

Parecer N.º	DSAJAL 7/20
Data	13 de janeiro de 2020
Autor	Ricardo da Veiga Ferrão

Temáticas abordadas	Protocolo Contratação pública Competências municipais Saúde
----------------------------	--

Solicita o Presidente da Câmara Municipal de ..., por seu ofício de .../.../2019, referência n.º ..., a emissão de parecer sobre a questão que nele assim é colocada:

O Município de ..., contribuinte n.º ..., com sede na ..., ..., vem por este meio efetuar um pedido de parecer, de acordo com a factualidade que se passa a descrever:

- Em 2 de Maio de 2008 foi celebrado um protocolo de colaboração entre este Município e a Associação;

- Consta da cláusula 1ª que: *“O primeiro outorgante (o Município) no âmbito do Serviço Móvel de Apoio ao Cidadão, necessita da prestação de serviço por um profissional com qualificações na área de enfermagem;”*

- E da Cláusula 2.ª que: *“O segundo outorgante [Associação] (...) é uma instituição de utilidade pública, sem fins lucrativos, que se dedica a atividades de solidariedade social, formação profissional e saúde de acordo com os seus estatutos.”*

- Cláusula 3.ª: *“1. No âmbito do presente protocolo, o segundo outorgante compromete-se a disponibilizar profissionais com a devida qualificação de enfermeiros, afim destes assegurarem a prestação de cuidados de enfermagem na comunidade com o objetivo de prevenção, controlo e educação para a saúde da população e encaminhamento, se necessário, para a unidade do Serviço Nacional de Saúde. 2-Esta prestação será feita em vinte dias úteis em cada mês, com dois períodos, num máximo de sete horas dia, com interrupção em Agosto.”*

- Nos termos da cláusula 4.ª consta: *“1-Como contrapartida pela prestação dos serviços supra descritos o primeiro outorgante pagará setecentos e vinte euros mensais. 2-No caso de ser necessário a prestação de serviços extraordinariamente aos sábados, domingos ou feriados a contrapartida será calculada com sete euros por hora a adicionar ao anterior. 3- Estes valores serão atualizados anualmente de acordo com a taxa de inflação.”* - seguindo em anexo cópia integral do mencionado protocolo.

- Na sequência de um pedido de análise e informação jurídica onde se questionava: *“não consubstancia o presente protocolo uma aquisição de serviços, e nesse caso, tendo que seguir outro tipo de procedimentos?”*, foi pelos serviços Jurídicos deste Município emitida informação cujo teor, após exposição dos considerandos, enquadrou e conclui da seguinte forma:

“Enquadramento e fundamentação Jurídica:

No que se refere à matéria em análise veio a CCDRN informar que:

“Pelo Senhor Chefe da Divisão Administrativa. Financeira e de Recursos Humanos foi solicitado um parecer acerca da escolha de um procedimento em sede de contratação pública.

Em concreto pretende-se esclarecer se o município, no âmbito de uma aquisição de serviços, pode celebrar um protocolo com a UTAD ou se é necessário cumprir as regras do Código dos Contratos Públicos. Questiona ainda se, aplicando este normativo, pode ser adotado o procedimento de ajuste direto por critério material ou se a autarquia fera

de efetuar concurso público.

Cumpra, pois, informar:

I - Admitindo que o protocolo de colaboração em causa gera obrigações para ambas as partes, é um negócio jurídico bilateral, um contrato.

Conforme consta do parecer jurídico que nos é remetido pela entidade consulente, “Quanto ao conteúdo da prestação de serviços, este prende-se com os domínios científico, técnico e de formação na área das perturbações específicas do desenvolvimento, (...) não sendo, portanto, a cooperação entre as partes o objeto da declaração negocial, mas antes um elemento acessório.

Assim, determina-se esta parceria da seguinte forma: peia prestação de determinados serviços pela entidade, é pago, pelo Município, um preço e aquela entidade remete-se a cumprir os serviços que se pretendem contratar, de forma zelosa e com a qualidade técnica exigida.

O artigo 450.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado pelos Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho, e Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro define contrato de aquisição de serviços como “o contrato pelo qual um contraente público adquire a prestação de um ou vários tipos de serviços mediante o pagamento de um preço.”

Nestes termos, e conforme se conclui na referida informação, independentemente da designação que se lhe aponha, estamos em crer que o conteúdo do negócio a celebrar consubstancia um verdadeiro contrato de aquisição de serviços, pelo que se terá de sujeitar o procedimento ao disposto no Código dos Contratos Públicos. ...”

Também já o Tribunal de Contas se pronunciou quanto à matéria em questão (Protocolos versas Prestação de Serviços), no seu Acor. nº 16/2012 de 30.05 – 1ºs/ss, proc. nº 231/2012, Conselheiros Relator: João Figueiredo, nos seguintes termos:

“SUMÁRIO:

1. Atenta a natureza substancial do protocolo e da entidade adjudicante, por força disposto nos arts. 2.º, n.º 1, al. d), 5.º n.º 1, al. c) e 46.º, n.ºs 1, al. c) e 2 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), o protocolo sub judicio está sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, independentemente da designação que formalmente se lhe der.

2. Face às concretas circunstâncias do caso não pode sustentar-se a celebração do protocolo ao abrigo do art.º 5.º, n.º 2 do CCP.

3. O protocolo em causa é um contrato público de aquisição de serviços, cujo objecto principal não se reduz à atribuição de um subsídio ou de uma subvenção, celebrado por uma autarquia e atento o seu valor deveria ter sido observado o Código dos Contratos Públicos (CCP), incluindo a sua parte II, nos termos do disposto nos arts. 1.º n.º 2 e 2.º,

n.º 1, al. c) e de acordo com o estipulado no art.º 20.º n.º 1, al. b), do mesmo Código, o protocolo deveria ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicação dos respectivos anúncios no Jornal Oficial da União Europeia.

...

1. A Câmara Municipal do Porto (doravante designada também por Câmara Municipal ou CMP) remeteu para efeitos de exercício de fiscalização prévia", o Protocolo adicional de colaboração outorgado em 14 de dezembro de 2011 com a Associação Porto Digital (doravante designada também por APD), com o valor de € 1.177.708,00.

2. Além do referido em 1. e noutros pontos deste Acórdão, relevam para a decisão os seguintes factos, evidenciados por documentos constantes do processo:

a) Em 12 de novembro de 2004 foi constituída a Associação Porto Digital, pelo Município do Porto e outras entidades;

b) Em 20 de dezembro de 2006 foi celebrado um protocolo de colaboração entre o Município do Porto e a APD;

c) O protocolo sub judicio constitui um protocolo adicional ao referido protocolo de colaboração;

d) O protocolo adicional foi aprovado pela CMP em reunião de 13 de dezembro de 2011 e pela Assembleia Municipal em reunião de 20 de dezembro de 2015;

e) A comparticipação financeira da CMP ao abrigo do presente protocolo adicional visa que a APD assegure: ...

Vejam os.

5. O protocolo em apreciação consubstancia um acordo de vontades entre duas pessoas jurídicas distintas.

Analisado o texto tem um conteúdo inequivocamente sinalagmático e obrigacional. Nele se prevê claramente uma comparticipação financeira da CMP nas despesas associadas à realização de projetos da APD e esta, como contrapartida dessa comparticipação, assegura a prestação de serviços que acima se elencou na alínea e) do nº 2 (designadamente, de consultoria e de suporte a serviços da CMP na área das tecnologias da informação e das comunicações - matéria que como se viu está muito desenvolvida e concretizada - de aconselhamento no âmbito da "Cidade das Profissões" e de apoio ao desenvolvimento de projetos nas áreas da educação, cultura e turismo no âmbito da Área Metropolitana do Porto).

Isto é: substancialmente, a execução do protocolo envolve uma diversificada aquisição de serviços e essa aquisição é feita contra o pagamento de um preço, pese embora se designe como comparticipação em despesas, a realizar por duodécimos.

E de tal modo tal relação sinalagmática existe que na cláusula 3ª se prevê, e bem, que "a segunda outorgante obriga-se a apresentar trimestralmente ao primeiro outorgante

um relatório de execução dos projetos abrangidos (...) acompanhado de um relatório financeiro detalhado e com explicitação dos objetivos e/ou resultados alcançados, sob pena de cessação da comparticipação.”

E, por força da cláusula 4.ª, que determina que em tudo o mais se deve atender ao protocolo inicialmente celebrado, deve atender-se que neste, na sua cláusula 6ª, se prevê que o “incumprimento das obrigações emergentes (...) pela segunda outorgante constitui justa causa de rescisão do mesmo.”

O que se consagra no protocolo aponta, pois, claramente para que estamos perante um verdadeiro contrato oneroso de aquisição de serviços. Assinale-se ainda que inexistem quaisquer cláusulas específicas de serviço público e o tipo de serviços em causa poderia ser adquirido, nos seus aspetos mais relevantes, no mercado e nele oferecido por outros operadores.

Estamos claramente longe da mera atribuição de subsídios que as invocadas disposições legais prevêem.

Relembre-se ainda que o artigo 450º do CCP estabelece: "Entende-se por aquisição de serviços o contrato pelo qual um contraente público adquire a prestação de um ou vários serviços mediante um preço.”

Do exposto decorre que estamos perante um contrato de aquisição de serviços quando um contraente público adquire a prestação de um ou vários tipos de serviços mediante o pagamento de um preço. " - art 450º do CCP e assim em regra sujeita ao disposto no Código dos Contratos Públicos.

Sendo que os protocolos parecem dever ser utilizados quando estamos perante uma mera atribuição de subsídios.

Conclusão:

De todo o exposto e salvo melhor opinião, se conclui que, todos os documentos que consubstanciem um acordo de vontades entre duas pessoas jurídicas distintas, no qual se estabeleça que a prestação de determinados serviços por uma das partes é feita contra o pagamento, pelo contraente público, de um preço àquela entidade, consubstanciam uma prestação de serviços, sujeita, em regra, ao disposto no Código dos Contratos Público.

Pelo que, resultando das cláusulas do protocolo em análise, designadamente que "Como contrapartida pela prestação dos serviços supra descritos o primeiro outorgante pagará setecentos euros mensais.", parece, sem prejuízo de opinião diversa, que não se estará perante a atribuição de um mero subsídio, deixando, ainda assim, à consideração superior, o acolhimento ao não da opinião ora expressa.”

Assim, após apreciação e deliberação da Câmara Municipal de 06.12.2019, solicita-se que seja emitido parecer jurídico a fim de se esclarecer se o protocolo em causa consubstancia uma aquisição de serviços o qual deveria nesse caso seguir as regras da contratação pública.

Como nele referido, o ofício ora transcrito era feito acompanhar de cópia do protocolo ora em questão.

APRECIANDO

1. DO PEDIDO

No presente pedido de parecer está em causa saber se um *protocolo de colaboração* celebrado (há quase doze anos e, presentemente, ainda em vigor, presume-se) entre uma câmara municipal e uma associação, visando, como nele é dito, que esta satisfaça a necessidade daquela “*da prestação de serviço por um profissional com qualificações na área da enfermagem*” durante “*vinte dias úteis em cada mês, com dois períodos, num máximo de sete horas dia, com interrupção em Agosto*”, e que por via disso, “*como contrapartida pela prestação dos serviços supra descritos o primeiro outorgante [a edilidade] pagará setecentos e vinte euros mensais*” sendo que “*no caso de ser necessário a prestação de serviços extraordinariamente aos sábados, domingos ou feriados, a contrapartida será calculada com sete euros por hora a adicionar ao anterior*” sendo que todos “*estes valores serão actualizados anualmente de acordo com a taxa de inflação*” é um verdadeiro protocolo ou se antes se está perante uma aquisição de serviços, que, eventualmente, deveria ter sido submetida aos procedimentos pré-contratuais previstos no Código dos Contratos Públicos (ou na legislação pertinente, então aplicável, como veremos mais tarde) e ser titulada por um contrato de aquisição de serviços.

2. ANÁLISE

2.1. Não existe definição legal de “protocolo”, instrumento jurídico pactício do campo do direito internacional, mas, entretanto, importado para as relações (inter)administrativas.

Etimologicamente o *Novo Dicionário Compacto da Língua Portuguesa*, de António de Morais Silva, diz de «**Protocolo**, s. m. [...] Espécie de convenção entre duas ou mais nações, mas de menor importância que o tratado ou convenção propriamente dita [...].». E o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* considera «**Protocolo**, substantivo masculino, [...] **7** acordo

entre duas ou mais nações, menos importante que o tratado ou a convenção, **8** versão preliminar de um acordo entre países.»

Desta definição dicionarística se retira, de todo o modo, a ideia de que o protocolo é um documento que serve para espelhar um pacto ou acordo estabelecido entre duas entidades (tipicamente, de direito internacional, como referimos), ainda que com menor vinculatividade que um acordo, uma convenção ou um tratado.

2.2. Em face disso, e seja o que seja um “*protocolo de colaboração*”, certo é que, no caso em apreço, a (única) “*colaboração*” que dele resulta é, como nele se diz, um dos outorgantes “*disponibilizar profissionais com a devida qualificação de enfermeiros, a fim destes assegurarem a prestação de cuidados de enfermagem na comunidade*” e o outro “*assegurar as condições necessárias para que esta prestação de serviços seja desempenhada cabalmente, nomeadamente disponibilizando o equipamento e o material de consumo corrente necessário*” e, bem assim, “*como contrapartida pela prestação dos serviços supra descritos (...) pagar[á] setecentos e vinte euros mensais*” ao primeiro.

Ora, salvo melhor opinião, uma situação pactícia como aquela ora aqui descrita, configura, inegável e substancialmente, um *contrato*: na verdade estamos perante *duas (...) declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com significado para cada parte*¹. No caso, estamos mesmo perante um *contrato de aquisição de serviços*, como lapidar e tipicamente vem descrito no artigo 450.º do Código dos Contratos Públicos: *entende-se por aquisição de serviços o contrato pelo qual um contraente público adquire a prestação de um ou vários tipos de serviços mediante o pagamento de um preço*.

2.3. E não obstante do protocolo ter sido feito constar que *as receitas líquidas obtidas pelo segundo outorgante, constituirão uma forma de apoio dada pelo primeiro outorgante ao abrigo do estabelecido no art. 64.º n.º 4 alínea b) e do art. 67.º do D.L n.º 169/99 de 18 de Setembro, na redacção dada pela Lei n.º 5-A/2002 de 11 de Janeiro de 2002* – visando, presume-se, que ele se contivesse como instrumento de formalização da atribuição de uma apoio ou subsídio

¹ Vd. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed. actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pág. 388 (edição consultada; há edição posterior).

financeiro - óbvio se torna que, mesmo que a ser possível apurar um qualquer *excedente* (as tais “*receitas líquidas*” a que alude o protocolo) e este fosse considerado como “*forma de apoio*” (ou seja, um tal “*subsídio*”), certo é que, à luz do texto protocolado, não é possível alcançar saber se esse *excedente/subsídio* existiu ou se poderá existir, nem, a existir, qual tenha sido ou será o seu montante (em todo o caso, decerto que irrisório); para além de que tal alusão traz implícita a confissão de que todo o montante fiduciário que não constitua esse tal “*excedente*” ou “*receita líquida*” representa, portanto, o montante pago (ou seja o “*preço*”) pela prestação de serviços protocolada - assim se regressando, de novo, a um contrato de prestação (ou de aquisição) de serviços, pretensamente escamoteado em documento soba forma de “protocolo de colaboração”.

2.3.1. Mas - dir-se-á de modo certo – tendo o protocolo sido celebrado antes da entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos (pois que este entrou em vigor a 29 de Junho de 2008²) e o protocolo foi celebrado a 2 de Maio de 2008 (sendo que *o Código dos Contratos Públicos só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a data da sua entrada em vigor e à execução dos contratos que revistam natureza de contrato administrativo celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após essa data*³) logo não tinha que estar sujeito às suas disposições, as quais, ainda que já conhecidas, por publicadas – o Código dos Contratos Públicos foi publicado no jornal oficial a 29 de Janeiro de 2008 – não eram então aplicáveis por ainda não vigentes.

Sendo certo que assim é, certo é também que o conceito de (contrato de) aquisição de serviços não se alterou entre o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, ainda vigente à data de celebração do protocolo, e o subsequente Código dos Contratos Públicos. Por outro lado, não se afigurando que a aquisição de serviços em causa se pudesse enquadrar numa das condições do artigo 77.º do referido Decreto-Lei n.º 197/99 que a dispensariam da sujeição aos procedimentos e contratação pública nele previstos, então, ao menos, sempre seria de observar o preceituado no artigo 81.º do citado Decreto-Lei n.º 197/99, tanto mais quanto é certo que não é possível extrair do texto do protocolo o seu real alcance financeiro.

2.4. Por outro lado, não se crê também que a invocação do artigo 64.º, n.º 4, alínea b), e do

² Artigo 18.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

³ Artigo 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/2008.

artigo 67.º da Lei n.º 169/99, possam servir para fundar um protocolo com conteúdo do presente. Na verdade, diz-se na citada alínea que “*compete à câmara municipal no âmbito do apoio a actividades de interesse municipal (...) participar na prestação de serviços a estratos sociais desfavorecidos ou dependentes, em parceria com as entidades competentes da administração central, e prestar apoio aos referidos estratos sociais, pelos meios adequados e nas condições constantes de regulamento municipal.*”

Ora, afigura-se que a citada alínea não recobre nem pretende cometer aos municípios qualquer competência camarária em matéria de respostas na área da saúde pública, designadamente no campo da prestação de cuidados de saúde - e concretamente na área dos cuidados de saúde primários - mesmo que se visasse “apenas” o seu *diagnóstico e encaminhamento para os competentes serviços do SNS.*

2.4.1. Tradicionalmente, ao longo dos diplomas que foram cerzindo a teia de atribuições e competências das autarquias locais⁴, nunca às camaras municipais foi cometida qualquer competência em matéria de prestação de cuidados de saúde, ainda que primários. Aliás, a intervenção prática dos municípios na área da saúde, através dos centenários *partidos médicos municipais*, terminou em 1984, com a revogação (tácita e implícita) dos artigos 143.º e 144.º e seguintes do Código Administrativo pelo Decreto-Lei n.º 116/84, de 6 de Abril, e na medida em que as funções até então desempenhada pelo *facultativo* transitaram para a alçada do Estado e passaram a ser asseguradas pelos centros de saúde, integrados no Serviço Nacional de Saúde.

Assim, às autarquias locais, passou a caber em matéria de saúde, a partir da Lei de Bases da Saúde de 1990⁵ e *sem prejuízo de eventual transferência de competências, (...) [participar] na acção comum a favor da saúde colectiva e dos indivíduos, (...) [intervir] na definição das linhas de actuação em que estejam directamente interessadas e (...) [contribuir] para a sua efectivação dentro das suas atribuições e responsabilidades*⁶ – ou seja, tudo competências não directamente prestacionais de quaisquer cuidados de saúde - ideia que se manteve e reforçou na

⁴ Lei n.º 79/77, de 25 de Outubro, Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, e presentemente, o Regime Jurídico das Autarquias Locais, aprovado em anexo à Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro.

⁵ Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, com posteriores alterações.

⁶ Base IX da Lei n.º 48/90.

actual Lei de Bases da Saúde⁷ ao nela se dizer⁸ que *as autarquias locais participam na efetivação do direito à proteção da saúde, nas suas vertentes individual e coletiva, nos termos da lei* – deixando claramente para a lei a definição dessa eventual participação e os termos em que ela se efectuará – a qual se verificará, aliás, unicamente em matéria de *acompanhamento aos sistemas locais de saúde, em especial nos cuidados de proximidade e nos cuidados na comunidade, no planeamento da rede de estabelecimentos prestadores e na participação nos órgãos consultivos e de avaliação do sistema de saúde*⁹.

2.4.2. Certo é, também, que em matérias da área da saúde, não só a *Lei-Quadro de Transferência de Competências para as Autarquias Locais*¹⁰ prevê unicamente a transferência para as autarquias locais de competências de *participação* no que toca ao *planeamento, gestão e realização de investimentos*¹¹ em instalações, para além de competências de *intendência corrente* relativamente a instalações e alguns trabalhadores e, bem assim de competência de participação em programas de prevenção¹², como o posterior *decreto-lei [que] concretiza a transferência de competências para os órgãos municipais e para as entidades intermunicipais no domínio da saúde*¹³ apenas refere como transferíveis para os municípios uma competência de *participação no planeamento, na gestão e na realização de investimentos relativos a novas unidades de prestação de cuidados de saúde primários*, ao lado de competências de *intendência* relativas a instalações, equipamentos, alguns trabalhadores e serviços de apoio logístico, e finalmente, uma *parceria estratégica* em programas de prevenção da doença¹⁴.

Assim, constata-se que nenhuma competência em matéria relativa à estrita prestação directa de cuidados de saúde primários às populações dos municípios, sejam a que título seja e qualquer que seja o modo dessa prestação, é, ou foi, transferida para ou cometida às autarquias locais.

2.5. Assim, não se afigura que se possa compaginar com as atribuições e competências municipais, definidas em lei, qualquer serviço de *prestação de cuidados de enfermagem na*

⁷ Aprovada em anexo à Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro.

⁸ Base 8, n.º 1, da Lei de Bases da Saúde.

⁹ Base 8, n.º 2, da Lei de Bases da Saúde.

¹⁰ Lei n.º 50/2018, de 16 de Agosto.

¹¹ Artigo 13.º, n.º 1, da Lei n.º 50/2018.

¹² Artigo 13.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2018.

¹³ Decreto-Lei n.º 23/2019, de 30 de Janeiro.

¹⁴ Artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 23/2019.

comunidade em sede de cuidados de saúde primários, mesmo que com o objectivo de *encaminhamento, se necessário, para unidade do Serviço Nacional de Saúde.*

Concluindo,

temos assim que não só o protocolo de colaboração se configura, objectivamente, como um (típico) contrato de (aquisição) prestação de serviços de enfermagem e, como tal, sujeito aos procedimentos contratuais que à época se encontrassem vigentes e lhe fossem aplicáveis, como se afigura, igualmente, que não cabe no conjunto das competências municipais que são atribuídas por lei aos municípios ou que para eles foram ou serão posteriormente transferidas, nos termos de específica previsão legal, o exercício municipal da actividade para a qual se protocolou a prestação.

Salvo semper meliori judicio