



DELIBERAÇÃO DO CONSELHO DIRECTIVO DA ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE

Considerando as atribuições da Entidade Reguladora da Saúde (doravante ERS) conferidas pelo artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro;

Considerando os objectivos da actividade reguladora da ERS estabelecidos no artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro;

Considerando os poderes de supervisão da ERS estabelecidos no artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro;

Visto o processo registado sob o n.º ERS/085/08_F;

I. DO PROCESSO

I.1. Origem do processo

1. Em 12 de Novembro de 2008, a ERS recepcionou uma exposição da Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor (adiante DECO), pessoa colectiva de utilidade pública com o NIPC 500 927 693 e sede na Rua da Artilharia Um, n.º 79, 4.º, 1269 – 160 Lisboa.
2. Na predita exposição, aquela associação identificou diversas entidades, por denominação, morada e contacto telefónico que, supostamente, actuariam de forma discriminatória entre os utentes na marcação de exames complementares de diagnóstico, concretamente, exames de ecografia obstétrica e colonoscopia, consoante a entidade financiadora dos mesmos.
3. Ou seja, o exame a realizar por um utente munido de credencial emitida pelo seu médico de família seria marcado para uma data posterior face a um mesmo exame a realizar por um utente “particular”.
4. Uma das entidades identificadas em tal exposição da DECO como alegadamente praticando tais actos de discriminação dos utentes do SNS foi a Clínica Médica Cirúrgica de Santa Tecla, Lda.
5. Após análise da referida exposição, o Conselho Directivo desta Entidade, por despacho de 21 de Novembro de 2008, ordenou a abertura de inquérito registado sob o n.º ERS/085/08;
6. Considerando que o inquérito entretanto instaurado pela ERS permitiu identificar diversas entidades que se encontrarão envolvidas pela exposição em questão, identifica-se doravante, por facilidade, o inquérito respeitante à Clínica Médica Cirúrgica de Santa Tecla, Lda. com o registo ERS/085/08_F.

I.2. A exposição da DECO

7. A associação expoente identifica diversas entidades, por denominação, morada e contacto telefónico que, alegadamente, actuariam de forma discriminatória entre os utentes que a elas recorrem na marcação de exames complementares de diagnóstico, concretamente, exames de ecografia obstétrica e colonoscopia, consoante a entidade financiadora dos mesmos.
8. Com efeito, aquela entidade junta “[...] a listagem das entidades que fizeram discriminação, de acordo com o estudo por cenário realizado pela DECO [...]”.¹
9. Na referida listagem, de entre outras entidades, consta a Clínica Médico Cirúrgica de Santa Tecla, Lda. como prestador de exame complementar de diagnóstico de colonoscopia.
10. Posteriormente, foi dado conhecimento à ERS da publicação de um artigo jornalístico sob o título “Mais rápido sem credencial”, na Revista “Teste Saúde”, n.º 76 de 26 de Novembro de 2008.
11. Conforme o teor deste último documento é possível concluir que, em suma, 15 locais dos contactados pela DECO discriminariam utentes do SNS na marcação de exames complementares de diagnóstico complementar de ecografia obstétrica e de colonoscopia.²

I.3. Diligências

12. No âmbito da investigação desenvolvida pela ERS, e considerando que a situação exposta pela DECO indiciava um âmbito subjectivo de prestadores alegadamente envolvidos potencialmente bastante lato, realizaram-se as diligências de obtenção de prova consubstanciadas
 - (i) em contactos telefónicos, estabelecidos no dia 18 de Novembro de 2008, com todos os 15 prestadores não públicos, constantes da listagem de prestadores convencionados do SNS na valência de radiologia e/ou ecografia obstétrica e

¹ Cfr. ofício datado de 12 de Novembro de 2008 e que instrui o presente processo de inquérito.

² Cfr. pág. 12, n.º 76 da Revista “Teste Saúde, publicada pela DECO e junta aos autos.

de endoscopia gastroenterológica e/ou gastroenterologia identificados na exposição da DECO³, com o intuito de marcação de exames de ecografia obstétrica e de colonoscopia, respectivamente, quer como utente do SNS, quer como utente particular;

- (ii) em pedidos de elementos remetidos, em 05 de Dezembro de 2008, a cada um dos 15 prestadores não públicos, constantes da referida listagem de prestadores convencionados do SNS na valência de radiologia e/ou ecografia obstétrica e de endoscopia gastroenterológica e/ou gastroenterologia⁴;
- (iii) na análise do artigo jornalístico publicado na Revista “Teste Saúde” n.º 76, pela DECO⁵; e
- (iv) em consulta e pesquisa do Sistema de Registo de Estabelecimentos Regulados (SRER) da ERS.

13. Foram ainda efectuadas as diligências tidas por necessárias ao esclarecimento de factos suscitados após análise de todas as respostas dos prestadores constantes da referida listagem aos pedidos de elementos da ERS e subsequentes cruzamentos das informações delas constantes com aquelas que haviam sido transmitidas aquando das diligências telefónicas da ERS de 18 de Novembro de 2008;

14. Tendo, em algumas situações concretas, sido enviados novos pedidos de elementos, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro;

15. Bem como novas tentativas de marcações, via contacto telefónico, junto de alguns dos prestadores, de exame de colonoscopia, quer como utente do SNS quer como utente particular.

³ Cfr. listagem do ofício de 12 de Novembro de 2008 e a informação retirada do Registo no Sistema de Registo de Estabelecimentos Regulados (SRER) da ERS.

⁴ Idem.

⁵ Vide artigo jornalístico publicado na Revista “Teste Saúde”, n.º 76, páginas 10 a 14, junto aos autos de inquérito.

II. DOS FACTOS

16. A Clínica Médico Cirúrgica de Santa Tecla, Lda. (doravante designada por Clínica de Santa Tecla) detém instalações na Rua Dr. Francisco Duarte, n.º 120, 4711 – 855 Braga, e encontra-se devidamente registada no Sistema de Registo de Estabelecimentos Regulados da ERS sob o n.º 14 164⁶.

17. A Clínica de Santa Tecla possui a qualidade de prestador convencionado do SNS para a valência de Gastrenterologia⁷.

18. Em 18 de Novembro de 2008, a ERS procedeu à diligência consubstanciada na marcação telefónica de um exame complementar de diagnóstico de colonoscopia junto daquele estabelecimento, em resultado da qual tomou conhecimento que a

“[...] marcação [de exame com credencial emitido pelo Centro de Saúde] apenas poderia ser efectuada para o dia 5 de Março de 2009. [...]”.

19. Acontece que

“[...] quando questionada sobre a possibilidade de realização do referido exame a título particular, a assistente informou que o mesmo poderia ser realizado no próximo dia 3 de Dezembro de 2008, mediante pagamento de € [...] (a que acrescem € [...], relativos à anestesia).” – cfr. memorando da diligência junto aos autos.

20. Posteriormente, por ofício de 05 de Dezembro de 2008, a ERS confrontou a Clínica de Santa Tecla com os factos resultantes da diligência vinda de referir e expressamente solicitou que procedesse, designadamente, ao envio dos seguintes elementos:

“2. Número total de actos de colonoscopia realizados [...] no ano de 2008 (até à presente data), apresentados por trimestre, devendo ainda tal número ser desagregado por entidade financiadora dos utentes – SNS, diferentes beneficiários de subsistemas, seguros de saúde e particulares.

3. Justificação completa e fundamentada da diferença temporal praticada [...] na marcação dos actos consoante a entidade financiadora do utente.

⁶ Conforme o registo do prestador no SRER e cuja cópia se acha junta aos autos.

⁷ Conforme listagem disponível no sítio de *internet* da ARS Norte e junta aos autos.

4. Pronuncie-se, querendo, sobre os referidos documentos produzidos pela DECO, bem como sobre o resultado da diligência efectuada pela ERS. [...]”.

21. Na sua resposta a tal pedido de elementos, veio a Clínica de Santa Tecla alegar, designadamente, que

“[...] as marcações dos utentes são efectuadas em escrupuloso cumprimento do acordo/convenção celebrado com a ARS Norte e atendendo à natureza concreta da situação em apreço, dando sempre prioridade às situações de urgência em detrimento dos exames de rotina (razão pela qual existem utentes de outros subsistemas cujos exames são marcados com alguma distância temporal) [...]”;

22. E acrescentou que

“[...] o número total de actos realizados a cada trimestre para utentes do SNS (apenas considerando as colonoscopias realizadas e, como tal, sem sequer atender às endoscopias e consultas igualmente efectuadas a esses mesmos utentes) excede largamente a que esta clínica contratualmente se obrigou considerando a sua disponibilidade de meios técnicos e humanos. [...]”.

23. Ainda no respeitante ao artigo jornalístico da DECO, retorquiu que

“[...] a situação concernente a esta clínica que vem relatada no V/ofício não tem qualquer similitude com os casos denunciados pela DECO, em que a antecipação da data para a realização do exame pretendido alegadamente resultou de “esquecer a proposta de credencial” e pagar como particular, o que jamais se verificou com esta entidade [...]”.

24. Finalmente, resulta do teor da resposta apresentada, designadamente dos documentos juntos, que a Clínica de Santa Tecla

“[...] aceitou as condições estabelecidas na proposta para a prestação de cuidados de saúde no âmbito da Endoscopia Gastrenterológica [...] e que possui capacidade de atendimento para 4 utentes/dia num horário de atendimento das

- Segunda 17 horas às 19 horas

- Quarta 15 horas às 17 horas

- Sexta 15 horas às 17 horas.” – cfr. cópia de declaração da Clínica de Santa Tecla de 22 de Setembro de 1997 enviada em anexo à sua resposta ao pedido de elementos da ERS e junta aos autos.

25. Por último, e relativamente ao ano de 2008, a Clínica de Santa Tecla informou ter realizado os seguintes números de exames de colonoscopia a utentes do SNS:

SISTEMA NACIONAL DE SAÚDE – SNS

[...]

Fonte: Clínica Médico Cirúrgica de Santa Tecla

III. DO DIREITO

III.1 Enquadramento Geral

26. De acordo com o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, a ERS tem por objecto a regulação, a supervisão e o acompanhamento, nos termos previstos naquele diploma, da actividade dos estabelecimentos, instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde.

27. As atribuições da ERS, de acordo com o art. 6.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, compreendem

“a regulação e a supervisão dos estabelecimentos, instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde, no que respeita ao cumprimento das suas obrigações legais e contratuais relativas ao acesso dos utentes aos cuidados de saúde, à observância dos níveis de qualidade e à segurança e aos direitos dos utentes”;

28. Constituindo atribuição desta Entidade Reguladora, nos termos da alínea a) do n.º 2 daquele preceito legal, *“defender os interesses dos utentes”*.

29. Constitui objectivo da ERS, em geral, nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 25.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro *“assegurar o direito de acesso universal e igual a todas as pessoas ao serviço público de saúde”*, bem como, nos termos da alínea c) do mesmo preceito legal, *“assegurar os direitos e interesses legítimos dos utentes”*.

30. Mais se concretiza na alínea a) do n.º 2 daquela norma, que, para efeito de assegurar o direito de acesso dos utentes, incumbe à ERS “*zelar pelo respeito da liberdade de escolha nas unidades de saúde privadas*”.
31. À ERS cabe, entre outras competências, prevenir e punir os actos de *rejeição discriminatória ou infundada de pacientes* nos estabelecimentos do SNS, enquanto concretização da garantia do *direito de acesso universal e igual a todas as pessoas ao serviço público de saúde* – cfr. alínea d) do n.º 2 do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro;
32. Por outro lado, recorde-se que se encontram sujeitos à regulação da ERS os *operadores*, e designadamente
- “*As entidades, estabelecimentos, instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde, integrados ou não na rede de prestação de cuidados de saúde, independentemente da sua natureza jurídica*” – cfr. alínea a) do n.º 1 do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro;
33. Sendo considerados como entidades para efeitos de registo junto daquela mesma Entidade a “[...] *pessoa singular ou colectiva que tutela, gere ou detém estabelecimento onde são prestados cuidados de saúde.*” – cfr. alínea c) do artigo 2.º da Portaria n.º 38/2006 de 6 de Janeiro,
34. A Clínica de Santa Tecla é, assim, um *operador* para efeitos do referido art. 8.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro.

III.2. Das entidades convencionadas com o SNS

35. O n.º 4 da Base I da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, estabelece que “*os cuidados de saúde são prestados por serviços e estabelecimentos do Estado ou, sob fiscalização deste, por outros entes públicos ou por entidades privadas, sem ou com fins lucrativos*”;
36. Consagrando-se nas directrizes da política de saúde estabelecidas na mencionada Lei que “*é objectivo fundamental obter a igualdade dos cidadãos no acesso aos cuidados de saúde, seja qual for a sua condição económica e onde quer que vivam, bem como garantir a equidade na distribuição de recursos e na utilização de serviços*” (Base II).
37. Ora, nos termos do n.º 2 da Base IV da Lei de Bases da Saúde, “*para efectivação do direito à protecção da saúde, o Estado actua através de serviços próprios, celebra*

acordos com entidades privadas para a prestação de cuidados e apoia e fiscaliza a restante actividade privada na área da saúde”.

38. Assim, “o Ministério da Saúde e as administrações regionais de saúde podem contratar com entidades privadas a prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde sempre que tal se afigure vantajoso, nomeadamente face à consideração do binómio qualidade-custos, **e desde que esteja garantido o direito de acesso**”.
39. Daqui decorre que “a rede nacional de prestação de cuidados de saúde abrange os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde e os estabelecimentos privados e os profissionais em regime liberal com quem sejam celebrados contratos nos termos do número anterior”, no âmbito da qual é aplicável o direito de acesso dos utentes aos cuidados de saúde – cfr. n.º 3 e 4 da Base XII da Lei de Bases da Saúde.
40. Em tais casos de contratação com entidades privadas ou do sector social, os cuidados de saúde são prestados ao abrigo de acordos específicos, por intermédio dos quais o Estado incumbe essas entidades da missão de interesse público inerente à prestação de cuidados de saúde no âmbito do SNS, passando essas instituições a fazer parte do conjunto de operadores, públicos e privados, que garantem a imposição constitucional de prestação de cuidados públicos de saúde (art. 64.º da Constituição da República Portuguesa).
41. Por outro lado, “o Estatuto [do SNS] aplica-se às instituições e serviços que constituem o Serviço Nacional de Saúde e às entidades particulares e profissionais em regime liberal integradas na rede nacional de prestação de cuidados de saúde, quando articuladas com o Serviço Nacional de Saúde.” – cfr. artigo 2.º do Estatuto do SNS, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro.
42. Os prestadores convencionados com o SNS integram, assim, a rede nacional de prestação de cuidados de saúde, tal como definida no n.º 4 da Base XII da Lei de Bases da Saúde.
43. Nesta medida, todos os prestadores convencionados do SNS para o exame de colonoscopia deverão atender todos os utentes portadores de credenciais emitidas pelos respectivos Centros de Saúde na qualidade de utentes do SNS e nunca a título particular;
44. O que significa, designadamente, que aos utentes do SNS apenas poderão ser cobradas as taxas moderadoras correspondentes aos actos em causa, sem prejuízo das isenções previstas no art. 2.º do Decreto-Lei n.º 173/2003, de 1 de Agosto.

45. E note-se que ao referir a equidade na distribuição de recursos e na utilização de serviços de saúde, a Base II da Lei de Bases da Saúde quer significar igual tratamento para igual necessidade ou, dito de outra forma, tratamento distribuído de acordo com as necessidades;
46. Aplicando-se um tal conceito independentemente da fonte de financiamento, aliás em conformidade com a política de saúde e princípios constitucionais.
47. Assim, o recurso a acordos ou convenções, por parte do Estado, para cumprimento da imposição constitucional de prestação de cuidados públicos de saúde, deverá ter sempre como pressuposto a garantia de que os direitos dos utentes do SNS não são, por tal facto, prejudicados ou total ou parcialmente exauridos de conteúdo.
48. Tudo concorre, desta forma, para a imposição clara e inequívoca das regras relativas ao acesso à prestação de cuidados de saúde e à não discriminação dos utentes do SNS às entidades do sector social e/ou do sector privado que, pela via do recurso à contratação com o Estado, integram a rede nacional de prestação de cuidados de saúde.
49. Constitui, então, dever das entidades convencionadas receber e cuidar dos utentes, em função do grau de urgência, nos termos dos contratos que hajam celebrado, bem como, nos termos do n.º 2 do artigo 37.º do Estatuto do SNS, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro, *“cuidar dos doentes com oportunidade e de forma adequada à situação”*, isto é, de forma pronta e não discriminatória.
50. No mesmo sentido, prevê o art. 5.º do Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril que as convenções se destinam a contribuir para *“a necessária prontidão, continuidade e qualidade na prestação de cuidados de saúde”* e *“a equidade do acesso dos utentes aos cuidados de saúde”*.
51. Assim sendo, não pode uma qualquer entidade convencionada para o exame de colonoscopia recusar a prestação de cuidados de saúde a utentes do SNS com base em quaisquer motivos de ordem financeira, de gestão ou outra, sob pena de colocar em crise a missão de interesse público que o Estado atribuiu mediante a celebração de convenção com o SNS;
52. O que, por lógica decorrência implica, nos termos da alínea b) do n.º 2 do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril, relativo aos direitos e deveres das entidades convencionadas, a obrigação dos operadores convencionados a *“prestar cuidados de saúde de qualidade aos utentes do SNS, em tempo útil, nas melhores condições de atendimento, e a não estabelecer qualquer tipo de discriminação”*.

III.3. Da concreta realidade da Clínica de Santa Tecla, Lda.

53. Cumpre *ab initio* lembrar que a diligência realizada pela ERS, pelas 16h 25m do dia 18 de Novembro de 2008, consubstanciou-se na tentativa de marcação de um exame de colonoscopia na Clínica de Santa Tecla (contacto telefónico: 253 209 900) como utente do SNS munido da respectiva Credencial.
54. A assistente da Clínica de Santa Tecla esclareceu que tal marcação apenas poderia ser efectuada para o dia 5 de Março de 2009.
55. No entanto, quando questionada sobre a possibilidade de realização do referido exame a título particular, já a mesma assistente informou que o mesmo poderia ser realizado no dia 3 de Dezembro de 2008, mediante pagamento de € [...] (a que acrescem € [...], relativos à anestesia);
56. Sem que em qualquer momento, e como aliás a Clínica de Santa Tecla reconhece, se tenha invocado uma qualquer ausência ou esquecimento da credencial.
57. Tratou-se, então e apenas, de proceder à marcação, no mesmo dia e junto da Clínica de Santa Tecla, de um exame de colonoscopia, seja enquanto utente do SNS, seja enquanto utente “particular”.
58. Ora, e como já referido, da diligência de marcação de exame realizada pela ERS resultou que a
- “[...] *marcação* [de exame com credencial emitido pelo Centro de Saúde] *apenas poderia ser efectuada para o dia 5 de Março de 2009.*”;
59. Dia esse que, *in concreto*, corresponde a uma quinta-feira;
60. Sendo que a título particular, o exame de colonoscopia já seria marcado para o
- “[...] *dia 3 de Dezembro de 2008, mediante pagamento de € [...] (a que acrescem € [...], relativos à anestesia).*” – cfr. memorando da diligência junto aos autos.
61. Por outro lado, e como já visto, o mesmo prestador confirmou que o número total de actos de colonoscopias realizados em 2008, por trimestre, a utentes do SNS, ultrapassou largamente o número da totalidade de actos da valência e não apenas exames de colonoscopia;
62. Reconhecendo, em suma, que a realização de exames para utentes do SNS excede largamente o número que a Clínica havia feito constar na sua já referida declaração

de 22 de Setembro de 1997, emitida no âmbito da convenção, pela qual declarava perante a Administração Regional de Saúde do Norte, I.P. (ARSNorte) que

“[...] aceitou as condições estabelecidas na proposta para a prestação de cuidados de saúde no âmbito da Endoscopia Gastrenterológica [...] e que possui capacidade de atendimento para 4 utentes/dia num horário de atendimento das

- Segunda 17 horas às 19 horas

- Quarta 15 horas às 17 horas

- Sexta 15 horas às 17 horas.” – cfr. cópia da referida declaração em anexo à sua resposta ao pedido de elementos da ERS e junta aos autos.

63. Esta capacidade de atendimento (e quantificada seja mediante número de dias por semana e correspondente horário afecto, seja mediante número de utentes máximo por cada um desses dias), foi aceite pela ARS Norte – cfr. Ofício da Sub-Região de Saúde de Braga de 23 de Março de 1998 junto aos autos.
64. Tais dados significam que, em bom rigor, o prestador deveria realizar, apenas e tão só, actos e exames convencionados durante o calendário definido, o que perfaria, no máximo e por cada semana, o total de 12 exames; por cada trimestre, o total de 36 exames e, por cada ano, o total de 144 exames.
65. Ora, atenta a conclusão da diligência e o teor da resposta do prestador, certo é que a Clínica de Santa Tecla realiza actualmente actos e exames a utentes do SNS fora do referido horário constante da sua declaração de 22 de Setembro de 1997;
66. Tal como realiza mais actos e exames a utentes do SNS do que aqueles que corresponderiam à sua capacidade de atendimento declarada nesse mesmo documento de 22 de Setembro de 1997.
67. Outrossim, constitui igualmente conclusão da diligência da ERS que a organização de agenda da Clínica de Santa Tecla resultou em maiores tempos de espera de uns utentes face a outros (designadamente, particulares), o que significa uma efectiva discriminação negativa dos primeiros face aos segundos.
68. E tal discriminação foi, aliás, comprovada através de duas diligências de marcação telefónicas realizadas por entidades diferentes, em horários e datas diferenciadas;

69. Tendo a ERS, aquando da marcação telefónica, conseguido antecipar em mais de 90 dias a realização de exame complementar de diagnóstico de colonoscopia se marcado a título particular;
70. E a DECO conseguiu antecipar a realização daquele exame em cerca de 52 dias.
71. Tais factos – repete-se, resultantes de duas diligências de marcação realizadas por entidades diferentes, em horários e datas diferenciadas – são elucidativos de que os procedimentos seguidos para a marcação e realização de exames, tal como gizados pelo prestador, resultam numa evidente discriminação entre os utentes que ali se deslocam baseada apenas e tão só na entidade financiadora do exame.
72. E a esta realidade discriminatória não obsta, nem pode obstar, o afirmado pela Clínica de Santa Tecla no que respeita ao clausulado contratado com a ARS do Norte. Vejamos,
73. O prestador *in casu* alega, como referido, que contratou com a ARS Norte o atendimento dos utentes do SNS
- (i) num determinado horário, a saber, segundas-feiras das 17 às 19 horas e quartas e sextas-feiras das 15 às 17 horas; e
 - (ii) numa quantidade máxima determinada de utentes do SNS, a saber, 4 utentes por dia.
74. Ora, deste facto decorreria então a possibilidade de este prestador afectar o remanescente da sua capacidade instalada à prestação de cuidados de saúde a utentes de outros subsistemas ou de natureza particular.
75. Ocorre no entanto que, ao declarar determinado horário e determinada quantidade, o prestador reconhece somente que, aquando do aceitação, a capacidade que detinha à luz dos seus recursos disponíveis para fazer face a uma determinada procura [SNS] é a alegada àquela data (no ano de 1997).
76. E é precisamente isso que, ademais, resulta expressamente da referida declaração de 22 de Setembro de 1997, emitida no âmbito da convenção, e pela qual a Clínica de Santa Tecla declarou perante a ARSNorte que “[...] **possui capacidade de atendimento para 4 utentes/dia num horário de atendimento das**

- Segunda 17 horas às 19 horas

- Quarta 15 horas às 17 horas

- Sexta 15 horas às 17 horas.” – cfr. cópia de em anexo à sua resposta ao pedido de elementos da ERS e junta aos autos, destaque nosso.

77. Com efeito, é entendimento da ERS que não é admissível que uma entidade esteja, à data de hoje, a informar que os seus recursos disponíveis só permitem, v.g., atender, num determinado horário, 4 utentes por dia (do SNS) porque, na verdade, repete-se, à data de hoje, dispõe de recursos para fazer face a uma procura superior.
78. A ficha técnica da convenção – cujos dados vão ser [também] os constantes na declaração de aceitação - pretende precisamente aferir qual a capacidade instalada de determinado prestador, atentos os recursos existentes, em determinada data.
79. Assim, a ficha técnica apenas determina um número de utentes para os quais o prestador em causa declara ter capacidade de resposta, à luz dos seus recursos disponíveis, em certo momento.
80. Não pode, por isso, a determinação desta capacidade instalada em determinado momento pretender constituir-se como um limite ao número de utentes que aquele prestador pode e tem de atender no âmbito do SNS – como se existisse outra capacidade instalada, não compreendida naquele documento, que fosse por seu turno afecta aos demais utentes.
81. Reitere-se, a ficha técnica apenas consubstancia a indicação de quantos utentes, do SNS ou de outra qualquer proveniência, um qualquer prestador tem capacidade para atender em determinado momento, horário e considerados os recursos existentes nesse mesmo momento.
82. Caso contrário, e se se entendesse que a Clínica de Santa Tecla apenas teria contratado com a ARS Norte o atendimento, dentro de certo horário, de 4 utentes por dia, sempre se teria de questionar qual a fundamentação para que esta procedesse ao pagamento de quantidades superiores às assim “contratadas”;
83. E que, por isso e relativamente a um tal excesso de actos ou utentes não “contratados”, se deveriam considerar como fora do âmbito da convenção;
84. O que, claro está, deveria conduzir ao reembolso das quantias assim pagas em excesso.

85. Ora, se é verdade que a ARS Norte sempre procedeu ao pagamento à Clínica de Santa Tecla de montantes superiores aos que corresponderiam às alegadas quantidades contratadas, deve então daí inferir-se o reconhecimento assim expresso da ARS Norte de que não existem quantidades contratadas e de que as actualizações unilaterais da sua capacidade de atendimento efectuadas pela Clínica de Santa Tecla são válidas.
86. Aliás, refira-se que a ARS Norte, teve já oportunidade de transmitir à ERS o seu entendimento aquando da análise de situação similar e na qual igualmente se questionava a alegação das quantidades indicadas na ficha técnica como quantidades “contratadas”⁸.
87. E em tal ocasião a ARS Norte solicitou, também, a prestação de esclarecimento pela Direcção-Geral de Saúde (DGS), tendo esta última manifestado o entendimento de que “a capacidade de atendimento pode variar ao longo do tempo, em função das instalações, equipamentos e recursos humanos, uma vez que se **trata de uma indicação que tem a ver com parâmetros de qualidade e não com uma limitação contratual**”⁹ - realce nosso;
88. Sendo que a ARS Norte manifestou, em tal ocasião, ser concordante com o entendimento da ERS de que a capacidade de atendimento indicada na ficha técnica – ou até na declaração de aceitação da convenção e que, sublinhe-se, constitui um acto unilateral do prestador – não consubstancia a contratação de quantidades de actos e/ou exames.
89. Note-se que é o próprio prestador que aceita realizar exames de colonoscopia em número excedente ao contratado e, provavelmente, em horário diferenciado do contratado, tanto mais que, atento o clausulado, a Clínica de Santa Tecla apenas deveria ter realizado cerca de 144 exames/trimestre;
90. Número esse que incluiria todos os actos e exames da convenção para a valência de Gastrenterologia, sendo que, e como a própria Clínica refere,

⁸ Cfr. processo de inquérito que correu termos na ERS sob o registo n.º ERS/080/06.

⁹ Cópia de ofício da DGS junto aos presentes autos e emitido em 26 de Junho de 2007, no âmbito do já referido processo de inquérito ERS/080/06.

“[...] o número total de actos realizados a cada trimestre para utentes do SNS (apenas considerando as colonoscopias realizadas e, como tal, sem sequer atender às endoscopias e consultas igualmente efectuadas a esses mesmos utentes) excede largamente a que esta clínica contratualmente se obrigou considerando a sua disponibilidade de meios técnicos e humanos. [...]” – sublinhado nosso.

91. Assim, a situação actual e que, concerteza, tem vindo a ser praticada há alguns anos - pelo menos, desde Janeiro de 2008 -, admite concluir que a capacidade instalada indicada na ficha técnica evoluiu, tendo conduzido a actualizações (unilaterais) daquele documento para mais utentes/dia do que os declarados possíveis em 1997.
92. Além disso, caso assim não se admitisse, a facturação apresentada (de mais de 4 utentes/dia) não poderia exceder a quantidade “contratada”.
93. Mas, repete-se, e tal como é entendimento quer da ARS Norte, quer da DGS, “[...] se a entidade prestar cuidados de saúde em número superior de doentes o SNS irá assumir esse pagamento. Neste caso, o que as ARS deverão acompanhar é se a entidade cumpre ou não os parâmetros de qualidade acima descritos [...]”¹⁰;
94. E, conforme já defendido *supra*, isto deverá suceder, também segundo tais entidades, precisamente porque não existem quantidades contratadas.
95. A verdade é que na medida em que a ARS Norte sempre procedeu a pagamentos de montantes superiores aos que corresponderiam às alegadas quantidades contratadas, parece que se deve então poder inferir haver um reconhecimento tácito pela ARS Norte de que não existem quantidades contratadas, mais reconhecendo as actualizações unilaterais de capacidade efectuadas pela Clínica de Santa Tecla como válidas.
96. E assim sendo, remanesce o atendimento discriminatório entre utentes do SNS e utentes particulares praticado pela Clínica e verificado pela ERS.
97. Pelo que, precisamente porque se reconhece que a ARS deve admitir as actualizações unilaterais da capacidade instalada, e efectuar os pagamentos correspondentes, é que se pode concluir, como a DGS, que não existem limitações contratuais, pelo que não pode o operador discriminar utentes em função da entidade financiadora.

¹⁰ Idem nota anterior.

98. Caso assim não se entendesse, tanto conduziria a *in externis* admitir a liberdade do prestador para decidir realizar, ou não, exames de colonoscopias consoante a natureza da entidade financiadora e em função da [sua] conveniência financeira da altura.

Senão vejamos,

99. A Clínica da Santa Tecla detém acordos com outras entidades financiadoras (subsistemas e seguradoras).

100. Ora, poderia então o prestador, alegando a quantidade (formal) estipulada na ficha técnica da convenção, limitar a realização de exames de colonoscopias a utentes do SNS em função dos seus meros interesses financeiros;

101. E, igualmente, não fazer uso dessa mesma quantidade (formal) de exames a realizar, aumentando a realização de exames de colonoscopias a utentes do SNS, também em função dos seus meros interesses financeiros.

102. Ou seja, poderia o prestador limitar a realização de exames a utentes do SNS àquela quantidade formalmente constante da ficha técnica enviada para efeitos da convenção quando, por exemplo, tivesse procura de utentes de subsistemas, seguradoras ou “particulares” que lhe tomassem o remanescente da sua capacidade instalada;

103. Mas já não proceder a uma tal limitação – ultrapassando a referida quantidade formalmente constante da ficha técnica da convenção e sendo pago pela totalidade dos exames efectivamente realizados – quando verificasse que a procura de utentes de subsistemas, seguradoras ou “particulares” não lhe tomassem o remanescente da sua capacidade instalada.

104. Ou seja, poderia a Clínica de Santa Tecla decidir respeitar ou não as limitações contratadas consoante a eficácia financeira da estratégia a adoptar - atender uma maior percentagem de utentes do SNS numa determinada fase ou atender uma maior percentagem de utentes de outros subsistemas noutra fase, dependendo tal decisão apenas e tão só da viabilidade financeira da mesma.

105. E um tal comportamento redundaria numa utilização da convenção a *bel prazer* do prestador conforme as situações economicamente mais convenientes e assim fundamentar a discriminação praticada.

106. Ora, tal significaria uma discriminação com base em interesses meramente económicos por parte do prestador ligados à entidade financiadora do utente e, por isso, infundada.
107. Porém, e aparte de se analisar se é mais vantajoso economicamente para o operador prestar preferencialmente cuidados a entidades privadas quando comparado com o SNS, sempre se dirá que a convenção celebrada não terá seguramente menor valor no que respeita à obrigatoriedade do estrito e rigoroso cumprimento dos deveres que da mesma decorrem, aos quais aquele pretendeu e desejou aderir, pelo que nunca semelhante argumento poderia colher para justificar a diferença de tratamento.
108. Consequentemente, os interesses organizacionais do prestador, Clínica de Santa Tecla, estão orientados em função da entidade financiadora – e não da ordem de chegada dos utentes ou do carácter prioritário da concreta situação clínica - resultando, por isso, na violação enquanto entidade integrada na rede nacional de prestação de cuidados de saúde, da citada alínea b) do n.º 2 do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril, como também o n.º 2 do artigo 37.º do Estatuto do SNS.

IV. AUDIÊNCIA DE INTERESSADOS

109. A presente decisão foi precedida da necessária audiência escrita de interessados, nos termos do n.º 1 do art. 101.º do Código do Procedimento Administrativo, tendo a Clínica de Santa Tecla exercido o seu direito de pronúncia nos termos que seguidamente se analisam.

IV.1. A pronúncia da Clínica de Santa Tecla, Lda.

110. Por ofício de 02 de Março de 2009, veio a Clínica de Santa Tecla alegar, em suma, que sempre respeitou o estipulado por convenção outorgada com a ARS Norte no atendimento aos utentes do SNS.
111. Igualmente sustentou que “[...] desde a data em que semelhante acordo foi celebrado [tem vindo a dispor] de recursos que actualmente permitem fazer face a uma procura superior [...]”; e que

112. Por tal facto, estará “[...] *disposta a renegociar os termos da convenção, em ordem a assegurar uma resposta mais pronta e eficaz.*”
113. Porém, alega a Clínica de Santa Tecla que o facto de tal ter ocorrido não significa que tenha existido qualquer actualização unilateral da capacidade de atendimento;
114. Nem tão pouco que deva esta entidade proceder *ao reembolso das quantias assim pagas em excesso*, porquanto, defende, que o serviço foi prestado e, por isso, deve gerar a obrigação do seu pagamento por parte da entidade responsável.
115. Mais argumenta que a obrigação do Estado em garantir o direito de acesso universal e igual a todas as pessoas ao serviço público de saúde implica *meios físicos, técnicos e humanos de que não dispõe*;
116. Sendo que, no que a si respeita, cumpre o *número mínimo contratualizado* de exames com o SNS.
117. Salaria ainda que “[...] *as entidades convencionadas não têm outro meio de suporte e/ou financiamento da sua actividade que não sejam os proventos que retiram dos serviços prestados a particulares e/ou dos convénios celebrados com o SNS, os diversos subsistemas de saúde e seguradoras, o que naturalmente obriga a uma gestão criteriosa dos recursos disponíveis [...]*” – cfr. pronúncia datada de 02 de Março de 2009 enviada à ERS.
118. Mais avança que, caso assim não fosse, estaria comprometida quer a “[...] *capacidade de ganho que garante a sobrevivência das Clínicas privadas e, sobretudo, a qualidade dos serviços prestados [quer a] sua capacidade de resposta a todas as obrigações igualmente assumidas com outras entidades e utentes [...]*”.
119. Finalmente conclui que “[...] *não se trata de discriminar utentes em função da entidade financiadora por mera estratégia financeira e a bel prazer do prestador, trata-se, isso sim, de assegurar o cumprimento de todas as obrigações assumidas, qualquer que seja o sistema de saúde em que os utentes estejam integrados.*”;
120. Pelo que a deliberação tal como projectada deveria ser revogada e, conseqüentemente, arquivado o presente processo de inquérito contra si proposto.

IV.2. Análise

121. Refira-se, *ab initio*, que os argumentos apresentados pela Clínica de Santa Tecla foram devidamente considerados e ponderados;
122. Verificando-se, no entanto, que os mesmos não são de molde a infirmar os factos e sua apreciação tal como constantes do projecto de deliberação da ERS;
123. Seja porque tais argumentos aduzidos se encontram assentes em pressupostos que não encontram respaldo no quadro normativo aplicável às entidades prestadoras de cuidados de saúde aos utentes do SNS;
124. Ou no quadro factual de funcionamento da entidade e verificado pela ERS;
125. Ou seja ainda porque os argumentos aduzidos encontram-se em directa contradição com os elementos de prova constantes dos autos.
126. Aliás, a este propósito deve sublinhar-se que a pronúncia da Clínica de Santa Tecla é silente naquilo que constitui a substância do quadro factual apresentado pela ERS no seu projecto de deliberação;
127. Tal como é silente quanto aos resultados das diligências probatórias efectuadas nos presentes autos;
128. O que, conseqüentemente, e em regra, acaba por aproximar os seus argumentos a considerações de teor genérico.
129. É assim que a pronúncia da Clínica de Santa Tecla não apresenta qualquer elemento, factual ou jurídico, que imponha uma alteração da mesma. Vejamos,
130. A Clínica de Santa Tecla limitou-se a contestar o projecto da deliberação tendo, *in fine*, concluído que a questão principal se prende com o financiamento das entidades convencionadas que obriga a uma gestão criteriosa dos recursos disponíveis.
131. Financiamento que decorre, essencialmente, dos proventos que aquelas entidades retiram, como o caso da própria interessada, do serviço prestado a particulares e/ou convénios celebrados com o SNS e demais entidades financiadoras de utentes de serviços de saúde.

132. Porém, isso não significa que os utentes do SNS possam ser diferenciados face aos demais utentes que recorrem à Clínica de Santa Tecla, apenas e tão só porque são distintas as suas entidades financiadoras.
133. Efectivamente, uma tal *gestão criteriosa dos recursos disponíveis* redundará num claro prejuízo temporal de acesso para o utente do SNS.
134. Na realidade, a convenção celebrada com o SNS não terá seguramente menor valor no que respeita à obrigatoriedade do estrito e rigoroso cumprimento dos deveres que da mesma decorrem, aos quais a Clínica de Santa Tecla livre e voluntariamente aderiu;
135. E seguramente os demais acordos celebrados pela Clínica com outras entidades financiadoras nem primam sobre a convenção do SNS, nem constituem causa justificativa para isenção do cumprimento dos referidos deveres decorrentes da convenção do SNS e do quadro legal aplicável aos prestadores convencionados do SNS;
136. E que, como visto, obrigam a Clínica de Santa Tecla a “*prestar cuidados de saúde de qualidade aos utentes do SNS, em tempo útil, nas melhores condições de atendimento, e a não estabelecer qualquer tipo de discriminação*” – cfr. alínea b) do n.º 2 do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril.
137. Ora, sujeitar os utentes do SNS a um período de espera de mais de 90 dias para realização de um exame de colonoscopia face à data de realização desse mesmo exame de colonoscopia se marcado a título particular não constitui prestar cuidados de saúde aos utentes do SNS em tempo útil;
138. Nem nas melhores condições de atendimento;
139. E muito menos de forma não discriminatória.
140. E a uma tal conclusão não obsta a alegação da Clínica de Santa Tecla que, no ano de 2008, os exames realizados ultrapassaram o *número mínimo contratualizado* com o SNS.
141. A este respeito, a ERS reitera o já *supra* exposto sobre o facto de a capacidade de atendimento declarada não constituir “quantidades contratadas”.

142. Ou seja, se, em 1997, a Clínica de Santa Tecla declarou – aliás de forma unilateral – que

“[...] possui capacidade de atendimento para 4 utentes/dia num horário de atendimento das

- Segunda 17 horas às 19 horas

- Quarta 15 horas às 17 horas

- Sexta 15 horas às 17 horas.” – cfr. cópia de declaração da Clínica de Santa Tecla de 22 de Setembro de 1997 enviada em anexo à sua resposta ao pedido de elementos da ERS e junta aos autos.

143. Isso não significa que, entretanto

- (i) a Clínica não tenha unilateralmente alterado o seu horário de atendimento – repare-se que o exame como utente do SNS foi marcado, aquando da diligência da ERS, *para o dia 5 de Março de 2009*, que corresponde a uma quinta-feira, isto é, a um dia não coincidente com o horário de atendimento por si próprio declarado; ou que, e como a própria Clínica reconhece,
- (ii) que não tenha vindo a dispor *“[...] desde a data em que semelhante acordo foi celebrado de recursos que actualmente permitem fazer face a uma procura superior [...]”*.

144. E é por isso que inexistiu um *mínimo contratado*;

145. Mas sim uma capacidade de atendimento declarada, a qual, e conforme já *supra* referido, *“pode variar ao longo do tempo, em função das instalações, equipamentos e recursos humanos, uma vez que se **trata de uma indicação que tem a ver com parâmetros de qualidade e não com uma limitação contratual**”*¹¹.

146. E é precisamente isso que tem permitido a Clínica de Santa Tecla aumentar, ao longo do tempo, a sua capacidade de atendimento;

147. Realizar um maior número de exames de colonoscopia a utentes do SNS ao abrigo da convenção;

¹¹ Cópia de ofício da DGS junto aos presentes autos e emitido em 26 de Junho de 2007, no âmbito do já referido processo de inquérito ERS/080/06.

148. E ser remunerada pelos mesmos, sem que lhe fosse oposta uma qualquer limitação.
149. Ora, se de um tal facto resulta, como a Clínica alegou, que o serviço foi prestado e, por isso, gera a obrigação do seu pagamento por parte da entidade responsável;
150. Seguramente do mesmo não resulta uma redução dos direitos da sua contraparte na convenção;
151. E muito menos uma eliminação do seu dever legal de “*prestar cuidados de saúde de qualidade aos utentes do SNS, em tempo útil, nas melhores condições de atendimento, e a não estabelecer qualquer tipo de discriminação*” – cfr. alínea b) do n.º 2 do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril.
152. Em conclusão, revela-se necessária a emissão da instrução projectada com vista à imposição da garantia dos direitos de acesso a todos os utentes do SNS aos serviços de saúde prestados pela Clínica de Santa Tecla ao abrigo da convenção por si celebrada com o SNS.

V. DECISÃO

153. O Conselho Directivo da ERS delibera, assim, nos termos e para os efeitos do preceituado nos art. 27.º e 36.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, emitir uma instrução à Clínica Médico Cirúrgica de Santa Tecla, Lda. nos seguintes termos:
- (i) A Clínica Médico Cirúrgica de Santa Tecla, Lda. deve atender todos os seus utentes em função da estrita ordem de chegada ou do carácter prioritário da concreta situação clínica, não estabelecendo diferentes tempos de espera de acordo com a entidade financiadora dos utentes;
 - (ii) A Clínica Médico Cirúrgica de Santa Tecla, Lda. deve dar cumprimento imediato à presente instrução, bem como dar conhecimento à ERS, no prazo máximo de 30 dias após a notificação da presente deliberação, dos procedimentos adoptados para o efeito.

154. Da presente decisão será dado conhecimento à Administração Regional de Saúde do Norte, I.P.
155. A presente decisão será publicitada no sítio oficial da Entidade Reguladora da Saúde, na Internet.

O Conselho Directivo