

O REGIME LEGAL DE INCOMPATIBILIDADES DOS PROFISSIONAIS DO
¹SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE E O DESPACHO DO MINISTRO DA SAÚDE
DE 5 DE DEZEMBRO

1. APRECIÇÃO JURÍDICA

Só existe incompatibilidade entre o exercício de empregos e cargos públicos e o de actividades privadas nos casos em que a lei o determinar (1)

Nos termos do artº 269º, nº 5 da Constituição da República Portuguesa, ” *a lei determina as incompatibilidades entre o exercício de empregos ou cargos públicos e o de outras actividades*”

A Lei de Bases da Saúde (Lei nº 48/90, de 24 de Agosto) estabelece no nº 3 da Base XXXI, sob a epígrafe “Estatuto dos Profissionais de Saúde do Serviço Nacional de Saúde”, o princípio (sujeito naturalmente, a excepções) de possibilidade de acumulação de funções públicas e privadas aos profissionais dos quadros do Serviço Nacional de Saúde:

” *Aos profissionais dos quadros do Serviço Nacional de Saúde é permitido, sem prejuízo das normas que regulam o regime de trabalho de dedicação exclusiva, exercer a actividade privada, não podendo daí resultar para o Serviço Nacional de Saúde qualquer responsabilidade pelos encargos resultantes dos cuidados por esta forma prestados aos seus beneficiários.*”

Nesse mesmo sentido e como corolário desse princípio, a mesma lei de bases, no nº 2 da Base XXXVII, sob a epígrafe “Apoio ao sector privado”, dispõe:

⁽¹⁾- vide Iª conclusão do Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República nº PGRP00000341, homologado em 22-02-91 pelo Ministro da Saúde

“O apoio pode traduzir-se, nomeadamente, na facilitação da mobilidade do pessoal do Serviço Nacional de Saúde que deseje trabalhar no sector privado.....”

Nos termos do artº 9º, nº 4 do Decreto-Lei nº 73/90, de 6 de Março (regime legal das carreiras médicas), *“ o regime de dedicação exclusiva é incompatível com o desempenho de qualquer actividade profissional pública ou privada....”*

Por sua vez, o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde (SNS), aprovado pelo Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de Janeiro vem, em regulamentação da Lei de Bases da Saúde, estabelecer, no artº 20º, o quadro legal das incompatibilidades dos profissionais dos quadros do SNS:

“ 1 - Aos profissionais dos quadros do SNS é permitido, nos termos da lei, o exercício de actividade privada, desde que dela não resultem, designadamente em virtude de contrato ou convenção, quaisquer responsabilidades do SNS pelos encargos correspondentes aos cuidados prestados aos beneficiários.

2 – Em qualquer caso, o exercício de actividades exteriores depende sempre da compatibilidade de horário, do não comprometimento da isenção e imparcialidade do funcionário ou agente e da inexistência de prejuízo efectivo para o interesse público”.

O nº 1 reforça o mesmo princípio já enunciado na Lei de Bases da Saúde – **aos profissionais dos quadros do SNS é permitido o exercício da actividade privada** – princípio este delimitado por uma condição – **desde que dessa actividade não resultem, através de contrato ou convenção, responsabilidades do SNS pelos encargos correspondentes aos cuidados prestados aos beneficiários.**

Esta condição, de formulação genérica e que funciona como delimitação negativa do princípio de acumulação de actividades, foi, no que respeita à convenção, desenvolvida e concretizada pelo Decreto-Lei nº 97/98, de 18 de Abril (lei das convenções) que, no

seu artº 9º, sob a epígrafe “Condições de adesão”, estabelece o regime de incompatibilidades para os profissionais vinculados ao SNS, nos seguintes termos:

“ 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 mesmo, pelos seus cônjuges e pelos seus ascendentes ou descendentes do 1º grau.

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

Da disciplina jurídica vertida nos preceitos citados, podemos retirar as seguintes conclusões:

- **Só existe incompatibilidade entre o exercício de empregos e cargos públicos e o de actividades privadas nos casos em que a lei o determinar**
- **Por regra, os profissionais dos quadros do SNS podem exercer actividades privadas**

As excepções a esta regra constituem as incompatibilidades previstas na Lei e que, com pertinência para a questão em apreço, são:

INCOMPATIBILIDADES NATURAIS

As que resultam da impossibilidade material de o funcionário desenvolver simultaneamente duas actividades dentro das mesmas horas de serviço – sobreposição de horários - nº 2 (1ª parte) do artº 20º do Estatuto do SNS

INCOMPATIBILIDADES MORAIS OU ÉTICAS

As que resultam de atitudes e comportamentos que ponham em causa a isenção e imparcialidade do funcionário e/ou a existência de prejuízo efectivo para o interesse público – nº 2 (2ª parte) do artº 20º do Estatuto do SNS

INCOMPATIBILIDADES ABSOLUTAS

Os profissionais dos quadros do Serviço Nacional de Saúde em regime de trabalho de dedicação exclusiva - nº 3 da Base XXXI da Lei de Bases da Saúde e, entre outros, artº 9º, nº 4 do Decreto-Lei nº 73/90, de 6 de Março (regime legal das carreiras médicas)

INCOMPATIBILIDADES RELATIVAS

- A) Os profissionais dos quadros do Serviço Nacional de Saúde relativamente à celebração de convenções em nome individual e à gerência, administração e participação superior a 10 % do capital de entidades convencionadas;
- B) Os directores de serviço dos serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde relativamente ao exercício de funções de direcção técnica em entidades convencionadas.

O Despacho nº 289/06 do Ministro da Saúde, datado de 5 de Dezembro de 2006 (ainda não publicado) determina:

“1 – O exercício efectivo de funções de coordenação e direcção, independentemente da sua natureza e forma jurídica, em instituições privadas prestadoras de cuidados de saúde, por profissionais pertencentes a instituições integradas no Serviço Nacional de

Saúde (SNS), sujeitos ou não, ao regime da administração pública, deve ser sempre considerado incompatível.”

No preâmbulo, o Ministro da Saúde fundamenta este seu Despacho no nº 2 do artº 20º do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde e invoca como lei habilitante as disposições contidas no artº 6º do regime jurídico da gestão hospitalar, aprovado pela Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro e na alínea b) do nº 1 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 233/2005, de 29 de Dezembro.

Ora, o nº 2 do artº 20º (transcrito supra) mais não é que uma cláusula genérica de salvaguarda à aplicação do princípio de permissão de acumulação de actividade pública e privada aos profissionais dos quadros do SNS, plasmado no número anterior do mesmo artigo (também transcrito supra).

A observância desta norma, genérica e abstracta, deve ser verificada, caso a caso, face a um determinado quadro factual em concreto.

O Despacho do Ministro da Saúde, neste particular, poderia consubstanciar uma orientação e directriz dirigida aos órgãos e agentes na sua tutela, no sentido, de apreciarem casuisticamente todas as situações em que profissionais do SNS exercessem em simultâneo funções de coordenação e direcção em instituições privadas prestadoras de cuidados de saúde, para apurar, em concreto, caso a caso, se havia compatibilidade de horários, se havia ou não comprometimento da isenção e imparcialidade do profissional e se dessa acumulação resultava ou não prejuízo efectivo para o interesse público.

E, para isso, o Ministro da Saúde está habilitado e faria sentido que no preâmbulo de um Despacho dessa natureza – emanção de orientações e directrizes para a boa aplicação da Lei – invocasse as normas legais habilitantes que invocou:

- artº 6º do regime jurídico da gestão hospitalar, aprovado pela Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro

”1 - O Ministro da Saúde exerce em relação aos hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde e na parte das áreas e actividade, centros e serviços nela integrados, os seguintes poderes:

- a) Definir as normas e os critérios de actuação hospitalar;*
- b) Fixar as directrizes a que devem obedecer os planos e programas de acção, bem como a avaliação da qualidade dos resultados obtidos nos cuidados prestados à população;*
- c) Exigir todas as informações julgadas necessárias ao acompanhamento da actividade dos hospitais;*
- d) Determinar auditorias e inspecções ao seu funcionamento, nos termos da legislação aplicável.*

2 - Os hospitais devem facultar ao Ministro da Saúde, sem prejuízo da prestação de outras informações legalmente exigíveis, os seguintes elementos, visando o seu acompanhamento e controlo:

- a) Os documentos oficiais de prestação de contas, conforme definido no Plano Oficial de Contas do Ministério da Saúde;*
- b) Informação periódica de gestão sobre a actividade prestada e respectivos indicadores.”*

- alínea b) do nº 1 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 233/2005, de 29 de Dezembro

“*Compete ao Ministro da Saúde:*

.....

b) Dar orientações, recomendações e directivas para a prossecução das atribuições dos hospitais E.P.E., designadamente nos seus aspectos transversais e comuns;”

Mas, neste Despacho, o Ministro da Saúde não se contém nestes limites da sua competência.

Vai muito mais longe.

Pretende criar *ex novo* uma nova espécie de incompatibilidade – proíbe expressamente a todos os profissionais do SNS, independentemente da natureza do vínculo, da carreira ou da categoria profissional, a acumulação com o exercício efectivo de funções de coordenação e direcção em instituições privadas prestadoras de cuidados de saúde.

Este tipo de incompatibilidade que até aqui, como se viu supra, abrangia apenas os directores de serviço dos serviços e estabelecimentos do SNS relativamente às funções de direcção técnica em entidades convencionadas (artº 9º, nº 3 do Dec. –Lei nº 97/98), passa a abranger por um lado, todo e qualquer profissional do SNS, independentemente do grau e categoria profissional e, por outro, as funções de coordenação e direcção em todas as instituições privadas, convencionadas ou não.

O Despacho cria pois uma nova categoria de incompatibilidades, de forma aliás bem peremptória - *deve ser sempre considerado incompatível* – aditando-a ao actual regime legal.

O Despacho pretende alterar a Lei que invoca – nº 2 do artº 20º do Estatuto do SNS - que diz que só haverá incompatibilidade se se verificar que dessa acumulação resulte incompatibilidade de horário, comprometimento da isenção ou imparcialidade ou prejuízo efectivo para o interesse público, para uma regra com um alcance diametralmente oposto, i.e., mesmo que não se verifique, em concreto,

incompatibilidade de horários, comprometimento da isenção ou imparcialidade ou prejuízo efectivo para o interesse público, ainda assim, tal acumulação será sempre incompatível.

Isto é uma alteração da Lei e, como é fácil de ver, o Ministro, um qualquer ministro, não pode, por mero Despacho, face ao actual quadro jurídico-constitucional, proceder a alterações legislativas.

Ora, a competência legislativa do Governo só pode ser exercida pelo Conselho de Ministros, através de acto legislativo próprio – Decreto-Lei (artº 200º, nº 1 – d) da CRP).

Esta competência, no caso e atentas as pertinentes disposições supra citadas da Lei de Bases da Saúde, terá obrigatoriamente de ser enformada nos princípios aí contidos, em obediência ao comando contido no artº 198º da CRP:

“1 – Compete ao Governo, no exercício de funções legislativas:

.....

c) Fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes contidos em leis que a eles se circunscrevam.”

O Despacho em apreço está pois, no nosso entender, ferido de vício de violação de lei.

2. CONSEQUÊNCIAS PREVISÍVEIS NO ACTUAL QUADRO DE DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE SAÚDE

Da análise sintética da questão jurídica, resulta que os vícios apontados poderiam ser ultrapassados através de uma solução política com sustentação jurídico-constitucional – o Governo alterava a forma do acto, transformando o Despacho do Ministro da Saúde num Decreto-Lei aprovado em Conselho de Ministros e previamente (por maior segurança), sustentado na maioria política que o Partido Socialista detém na Assembleia da República, até poderia apresentar, com grande margem de êxito, uma proposta de lei de alteração da Lei de Bases da Saúde, no sentido de conferir conformidade ao Decreto-lei.

E, assim, eliminava o vício formal, atingindo o objectivo pretendido.

Mas aqui, colocam-se duas outras questões de ordem política:

- seria esta medida justa na óptica dos seus destinatários?
- Prosseguiria o interesse público, consubstanciado na maior cobertura e facilidade de acesso dos portugueses à rede nacional de cuidados de saúde?

Em primeiro lugar, diga-se que manda a boa prática política e legislativa, incluir num diploma que cria um novo regime de incompatibilidades, um dispositivo transitório, de forma a acautelar os legítimos interesses e expectativas dos particulares que, por via da alteração da ordem jurídica, se vêem, de um momento para outro, desabrigados da lei.

Os mecanismos transitórios que conferem aos seus destinatários um prazo razoável para adaptação às novas regras, são da mais elementar justiça e da nossa tradição democrática.

Veja-se o caso do regime de incompatibilidades criado pelo Decreto-Lei nº 97/98 (Lei das Convenções), que estabeleceu a favor dos cidadãos que, por via da entrada em vigor desse diploma, passavam a incorrer em incompatibilidade, um período transitório de 180 dias para adaptação e conformidade da sua situação pessoal, às novas regras.

Visto de outro prisma, é conhecido e tema recorrente de debate na sociedade portuguesa a falta de médicos em muitas das especialidades e o agravamento da situação a muito breve prazo, face ao envelhecimento do actual contingente e à muito mitigada renovação de quadros, por via da, também já muito debatida, política altamente restritiva de *numerus clausus* para acesso às faculdades de medicina.

Por outro lado, a total ausência de investimento por parte do Estado português em clínicas de ambulatório, determinou que a actual cobertura, neste regime, de meios complementares de diagnóstico e terapêutica seja feita, praticamente, na totalidade, pelo sector privado.

As regras de qualidade para as diferentes áreas do sector privado em ambulatório, impõem que cada especialista só possa ter, em regra, uma única direcção técnica no sector privado e, excepcionalmente duas (por orientação da DGS, se não for profissional do SNS).

Não será difícil de prever que a aplicação imediata da determinação contida no Despacho do Ministro da Saúde, teria como consequência o desmoronamento, qual castelo de cartas, da actual rede nacional de cuidados de saúde.

Só a título de exemplo, se atendermos ao número de médicos inscritos nos colégios das especialidades da Ordem dos Médicos, de Nefrologia e de Medicina Física e de Reabilitação, e ao número de serviços destas especialidades nos hospitais e estabelecimentos do SNS, por um lado, e do número de clínicas privadas que prestam estes cuidados de saúde em regime de ambulatório, por outro, depressa somos levados a concluir que, das duas uma:

- Ou encerram os serviços de Nefrologia e MFR dos hospitais do SNS
- Ou encerram as clínicas privadas de diálise e MFR.

O mesmo se diga, ainda que talvez em grau menos elevado, da maioria das restantes especialidades médicas.

Não há volta a dar. Trata-se de uma realidade objectiva que o próprio Ministério da Saúde e outras entidades com responsabilidade no Sector, nomeadamente a Entidade Reguladora da Saúde, poderão facilmente comprovar pela simples consulta da sua base de dados.

Lisboa, 2 de Janeiro de 2007

Pela Direcção,
O Presidente

(Miguel Mota Carmo)

O Secretário-Geral

(Abel Bruno Henriques)