalidade do concurso* e a *modalidade da adesão* (n.º 1 do artigo 4.º).

A escolha entre as duas modalidades cabe ao membro do Governo responsável pela área da saúde. O Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, dispõe que a competência para a correspondente proposta depende do âmbito da convenção, em causa, pelo que, se for nacional, cabe à ACSS e, se for regional, cabe à ARS da respectiva área geográfica, atendendo a que as mesmas têm competência territorialmente definida (n.º 2 do artigo 4.º). Todavia, entendemos que esta competência para a proposta da modalidade da convenção é actualmente exclusiva da ACSS, atendendo à sua competência para, sob proposta da DE-SNS, celebrar os contratos para prestações de cuidados de saúde [alínea r) do n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 35/2012, de 15 de Fevereiro, na redacção resultante do Decreto-Lei n.º 61/2022, de 23 de Setembro].

Só não existirá tal escolha da modalidade do procedimento no caso de pequenos prestadores com sede em pequenos concelhos (n.º 4 do artigo 4.º), respectivamente os prestadores com ≤ 250.000 euros de facturação anual de prestações de saúde ao SNS e os concelhos com ≤ 30.000 eleitores, pois nesse caso aplica-se sempre o procedimento de adesão.

PARECER DA ERS

A proposta de modalidade do procedimento é instruída com um parecer *não vinculativo*⁵⁰ da ERS, no qual esta entidade se pronunciará sobre qual a modalidade que – atendendo às

⁵⁰ Sobre os pareceres vinculativos e não vinculativos, cfr. CARLA AMADO GOMES, “Da inutilidade dos pareceres no Código do Procedimento Administrativo”, in *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume II, 6.ª edição, CARLA AMADO GOMES, ANA F. NEVES E TIAGO SERRÃO (coords.), Lisboa, 2023, AAFDL, pp. 97 e ss.

características do mercado, designadamente o nível de concorrência, a área geográfica e a natureza dos serviços a contratar – tem por mais adequada (n.º 2 do artigo 4.º).

O n.º 3 do artigo 4.º consagra uma norma curiosa. Começa por estabelecer um prazo de 15 dias para a emissão pela ERS do seu parecer, contado do pedido formulado pela entidade competente para a proposta. Porém, acrescenta que o “procedimento de contratação” apenas pode ser *iniciado* decorrido esse prazo.

Esta segunda parte do preceito suscita algumas questões. Em primeiro lugar, a de saber se, ao aludir ao “procedimento de contratação”, o legislador pretendeu referir-se a ambas as modalidades de contratação ou apenas ao “procedimento de contratação para uma convenção específica”. Julgamos que a solução interpretativa mais correcta será a de que o legislador se refere a ambas as modalidades de convenção.

Em segundo lugar, coloca-se a dúvida de saber quando é que se *inicia* o “procedimento de contratação”. Aparentemente, o legislador terá considerado que o procedimento apenas se iniciará após a aprovação da proposta pelo membro do Governo. Porém, julgamos que, verdadeiramente, o procedimento se inicia em momento anterior, com o envio do pedido de parecer à ERS, por parte da entidade competente, pois este pedido apenas fará sentido no contexto do procedimento. Mais, atendendo a que o parecer apenas aponta para uma das modalidades de convenção, mas não se pronuncia – face ao preceituado na lei – sobre a necessidade de recurso à contratação de privados, e ao facto de o mesmo, *expressa e reiteradamente*, não ser vinculativo, não existe qualquer objecção a que, verdadeiramente, o procedimento se inicie *antes* da emissão do parecer ou do decurso do prazo legal estabelecido para essa emissão.

Não obstante, o legislador parece efectivamente dissociar a *proposta* – instruída com o parecer da ERS, ou não, se este não for emitido no prazo – por um lado, e o *procedimento*, por

outro lado.

Esta dissociação parece resultar clara do que se dispõe nos n.ºs 6 e 7 do artigo 4.º quando este refere que o procedimento de concurso é realizado pela Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, E.P.E. (SPMS, E.P.E.), ficando assim excluída deste procedimento toda a tramitação que lhe é anterior.

Ainda quanto a parecer da ERS, importa conjugar a sua exigência com a actual redacção dos n.ºs 3 e 5 do artigo 92.º do Código do Procedimento Administrativo. Por isso, caso a ERS não emita o parecer solicitado nos 15 dias fixados, deve o procedimento prosseguir e ser decidido sem esse parecer⁵¹.

TRAMITAÇÃO DO CONCURSO

Em termos procedimentais, a modalidade de concurso observa o disposto no CCP para a celebração de acordos-quadro⁵², sendo que poderá incluir uma fase de negociação directa, com a finalidade de obtenção de um preço único a praticar por todas as entidades seleccionadas.

As peças concursais – programa de procedimento e caderno de encargos – são aprovadas pelo membro do Governo responsável pela área da saúde (n.º 6 do artigo 4.º).

A tramitação do procedimento compete à SPMS, E.P.E. (n.º 7 do artigo 4.º). Não há lugar a ajuste directo ou consulta prévia (artigos 258.º e 259.º do CCP), pois é suficiente a escolha do prestador por parte do utente (n.º 8 do artigo 4.º).

⁵¹ Com uma posição muito crítica sobre o tema dos pareceres obrigatórios e não vinculativos e sobre a sua *descartabilidade* no actual quadro jurídico, cfr. CARLA AMADO GOMES, “Da inutilidade ...”, (*cit.*), pp. 101 e ss.

⁵² MARCO CALDEIRA, “Os Acordos-Quadro nas Directivas de 2014 sobre contratação pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 13, Julho de 2016, pp. 143 e ss; PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito ...*, (*cit.*), pp. 775 e ss; MIGUEL LUCAS PIRES, “Acordos-quadro”, in *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, CARLA AMADO GOMES, RICARDO PEDRO, TIAGO SERRÃO E MARCO CALDEIRA (Coords.), 1.ª Reimpresão, Lisboa, 2018, AAFDL, pp. 659 e ss.

CONTEÚDO DAS CONVENÇÕES

O n.º 1 do artigo 6.º especifica o *conteúdo* das convenções. Ainda em termos de conteúdo, o artigo 8.º do diploma prevê uma figura ainda não utilizada até ao momento que é a das “convenções integradas”. Imaginamos que se trate de uma figura de prestação *compreensiva* de cuidados de saúde⁵³, a qual terá associado também um *preço compreensivo*. Julgamos que o facto de a norma ainda não ter sido utilizada poderá ficar a dever-se a eventuais dificuldades que representa o cálculo do custo deste tipo de prestações.

Os n.ºs 3 e 4 do referido artigo 6.º estabelecem, para a modalidade de concurso, a obrigatoriedade de inclusão nas peças concursais do conteúdo da convenção (no fundo, o seu clausulado), bem como dos aspectos submetidos à concorrência (geralmente, o preço), e, para a modalidade de adesão, os mesmos preceitos atribuem à ACSS a competência para, *em articulação* com as ARS, definir os clausulados-tipo. Esta articulação deverá, no actual quadro legal, ser estabelecida entre a ACSS e a DE-SNS, de acordo com a proposta desta [alínea r) do n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 35/2012, de 15 de Fevereiro, na redacção resultante do Decreto-Lei n.º 61/2022, de 23 de Setembro]. No fundo, são estas entidades que, na dialéctica entre a proposta e a decisão, definem os clausulados-tipo, embora na modalidade de concurso estes sejam, como vimos, aprovados pelo membro do Governo, por integrarem as peças concursais.

OBRIGAÇÕES DAS PARTES

⁵³ Tratar-se-á de dois ou mais *blocos* de prestações de cuidados de saúde que poderiam individualmente dar origem a outras tantas convenções. Por exemplo, uma convenção integrada de cuidados de saúde oftalmológicos, de otorrino e de saúde oral. Já não o será a integração de certa área de cuidados – v.g., a endoscopia gastroenterológica – com os respectivos meios complementares de diagnóstico e terapêutica, pois estes geralmente já se encontram incluídos no preço compreensivo dos cuidados convencionados.

No que respeita às obrigações das partes, podemos distingui-las entre (a) obrigações dos co-contratantes e (b) obrigações da entidade pública contratante.

Assim, as entidades convencionadas ficam, nos termos do artigo 12.º, obrigadas a (i) 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; (ii) executar, exata e pontualmente, as prestações contratuais em cumprimento do convencionado, não podendo transmitir a terceiros as responsabilidades assumidas perante a entidade pública contratante, salvo nos casos legal ou contratualmente admissíveis; (iii) prestar às entidades fiscalizadoras as informações e esclarecimentos necessários ao desempenho das suas funções, incluindo o acesso a todos os registos e documentação comprovativa da prestação de cuidados, nas vertentes física, financeira e níveis de serviço observados; (iv) 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; e (v) respeitar os protocolos, requisitos e especificações técnicas para recolha, tratamento e transmissão de informação definidas contratualmente.

Já a obrigação principal da entidade pública contratante consiste no pagamento do preço. Tal como referimos anteriormente, os preços a praticar no âmbito das convenções não podem exceder os preços previstos nas tabelas do SNS (n.º 1 do artigo 7.º). A referência neste preceito a “preços máximos” não terá, neste contexto e como referimos, o sentido de que a sua ultrapassagem constitui crime de especulação.

Sem prejuízo do preço resultante da fase de negociação no concurso, o membro do Governo responsável pela área da saúde pode, por um lado, estabelecer preços inferiores aos das tabelas do SNS ou estabelecer uma tabela específica para as

convenções (n.º 2 do artigo 7.º)⁵⁴, bem como pode, por outro lado – de modo a assegurar a qualidade das prestações de saúde – estabelecer preços mínimos abaixo dos quais não poderá descer o preço a praticar (n.º 3)⁵⁵. De um modo geral, é frequente o estabelecimento de uma tabela específica para cada convenção.

Na vigência das convenções, o membro do Governo responsável pela área da saúde pode rever os preços com periodicidade anual (n.º 2 do artigo 11.º), sendo que já têm sido estabelecidas reduções de preços e descontos sobre a facturação, como sucedeu em 2017 e 2020 com os despachos para as áreas das análises clínicas, da diálise e da radiologia (Despachos n.ºs 3668-B/2017, 3668-C/2017 e 3668-D/2017, publicados no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 83 de 28 de Abril de 2017, e Despachos n.ºs 12-A/2020, 12-B/2020, e 12-C/2020, publicados no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 1 de 2 de Janeiro de 2020).

A este propósito importa recordar que o artigo 65.º do Decreto-Lei n.º 84/2019, de 28 de Junho (Decreto-Lei de Execução Orçamental para 2019) veio permitir várias intervenções administrativas ao nível dos preços, nomeadamente, *reduções, deduções e descontos*⁵⁶. Os mencionados mecanismos continuaram em vigor para 2020 por força do artigo 210.º do mesmo diploma. Para o ano de 2022, esta faculdade ficou consagrada no n.º 1 do artigo 64.º do Decreto-Lei n.º 53/2022, de 12 de Agosto, e, para o ano de 2023, ficou consagrada no n.º 1 do artigo 65.º do Decreto-Lei n.º 10/2023, de 8 de Fevereiro.

Este tipo de intervenções administrativas não conta com a simpatia da ERS, a qual, em 2006, preconizou que as regras

⁵⁴ Foi o que sucedeu com a recente convenção para realização de partos de utentes grávidas acompanhadas nos hospitais/centros hospitalares do Serviço Nacional de Saúde, no verão de 2023, na região de saúde de Lisboa e Vale do Tejo.

⁵⁵ Esta norma assenta no mesmo princípio subjacente ao mecanismo estabelecido no n.º 2 do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 97/2015, de 1 de Junho, para os preços dos medicamentos genéricos.

⁵⁶ Uma vez mais, o legislador inspirou-se no modelo vigente para os medicamentos, consagrado no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 97/2015, de 1 de Junho, o qual reproduz o direito anterior.

sobre preços passassem a constar dos clausulados-tipo ou a ser definidas por uma entidade independente⁵⁷. Julgamos, no entanto, que esta posição não colhe, atento o interesse público na sustentabilidade financeira do SNS e a necessidade de, por vezes, o Estado intervir nos preços com alguma celeridade.

O artigo 9.º estabelece o facto gerador do encargo e define a entidade responsável pelo seu pagamento.

Assim, o facto gerador do encargo é composto pela prescrição no âmbito do SNS e pela escolha pelo utente do prestador, o qual recepciona a prescrição e executa o serviço. A responsabilidade pelo encargo cabe à ACSS – a anteriormente cabia à ARS territorialmente competente – ou à Unidade Local de Saúde, relativamente aos utentes da sua área de influência.

VICISSITUDES

Um conjunto de *vicissitudes* possíveis das convenções é composto pela *cessão da posição contratual* e pela *sub-contratação*. Assim, à excepção do caso particular dos pequenos prestadores com sede em pequenos concelhos, no qual não pode haver sub-contratação nem cessão da posição contratual (n.º 5 do artigo 4.º), a cessão da posição contratual e a sub-contratação regem-se pelos artigos 316.º e seguintes do CCP (n.º 2 do artigo 6.º)⁵⁸. Algumas das condicionantes estabelecidas no CCP terão toda a acuidade no caso das convenções, designadamente no caso de alteração das participações sociais, atendendo à necessidade de verificação do cumprimento dos impedimentos legais⁵⁹.

⁵⁷ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Avaliação ...*, (cit.), disponível em: https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/112/824783_rel.pdf, p. 96.

⁵⁸ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação ...*, (cit.), pp. 1161 e ss; PAULO OTERO, “Incumprimento e cessão da posição contratual: alguns problemas decorrentes do novo artigo 318º-A do CCP”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 16, Março de 2018, pp. 6 e ss.

⁵⁹ Nota anterior; MIGUEL LORENA BRITO, “A modificação subjectiva do contrato no Código dos Contratos Públicos revisto”, in *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, CARLA AMADO GOMES, RICARDO PEDRO, TIAGO SERRÃO E

Outro conjunto possível de vicissitudes é o das *alterações à convenção*. Esta matéria encontra-se prevista no Despacho n.º 4424/2017, publicado no *Diário da República* n.º 99, 2.ª Série, de 23 de Maio de 2017, para as convenções de âmbito nacional. No entanto e na prática, as ARS aplicaram as mesmas regras às convenções de âmbito regional e julga-se que o mesmo sucederá no actual quadro jurídico com a ACSS.

O referido Despacho consagrou dois procedimentos distintos, consoante a importância da modificação, a saber: (i) o procedimento de notificação, para alterações *minor*, e (ii) o procedimento de autorização, para alterações *major* (n.ºs 2 a 4). Os procedimentos são tramitados por via electrónica e devem ser acompanhados da alteração da parte relevante da ficha técnica (n.º 1).

Seguem o *procedimento de notificação* as alterações de dados referentes ao co-contratante (por exemplo, local da sede social ou identificação dos gerentes) e aos meios afectos à execução da prestação (tais como recursos humanos, direcção técnica ou novos postos de colheita). Além da ficha técnica, o co-contratante apenas tem de atestar sob compromisso de honra a veracidade do declarado, sem prejuízo de posterior verificação.

Observam o *procedimento de autorização* as alterações que consistam (i) na *alteração* da posição contratual; (ii) na mudança de instalações de prestação dos cuidados; (iii) no alargamento do âmbito contratual a novas valências ou instalações, salvo novos postos de colheita; ou (iv) na suspensão, reactivação ou denúncia. Ainda assim, o legislador consagrou um mecanismo de deferimento tácito, que opera com o *silêncio* da ACSS decorridos 60 dias sobre a apresentação de um pedido válido e em boa e devida forma, isto é, acompanhado da prova dos factos relevantes (n.ºs 4 e 9).

O modelo gizado pelo legislador tem sido apto a gerar *falsos deferimentos*. Com efeito, os pedidos têm sido

apresentados nas ARS, inclusive nesta fase transitória, as quais devem analisá-los e enviá-los devidamente informados para decisão da ACSS⁶⁰. Este mecanismo permite situações em que, quando o processo é recepcionado na ACSS, já o prazo de deferimento tácito poderá ter decorrido, pelo que, sendo o pedido ilegal, o deferimento tácito terá de ser revogado mediante acto expresso, com fundamento nessa eventual ilegalidade⁶¹. Cabe também à ACSS – anteriormente, cabia às ARS – comunicar ao co-contratante e ao CCMSNS as alterações autorizadas ao abrigo deste segundo procedimento (n.º 8).

O n.º 7 do Despacho consagra ainda a obrigatoriedade de comunicação das decisões de encerramento de instalações afectas à prestação do serviço com uma antecedência mínima de 60 dias.

A convenção poderá ser reduzida com fundamento na prestação de declarações falsas, inexactas ou incompletas para efeitos de alterações (n.º 5).

PRAZO

Em regra, e sem prejuízo da possibilidade de resolução, as convenções vigoram pelo prazo de cinco anos, podendo ser renovadas automaticamente, se nenhuma das partes a denunciar ou, o que dá no mesmo, comunicar à outra parte a sua oposição à renovação com uma antecedência mínima de 180 dias (n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro)⁶².

⁶⁰ N.º 8 da Circular Normativa n.º 15/2017/CD-P/ACSS, de 19 de Julho de 2017. Na fase de transição de competências das ARS para a ACSS, este procedimento tem-se mantido em prática.

⁶¹ CARLA AMADO GOMES, “A “revogação” do acto administrativo: uma noção pequena”, in *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, CARLA AMADO GOMES, ANA F. NEVES E TIAGO SERRÃO (Coords.), Volume II, Lisboa, 2020, AAFDL, pp. 689 e ss.

⁶² FEDERAÇÃO NACIONAL DE PRESTADORES DE CUIDADOS DE SAÚDE, *Parecer...*, (cit.), pp. 21-23, enreda-se numa complexa distinção entre *denúncia* e *oposição à renovação* que, na prática, nos parece estéril, na medida em que, em ambos os casos, do que se

PUBLICITAÇÃO

As convenções devem constar de registo próprio junto da ACSS e das ARS e ser publicitadas nas páginas electrónicas das mesmas entidades, bem como afixadas nas unidades funcionais do ACES respectivo (artigo 14.º). Não obstante, esta publicitação não constitui condição de eficácia das convenções, na medida em que os clausulados-tipo consagram normas expressas sobre a *entrada em vigor* da convenção⁶³.

Admite-se que as alterações orgânicas a que temos feito referência venham implicar modificações no que respeita à publicitação das convenções, fazendo sentido que, além de publicadas na página electrónica da ACSS, passem a ser também publicadas nas páginas electrónicas da DE-SNS, e dos novos ACES, I.P., se e quando estes vierem a ser criados⁶⁴.

MONITORIZAÇÃO

No que se refere à *monitorização* da convenção, o modelo desenhado no Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, é complexo e assenta, principalmente, em auditorias das ARS (n.º 3 do artigo 13.º). Assim, a avaliação sistemática da qualidade e acessibilidade dos cuidados prestados pelo convencionado, é levada a cabo pela ARS, em articulação com os

trata de unilateralmente fazer cessar um contrato duradouro, independentemente de justa causa, mediante comunicação à outra parte com determinada antecedência, relativamente ao termo do período contratual vigente. O exemplo utilizado no Parecer dos contratos de arrendamento não é um bom exemplo, na medida em que o legislador com as duas expressões pretendeu distinguir entre a denúncia nos contratos renováveis e a denúncia nos contratos de duração indeterminada.

⁶³ Cfr., a título de exemplo, a Cláusula 15.ª do Clausulado-tipo da Diálise, aprovada pelo Despacho n.º 7001/2002, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 79, de 4 de Abril de 2002.

⁶⁴ Dizemos se e quando, porque parece existir uma mais recente preferência organizatória das unidades de saúde do SNS, que recai sobre as Unidades Locais de Saúde.

estabelecimentos e serviços de saúde da respetiva região, cabendo-lhes ainda zelar pelo integral cumprimento da convenção (n.º 1 do artigo 13.º).

Já a confirmação sistemática da prestação dos cuidados faturados e correspondentes efeitos financeiros, é levada a cabo pela ARS sob coordenação da ACSS, e em articulação com a Inspeção-Geral das Atividades em Saúde (n.º 2). Além disso, a conferência de facturas é levada a cabo pelo CCMSNS.

As ARS ficam ainda obrigadas a apresentar à ACSS, um relatório anual sobre os resultados do acompanhamento e controlo das convenções (n.º 4). Por seu turno, a ACSS está obrigada a implementar, em articulação com as ARS, um sistema de monitorização e controlo de produção dos actos convencionados e respetiva despesa (n.º 5).

No que respeita às alterações e com o objectivo de verificar a veracidade, exactidão e completude das declarações prestadas, a ACSS pode realizar, diretamente ou por interposta entidade, as auditorias que tiver por convenientes (n.º 6).

Julgamos que o modelo desenhado pelo Legislador de 2013 terá de ser agora lido à luz dos actuais diplomas orgânicos, pelo que, quanto a nós, as actividades anteriormente cometidas às ARS deverão agora ser entendidas como cometidas à DE-SNS.

CESSAÇÃO

Para além das causas gerais de cessação por incumprimento contratual, a convenção pode, nos termos do artigo 15.º, ser resolvida, com fundamento em incumprimento, quando se verifique qualquer dos seguintes factos, considerados graves: (i) existência de práticas que discriminem utentes do SNS; (ii) violação do impedimento ou da incompatibilidade previstas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 5.º; ou (iii) abandono ou suspensão injustificados da prestação de serviços.

As convenções poderão ainda ser resolvidas com fundamento na prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas no procedimento de alteração (n.º 5 do citado Despacho n.º 4424/2017).

SOBREVIGÊNCIA DAS CONVENÇÕES

E chegamos ao último ponto que nos parece relevante em matéria de convenções. Trata-se do regime transitório do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, o qual, uma vez mais, reveste grande complexidade e consagra – também à semelhança do que sucede no direito colectivo do trabalho – como que uma *sobrevigência das convenções*⁶⁵.

Assim, o n.º 1 do artigo 16.º estabelece a caducidade das convenções vigentes, no termo do prazo em curso à data da entrada em vigor do diploma, e a impossibilidade da sua renovação, mas, desde logo, admite excepções, de carácter formal e material.

Sob o ponto de vista *formal*, para os contratos que se encontrassem em prazo de denúncia, os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo estabeleceram a regra da cessação no termo do período de vigência em curso, sendo que a mesma não produziria efeitos antes de decorrido um ano sobre a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, ou seja, em 14 de Outubro de 2014. No fundo, criou-se um duplo limite, consoante o que ocorresse em momento posterior: 14 de Outubro de 2014 ou o termo do período de vigência em curso.

O n.º 4 do mesmo artigo estabelece uma excepção de carácter *material* ou, se quisermos, uma válvula de escape, para evitar que as normas dos n.ºs 2 e 3 coloquem em causa a continuidade da prestação de cuidados de saúde às populações. Assim, o mesmo n.º 4 admite a manutenção em vigor, por período mais dilatado, dos contratos de adesão relativos a convenções

⁶⁵ ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES, *Direito ...*, (cit.), pp. 965 e ss.

cuja caducidade inviabilize a prestação de cuidados de saúde aos utentes do SNS. Esta excepção deve resultar de despacho devidamente fundamentado do membro do Governo responsável pela área da saúde, sob proposta da entidade pública contratante (anteriormente, a ACSS ou ARS, consoante o âmbito da convenção, actualmente a ACSS em todos os casos).

A mencionada excepção de carácter material tem sido profusamente utilizada, sendo que, verdadeiramente, as únicas convenções celebradas ao abrigo do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, são as da endoscopia gastroenterológica e alguns casos pontuais da diálise. Actualmente, as convenções encontram-se todas prorrogadas até 31 de Outubro de 2023 pelo Despacho n.º 12709-A/2023 (*Diário da República*, 2.ª Série, n.º 211, de 2 de Novembro de 2022).

Em grande medida, o argumento central para a não celebração de convenções ao abrigo da legislação vigente assenta na reminiscência da posição de 2006 da ERS de que, por falta de clausulados-tipo, as convenções estarão “fechadas”. Porém, é nossa opinião que, embora os clausulados anteriores possam não explorar todas as potencialidades permitidas pelo Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro, nada impede a abertura de novas convenções mediante remissão para clausulado anterior, em tudo o que não seja incompatível com o actual regime, nomeadamente a questão do prazo, ao menos até à aprovação de novos clausulados-tipo. E foi esta linha de pensamento que permitiu a outorga de convenções nos referidos casos da diálise, que foram abertas ao abrigo da actual legislação, mas por remissão para clausulado anterior na parte não prejudicada pelo Decreto-Lei.

Claro que o argumento do “fecho” das convenções é útil a quem considera que o aumento da oferta gera aumento da procura e da despesa. Mas poderá tratar-se de uma solução prejudicial para o direito de escolha do utente e para a concorrência pela qualidade do serviço prestado.