



ERS/035/09

PARECER

I.

Introdução

1. Em 29 de Abril de 2009, a ERS recebeu uma exposição remetida pela R, entidade prestadora de cuidados de saúde com sede na Rua [...], e registada no SRER da ERS sob o n.º [...], relativa aos contratos de colaboração propostos pelo T e a S a outros prestadores privados.
2. Afirma o exponente que constituem princípios basilares da sua actividade a *“independência médica”, “o respeito pela liberdade de escolha por parte dos doentes”* e a realização dos *“meios complementares de diagnóstico estritamente necessários”*.
3. No entanto, o exponente encontra nos concorrentes formas de actuação que não só violam os referidos princípios, como constituem *“graves infrações da moral profissional de qualquer médico, à luz do art. 88.º n.º 1 e 2 do Código Dentológico da Ordem dos Médicos”* – actual art. 109.º n.º 1 do mesmo Código, segundo o qual *“o médico não pode praticar a dicotomia, assim como a sua oferta ou a sua exigência, nomeadamente o recebimento de quaisquer comissões ou gratificações por serviços prestados por outros, tais como, análises, radiografias, aplicações de fisioterapia, consultas ou operações, bem como pelo encaminhamento de doentes para quaisquer outros prestadores de cuidados de saúde”*.

4. Remete em anexo à sua exposição – enquanto exemplo de forma de actuação “*lesiva da sã concorrência e em última análise a seriedade do sector*” – os contratos de colaboração celebrados entre o T e a S e outros prestadores de cuidados de saúde;
5. Solicitando à ERS “*o entendimento e posição*” sobre os factos por si denunciados.
6. Verificando-se a necessidade de analisar com profundidade a exposição apresentada, o Conselho Directivo da ERS deliberou, em 28 de Maio de 2009, a abertura de um processo de inquérito que corre termos sob o registo n.º ERS/035/09.

II.

Enquadramento

II.1. Das atribuições e competências da ERS

7. No momento da apresentação da exposição em análise à ERS, o quadro legal de actuação da ERS regia-se pelo disposto no Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro.
8. Subsequentemente, tal Decreto-Lei foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, que entrou em vigor em 26 de Junho p.p., e que estabelece o novo enquadramento legal da ERS.
9. Ora, de acordo com o n.º 1 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, a ERS tem por missão a regulação da actividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde;
10. Sendo que estão sujeitos à regulação da ERS, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, “[...] *todos os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, do sector público, privado e social, independentemente da sua natureza jurídica, nomeadamente hospitais, clínicas, centros de saúde, laboratórios de análises clínicas, termas e consultórios*”.

11. Ou seja, a ERS mantém a sua missão de regulação da actividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, mas as suas atribuições abrangem agora

a) o cumprimento dos requisitos de exercício da actividade e de funcionamento;

b) a garantia dos direitos relativos ao acesso aos cuidados de saúde e dos demais direitos dos utentes;

c) a legalidade e transparência das relações económicas entre os diversos operadores, entidades financiadoras e utentes (n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 127/2009)

12. E daqui decorre que foram estabelecidos como objectivos da actividade reguladora da ERS, em geral:

a) Velar pelo cumprimento dos requisitos do exercício da actividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, nos termos da lei;

b) Assegurar o cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde, nos termos da Constituição e da lei;

c) Garantir os direitos e interesses legítimos dos utentes;

d) Velar pela legalidade e transparência das relações económicas entre todos os agentes do sistema;

e) Defender a concorrência nos segmentos abertos ao mercado e colaborar com a Autoridade da Concorrência na prossecução das suas atribuições relativas a este sector;

f) Desempenhar as demais tarefas previstas na lei. (cfr. artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 127/2009)

13. Consequentemente, verificou-se quer um desenvolvimento, quer um aprofundamento de atribuições e competências da ERS, competindo-lhe ademais *zelar pelo respeito da liberdade de escolha nos estabelecimentos de saúde privados* (al. d) do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 127/2009), bem como *intervir sobre as relações económicas nos vários*

segmentos da economia da saúde, com fundamento em interesses de transparência, eficiência e equidade do sector, bem como com base na defesa do interesse público e dos interesses dos utentes (al. a) do artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 127/2009);

14. De onde decorre que é, então, incumbência da ERS manter a análise das questões colocadas pelo exponente que efectivamente se enquadrem nos objectivos regulatórios da ERS, ora à luz do Decreto-Lei n.º 127/2009.

II.2. Objecto do presente parecer

15. Atentas as atribuições e competências da ERS, apenas serão objecto do presente parecer as questões – ou vertentes de análise – que se enquadrem nos seus objectivos regulatórios;

16. De onde resulta, desde logo, que aqui não se cuidam de alegados aspectos deontológicos que são referidos na exposição.

17. Consequentemente e em suma, da exposição apresentada resultam potenciais:

- (i) questões relacionadas com os direitos e interesses legítimos dos utentes de cuidados de saúde;
- (ii) questões relacionadas com eventuais restrições à liberdade de escolha nas unidades de saúde privadas;
- (iii) questões relacionadas com a promoção da livre concorrência entre prestadores.

18. E sendo certo que a exposição se referia a eventuais práticas relativas a dois concretos prestadores de cuidados de saúde, revelou-se adequado alargar a investigação da ERS a um conjunto mais extenso de prestadores, de forma a melhor considerar a realidade existente no mercado de serviço e na área geográfica que se considera relevante;

19. Assim se podendo aferir, com maior acuidade, das eventuais restrições quer à liberdade de escolha dos utentes, quer à concorrência entre prestadores de cuidados de saúde, que pudessem estar-se a verificar.

II.3. Das diligências efectuadas pela ERS

20. No âmbito da investigação desenvolvida pela ERS, realizaram-se, desde logo, as diligências de obtenção de prova consubstanciadas em:

- (i) pedido de elementos, em 08.06.2009, à S, SGPS, SA, enquanto entidade gestora da “S”;
- (ii) pedido de elementos, em 08.06.2009, ao T.

21. Das referidas diligências resultou que a S, SGPS, SA veio informar que

“[...] não foram celebrados quaisquer contratos de prestação de serviços entre a S, S.G.P.S., S.A. e quaisquer prestadores privados, nem temos conhecimento que qualquer participada o tenha feito.” – cfr. resposta da referida entidade junta aos autos;

22. Pelo que a minuta de “*Proposta Prestação Serviços Imageologia e Fisioterapia*” que a exponente havia junto com a sua exposição e que estaria a ser apresentada pela S não terá, então, sido objecto de efectiva implementação no mercado.

23. Já quanto ao T, e para além de esclarecimentos que entendeu convenientes, o mesmo trouxe ao conhecimento da ERS de cópia da minuta actual do Protocolo de Colaboração por si proposto a outros prestadores de cuidados de saúde;

24. E que possui o objecto de encaminhamento para o T dos utentes das clínicas privadas que pretendam realizar exames de diagnóstico na valência de radiologia, mediante a publicitação dos serviços do primeiro contratante e da regulamentação do serviço de recepção das clínicas, que passam a proceder directamente à marcação dos exames imagiológicos junto do T;

25. Bem como da listagem de tais prestadores com quem o referido Protocolo de Colaboração foi efectivamente celebrado.
26. E de um tal conjunto de prestadores contratantes com o T, seleccionou-se uma amostra de 7 (sete) prestadores que foram objecto de verificação no local e presencial da forma de implementação e funcionamento concreto do Protocolo de Colaboração com o T.
27. Ou seja, e tendo por base a cidade do Porto, realizaram-se, em 24 de Julho de 2009, acções de fiscalização nas instalações:
- (i) da A;
 - (ii) da B;
 - (iii) da C;
 - (iv) da D;
 - (v) da E;
 - (vi) da F;
 - (vii) da G.
28. Na verdade, foram-se verificar junto de locais de atendimento e marcação de exames de tais prestadores os procedimentos concretos em prática, designadamente a forma de marcação de exames de imagiologia junto de outros prestadores;
29. Bem como as informações que a esse respeito são prestadas pelos funcionários dos prestadores aos utentes e a concreta forma através da qual tais informações são prestadas.
30. Nesse seguimento, e a mero título de exemplo, constatou-se que:
- (i) No prestador A, “[...] os utentes a quem são prescritos exames de diagnóstico têm opção de marcar no T, directamente através d[o prestador], não estando obrigados a tal opção”;

- (ii) No prestador B, “[...] quando um utente sai da consulta e necessita de realizar um exame de imagiologia, questionam se já tem um sítio onde habitualmente vai efectuar [tais exames] ou se possuem alguma preferência (por exemplo, por questões de proximidade, transportes, etc.). Só quando o utente refere que preferia o T é que marcam o exame junto do mesmo [...]”;
- (iii) No prestador C, “[...] dão indicações aos utentes da possibilidade de marcação de exames no T, sendo que 90% (aproximadamente) já tem predefinido o prestador onde vai realizar exames”.
- (iv) No prestador D, “[...] quando um utente sai da consulta e necessita de marcar um exame de Imagiologia/Radiologia, perguntam ao utente se já tem um sítio onde costuma efectuar tais exames, ou se tem alguma preferência. Só nos casos em que o utente diz que não tem um estabelecimento da sua preferência é que informam que poderá marcar no T, sendo que quando o utente aceita é [o prestador] que envia um email com os dados do utente e será depois o T a contactar aquele para marcar o exame”
- (v) No prestador E, “[...] indicam diversas entidades para a realização de MCDT’s consoante a preferência e/ou morada do doente. [...] Não há por isso qualquer imposição ao doente de se dirigir ao T”;
- (vi) No prestador F, “[...] regra geral procede à marcação de MCDTs junto do [Q] que se localiza alguns números antes da Clínica. Porém, inexistente qualquer acordo de cooperação, nem tampouco obrigatoriedade dos utentes se dirigirem àquele prestador. No que respeita ao T, referiu que detém um acordo de cooperação com o mesmo que lhe permite proceder à marcação directa de exames/MCDTs. Também nessa situação o utente tem liberdade para escolher outra qualquer entidade onde pretende proceder à realização de MCDTs”; e
- (vii) No prestador G, “[...] o prestador detém um acordo, ainda que não escrito, de colaboração com o [Q] para a realização de exames/MCDTs. No entanto, referiu que não há qualquer obrigatoriedade imposta ao utente que, caso entenda, pode realizar o exame numa outra entidade. [...] O [Q] doa um valor de € 1.500 [...] mas tal não afecta a liberdade do utente na escolha de outra

entidade. Relativamente ao T, admite que também detém (alguma) facilidade na marcação de MCDT, porém tal colaboração não assume o mesmo grau de existente com [Q], desde logo porque se encontra mais distante [...] Mesmo no caso do marcação para o T, a liberdade do utente é salvaguardada”.

31. Faz-se, portanto, notar que os resultados obtidos junto da totalidade da amostra seleccionada foram todos eles concordantes e no mesmo sentido, a saber

- (i) de que cada um de tais prestadores que contrataram com o T apenas se limitava a informar os utentes da possibilidade de procederem à marcação dos exames de radiologia junto do T;
- (ii) que tal informação não possuía carácter vinculativo ou impositivo e que seria o utente a escolher o prestador junto do qual pretendia realizar tal exame;

e que ademais

- (iii) se verificou inclusivamente que alguns desses prestadores possuíam, igualmente, acordos ou protocolos, de carácter formal e/ou informal, com outros prestadores concorrentes do T, pelo que a informação dada aos utentes sobre prestadores onde poderiam ser realizados exames de diagnóstico na valência de radiologia tampouco era exclusiva quanto ao T;

32. Considerou-se a informação obtida junto de tal amostra como suficiente para a análise em curso.

33. Mas de tal diligência resultou, portanto, o conhecimento da possível existência de outros acordos ou protocolos, de carácter formal e/ou informal, com objecto análogo ou semelhante àquele proposto pelo T;

34. Pelo que se revelou oportuno aprofundar tal análise, designadamente solicitando informações junto dos 10 (dez) maiores prestadores de cuidados de saúde na valência de radiologia, aferidos em função do número de colaboradores registados no SRER da ERS;

35. E concretamente junto das entidades

- (i) H;
- (ii) I;
- (iii) J;
- (iv) K;
- (v) L;
- (vi) M;
- (vii) N;
- (viii) O;
- (ix) P; e
- (x) Q;

36. Solicitando-lhes informação sobre se

“[...] possuem qualquer tipo de acordo ou cooperação, formal ou informal, com outro(s) prestador(es) de cuidados de saúde relativo à marcação por este(s) último(s), e junto de V. Exas., de exames complementares de diagnóstico a utentes;

e, em caso afirmativo,

Cópia da minuta de tal(ais) acordo(s) celebrado por V. Exas. ou, tratando-se de acordos sob forma verbal, descrição dos respectivos teores, objectos e condições contratuais, e indicação da(s) contraparte(s).” – cfr. pedidos de elementos da ERS de 16.09.2009, juntos aos autos.

37. A realidade assim verificada revelou-se bastante diversa, variando desde aquelas situações em que prestadores informaram que não possuem quaisquer acordos formais ou informais com outros prestadores, a saber:

- (i) as entidades H; I; J; e K;

38. Àquelas em que informaram que possuem acordos de cooperação com outros prestadores e pelos quais concedem aos utentes condições economicamente mais favoráveis (seja, por exemplo, praticando descontos sobre as tabelas de preços particulares e/ou provendo, em determinadas circunstâncias, o transporte dos utentes), a saber:

- (i) o prestador M, que referiu ter encontrar-se numa relação de Grupo com o T, pelo que lhe eram aplicáveis os protocolos de colaboração celebrados por aquele;
- (ii) o prestador P, que referiu ter *“acordos formais e informais com algumas instituições que por interesse próprio [...], os contactam para procederem à marcação de exames com a vantagem de beneficiarem da tabela de preço estipulada para as mesmas e que variam entre 20 a 50% de desconto sobre a [...] tabela de preços a Particulares.”*
- (iii) o prestador L, que referiu *“praticar o tarifário em vigor a cada momento deduzido do desconto de 20% sobre a sua tabela particular.”* relativamente aos utentes dos prestadores com quem celebrou acordos de cooperação;
- (iv) o prestador Q, que afirmou que sempre que o utente não esteja abrangido por um dos subsistemas de saúde por ele convencionados, aplicam o valor estipulado na tabela de privados, reduzido de 20%.
- (v) o prestador O, que declarou que o *“acordo [de cooperação com os outros prestadores] incide na atribuição [aos utentes destes últimos] de preços abaixo da [...] tabela de PVP [...]”*.

39. Ou ainda àquelas em que informaram possuírem acordos que verdadeiramente se assemelham a uma “sub-contratação”, e pelos quais fornecem exames de imagiologia aos utentes dos prestadores seus contrapartes, sendo remunerados directamente por estes últimos, a saber:

- (i) o prestador N, que referiu que *“fornece aos utentes [...] todos os exames de Imagiologia necessários, [...] sendo os mesmos facturados posteriormente aos [prestadores seus contrapartes] pela tabela de preços da ARS”*.

III.

Análise

40. Com base nos elementos assim recolhidos pela ERS, pode-se assim proceder ao enquadramento da(s) realidade(s) verificada(s);
41. Designadamente à luz dos direitos e interesses legítimos dos utentes de cuidados de saúde e das suas liberdades de escolha nas unidades de saúde privadas, bem como da promoção da livre concorrência entre prestadores.
42. Note-se, contudo, que o modelo de minuta de contrato de colaboração proposto pelo T se apresenta, comparativamente com aqueles de outros prestadores de cuidados de saúde entretanto conhecidos pela ERS com base nas suas diligências probatórias, como o mais completo ao nível do seu clausulado;
43. Pelo que, por simplicidade de exposição, será este o clausulado que servirá de base para a análise da ERS, por daí necessariamente ser possível extrair o enquadramento de todos aqueloutros tipos ou modelos de acordos/protocolos.
44. Uma outra nota igualmente se afigura como relevante: a ERS já havia analisado o clausulado do contrato de colaboração proposto pelo T, e por solicitação deste, no âmbito do processo de inquérito n.º ERS/011/08;
45. Sendo tal clausulado que a exponente enviou à ERS.
46. Porém, o clausulado actual de tal contrato de colaboração proposto pelo T (agora T II) é já distinto daquele então considerado (e enviado pela exponente), tendo o mesmo sofrido uma evolução que visará acolher as preocupações já expressas pela ERS em tal processo de inquérito n.º ERS/011/08.
47. Será, assim, este novo clausulado que será considerado enquanto base para a análise *infra*.
48. Ora, o modelo de contrato visa o encaminhamento para o T dos utentes das clínicas privadas que pretendam realizar exames de diagnóstico na valência de

radiologia/imagiologia, mediante a publicitação dos serviços do primeiro contratante e da regulamentação do serviço de recepção das clínicas, que passam a proceder directamente à marcação dos exames imagiológicos junto do T.

49. Em contrapartida, o T obriga-se ao pagamento à contraparte de uma determinada percentagem sobre o preço dos exames realizados aos seus utentes – cfr. Contrato de Colaboração.

50. Assim, e enquanto cláusulas relevantes que permitem percepcionar as questões que podem e devem colocar-se neste tipo de contratos ou protocolos de colaboração, refira-se que, tipicamente, é convencionado que:

(i) *“esta colaboração traduz-se na realização de serviços médicos na área da Imagiologia, prestados pelo GRUPO T sempre e quando forem marcados e solicitados pela [Clínica]”, bem como “a [Clínica] obriga-se por sua vez a prestar os serviços médicos que forem solicitados pelo T nas valências que tiver disponíveis” – cfr. n.º 2 e 3 da Cláusula Primeira;*

(ii) *“O GRUPO T autoriza a [Clínica] a fazer todos os actos de divulgação do serviço de realização de exames de que passará a dispor utilizando para esse efeito livremente o nome e simbologia do GRUPO T” – cfr. n.º 7 da Cláusula Terceira;*

(iii) *“A [Clínica] passa a dispor de um serviço de marcação de exames preferencial” – cfr. alínea a) do n.º 1 da Cláusula Quarta;*

(iv) *“Os utentes do Serviço Nacional de Saúde poderão entregar os termos (requisição exame) à posteriori, sob caução” – cfr. alínea b) do n.º 1 da Cláusula Quarta.*

51. Não se visa conhecer da legalidade do modelo de Contrato de Colaboração celebrado entre o T e certas clínicas privadas, ou de qualquer outro, uma vez que tal conhecimento escapa ao âmbito de actuação da ERS nos termos do quadro legal *supra* exposto;

52. Mas, antes, analisar do impacto do modelo de contrato (ou de qualquer outro que, através de clausulado semelhante, possua objecto contratual semelhante) nas matérias já identificadas e da competência desta entidade reguladora.
53. Mas a este respeito deve, ainda, esclarecer-se, a título prévio, que as questões que aqui se colocam, a saber, relacionadas com os direitos e interesses legítimos dos utentes de cuidados de saúde, com eventuais restrições à liberdade de escolha nas unidades de saúde privadas, e com a promoção da livre concorrência entre prestadores, não resultam do facto de existir um qualquer acordo escrito ou formal.
54. Na verdade, a forma pela qual a colaboração ou cooperação entre prestadores de cuidados de saúde assente é irrelevante, podendo – e porventura sendo até mais provável que assim suceda em função da menor transparência daí resultante – colocarem-se com maior acuidade tais questões em situações de cooperações “informais” que são apenas do conhecimento dos prestadores envolvidos;
55. E que podem inclusivamente conduzir a que se realizem encaminhamentos de utentes sob uma apresentação de “mero conselho”, mas que na realidade é resultado de uma cooperação empresarial.
56. Ou seja, as questões colocam-se independentemente da forma, tipo ou mesmo nomenclatura pela qual os prestadores entendem atribuir às suas cooperações ou colaborações formais ou informais.
57. E de igual modo as questões em análise podem também colocar-se nas chamadas unidades integradas, ou seja, naqueles prestadores de cuidados de saúde que têm nas suas instalações um outro prestador de cuidados de saúde ao qual atribuiu a responsabilidade pelo desenvolvimento e/ou exploração de determinada actividade.
58. Também nessas situações se verifica um acto prévio de prescrição e determinado MCDT relativamente ao qual o utente deverá possuir liberdade para o local e prestador junto do qual o pretenderá realizar.
59. Ou seja, deve assumir-se a transversalidade da análise que aqui se efectua, e que se estriba, como se verá, no clausulado do protocolo de colaboração do T seja porque o exponente o colocou directamente em crise, seja por facilidade e clareza de exposição que daí resulta.

III.1. Do princípio da não discriminação dos utentes

60. A primeira questão que *ab initio* se deve clarificar é a de que qualquer relação contratual estabelecida entre prestadores de cuidados de saúde deve considerar outras obrigações, legais e/ou contratuais, que qualquer uma das contrapartes prévia ou cumulativamente assumiram;
61. Designadamente aquelas obrigações que proíbem a discriminação de utentes em função das suas entidades financiadoras, proveniências, etc.
62. Efectivamente, a ERS teve já que exercer os seus poderes regulatórios em diversas situações em que utentes do SNS ou de subsistemas públicos invocaram a existência de maior tempo de espera para a prestação de cuidados de saúde em entidades convencionadas com o SNS ou com tais subsistemas públicos (por exemplo, ADSE), face aos utentes de outros subsistemas, de seguros de saúde ou particulares, suscitando-se o problema da discriminação dos referidos utentes a propósito da existência de quotas de disponibilidade em função da fonte de financiamento.
63. Tais intervenções da ERS tiveram por fundamento o dever legal e contratual de não discriminação de utentes, que impõe que todo o atendimento deve ser feito pela mera ordem de chegada ou por critérios clínicos, e não segundo critérios tendentes a introduzir limitações por período de tempo e consulta/tratamento/exame a realizar.
64. Logra, assim e no que respeita aos prestadores convencionados do SNS, aplicação a norma constante do art. 10.º do Regime Jurídico das Convenções (Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril), que estabelece a obrigatoriedade de qualquer operador convencionado 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*”;
65. Bem como a directriz fundamental da política da saúde estabelecida na alínea b) do n.º 1 da Base II da Lei de Bases da Saúde segundo a qual “*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*”.

66. Nesta medida, a utilização dos serviços de saúde e a disponibilidade dos recursos dos prestadores deverá pautar-se por um princípio de equidade horizontal, segundo o qual serão sempre tratadas da mesma forma situações onde a necessidade da prestação do cuidado se revele também semelhante – atender-se-á, por exemplo, a critérios de urgência, mas já não à fonte e natureza do financiamento (SNS, subsistema, seguros de saúde ou particular).
67. E sendo certo 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.”*(cfr. n.º 4 da mesma Base XII), a obrigação de garantir o direito de acesso aos utentes do SNS abrange não só as entidades directamente dependentes do Ministério da Saúde, como também todos os prestadores de cuidados de saúde convencionados com o SNS, que, na medida em que se obrigam a prestar cuidados ao abrigo do Regime Jurídico das Convenções e do próprio Estatuto do SNS, integram a rede nacional de prestação de cuidados de saúde.
68. Paralelamente, o regime jurídico aplicável a outros subsistemas contém uma cláusula de não discriminação dos utentes – veja-se, a título de exemplo, a alínea b) do n.º 1 do art. 22.º do Regime Jurídico da Assistência na Doença ao pessoal ao serviço da GNR e PSP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 158/2005, de 20 de Setembro, segundo a qual *“constituem deveres das entidades convencionadas prestar cuidados de saúde de qualidade aos beneficiários da GNR e da PSP, em tempo útil, nas melhores condições de atendimento, não estabelecendo qualquer tipo de discriminação”*.
69. E refira-se, ainda, que se os objectivos regulatórios cometidos à ERS abarcavam, no que respeita ao acesso aos cuidados de saúde, as matérias identificadas
- (i) nas alíneas a) e c) do n.º 1 do art. 25.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, relativas a *“assegurar o direito de acesso universal e igual a todas as pessoas ao serviço público de saúde”*, e *“assegurar os direitos e interesses legítimos dos utentes”*; e
 - (ii) nas alíneas a) e b) do n.º 2 daquela norma, respeitantes a *“zelar pelo respeito da liberdade de escolha nas unidades de saúde privadas”* e a

“promover a garantia do direito de acesso universal e equitativo aos serviços públicos de saúde”;

70. Com o novo quadro legal, estabelecido no Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, as suas atribuições abrangem, como visto, *assegurar o cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde, nos termos da Constituição e da lei* (al. b) do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 127/2009);

71. O que implica terem sido estabelecidos como objectivos regulatórios, no artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, os deveres da ERS de:

a) Assegurar o direito de acesso universal e equitativo aos serviços públicos de saúde ou publicamente financiados;

b) Prevenir e punir as práticas de rejeição discriminatória ou infundada de pacientes nos estabelecimentos públicos de saúde ou publicamente financiados; [...] – cfr. artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio.

72. Consequentemente, e no que à vertente acesso respeita, verificou-se um claro alargamento da incumbência de regulação, que agora abarca o acesso universal e equitativo, e a prevenção e punição das práticas de rejeição discriminatória ou infundada de todos os estabelecimentos *publicamente financiados* (por contraposição à anterior referência ao *serviço público de saúde*);

73. E que conduziu a que fosse inclusivamente estabelecido, na alínea b) do n.º 2 do artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, que

“Constitui contra-ordenação, punível com coima de € 1000 a € 3740,98 ou de € 1500 a € 44 891,81, consoante o infractor seja pessoa singular ou colectiva:

[...]

b) A violação das regras relativas ao acesso aos cuidados de saúde, incluindo a violação da igualdade e universalidade no acesso ao SNS e a indução artificial da procura de cuidados de saúde; [...].”

74. Ou seja, o Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, tipificou como ilícito contra-ordenacional comportamentos que consubstanciem uma *violação das regras relativas ao acesso aos cuidados de saúde*;
75. Designada mas não limitadamente quando os mesmos representem uma *violação da igualdade e universalidade no acesso ao SNS*.
76. Ora, o T é, segundo os dados constantes do SRER da ERS, uma entidade convencionada, para a realização de exames complementares de diagnóstico na valência de radiologia, com a ADM, ADMG-GNR, ADSE, ADVANCE CARE, APDL, MEDIS, MULTICARE, PSP-SAD, PT-ACS, SAMS, SAMS QUADROS, SNS, SS CGD e SSMJ.
77. Assim, a existência de uma Cláusula contratual conducente ao tratamento preferencial – no sentido de prioridade ou preferência temporal – de determinados utentes (alínea a) do n.º 1 da Cláusula Quarta do modelo de Contrato em análise) é, desde logo, na medida em que não sujeita aqueles utentes aos tempos de espera existentes, incompatível com o seu dever de não discriminação dos utentes do SNS e/ou de subsistemas.
78. Dito de outra forma, a discriminação positiva dos utentes concretamente visados pelo acordo celebrado com as clínicas privadas pode ou poderia traduzir-se numa discriminação negativa dos restantes utentes, designadamente do SNS, conduzindo o T a uma situação potenciadora da violação do seu dever de não discriminação, e de não *violação das regras relativas ao acesso aos cuidados de saúde*.
79. Tal preocupação havia sido expressa pela ERS aquando da análise do anterior clausulado do contrato de colaboração em questão;
80. Sendo que o actual clausulado contém, precisamente, uma nova cláusula quinta que estabelece que:

“1. No cumprimento do presente contrato, designadamente no que toca à marcação de exames, ambas as partes comprometem-se a não discriminar os Utentes do SNS ou de qualquer dos seus subsistemas de saúde, relativamente a quaisquer outros, garantindo a todos o direito de acesso aos cuidados de saúde.”

81. Assim, verifica-se que o contrato em questão possui norma expressa que afasta qualquer interpretação que ao mesmo pudesse ser dado e conducente às anteriores reservas expressas pela ERS.
82. Na medida em que não se possui conhecimento, no presente momento, da existência de situações fácticas de discriminação de utentes pelo T, designadamente enquanto resultado directo ou indirecto da aplicação concreta do contrato de colaboração por si estabelecido com diversos outros prestadores de cuidados de saúde;
83. Nem igualmente se identificaram situações contratuais, quanto às outras colaborações referidas pelos remanescentes prestadores a quem a ERS também solicitou informação, relativamente às quais se pudesse considerar existir um potencial de violação do dever de não discriminação de utentes;
84. Pelo que não se considera existir fundamento, no presente momento e com os elementos actualmente carreados para os autos, para intervenção regulatória quanto a este aspecto.

III.2. Dos princípios da liberdade de escolha e da defesa da concorrência

85. A liberdade de escolha nas unidades de saúde privadas constitui um dos pilares fundamentais da relação utente-prestador de cuidados de saúde.
86. Neste ponto, incumbe à ERS garantir que a assimetria de informação existente entre o utente e os prestadores de cuidados de saúde não conduz a práticas pontuais ou reiteradas de direccionamento de utentes.
87. Ora, por via do cumprimento do Contrato de Colaboração em análise, esta liberdade de escolha dos utentes poderia vir a ser restringida, na medida em que é a própria clínica que, constatada a necessidade (e eventualmente também a urgência) de realização de exames de diagnóstico, prescreve o(s) acto(s) necessário(s) e direcciona os utentes para o T.
88. Isto porque, colocando-se a remuneração estabelecida pelo contrato na dependência das clínicas privadas, é criado um regime de incentivos, susceptível de indirectamente limitar a liberdade de escolha do utente.

89. Ora, deve garantir-se que um tal regime de incentivos não se traduz, desde logo, num incentivo à própria prescrição;
90. Nem tampouco à alteração da extensão/conteúdo da mesma;
91. Uma vez que tanto poderá, claro está, consubstanciar situação de indução artificial de procura, tornada possível quando o prescriptor, por via do Acordo de Colaboração, extrai benefício económico do próprio acto de prescrição.
92. Por outro lado, ao utente deve ser, sempre e a todo o momento, transmitida a informação que a marcação e realização de exames de diagnóstico *in casu* no T é facultativa e dependente da sua livre e esclarecida escolha.
93. Por outro lado, deve igualmente recordar-se que a garantia da liberdade de escolha dos utentes é intrinsecamente incompatível com uma qualquer obrigação, *de jure* ou *de facto*, de exclusividade que resulte ou venha a resultar do Acordo de Colaboração;
94. Ou seja, uma qualquer obrigação de exclusividade violaria sempre o princípio fundamental do direito à livre escolha, pelos utentes, das unidades de saúde privadas.
95. E a questão igualmente relevante é a de que se se verificar um estrito respeito e salvaguarda da liberdade de escolha dos utentes nas unidades de saúde privadas, igualmente a sã concorrência entre prestadores de cuidados de saúde não será afectada enquanto directa e imediata decorrência da existência de acordos de colaboração.
96. Tal foi, igualmente, uma reserva expressa da ERS emitida no âmbito do referido processo ERS/011/08, aquando da análise do anterior clausulado do contrato de colaboração a celebrar pelo T;
97. Sendo que o actual clausulado igualmente difere do anterior por no seu novo n.º 2 da cláusula quinta estabelecer que:

“2. Tendo em conta que a Clínica (____) não tem qualquer obrigação de indicar exclusivamente o GRUPO T para a realização dos exames identificados na Cláusula Terceira supra, esta compromete-se a assegurar a total liberdade de escolha do utente relativamente à unidade de saúde onde poderá realizar o exame em causa”.

98. Consequentemente, também quanto a este ponto o clausulado afasta agora a possibilidade de interpretação do mesmo enquanto gerador de um direccionamento exclusivo de clínicas para o T.
99. Porém, e porque da aplicação concreta do contrato de colaboração poderia resultar uma realidade distinta, com uma tendência de direccionamento explícito e exclusivo para o T, foram realizadas verificações locais junto de uma amostra de prestadores que celebraram contrato com o T;
100. De forma a poder-se aquilatar do(s) real(is) procedimento(s) de informação dos utentes e marcação de exames de imagiologia junto do T.
101. E pode-se então concluir, como já referido *supra*, que os resultados obtidos junto da totalidade da amostra seleccionada foram todos eles concordantes;
102. E que demonstraram que cada um de tais prestadores que contrataram com o T apenas se limitava a informar os utentes da possibilidade de procederem à marcação dos exames de radiologia junto do T; e
103. Que tal informação não possuía nem carácter vinculativo nem impositivo, sendo o utente a escolher o prestador junto do qual pretendia realizar tal exame;
104. Tanto mais que alguns desses prestadores possuíam acordos ou protocolos, de carácter formal e/ou informal, com outros prestadores concorrentes do T, pelo que a informação dada aos utentes sobre prestadores onde poderiam ser realizados exames de diagnóstico na valência de radiologia tampouco era exclusiva quanto ao T.
105. Portanto, também numa tal perspectiva mais fáctica se verificou uma ausência de exclusividade e, assim, a existência de possibilidade de exercício de liberdade de escolha pelos utentes;
106. De onde resulta, igualmente, a possibilidade de concorrência entre os prestadores de cuidados de saúde no provimento dos serviços que tais utentes necessitem.
107. Efectivamente, ao verificar-se a existência de uma liberdade de escolha dos utentes não coarctada ou restringida, os prestadores de cuidados de saúde mantêm integralmente as suas capacidades de competirem entre eles pela prestação dos serviços aos utentes.

108. Ou seja, os prestadores de cuidados de saúde podem concorrer livremente, procurando diferenciar-se pelo estímulo da inovação, da eficiência e do desenvolvimento;
109. Em prol do aumento de variedade, e/ou da qualidade de bens e serviços, e/ou das suas disponibilizações aos utentes a preços inferiores, entre outras vantagens.
110. E como parecerá claro, um tal jogo competitivo apenas é possível se os utentes tiverem, efectivamente, liberdade de escolha do prestador a que pretende recorrer para a satisfação das suas necessidades de cuidados de saúde;
111. E, claro está, informação íntegra para a realização de tal escolha, atenta a assimetria de informação que tipicamente prejudica os utentes de cuidados de saúde.
112. Ora, tendo-se verificado existir essa liberdade de escolha no que respeita ao contrato de cooperação proposto pelo T;
113. E tendo-se igualmente verificado, quanto aos outros prestadores a quem a ERS também solicitou informação e que se verificou possuírem acordos ou protocolos formais e/ou informais de colaboração, que em nenhuma das situações contratuais comunicadas à ERS foi referida, identificada ou das mesmas constantes a existência de exclusividade no encaminhamento de utentes ao abrigo de tais colaborações;
114. Considera-se não se terem identificado, com base nos elementos disponíveis e carreados para os autos, situações de compressão da liberdade de escolha dos utentes;
115. E conseqüentemente não se terem igualmente identificado situações em que a salvaguarda da concorrência entre prestadores justificasse uma intervenção regulatória da ERS.

IV.

Conclusão

116. Em conclusão, e nada obstando, à luz dos objectivos de regulação cometidos à ERS, à colaboração entre prestadores de cuidados de saúde visando o encaminhamento de utentes de outros prestadores, devem sempre ser acautelados de forma expressa, na celebração e execução de tais tipos de colaboração:

- (i) Os direitos e interesses legítimos dos utentes, em especial, o princípio da não discriminação e a garantia do direito de acesso aos cuidados de saúde, designadamente, a utentes do SNS e beneficiários de subsistemas de saúde com os quais o T tenha celebrado convenções que prevejam uma cláusula de não discriminação;
- (ii) A liberdade de escolha dos utentes nas unidades de saúde privadas, salvaguardando-se, nomeadamente,
 - a. uma total informação do utente e a transparência na relação com o prestador; e
 - b. que a assimetria de informação e o regime de determinação do valor da remuneração a pagar entre prestadores por motivos de tal colaboração não se traduzem num incentivo à prescrição e indução de cuidados de saúde.