

O DIREITO

DIRETOR: JORGE MIRANDA

ANO
146.º
2014
III

ARTIGOS DOUTRINAIS

José Luís Bonifácio Ramos, *O sistema misto de valoração da prova*

Carla Amado Gomes, *Os tempos estão a mudar: alterações climáticas, ordenamento do território e protecção da orla costeira*

Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde, *O regime de protecção de terceiros na lei do contrato de agência*

Luís Heleno Terrinha, *O outro do Direito Público alemão: fluxos europeizantes, direito subjectivo público e direitos individuais juseuropeus.*

Excurso sobre o espaço público administrativo e a responsabilidade jurídico-social da Administração

Marco Caldeira, *Da imparcialidade dos júris na contratação pública: o caso recente das incompatibilidades no sector da saúde*

Nuno Andrade Pissarra, *O incidente de comunicabilidade de dívidas conjugais*

Tânia de Freitas Andrade, *Da possibilidade de o dono da obra responsabilizar directamente o subempreiteiro pelos defeitos da obra no âmbito da subempreitada*



ALMEDINA

movidas por associações de protecção de determinados interesses colectivos ou difusos aparecerão, cada vez mais, como instrumentos que têm de estar juridicamente consagrados⁵²³.

Em termos de *Klagebefugnis*, e tirando o impacto que se vai fazendo sentir devido à globalidade da influência juseuropeia, é claro que o pensamento de *limitação* e *restrição* de acesso à jurisdição tem de ser substituído por um outro que acentue o papel primário e preponderante da protecção jurídica⁵²⁴, o que forçará, necessariamente, a uma ampliação ou extensão (de uma perspectiva alemã) dos legitimados processuais activos, algo que concorre, assim, para confirmar a preconização de que se trata de um pressuposto processual em erosão (na sua configuração actual).

Da imparcialidade dos júris na contratação pública: o caso recente das incompatibilidades no sector da saúde

DR. MARCO CALDEIRA

1. Sem prejuízo da sua natural aplicabilidade a todas as funções do Estado¹, o princípio constitucional da imparcialidade² projecta-se com especial intensidade na actividade administrativa, em geral³, e na contratação pública, em particular⁴. Com efeito, apesar de o Código dos Contratos Públicos (“CCP”), ao limitar-se

¹ V. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I (Identidade Constitucional), Almedina, Coimbra, 2010, 92 e 93.

Em tom menos peremptório quanto às funções política e legislativa, v. GUSTAVO GRAMAXO ROZEIRA, “Imparcialidade”, in AA. VV., *Enciclopédia da Constituição Portuguesa* (coord. JORGE BACELAR GOUVEIA e FRANCISCO PEREIRA COUTINHO), Quid Juris, Lisboa, 2013, 194.

² V. artigo 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (“CRP”).

³ V. artigo 6.º do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”).

Sobre este princípio, em geral, v. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A imparcialidade da Administração como princípio constitucional”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. I, Coimbra, 1974, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “Os princípios constitucionais da Administração Pública”, in AA. VV., *Estudos sobre a Constituição*, vol. III, Livraria Petrony, Lisboa, 1979, 677 a 681, MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Almedina, Coimbra, 1996, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, 152 a 160, e RUI GUERRA DA FONSECA, “A imparcialidade como indisponibilidade do facto: ou o critério essencial da distinção entre Administração e juiz”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, 797 ss.

⁴ Especificamente sobre a aplicação do princípio da imparcialidade neste campo, v., em especial, CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 153 ss., RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais da contratação pública”, in *Estudos de Contratação Pública – I* (org. PEDRO GONÇALVES), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 95 a 100, ANA FERNANDA NEVES, “Os princípios da contratação pública”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 43 e 44, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, 225 a 227, bem como MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concursais*, 23 e 24 (disponível em www.icjp.pt).

⁵²³ Cf. GROSS, “Die Klagebefugnis...”, 370.

⁵²⁴ Novamente GROSS, “Die Klagebefugnis...”, 370.

a fazer referência específica aos princípios da transparência, igualdade e concorrência⁵, surpreender pela ausência de qualquer menção textual expressa a este princípio⁶, a verdade é que, independentemente disso, não pode seriamente suscitar-se qualquer dúvida quanto ao facto de a imparcialidade representar, “*nos procedimentos adjudicatórios, um princípio de valor reforçado*”⁷.

Sabendo-se que este princípio assume relevância em várias vertentes (orgânica/subjectiva, procedimental e material/decisória⁸), importa-nos aqui sobretudo a vertente orgânica/subjectiva. Neste plano, o princípio da imparcialidade assume uma natureza essencialmente *preventiva*, procurando evitar a existência de situações que potenciem uma incorrecta ou ilegítima formação da vontade por parte da entidade adjudicante⁹. Tal traduz-se, em primeira linha, na aplicação das figuras dos impedimentos, escusas e suspeições, genericamente regulados no CPA¹⁰, aos

⁵ V. artigo 1.º, n.º 4 do CCP.

⁶ A este propósito, afirmam MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS que aqueles princípios mencionados *ex professo* no CCP “*estão longe de esgotar os princípios fundamentais aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais já divísados pela doutrina (e constantes da anterior legislação)*”, razão pela qual concluem aqueles Autores que, “*em termos gerais, o CCP desvaloriza o importante manancial dos princípios da contratação administrativa, relegados para uma mera enunciação, ainda assim incompleta*”: v. *Direito Administrativo Geral*, Tomo III (Actividade Administrativa), 2.ª ed., Dom Quixote, Alfragide, 2009, 284 e 336. Igualmente em sentido crítico quanto a esta solução minimalista do CCP, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, 368 e 369.

⁷ V. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais...”, cit., 95.

A este propósito, recordem-se as sempre actuais palavras de JEAN-JACQUES ROUSSEAU: “*Nada é mais perigoso do que a influência dos interesses privados nos negócios públicos*”: v. *O Contrato Social*, Livro III, Capítulo IV, 70 (consultámos a versão traduzida por LEONARDO MANUEL PEREIRA BRUM, 5.ª ed., Publicações Europa-América, Mem Martins, 2003).

⁸ Neste sentido, v. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais...”, cit., 95, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., 225, bem como, com pequenas diferenças, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Os Princípios Jurídicos...*, cit., 23.

⁹ Assim, v. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais...”, cit., 95, bem como MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., 225.

A este propósito, recordem-se as sempre actuais palavras de JEAN-JACQUES ROUSSEAU: “*Nada é mais perigoso do que a influência dos interesses privados nos negócios públicos*”: v. *O Contrato Social*, Livro III, Capítulo IV, página 70 (consultámos a versão traduzida por LEONARDO MANUEL PEREIRA BRUM, 5.ª edição, Publicações Europa-América, Mem Martins, 2003).

Notando que a garantia do princípio da imparcialidade “*também passa pela adoção de soluções organizativas adequadas*”, v. JORGE PEREIRA DA SILVA, “*Âmbito de aplicação e princípios gerais no projeto de revisão do CPA*”, in AA. VV., *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo* (coord. RUI CHANCERELLE MACHETE, LUÍS SOUSA DA FÁBRICA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, 47 (*e-book* disponível em www.fd.lisboa.ucp.pt).

¹⁰ V. artigos 44.º a 51.º deste diploma.

Refira-se que também as novas Directivas comunitárias em matéria de contratação pública se preocupam em regular os conflitos de interesses: v. artigos 35.º e 38.º, n.º 7, alínea *d*) da Directiva n.º 2014/23/UE, 24.º e 57.º, n.º 4, alínea *e*) da Directiva n.º 2014/24/UE, e 42.º da Directiva n.º 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014.

membros da entidade adjudicante¹¹ e do júri¹² – a quem, recorde-se, entre outras tarefas, cabe a missão de proceder à avaliação das candidaturas e das propostas, elaborando para o efeito os respectivos relatórios preliminar e final em cada uma das fases procedimentais¹³.

2. Ora, num País em que a maior parte dos cidadãos declara ter a percepção de que a corrupção da Administração Pública constitui um problema real¹⁴, num contexto em que “*tantas vezes aquilo que se pede às regras da contratação pública é, antes de mais, que as mesmas evitem a corrupção, ou pelo menos, “relações mal-sãs” entre entidades adjudicantes e concorrentes*”¹⁵, e num momento em que se sucedem as notícias sobre propaladas “fraudes no Sistema Nacional de Saúde” (“SNS”¹⁶) – sendo que o sector da Saúde implica justamente uma “*enorme afectação de recursos à actividade de contratação pública*”¹⁷ –, o legislador reforçou recentemente os mecanismos de garantia da imparcialidade na decisão de escolha dos medicamentos e dispositivos médicos a adquirir pelas entidades que operam no

¹¹ V. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais...”, cit., 95, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., 225, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Os Princípios Jurídicos...*, cit., 23, e MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso...*, cit., 370.

¹² V. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, 263, nota 356, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., 440, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, Lisboa, 2013, 792 e 793, bem como ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 2014, 114.

¹³ V. artigo 69.º, n.º 1, alíneas *a*), *b*) e *c*) do CCP.

¹⁴ V. o recente *EU Anti-Corruption Report* [COM(2014) 38 final], da Comissão Europeia, datado de 3 de Fevereiro de 2014, 6 e 7 (disponível em www.ec.europa.eu).

A este propósito, veja-se ainda a obra de LUÍS DE SOUSA, *Corrupção*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2011.

¹⁵ Como observa MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “O artigo 55.º, alínea *f*), do Código dos Contratos Públicos: mais vale ser do que parecer”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, Janeiro–Abril de 2011, 131.

¹⁶ Para um panorama e enquadramento das entidades que operam no sector público da Saúde em Portugal, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Organização Administrativa da Saúde*, Almedina, Coimbra, 2008, 97 ss., LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in AA. VV., *Tratado de Direito Administrativo Especial* (coord. PAULO OTERO e PEDRO GONÇALVES), vol. III, Almedina, Coimbra, 2010, 230 ss., bem como, mais recentemente, MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, 83 ss.

V. ainda a Portaria n.º 82/2014, de 10 de Abril, que veio estabelecer os critérios de categorização dos serviços e estabelecimentos do SNS.

¹⁷ Na expressão de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Alterações ao Código dos Contratos Públicos – o Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro”, in *O Direito*, Ano 141.º, 2009, IV, Almedina, 895.

sector público da Saúde em Portugal¹⁸ (aqui se destacando, pela sua relevância, os estabelecimentos hospitalares).

Assim, através do Decreto-Lei n.º 14/2014, de 22 de Janeiro (“DL 14/2014”), que tem como objectivo (assumido no respectivo preâmbulo) de “identificar situações

¹⁸ Nos termos da lei orgânica do Ministério da Saúde, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 124/2011, de 29 de Dezembro, “Integram o SNS todos os serviços e entidades públicas prestadoras de cuidados de saúde, designadamente agrupamentos de centros de saúde, os estabelecimentos hospitalares, independentemente da sua designação, e as unidades locais de saúde” (v. artigo 7.º, n.º 2).

Para melhor compreensão do enquadramento dos Hospitais, E.P.E., em sede de contratação pública, deverá ter-se presente o seguinte cenário evolutivo:

- (i) Entre 1999 e 2005, os Hospitais E.P.E estavam sujeitos ao regime do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, para a celebração de contratos de empreitada de obras públicas ou de concessão de obras públicas [v. artigo 3.º, n.º 1, alínea g) do diploma citado], mas não eram entidades adjudicantes para efeitos da celebração de contratos de aquisição ou locação de bens móveis ou serviços [pois o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, numa solução de duvidosa compatibilidade com o Direito da União Europeia, apenas se aplicava a “Organismos públicos dotados de personalidade jurídica, com ou sem autonomia financeira, que não revistam natureza, forma e designação de empresa pública” [v. artigo 2.º, alínea b), destacado nosso] e a “pessoas colectivas sem natureza empresarial” (v. artigo 3.º, corpo)];
- (ii) Entre 2005 e 2008, a aquisição de bens e serviços e a contratação de empreitadas pelos Hospitais, E.P.E. deveria processar-se de acordo com “normas de direito privado” isto “sem prejuízo da aplicação do regime do direito comunitário relativo à contratação pública” e de os Estatutos dos Hospitais, E.P.E. deverem assegurar “o cumprimento dos princípios gerais da livre concorrência, transparência e boa gestão” (v. artigo 13.º, n.º 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro);
- (iii) Entre 2008 e 2012, os Hospitais, E.P.E., apesar de se integrarem no conceito de “organismo de direito público” e, por conseguinte, serem qualificados como entidades adjudicantes à luz do artigo 2.º, n.º 2 do CCP, não estavam obrigados a adoptar qualquer dos procedimentos pré-contratuais previstos na parte II do CCP quando pretendessem celebrar contratos de empreitada de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços cujo valor se situasse abaixo dos limiares comunitários [v. artigo 5.º, n.º 3, alíneas a) e b) do CCP, na sua redacção inicial]; uma solução que, apesar de poder ser explicada pelas “características específicas” da actividade de prestação de cuidados de saúde, que coloca “exigências de flexibilidade e rapidez de actuação que porventura não se colocam relativamente a outras actividades” (v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Alterações ao Código dos Contratos Públicos...”, cit., 895), não deixou de sofrer a crítica de alguma doutrina, que considerava estarmos perante “uma evidente fuga” do direito europeu, tal como interpretado pelo TJUE” (v. CLÁUDIA VIANA, “A aplicação do regime de contratação pública aos hospitais, E.P.E.”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 85, Janeiro/Fevereiro de 2011, 64);
- (iv) Por fim, após o Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho, ter revogado o anterior n.º 3 do artigo 5.º do CCP, os Hospitais, E.P.E. passaram a estar sujeitos à Parte II do CCP nos mesmos termos que qualquer outro “organismo de direito público”, sem distinção ou especificidade face ao regime geral aplicável a estas entidades: v. MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, cit., 145, bem como PEDRO GONÇALVES, “Alterações ao Código dos Contratos Públicos na sequência do «Memorando de Entendimento com a Troika»”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 5, Maio-Agosto de 2012, 219 a 221.

concretas de conflitos de interesses, promover medidas adequadas a prevenir e gerir conflitos de interesses (...) e promover uma cultura organizacional na qual impere forte intolerância relativamente às situações de conflitos de interesses, de forma a garantir a isenção, imparcialidade e independência de todos os atores nos cuidados de saúde e na saúde pública”, o legislador veio, numa formulação extensa, estabelecer o regime jurídico das incompatibilidades dos membros das comissões, de grupos de trabalho, de júris de procedimentos pré-contratuais (e respectivos consultores) e de membros que participam na escolha, avaliação, emissão de normas e orientações de carácter clínico, elaboração de formulários, nas áreas do medicamento e do dispositivo médico no âmbito dos estabelecimentos e serviços do SNS (independentemente da sua natureza jurídica), bem como dos serviços e organismos do Ministério da Saúde¹⁹.

Para o que especificamente importa em matéria de contratação pública, cumpre referir que o DL 14/2014 se aplica aos membros de júris de procedimentos pré-contratuais (e respectivos consultores que exercem funções de apoio ao júri) para a aquisição de medicamentos ou dispositivos médicos²⁰.

Este regime não prejudica a aplicação do regime geral de impedimentos e incompatibilidades previsto no CPA e nas disposições que regulam os conflitos de interesses no exercício de funções públicas²¹, que continuam, pois, a ser aplicáveis às pessoas abrangidas pelo DL 14/2014²². O legislador teve assim o expresso cuidado de ressaltar que este (exigente) regime do DL 14/2014 não substitui, antes *acresce* aos demais regimes legais aplicáveis aos membros do júri e respectivos consultores.

3. Em que se traduz, então, para as pessoas abrangidas pelo DL 14/2014, a sujeição a este diploma legal?

¹⁹ V. artigo 1.º, n.º 1 do DL 14/2014.

No entanto, o legislador isenta da aplicação deste regime “a comissão técnica especializada do INFARMED, I.P., a Comissão de Avaliação de Medicamentos”, em virtude de o regime jurídico das incompatibilidades dos seus membros se encontrar previsto no respectivo regulamento de funcionamento: v. artigo 2.º, n.º 3 do DL 14/2014.

²⁰ V. artigo 2.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2 do DL 14/2014.

²¹ V., com relevância nesta matéria e a título não exaustivo, o Regime Jurídico de Incompatibilidades e Impedimentos dos Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos, aprovado pela Lei n.º 64/93, de 26 de Agosto, bem como os artigos 17.º da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro (que aprovou o Estatuto do Pessoal Dirigente dos Serviços e Organismos da Administração Central, Regional e Local do Estado), 22.º do Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de Março (que aprovou o Estatuto do Gestor Público), 25.º a 30.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro (que aprovou a Lei de Vínculos, Carreiras e Remunerações dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas), 19.º da Lei-quadro das entidades administrativas independentes, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, e 46.º, 47.º, 51.º e 52.º do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro (que aprovou o regime jurídico do sector público empresarial).

²² V. artigo 1.º, n.º 2 do DL 14/2014.

Em termos sucintos, o DL 14/2014 veio consagrar um elenco de situações que, na óptica do legislador, impossibilitam que o visado seja nomeado para (ou se mantenha como) membro de um júri de um procedimento pré-contratual lançado para a aquisição de medicamentos ou dispositivos médicos, ou como consultor de apoio ao mesmo júri.

Tais situações encontram-se expressamente previstas no artigo 3.º do DL 14/2014, por força do qual os membros e consultores dos júris não podem:

- (i) Exercer funções remuneradas, regular ou ocasionalmente, em empresas produtoras, distribuidoras ou vendedoras de medicamentos ou dispositivos médicos (n.º 1);
- (ii) Ser proprietários ou deter interesses na propriedade de empresas produtoras, distribuidoras ou vendedoras de medicamentos ou dispositivos médicos (n.º 2); nem
- (iii) Ser membros de órgãos sociais de sociedades científicas, associações ou empresas privadas, as quais tenham recebido financiamentos de empresas produtoras, distribuidoras ou vendedoras de medicamentos ou dispositivos médicos, em média por cada ano num período de tempo considerado até cinco anos anteriores, num valor total superior a € 50.000 (n.º 3).

4. O DL 14/2014 estabelece, quer mecanismos *preventivos* para assegurar a não verificação (ou não continuidade) das situações de incompatibilidade previstas naquele diploma, quer mecanismos *repressivos* para sancionar o incumprimento das suas disposições (mecanismos esses que, por seu turno, se repercutem tanto sobre as pessoas abrangidas pela incompatibilidade como sobre os actos por si praticados e os praticados por outrem na sua sequência).

4.1. Assim, enquanto mecanismo de carácter preventivo, o DL 14/2014 estabelece essencialmente obrigações de comunicação e transparência, impondo, desde logo, que, no início das suas funções, os membros e consultores dos júris apresentem junto do estabelecimento, serviço ou organismo no qual o júri funcione (leia-se, junto da entidade adjudicante) uma declaração de inexistência de incompatibilidades, elaborada de acordo com o modelo aprovado por despacho ministerial²³. Tais declarações devem ser actualizadas no início de cada ano civil

²³ V. artigo 4.º, n.ºs 1 e 2.

O modelo da declaração em causa foi aprovado pelo Despacho n.º 2156-B/2014 do Ministro da Saúde, de 10 de Fevereiro de 2014, nessa mesma data publicado no *Diário da República*, II Série (Parte C), n.º 28, a que adiante faremos referência mais detalhada.

e são publicitadas na página electrónica da entidade adjudicante²⁴, onde devem ser conservadas durante o período de funcionamento do júri²⁵.

Caso o membro ou consultor não se encontre *ab initio* em qualquer situação de incompatibilidade mas, posteriormente à sua entrada em funções, venha a enquadrar-se numa daquelas situações por ocorrência de um facto superveniente, deverá comunicar desde logo o facto e a cessação da sua participação no júri ao respectivo presidente e ao órgão máximo do estabelecimento, serviço ou organismo no qual o júri funcione²⁶.

4.2. Já enquanto mecanismos de natureza repressiva ou sancionatória, como acima se referiu, o regime do DL 14/2014 opera em duas vertentes distintas (mas complementares).

4.2.1. No que se refere às pessoas abrangidas pela situação de incompatibilidade, as mesmas podem incorrer em responsabilidade contra-ordenacional (punível com coimas de € 2.000 a € 3.500) por aceitarem integrar um júri (ou agir como consultores do mesmo) ou, em caso de incompatibilidade superveniente, por não fazerem cessar de imediato a sua participação no procedimento pré-contratual²⁷.

No caso de não apresentação/actualização da declaração de inexistência de incompatibilidades legalmente prevista ou de falsidade das informações constantes dessa declaração, tal facto determina a imediata cessação de funções do membro ou consultor do júri em causa²⁸ e a sua responsabilização em sede contra-ordenacional, que poderá culminar na aplicação de coimas de montante entre € 500 e € 2.000²⁹. Além disso, se o visado for trabalhador em funções públicas, poderá ainda haver lugar a eventual responsabilização disciplinar³⁰.

De salientar, quanto à responsabilidade contra-ordenacional, que a mera negligência é punível, pelo que não é necessário que se verifique qualquer intenção do membro em incorrer em situação de incompatibilidade para que a contra-ordenação se considere praticada³¹, embora seja justo ressaltar que, no

²⁴ Embora tendo em atenção o que resulta da Lei de Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

²⁵ V. artigo 4.º, n.ºs 2 e 3 do DL 14/2014.

²⁶ V. artigo 6.º do DL 14/2014.

²⁷ V. artigo 7.º, n.º 1 do DL 14/2014, que estabelece as coimas para a violação do disposto nos artigos 3.º e 6.º do mesmo diploma.

²⁸ V. artigo 4.º, n.º 4 do DL 14/2014.

²⁹ V. artigo 7.º, n.º 2 do DL 14/2014.

³⁰ V. artigo 4.º, n.º 4 do DL 14/2014.

³¹ V. artigo 7.º, n.º 3 do DL 14/2014.

caso de condenação por negligência, os limites mínimos e máximos das coimas aplicáveis são reduzidas a metade³², a exemplo, aliás, do que acontece em sede do regime geral³³.

A fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do DL 14/2014, a instauração e instrução dos processos contra-ordenacionais e a aplicação das competentes coimas incumbe à Inspeção-Geral das Actividades em Saúde³⁴, que ficará com 40% do respectivo montante, revertendo os restantes 60% para o Estado³⁵.

4.2.2. No que respeita às consequências da intervenção de uma pessoa em situação de incompatibilidade no procedimento pré-contratual, o DL 14/2014 adopta um regime particularmente exigente, nos seguintes moldes:

- a) As decisões tomadas por júris com intervenção de um membro em situação de incompatibilidade (ou de um consultor nessa situação) não produzem quaisquer efeitos jurídicos³⁶;
- b) As decisões dos órgãos deliberativos que sejam tomadas com base nas decisões de júris proferidas na situação referida na alínea anterior são nulas³⁷.

O legislador estabeleceu assim a consequência mais gravosa — a da nulidade — para os actos administrativos baseados em projectos de decisão elaborados por júris com intervenção de um membro ou de um consultor em situação de incompatibilidade³⁸. Nesta linha, quando o artigo 283.º, n.º 1 do CCP estabelece que os contratos administrativos são nulos quando a sua celebração assente num acto

³² V. artigo 7.º, n.º 3 do DL 14/2014.

³³ V. artigo 17.º, n.º 4 do Regime Geral das Contra-Ordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, e sucessivamente alterado.

³⁴ V. artigo 8.º, n.º 1 do DL 14/2014.

³⁵ V. artigo 9.º do DL 14/2014.

³⁶ V. artigo 5.º, n.º 1 do DL 14/2014.

³⁷ V. artigo 5.º, n.º 2 do DL 14/2014.

³⁸ Pensamos que é a *diferença estrutural* entre as duas situações previstas no artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, e referidas no texto sob as alíneas *a*) e *b*), que justifica a diferente terminologia utilizada pelo legislador. Na verdade, apesar de o regime jurídico da nulidade se caracterizar pela não produção de efeitos jurídicos por parte do acto viciado (v. artigo 134.º, n.º 1 do CPA), as “decisões” tomadas pelos júris (corporizadas, nos procedimentos pré-contratuais, nos relatórios preliminar e final) não constituem actos administrativos, mas apenas, mais rigorosamente, projectos de decisão, os quais são submetidos à entidade adjudicante que, essa sim, poderá depois decidir pela respectiva homologação. Por isso, faz sentido que o legislador, quanto aos actos dos júris, estabeleça como consequência a mera não produção de efeitos e reserve a sanção da nulidade para os actos da entidade adjudicante, na medida em que só estes, enquanto verdadeiros actos administrativos e não simples propostas decisórias, são passíveis de incorrer em semelhante desvalor.

procedimental cuja nulidade já tenha sido judicialmente declarada ou ainda possa sê-lo, ter-se-á de ter presente que um dos vícios passíveis de gerar a nulidade da decisão de adjudicação é precisamente a violação do regime de incompatibilidades previsto no DL 14/2014.

5. Para dar aos potenciais destinatários do diploma a possibilidade de adequarem a sua conduta às prescrições nele previstas, o DL 14/2014 conferiu aos membros e consultores dos júris de procedimentos pré-contratuais um prazo máximo de 30 dias³⁹ para fazerem cessar a situação de incompatibilidade em que tenham passado a incorrer por força deste novo regime legal.

Caso assim não suceda (*rectius*, não tenha sucedido) até ao final desse prazo de 30 dias⁴⁰ — que terminou em 26 de Fevereiro de 2014 —, determina o DL 14/2014 que a consequência é a cessação da participação do visado no júri, pelo que a sua permanência em funções após essa data acarretará (para o próprio e para as deliberações do júri e posteriores decisões da entidade adjudicante, com base naquelas deliberações) as consequências referidas no ponto anterior.

6. Como acima se adiantou, em 10 de Fevereiro foi publicado o Despacho n.º 2156-B/2014 do Ministro da Saúde, que, em cumprimento do disposto no artigo 4.º, n.º 2 do DL 14/2014, aprovou o modelo da declaração de inexistência de incompatibilidades a apresentar junto do presidente do júri e da entidade adjudicante.

A leitura deste Despacho revela-se extremamente importante para a correcta interpretação do regime do DL 14/2014, na medida em que o modelo de declaração anexo ao Despacho em causa contém, a propósito de cada campo que o interessado deve preencher, uma nota explicativa sobre o âmbito e alcance da incompatibilidade em causa, o que ajuda a compreender o alcance de cada uma das situações plasmadas no artigo 3.º do DL 14/2014.

6.1. Assim, no que se refere ao exercício, regular ou ocasional, de funções remuneradas em empresas produtoras, distribuidoras ou vendedoras de medicamentos ou dispositivos médicos⁴¹, dispõe o Despacho n.º 2156-B/2014 que só se considera “*exercício de funções em tais empresas*”, para efeitos da aplicação do DL 14/2014, “*a prossecução directa de atribuições conforme o objeto social ou a atividade*

³⁹ Contado desde a data de entrada em vigor do DL 14/2014. Uma vez que o próprio diploma é omissivo quanto a este ponto, será de aplicar a regra geral prevista no artigo 2.º, n.º 2 da Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro, que estabelece uma *vacatio legis* de 5 dias.

⁴⁰ V. artigo 10.º do DL 14/2014.

⁴¹ A que se refere o artigo 3.º, n.º 1 do DL 14/2014.

económica da respetiva entidade” (destacado nosso), mas já não a mera “preleção em palestras ou conferências organizadas pelas mesmas”, nem tão-pouco “a participação em ensaios clínicos ou estudos científicos no âmbito da respetiva atividade”.

Fica pois claro que a mera colaboração, mesmo que remunerada, com uma empresa produtora, distribuidora ou vendedora de medicamentos ou dispositivos médicos não constitui, em si mesma, um impedimento, desde que tal colaboração se cinja à intervenção (i) como orador em palestras e conferências⁴² ou, *grosso modo*, (ii) como especialista clínico no âmbito de investigações científicas levadas a cabo por aquelas empresas (ou sob a sua iniciativa).

6.2. No que respeita à densificação do que deva entender-se por propriedade ou detenção de interesses na propriedade de empresas produtoras, distribuidoras ou vendedoras de medicamentos ou dispositivos médicos⁴³, o contributo do Despacho é mais reduzido, estabelecendo que se entende por “propriedade e detenção de interesses na propriedade de tais empresas” “a titularidade de quaisquer participações sociais ou de quaisquer interesses com expressão pecuniária, acessíveis ou resultantes do respetivo objeto social ou atividade económica, de forma direta ou por interposta pessoa”.

Parece-nos que a maior relevância deste esclarecimento, além de limitar a situação de incompatibilidade às participações ou interesses “com expressão pecuniária”, consiste sobretudo na ressalva de que se considera existir uma situação de propriedade ou detenção de interesses na propriedade de empresas produtoras, distribuidoras ou vendedoras de medicamentos ou dispositivos médicos mesmo quando tais propriedade ou interesses não são detidos pelo próprio visado de forma directa, mas sim “por interposta pessoa”. Esta menção adicional permite assim obstar a situações de fraude à lei, através das quais um membro ou consultor de um júri procurasse “contornar” o regime de incompatibilidades previsto no DL

⁴² De resto, importa ter presente que, nos termos do Regime Jurídico dos Medicamentos de Uso Humano, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, o patrocínio, por qualquer entidade abrangida pelo regime em causa, de congressos, simpósios ou quaisquer ações ou eventos de cariz científico ou de divulgação, directa ou indirecta, de medicamentos, deve (i) constar da documentação promocional relativa aos mesmos e da documentação dos participantes e dos trabalhos ou relatórios publicados após a realização dessas mesmas ações e eventos, bem como (ii) ser previamente comunicado ao INFARMED, I.P. (v. artigo 159.º, n.º 1). Do mesmo modo, qualquer entidade abrangida pelo regime em causa que, directamente ou por interposta pessoa, conceda ou entregue qualquer subsídio, patrocínio, subvenção ou qualquer outro valor, bem ou direito avaliável em dinheiro, a toda e qualquer entidade, pessoa coletiva ou singular, designadamente associação ou qualquer outro tipo de entidade, independentemente da sua natureza ou forma, representativa de determinado grupo de doentes, ou ainda a empresa, associação ou sociedade médica de cariz científico ou de estudos clínicos, fica obrigada a comunicar esse facto, no prazo de 30 dias, ao INFARMED, I.P. (v. artigo 159.º, n.º 5).

⁴³ V. artigo 3.º, n.º 2 do DL 14/2014.

14/2014 através da passagem da titularidade das suas propriedade ou interesses para um terceiro que, verdadeiramente, nunca seria mais do que um proprietário fictício, apenas em termos formais mas sem deter efectivamente qualquer poder de controlo ou disposição sobre as empresas em causa. Sem prejuízo de, à luz do DL 14/2014 isoladamente, já se poder concluir que a propriedade e detenção de interesses por *testas-de-ferro* constituía uma situação de incompatibilidade, o aditamento acrescentado pelo Despacho n.º 2156-B/2014 dissipa inequivocamente qualquer dúvida que pudesse suscitar-se neste âmbito.

6.3. Por último, no que concerne à terceira situação de incompatibilidade especificamente prevista no DL 14/2014, a condição de membro de órgãos sociais de sociedades científicas, associações ou empresas privadas, as quais tenham recebido financiamentos de empresas produtoras, distribuidoras ou vendedoras de medicamentos ou dispositivos médicos, em média por cada ano num período de tempo considerado até cinco anos anteriores, num valor total superior a € 50.000⁴⁴, o Despacho n.º 2156-B/2014 volta a assumir um papel decisivo.

Não no que se refere à primeira parte, da condição de membro de órgão social de uma sociedade científica⁴⁵, mas no que se refere à segunda parte, quanto ao conceito de “financiamento”. De facto, o Despacho em análise esclarece que se entende por financiamento “*toda a captação de recursos que origine fluxo financeiro, de bens ou vantagens com expressão pecuniária, que não seja, formal e expressamente, por via de contratualização ou meio equivalente, dirigida à realização dos fins próprios da sociedade, associação ou empresa, para investigação, ensaios clínicos, estudos científicos, nomeadamente epidemiológicos*” (destacado nosso). Ou seja, por via da definição constante deste Despacho, o que o DL 14/2014 consagra como incompatibilidade não é a qualidade de membro de órgão social de uma

⁴⁴ V. artigo 3.º, n.º 3 do DL 14/2014.

⁴⁵ Pois aqui o Despacho limita-se a dispor, sem novidade, que se considera membro de órgão social “o que se encontrar em efetividade de funções, com mandato não suspenso”, excluindo-se deste conceito, por definição e a contrario, “o membro de órgão social que tenha expressamente renunciado ao cargo e notificado formalmente em conformidade a sociedade ou associação que integra”.

Também não é especialmente relevante o esclarecimento de que “*Não estão abrangidas as situações relativas a associações públicas profissionais*” (cujo regime consta da Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro), já que as sociedades científicas não revestem a forma de associações públicas. De resto, sendo a própria Ordem dos Médicos uma associação pública profissional (sobre este conceito, v. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, 403 ss., bem como DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, 458 ss.), caso o artigo 3.º, n.º 3 do DL 14/2014 devesse ser interpretado como abrangendo as associações públicas profissionais, na prática estaria a impedir-se os membros de órgãos sociais da Ordem dos Médicos de serem membros ou sequer consultores de júris no âmbito de procedimentos pré-contratuais para a aquisição de medicamentos e dispositivos médicos.

sociedade científica que receba financiamentos no montante médio de € 50.000/ano por parte das empresas produtoras, distribuidoras ou vendedoras de medicamentos ou dispositivos médicos, mas sim de sociedades científicas que recebam financiamentos daquela ordem média de grandeza e que não se destinem à prossecução dos seus próprios fins estatutários.

Esta ressalva mostra-se tanto mais importante quando se sabe que as sociedades científicas são efectivamente financiadas pelas empresas produtoras, distribuidoras e vendedoras de medicamentos e dispositivos médicos e dependem desse financiamento para a prossecução dos seus fins altruísticos. Pelo que, caso o montante de € 50.000 referido no artigo 3.º, n.º 3 do DL 14/2014 incluísse todo e qualquer financiamento recebido pelas sociedades científicas, independentemente dos fins a que o mesmo se destinasse, tal significaria, atendendo à realidade nacional, que todas as sociedades científicas existentes no nosso País se encontrariam abrangidas por aquele diploma. Em consequência, ou os júris de procedimentos pré-contratuais para a aquisição de medicamentos ou dispositivos médicos deixariam de poder integrar (e ser aconselhados por) membros de órgãos sociais de sociedades científicas, ou, em alternativa, estas sociedades ver-se-iam a breve trecho condenadas a desaparecer, por força da renúncia dos titulares dos membros dos seus órgãos sociais (sem haver interessados que pretendessem substituí-los), como condição legalmente necessária para poderem desempenhar outras funções (em especial, mais do que a função de membro ou consultor de júris, a que aqui temos vindo a referir-nos, destaca-se a função de membro de comissões ou grupos de trabalho para a emissão de pareceres sobre terapêuticas ou questões que envolvam a avaliação fármaco-económica, incluindo a elaboração de formulários terapêuticos⁴⁶, ou a emissão de normas e orientações clínicas que envolvam procedimentos terapêuticos ou diagnósticos⁴⁷). A gravidade destas consequências – que resultariam da leitura pura e simples do DL 14/2014 – ilustra cabalmente a importância desta precisão efectuada pelo Despacho n.º 2156-B/2014 para uma melhor interpretação do sentido e alcance daquele regime legal⁴⁸.

⁴⁶ V. artigo 1.º, n.º 1, alínea c) do DL 14/2014.

⁴⁷ V. artigo 1.º, n.º 1, alínea d) do DL 14/2014.

⁴⁸ Não obstante, não pode deixar de se criticar a péssima técnica legislativa utilizada, que consiste em o diploma supostamente de desenvolvimento *modificar* (em alguns casos, de forma muito relevante) os conceitos constantes das disposições legais que visa concretizar.

O fenómeno e a crítica não são novos: veja-se, só para citar dois dos exemplos mais recentes, a redacção do Decreto-Lei n.º 29-A/2011, de 1 de Março, face à Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, que aprovou a Lei do Orçamento do Estado para 2011 (v. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “A Lei do Orçamento do Estado para 2011 e os contratos de aquisição de serviços: reduções remuneratórias e limitação da contratação”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, Janeiro-Abril de 2011, 215 a 218), bem com a concretização da Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em

7. Em jeito de balanço geral, apesar de os objectivos (que o legislador afirma pretender prosseguir) de prevenção e resolução de conflitos de interesses, “*de forma a garantir a isenção, imparcialidade e independência de todos os atores nos cuidados de saúde e na saúde pública*”, serem naturalmente de louvar, e não esquecendo que, além das recomendações do Conselho de Prevenção da Corrupção⁴⁹, o DL 14/2014 surge (também) na sequência de um parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida que, entre outras conclusões, se mostrava favorável à obrigatoriedade de apresentação de declarações de interesses por parte dos profissionais de saúde⁵⁰, cabe perguntar se o regime legal ora em análise constitui ou não a opção mais adequada aos fins que se visa salvaguardar.

Desde logo, pode questionar-se se na área da Saúde a verificação de situações de conflitos de interesses é mais frequente e mais lesiva para o erário público do que as situações existentes (ou passíveis de existir) nas restantes áreas da actuação administrativa, a ponto de justificar a aprovação de um regime específico para esta área⁵¹.

Atraso, aprovada pela Lei n.º 8/2012, de 21 de Fevereiro, que foi levada a cabo através do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de Junho (v. JOAQUIM FREITAS DA ROCHA e NOEL GOMES, “A falta de qualidade legislativa como obstáculo à aplicação jurisdicional – o caso paradigmático da Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso (LCPA)”, in *Julgar*, n.º 20, Coimbra Editora, 2013, 219 a 224).

Todavia, neste caso em concreto, verifica-se a agravante de a definição das situações de incompatibilidade previstas no artigo 3.º do DL 14/2014 ter sido alterada por mero despacho ministerial, pelo que, por um lado, as definições constantes deste despacho não constituem uma interpretação autêntica do regime do DL 14/2014 e, por outro lado, a discrepância existente entre os dois diplomas em causa configura uma violação do princípio da hierarquia das fontes do Direito, estabelecida no artigo 112.º, n.º 5 da CRP. No limite, a conclusão pela inconstitucionalidade do Despacho n.º 2156-B/2014 na parte em que altera o artigo 3.º do DL 14/2014 poderá, no pior dos cenários, originar a futura declaração de nulidade de actos administrativos, bem como a eventual responsabilização (contra-ordenacional e/ou disciplinar) da(s) pessoa(s) em situação de incompatibilidade e cuja intervenção no procedimento conduziu à invalidade em causa, ainda que o teor do Despacho possa ser invocado, senão como causa de *exclusão da ilicitude*, pelo menos como causa *excludente* ou *atenuante da culpa*, para efeitos do afastamento da responsabilidade contra-ordenacional ou da diminuição do montante da coima aplicável.

⁴⁹ Criado pela Lei n.º 54/2008, de 4 de Setembro.

Veja-se, para o que aqui importa, a recomendação deste Conselho de 7 de Novembro de 2012, sobre a gestão de conflitos de interesses no sector público, disponível em www.cpc.tcontas.pt.

⁵⁰ O referido Parecer, de 17 de Julho de 2013 (com a referência 72/CNEVC/2013), encontra-se disponível e pode ser consultado, com bastante proveito, em www.cnevcv.pt.

⁵¹ Temos conhecimento de que, em 27 de Janeiro de 2014, o Departamento Jurídico da Ordem dos Médicos emitiu um parecer no qual, justamente com base nesta constatação, se defendia que o regime aprovado pelo DL 14/2014 é inconstitucional, por violação do princípio da igualdade

Por outro lado, pode também interrogar-se se, nesta como noutras áreas, era efectivamente necessária a aprovação de um regime próprio, especial, ou se as preocupações que o legislador tinha em mente já se encontram devidamente salvaguardadas pela aplicação dos demais regimes gerais aplicáveis, *maxime* o CPA e, no que à contratação pública respeita, também o CCP. Repare-se que o CPA, enquanto diploma potencialmente aplicável a toda e qualquer actividade da Administração Pública⁵², já consagra o princípio geral de que está impedido de intervir num procedimento administrativo, nomeadamente, o agente que nele tenha interesse, por si ou como representante ou gestor de negócios de outra pessoa⁵³, ou quando nele tenha interesse o seu cônjuge, algum parente ou afim em linha recta ou até ao 2.º grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa com quem viva em economia comum⁵⁴. Além disso, os agentes administrativos devem pedir dispensa de intervir no procedimento “quando ocorra circunstância pela qual possa razoavelmente suspeitar-se da sua isenção ou da rectidão da sua conduta”⁵⁵ (regra geral), presumindo a lei que esta suspeição razoável se verifica, entre outras situações, quando o titular do órgão ou agente ou o seu cônjuge, ou algum parente ou afim na linha recta, for credor ou devedor de pessoa singular ou colectiva com interesse directo no procedimento, acto ou contrato⁵⁶, ou quando tenha havido lugar ao recebimento de dádivas, antes ou depois de instaurado o procedimento, pelo titular do órgão ou agente, seu cônjuge, parente ou afim na linha recta⁵⁷. Mesmo

(v. artigo 13.º da CRP) e por falta de generalidade e abstracção de normas restritivas de um direito fundamental (v. artigo 18.º, n.º 3 da CRP), mais concretamente da liberdade de profissão.

Pela nossa parte, e embora compreendamos a perplexidade suscitada pela delimitação subjectiva do DL 14/2014, não podemos acompanhar, salvo o devido respeito, a linha argumentativa seguida naquele parecer jurídico. Em nossa opinião, o problema da (eventual des)conformidade material das normas constantes daquele diploma face à CRP coloca-se, *prima facie*, à luz do princípio da proporcionalidade, também apelidado de princípio da proibição do excesso, em especial na sua vertente da necessidade ou indispensabilidade: sobre este tema, v. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, 161 ss., *IDEM*, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, *maxime* 122 a 133.

⁵² V. artigo 2.º, n.ºs 1 a 7 do CPA.

⁵³ V. artigo 44.º, n.º 1, alínea a) do CPA.

⁵⁴ V. artigo 44.º, n.º 1, alínea b) do CPA.

⁵⁵ V. artigo 48.º, n.º 1, corpo, do CPA.

⁵⁶ V. artigo 48.º, n.º 1, alínea b) do CPA.

⁵⁷ V. artigo 48.º, n.º 1, alínea c) do CPA.

Noutro plano, assinala-se que o artigo 9.º, n.º 1 do Código de Boa Conduta Administrativa (em anexo à Recomendação n.º 1/B/2012 do Provedor de Justiça, disponível em www.provedor-jus.pt), sob a epígrafe “Independência e objectividade”, estabelece que “Os agentes públicos devem abster-se de qualquer conduta incompatível com a sua qualidade de servidor da coisa pública ou susceptível de os colocar em situação de conflito de interesses, seja real, potencial ou meramente percebido como tal, ou de sujeição

sabendo-se que a inibição por suspeição não opera de forma automática⁵⁸ e que a sanção para os actos praticados por agentes impedidos ou objecto de suspeição é, de acordo com a lei e a maior parte da doutrina, a da mera anulabilidade⁵⁹, pode perguntar-se se, ainda assim, haveria efectivamente necessidade de instituir um regime adicional como o do DL 14/2014⁶⁰. Até porque, no caso concreto da Saúde, o próprio Regime Jurídico dos Medicamentos de Uso Humano, acima referido, já prevê a proibição de os titulares de uma autorização de introdução no mercado, a empresa responsável pela informação ou pela promoção de um medicamento ou o distribuidor por grosso dar ou prometer, directa ou indirectamente, aos profissionais de saúde (ou aos doentes destes) prémios, ofertas, bónus ou benefícios pecuniários ou em espécie, tendo os profissionais de saúde o correspectivo dever de, por si ou por interposta pessoa, pedir ou aceitar, directa ou indirectamente, tais prémios, ofertas, bónus ou outros benefícios pecuniários ou em espécie, mesmo que os mesmos sejam percebidos no estrangeiro ou ao abrigo de legislação estrangeira e independentemente da existência ou não de

a qualquer tipo de pressões, designadamente políticas ou de grupos. Em especial, devem recusar participar nas decisões em que tenham interesses pessoais ou familiares, designadamente ãe índole económica, financeira e patrimonial”.

⁵⁸ V artigo 50.º, n.º 2 do CPA.

⁵⁹ V. artigo 51.º, n.º 1 do CPA.

No entanto, apesar desta expressa previsão legal (de resto, mantida no processo de alteração legislativa em curso: v. artigo 78.º, n.º 1 do projecto de revisão, na versão sujeita a discussão pública), há Autores que consideram que a violação do princípio da imparcialidade deve conduzir à nulidade do acto viciado, e não apenas à sua mera anulabilidade (neste sentido, afirmando que que “os actos ou contratos que estejam feridos de parcialidade são nulos e não anuláveis”, v. BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O Déficit de Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, LEX, Lisboa, 1995, 238). Em alguma medida, a solução consagrada no artigo 5.º, n.º 2 do DL 14/2014 traduz uma adesão do legislador a esta doutrina.

⁶⁰ De salientar que o projecto de revisão do CPA, na versão conhecida, consagra um imperativo de “prévia identificação daquelas situações à partida suspeitas, em que, objetivamente, se deverá entender não reunir o órgão ab initio as necessárias condições de imparcialidade”, mas continua a não estabelecer “uma qualquer regra jurídica garantidora de prévias garantias de imparcialidade”: v. JOÃO PACHECO DE AMORIM, “Os princípios gerais da atividade administrativa no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo (CPA)”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, Julho/Agosto de 2013, 24. Criticando o “esquecimento” do projecto de revisão do CPA nesta matéria e considerando que “se perdeu a oportunidade de estabelecer uma disciplina substantiva (como acontece com os regulamentos administrativos) sobre a composição dos órgãos colegiais, impedindo, assim, grosseiras violações dos princípios da imparcialidade e da proporcionalidade”, v. LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, “Dificuldades do Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo”, in *Direito & Política*, n.º 4, Julho-Outubro de 2013, 147.

qualquer contrapartida relativa ao fornecimento, prescrição, dispensa ou venda de medicamentos por parte das mesmas pessoas⁶¹.

Nesta linha, é pelo menos passível de discussão se o DL 14/2014 constitui um diploma necessário ou, pelo menos, útil ou se, ao invés, apenas terá vindo em grande medida reiterar o que, em qualquer caso, sempre resultaria dos demais regimes legais aplicáveis.

A tudo isto acresce que o DL 14/2014 veio estabelecer um severo regime de *incompatibilidades* (entre funções) e não de meros impedimentos (na participação em determinado procedimento), o que, numa interpretação literal e levando o rigor ao extremo, significaria que um profissional de saúde que exerça funções remuneradas na indústria ou seja membro de uma sociedade científica (na acepção do Despacho n.º 2156-B/2014) não poderá integrar ou assessorar o júri de um procedimento pré-contratual para a aquisição de um medicamento ou dispositivo médico, mesmo que, por hipótese, o procedimento em causa seja de ajuste directo e a empresa produtora, distribuidora ou vendedora na qual aquele profissional exerce funções remuneradas ou que financiou a sociedade científica de cujos órgãos sociais o mesmo faz parte nem sequer tenha sido convidada pela entidade adjudicante a apresentar proposta. Ou seja, instituindo um regime de prevenção em abstracto, o legislador parece ter vindo pré-conformar a constituição do júri (ou a nomeação dos respectivos consultores) mesmo em situações nas quais, em concreto, não se verifica qualquer risco de a situação particular do membro ou consultor do júri influenciar negativamente a escolha final do medicamento ou dispositivo médico a adquirir⁶².

⁶¹ V. artigo 158.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 176/2006, na sua redacção actual. No sentido de que esta norma “constitui uma trave-mestra da promoção de medicamentos”, cuja *ratio* é a de evitar que os profissionais de saúde sejam influenciados, no exercício da sua actividade, “pela obtenção de benefícios ou pela perspectiva de obtenção de benefícios, seja de que que natureza forem”, v. PAULO PINHEIRO e MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito do Medicamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 240 e 241.

⁶² De notar que mesmo o Parecer 72/CNECV/2013 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de 17 de Julho de 2013, e no qual o DL 14/2014 colheu notória inspiração, se bastava, para efeitos de acautelar a imparcialidade dos júris, com o facto de a maioria dos seus membros (incluindo o respectivo presidente) não ter conflitos de interesse [v. conclusão n.º 17, alíneas a) e b)], não chegando, portanto, ao ponto de vedar em absoluto a presença no júri de profissionais em situação de conflito. O legislador poderá, portanto, ter sido aqui “mais papista do que o Papa”, passe a expressão. É verdade, no entanto, que o Parecer em causa também preconizava a exclusão do júri de “elementos que tenham relações financeiras e/ou comerciais com empresas que produzam fármacos ou dispositivos” que possam ser abrangidos pela decisão a proferir [v. conclusão n.º 17, alínea o)], solução que, esta sim, corresponde à que veio a ser plasmada na lei, embora a posterior densificação introduzida pelo Despacho n.º 2156-B/2014 tenha vindo mitigar o alcance desta incompatibilidade em concreto.

De resto, em matéria de contratação pública, afigura-se que os dois principais cenários em que uma determinada empresa da “indústria” poderia interferir ilegalmente e, beneficiando de uma situação de conflito de interesses, condicionar a decisão de adjudicação aos medicamentos ou dispositivos médicos por si produzidos, distribuídos ou vendidos já se encontram cobertos pela lei.

Assim, quanto à elaboração das peças do procedimento – que, aliás, nada tem que ver com o júri, visto que a competência para a respectiva aprovação cabe ao órgão competente para a decisão de contratar⁶³ –, a lei, justamente para acautelar a eventualidade de um interessado condicionar a elaboração daquelas peças, estabelecendo especificações técnicas ou moldando outras condições à medida dos seus produtos, prevê que as entidades que “Tenham, a qualquer título, prestado, directa ou indirectamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento” estão impedidas de participar nesse mesmo procedimento se a sua anterior intervenção lhes conferir uma “vantagem que falseie as condições normais de concorrência”⁶⁴.

Quanto ao momento-chave da avaliação das propostas, sendo certo que se trata de uma actividade discricionária e, por isso, em abstracto passível de ser influenciada pelos interesses próprios de cada membro do júri ou pelos respectivos consultores, deve notar-se que, por um lado, e como acima se referiu, os membros dos

⁶³ V. artigo 40.º, n.º 2 do CCP.

⁶⁴ V. artigo 55.º, alínea j) do CCP.

Na sua redacção inicial, esta norma dispunha que estavam impedidas de participar num procedimento pré-contratual, como candidatos ou concorrentes, as entidades que tivessem, “a qualquer título, prestado, directa ou indirectamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento”. Assim redigida, com esta amplitude, a norma em causa estabelecia uma presunção absoluta de que quem tivesse intervindo, mesmo que de forma remota, na elaboração das peças procedimentais estaria em posição de vantagem face aos demais operadores no mercado. Ora, como bem salientaram diversos Autores na nossa doutrina, uma tal solução, além de inconveniente, por excessivamente rígida, era ainda contrária ao Direito da União Europeia, que, por princípio, se mostra avesso a impedimentos automáticos e favorável à concessão aos interessados de uma oportunidade para demonstrarem que a sua participação no procedimento pré-contratual não viola os princípios da igualdade e da concorrência: v. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais...”, cit., 98, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., 528 e 529, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Os Princípios Jurídicos...*, cit., 24, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “O artigo 55.º, alínea j), do Código dos Contratos Públicos...”, cit., *maxime* 143 ss., MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos...*, cit., 707 a 725 e 879, e ALEXANDRA LEITÃO, *Lições...*, cit., 106 e 107.

Nesta sequência, o Decreto-Lei n.º 149/2012 veio alterar a redacção desta norma, passando a prever que apenas a colaboração com a entidade adjudicante que conferisse ao interessado uma “vantagem que falseie as condições normais de concorrência” constituiria um impedimento à sua participação no procedimento pré-contratual: sobre esta alteração legislativa, v. PEDRO GONÇALVES, “Alterações ao Código dos Contratos Públicos...”, cit., 234 e 235.

júris se encontram sujeitos ao regime geral de impedimentos e suspeições previsto no CPA; e, por outro lado, que, por expressa determinação governamental⁶⁵, se estabeleceu que nos procedimentos pré-contratuais promovidos pela SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, E.P.E. ou pelos Hospitais do SNS para a aquisição de medicamentos deveria ser adoptado o critério do mais baixo preço⁶⁶. O que, embora coloque algumas questões interessantes e possa até ser discutível a vários títulos⁶⁷, tem pelo menos a virtualidade de *objectivizar* totalmente a missão do júri⁶⁸, o qual fica assim limitado à realização de um puro cálculo matemático, incidente sobre o único atributo das propostas submetido à concorrência pelo caderno de encargos, sem margem para quaisquer outras ponderações adicionais e sem possibilidade, portanto, de o juízo sobre a ordenação das propostas ser *contaminado* por considerações *extrínsecas*, alheias ao respectivo mérito⁶⁹.

Em suma, tudo visto e ponderado, embora à “mulher de César” não baste ser séria e apesar de, em matéria de imparcialidade administrativa, todos os cuidados serem poucos, afigura-se que talvez não tivesse sido necessário ao legislador ir tão longe como foi no DL 14/2014⁷⁰, que, no seu afã garantístico, porventura terá ido

⁶⁵ V., neste particular, o Despacho n.º 13025-B/2013 do Secretário de Estado da Saúde, de 10 de Outubro de 2013, publicado no *Diário da República*, II Série, n.º 197, de 11 de Outubro de 2013. Agradeço ao Dr. RICARDO LEAL DE ALMEIDA a informação prestada quanto a este ponto.

⁶⁶ O qual, recorde-se, apenas pode ser adoptado “quando o caderno de encargos defina todos os restantes aspectos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objecto daquele” (v. artigo 74.º, n.º 2 do CCP).

⁶⁷ Tarefa que, todavia, nos absteremos de empreender nesta sede, por extravasar o escopo do presente texto.

⁶⁸ Como nota MARCO REAL MARTINS, nestes casos o conteúdo do acto de adjudicação é estritamente vinculado; v. “Sentenças substitutivas de actos administrativos sob o signo do princípio da tutela jurisdiccional efectiva – em especial, nos procedimentos de formação dos contratos públicos”, in *O Direito*, Ano 143.º, II, 2011, 419.

⁶⁹ Acrescente-se que, mesmo que nas peças do procedimento se estabeleça, como critério de desempate, o do momento da apresentação das propostas que tenham obtido a mesma pontuação (como frequentemente sucede na prática), apurar-se em que data cada proposta foi submetida na plataforma electrónica também não envolve a formulação de juízos subjectivos.

Questão diferente é a de saber qual deve ser a conduta do júri em caso de empate quando as peças do procedimento não prevejam qualquer regra para a superação deste impasse, matéria da qual, pese embora o seu extremo interesse, não poderemos ocupar-nos nesta sede. Sobre este ponto, v. LICÍNIO LOPES MARTINS, “O dever de adjudicar e o empate entre propostas no Código dos Contratos Públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 103, Janeiro/Fevereiro de 2014, 3 a 9, bem como JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “A adjudicação em caso de empate entre propostas”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 7, Janeiro-Abril de 2013, 5 a 19.

⁷⁰ Em compensação, o legislador continua sem adoptar outras medidas que poderiam ser mais importantes no que se refere à eficácia da actuação das entidades do SNS, como sejam a separação clara entre as funções de gestão empresarial e as de gestão clínica no seio dos órgãos de

além do necessário tendo em conta os fins a que se propunha, com a agravante de, nesse excesso de zelo, afastar do papel de membro ou consultor de um júri profissionais cujos conhecimentos, experiência e valências poderiam constituir uma mais-valia na escolha dos medicamentos e dispositivos médicos a serem adquiridos com recurso a verbas do erário público.

Lisboa, Abril de 2014

administração dos Hospitais, E.P.E., conforme preconizado por SOFIA TOMÉ D’ALTE, “Conceito de corporate governance e sua possível aplicação no modelo dos Hospitais, E.P.E.”, in AA.VV., *O Governo da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2013, *maxime* 128 a 130. Explicando este facto com a intenção do legislador de não implementar um modelo de gestão puramente financeiro, mas antes um modelo temperado por uma componente clínica, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIELRINHA, *Direito da Saúde*, cit., 135 e 136.

O legislador veio recentemente reiterar a “especialidade” das entidades públicas empresariais do sector da Saúde, ao dispor que o regime do sector público empresarial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro) se aplica apenas subsidiariamente àquelas entidades (v. artigo 70.º), constituindo um regime especial face ao regime geral aprovado pelo Decreto-Lei n.º 233/2005.