



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora Adjunta

184
d

Assunto: *Despacho n.º 15630/2012, de 3.12. Despacho n.º 2546/2013, de 7.2. Área de recrutamento. Restrição. Liberdade e direito de igualdade de acesso aos empregos do sector público. Princípio da concorrência. Serviço Nacional de Saúde. Interesse público. Direito da União Europeia. Direito de acesso aos empregos dos Estados-membros.*

I – 1. Foram apresentadas várias queixas ao Provedor de Justiça relativas à restrição de candidatura imposta pelo Despacho de V. Exa n.º 15630/2012, de 3.12 e pelo Despacho, também de V. Exa, n.º 2546/2013, de 7.2, a concursos de admissão a empregos de assistente hospitalar em serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde.

Para além da restrição de candidatura a um número determinado de médicos, é referido que as vagas disponibilizadas nos “concursos fechados”, em causa, são em número bastante superior às disponibilizadas nos últimos “concursos abertos” realizados.

É, por exemplo, notado que:

“No caso concreto da Pediatria, o Despacho n.º 7702-D/2012, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 108, a 4 de junho de 2012, determinou a abertura de procedimentos concursais, *não circunscritos*, contemplando 25 vagas de pediatria a nível nacional, das quais apenas 1 referente à ARS Norte (Centro Hospitalar de Trás-os-Montes e Alto Douro, E.P.E.). Por sua vez, na 1.ª época de 2012 do Internato Médico de Pediatria concluíram a formação médica especializada 48 médicos, 27 correspondentes à ARS Norte. // Em contraposição,



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora Adjunta

o Despacho n.º 15630/2012, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 237 a 7 de dezembro de 2012, determinou a abertura de procedimentos concursais, *circunscritos*, contemplando *33 vagas* de pediatria a nível nacional, 9 referentes à ARS Norte, uma das quais no Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE.”

Mais é referido, que para *estas 33 vagas*, na 2.ª época de 2012 do Internato Médico de Pediatria, a que se refere os concursos abertos ao abrigo do Despacho de V. Exa n.º 15630/2012, “concluíram a formação médica especializada *33 médicos*, 14 correspondentes à ARS Norte” (itálicos nossos).

II

3. Constituem factos relevantes para a apreciação da queixa os seguintes:

- a) Pelos despachos identificados, o Secretário de Estado da Saúde fixou os termos da abertura de procedimentos concursais de recrutamento de médicos para a celebração de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado e contrato individual de trabalho por tempo indeterminado ao abrigo do Código do Trabalho, respetivamente, para estabelecimentos do sector público administrativo e para entidades públicas de natureza empresarial;
- b) O Despacho n.º 15630/2012, de 3.12, “**determina** a abertura de procedimentos concursais **circunscritos** aos médicos que concluíram a respetiva formação médica especializada na 2.ª época do internato médico de 2012” (§§ 9, 11 do preâmbulo e n.º 2 do respetivo dispositivo – **negritos** nossos);
- c) O despacho abrange 427 empregos de assistente hospitalar em diferentes especialidades;
- d) No Despacho n.º 2546/2013, de 7.2, “[t]endo em vista a abertura de procedimentos concursais para celebração de contrato de trabalho em funções



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

públicas por tempo indeterminado ou de contrato individual de trabalho por tempo indeterminado ao abrigo do Código do Trabalho”, V. Exa determina que “[r]eúnem condições para ser opositores aos [mesmos] ... os médicos que concluíram a respetiva formação médica especializada na 2.ª época de 2010, nas duas épocas de 2011 e a 1.ª época de 2012, e que ainda não se encontrem vinculados por tempo indeterminado a serviços ou estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde” (negritos nossos);

- e) O despacho abrange 342 empregos;
- f) Estes despachos fixam as especialidades carenciadas e os estabelecimentos nos quais constam;
- g) Os despachos de V. Exa não identificam a norma ou normas legais com base nas quais limita a área de recrutamento dos vários concursos para acesso aos empregos que indica;
- h) Pela Declaração de retificação n.º 1633-A/2012, V. Exa determinou: “1. O anexo ao Despacho n.º 15630/2012, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 237, de 7 de dezembro é alterado nos termos do anexo ao presente despacho que dele faz parte integrante. // 2. O prazo para abertura dos procedimentos concursais resultantes das alterações introduzidas nos termos do número anterior, e considerando a urgência subjacente aos procedimentos de recrutamento, é fixado num máximo de três dias úteis, a contar da publicação do presente despacho” (negrito nosso).

*

- i) No concurso aberto pela Unidade Local de Saúde do Alto Minho de recrutamento de um médico na especialidade de imunoalergologia, o júri deliberou, em 12.2.2013, excluir candidato com o seguinte fundamento:



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora Adjunta

“Não cumpre os requisitos de admissão conforme o n.º 1 da Deliberação (extrato) n.º 52/2013, da Unidade Local de Saúde do Alto Minho no Diário da República n.º 6, II Série, de 09 de janeiro de 2013”.

- i) Por esta “Deliberação (extrato) n.º 52/2013”, foi aberto “[p]rocedimento simplificado conducente ao recrutamento de pessoal médico para a categoria de assistente, da área hospitalar, da carreira especial médica. Nos termos dos n.ºs 5 a 7 e 13.º do artigo 12.º-A do Decreto-Lei n.º 204/2003, de 18 de agosto, conjugado com o n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 45/2009, de 13 de fevereiro, e ao abrigo da Declaração de retificação n.º 1633-A/2012, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 250, de 27 de dezembro de 2012, faz-se público que, por deliberação do Conselho de Administração da Unidade Local de Saúde do Alto Minho, E. P. E., se encontra aberto, pelo prazo de 10 dias úteis, a contar da data da publicação do presente aviso no *Diário da República*, procedimento de recrutamento simplificado, tendo em vista a ocupação de postos de trabalho da categoria de assistente da área hospitalar, nas seguintes especialidades”.
- j) No ponto 1, relativo aos requisitos de admissão, consta: “Podem candidatar-se ao procedimento simplificado aberto pelo presente aviso os médicos detentores do grau de especialista da respetiva especialidade para o qual se candidata, que tenham concluído o respetivo internato médico na 2.ª época de 2012, cujo contrato a termo resolutivo incerto se tenha mantido, nos termos do n.º 5 do artigo 12.º-A do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de agosto”;
- **
- k) No concurso aberto pelo Aviso n.º 32/2013, de 3.1, “ao abrigo do Despacho n.º 15630/2012, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 237, de 7 de dezembro”, o júri excluiu candidato “**por não reunir os critérios do Despacho n.º quinze mil e trinta do ano de dois mil e doze**”, citado (negrito nosso).



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora Adjunta

5. Em 5.3.2013, pelo ofício n.º 2292, V. Exa prestou esclarecimentos, como solicitado, relativamente ao primeiro dos referidos despachos.

Explicou, em síntese, que está em causa prover às “carências de pessoal médico” em determinados estabelecimentos hospitalares, em especial “situados em zonas de extrema periferia” e que pretendeu “*viabilizar a contratação* de médicos internos que tenham concluído o internato médico e obtido o grau de especialista na correspondente área profissional de especialização”, de modo a que “possam ser *desde já* colocados naqueles” (itálicos nossos).

Identifica outros despachos a que atribui o mesmo sentido dispositivo e intenção. Informa que emanou o Despacho n.º 2546/2013, de 7.2, que igualmente circunscreve os candidatos que ao mesmo se podem candidatar.

Não indica a norma ou normas legais com base nas quais limitou a área de recrutamento dos vários concursos para acesso aos correspondentes empregos.

6. A Administração Central do Sistema de Saúde, I.P., relativamente ao Despacho n.º 2546/2013, informou, no essencial:

“No que concerne aos vários despachos que têm vindo a ser publicados, cujo âmbito subjetivo de aplicação se restringe aos médicos recém-especialistas, está aqui em causa a aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 45/2009, de 13.2, que transitoriamente, manteve em vigor o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 112/98, de 24.4. // Conclui-se, portanto, que os despachos aqui em causa têm vindo a ser proferidos ao abrigo de uma norma legal que se mantém em vigor, e são operacionalizados através de um procedimento concursal específico aberto para um número restrito de médicos para ocupação de vagas existentes nas Administrações Regionais de Saúde e estabelecimentos hospitalares, identificados como tendo particulares necessidades”.

7. O artigo 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 45/2009, de 13.2, estabelece:

**PROVEDORIA DE JUSTIÇA****A Provedora-Adjunta**

“O disposto nos n.ºs 5 a 7 do artigo 12.º-A do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto, na redação dada pelo presente decreto-lei, aplica-se aos médicos abrangidos pelo n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 112/98, de 24 de abril, salvo oposição dos interessados a apresentar, por escrito, no prazo de 30 dias a contar da data de entrada em vigor do presente decreto-lei.”

O n.º 1 do artigo 2.º (“Prorrogação dos contratos administrativos de provimento”) do Decreto-Lei n.º 112/98, de 24.4, estabelece:

1 – Têm direito à prorrogação do contrato pelo período de três anos os internos que: // a) Escolham, para efeitos de realização do internato complementar e de acordo com o n.º 3 do artigo 16.º do regulamento de concurso aprovado pela Portaria n.º 950/95, de 2 de Agosto, estabelecimento de saúde e especialidade em que se verifiquem carências; ou que, // b) Tratando-se de especialidade carenciada e efetuando o internato complementar em estabelecimento de saúde não identificado como carenciado, requeiram, no prazo máximo de 15 dias úteis contados a partir da data de conclusão do respetivo internato com aproveitamento, a colocação em estabelecimento ou serviço de saúde considerado carenciado.

Os n.ºs 5 a 7 do artigo 12.º-A do Decreto-Lei n.º 203/2004, têm o seguinte teor:

“5 – O exercício de funções nos termos do número anterior efetiva-se mediante celebração o contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, o qual é precedido de um processo de recrutamento em que são considerados e ponderados o resultado da prova de avaliação final do internato médico e a classificação obtida em entrevista de seleção a realizar para o efeito. // 6 – Até à celebração do contrato previsto no número anterior, mantém-se em vigor o contrato celebrado a termo resolutivo incerto para efeitos de internato médico. // 7 – Em casos devidamente fundamentados em proposta da ARS e autorizados pelo membro do Governo responsável pela área da saúde, ou das Regiões



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

Autónomas, a obrigação determinada no n.º 4 pode ser cumprida em estabelecimento ou serviço de saúde públicos diferente daquele onde se verificou a necessidade que deu lugar à vaga preferencial, devendo a colocação situar-se na mesma região de saúde, salvo acordo diverso entre ARS ou Regiões Autónomas, sempre nos termos das regras de mobilidade geral aplicáveis às relações de trabalho em funções públicas, mas sem exceder um raio de 50 km ou a área da Região Autónoma respetiva.”

II

8. Os despachos em referência são excludentes da possibilidade de candidatura a empregos de médico em estabelecimentos do setor público administrativo e em entidades públicas empresariais do Serviço Nacional de Saúde. E impõem a realização de concursos limitados a estabelecimentos públicos e a empresas públicas, que integram a administração indireta do Estado.

Considerando os elementos instrutórios disponíveis, os esclarecimentos juntos ao processo, e as normas jurídicas pertinentes, verifica-se que os despachos em causa e as decisões concursais que neles se apoiam são ilegais. Os problemas de legalidade são os que a seguir se expõem.

9. Da violação da área legal de recrutamento de médicos.

9.1. O acesso aos empregos de assistente hospitalar dos estabelecimentos do sector público administrativo e das entidades públicas empresariais está legalmente aberto a todos os indivíduos médicos, com o grau de especialista (artigo 15.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 176/2009, de 4.8, e artigo 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 176/2009, de 4.8).

À luz destas disposições, todos os médicos com o grau de especialista se poderiam candidatar aos 769 empregos em causa.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

Ao suprimir a possibilidade de disputarem estes empregos, os despachos de V. Exa violam a lei (artigo 266.º, n.º 1, da CRP e artigo 3.º, n.º 1, do CPA).

“Os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes forem conferidos” (artigo 3.º, n.º 1, do CPA e artigo 266.º, n.º 2, da CRP¹).

O sacrifício ou a supressão dos direitos ou faculdades protegidas pela lei “tem de ter como base uma lei, pois só a lei – e não um ato da administração – pode recortar [o]...interesse público primário”². No caso, esta lei não existe.

Assim, os júris dos diferentes concursos estão a excluir os candidatos com fundamento e apenas com fundamento – nos despachos de V. Exa, que invocam para justificar tal exclusão.

As normas citadas pela ACSS, I.P., não afastam esta conclusão. É que respeitam, no essencial: *i*) à forma de avaliação; esta envolve a consideração e ponderação do “resultado da prova de avaliação final do internato médico e [d]a classificação obtida em entrevista a selecionar para o efeito”; *ii*) à possibilidade de prorrogação dos contratos de trabalho a termo – na pendência dos concursos a que sejam candidatos – dos médicos que tenham feito a respetiva formação médica em certos estabelecimentos de ensino.

9.2. Da restrição da liberdade de candidatura.

Uma das dimensões da liberdade de escolha de profissão (artigo 47.º, n.º 1, da CRP) é a de “não ser impedido de escolher (e exercer) qualquer profissão para a qual se tenha os

¹ “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé” (itálicos nossos).

² Gomes Canotilho, “Ato autorizativo jurídico-público e responsabilidade por danos ambientais”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 1993, p. 31.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

requisitos necessários”. Outra das dimensões respeita ao “direito a obter as condições de acesso em condições de igualdade a cada profissão”³.

Protege-se, quer o não se ser impedido de aceder em geral aos empregos, quer a determinados empregos ou funções em particular (liberdade de candidatura) – Acórdão do TC n.º 53/88⁴.

“A liberdade de escolha de profissão está sob reserva de lei restritiva”⁵. As restrições só podem ser introduzidas por lei parlamentar ou decreto-lei autorizado (artigo 18.º e artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP)⁶.

Ora, todos os indivíduos licenciados em Medicina com o grau de especialista que não concluíram “a respetiva formação médica especializada na 2.ª época do internato médico de 2012” foram impedidos, pelo Despacho n.º 15630/2012, de se habilitar ao exercício da profissão relativamente aos empregos nos serviços e estabelecimentos públicos do Serviço Nacional de Saúde, nele especificados.

Todos os indivíduos licenciados em Medicina com o grau de especialista que não concluíram a “respetiva formação médica especializada na 2.ª época de 2010, nas duas épocas de 2011 e a 1.ª época de 2012” – por força do Despacho n.º 2546/2013 –, foram

³ Cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, 2007, p. 653.

⁴ Acórdão de 8.3.1988, processo n.º 21/86, relator: Vital Moreira: “Como decorre do seu próprio enunciado, este preceito compreende três elementos: (a) o direito à função pública, não podendo nenhum cidadão ser excluído da possibilidade de acesso, seja à função pública em geral, seja a uma determinada função em particular, por outros motivos que não seja a falta dos requisitos adequados à função (v.g. idade, habilitações académicas e profissionais); (b) a regra da igualdade e da liberdade, não podendo haver discriminações nem diferenciações de tratamento baseadas em fatores irrelevantes, nem, por outro lado, regimes de constricção atentatórios da liberdade; (...)” (negritos nossos).

⁵ Cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 656.

⁶ Ponto 14 do Parecer da Comissão Constitucional n.º 11/79, de 12.4, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 8.º volume, edições INCM, 1980, p. 70; n.º 3 do Parecer da Comissão Constitucional n.º 22/79, de 7.8, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 9.º volume, edições INCM, 1980, p. 47; e Acórdão da 1.ª Secção do Tribunal Constitucional n.º 209/94, de 2 de Março de 1994, processo n.º 31/91.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

impedidos de aceder aos empregos (nos serviços e estabelecimentos do sector público do Serviço Nacional de Saúde) indicados no mesmo despacho⁷.

A afetação – relativamente aos indivíduos cuja exclusão determinam – da liberdade de candidatura e disputa dos correspondentes empregos é total. Nestas condições, existindo violação do conteúdo essencial de um direito fundamental e de um direito indisponível, os Despachos n.º 15630/2012 e n.º 2546/2013, de 7.2, e as decisões concursais que os aplicam estão feridos de nulidade (artigo 3.º, n.º 3, da CRP, artigo 133.º, n.º 2, alínea d), do CPA; artigo 294.º do CC).

O padrão normativo violado, no que se refere aos empregos no sector público, é imposto aos Estados membros do Conselho da Europa. Quanto às “condições e requisitos de recrutamento”, determina a disposição 4 do *status of public officials in Europe* que:

“Recruitment of public officials should be defined by equality of access to public posts and selection based on merit, fair and *open competition* and an absence of discrimination. Some pre-conditions may exist for accessing public posts. In addition, general requirements and specific requirements may exist for recruitment. In so far as they constitute exceptions to these principles, they should be admitted *only if lawfully justified*” (itálicos e negrito nossos)⁸.

9.3. Da violação do direito de igualdade no acesso aos empregos do sector público.

⁷ De registar que atentatório da liberdade de candidatura é ainda a fixação de um prazo de (máximo) de 3 dias úteis, pelo Secretário de Estado da Saúde, para a apresentação de candidatura.

De forma clara – na “Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos” (2006/C 179/02, JO de 1.8.2006) – é explicado que entre as “condições de concorrência equitativas” se inclui a fixação de “prazos apropriados”, isto é, os “prazos para a apresentação de manifestações de interesse... deverão ser suficientemente largos para permitir às empresas [e indivíduos] de outros Estados-Membros [e desde logo do próprio Estado] fazerem uma avaliação fundamentada...”.

⁸ Cf. Recommendation No. R (2000) 6 of the Committee of Ministers to member states on the status of public officials in Europe (Adopted by the Committee of Ministers on 24 February 2000 at the 699th meeting of the Ministers’ Deputies) – <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=340693&Site=CM>.

11 194
+



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

A “adoção do contrato de trabalho na Administração Pública não pode defraudar materialmente o princípio da imparcialidade e igualdade no recrutamento que a regra do concurso garante. Ao contrário dos empregadores privados, para os quais rege a autonomia privada e a livre prossecução de interesses próprios, a Administração não pode gozar da liberdade de escolha do seu pessoal. Por isso, o recrutamento de pessoal em regime de contrato de trabalho tem de obedecer a um procedimento de escolha que garanta a objetividade e igualdade (neste sentido, corretamente, o AcTC n.º 406/03)”⁹.

Assim, “[a]inda que se entenda que para o recrutamento de pessoal sujeito ao regime do contrato individual de trabalho se não justifica a realização de um *concurso público*, nem por isso se pode deixar de reconhecer que a seleção e o recrutamento desse pessoal **deverá sempre ter lugar através de procedimentos administrativos que assegurem a referida liberdade e igualdade de acesso**” – explicita o ponto 2.5. do Acórdão n.º 406/2003, citado (itálico no original e negrito nosso)¹⁰ e ponto 6.2. do Acórdão n.º 409/2007¹¹.

Releva, pois, em primeira linha, a liberdade de acesso e o direito de poder disputar empregos que são públicos, seja pela natureza dos recursos que os suportam, seja pela heterodeterminação pública dos interesses a cargo dos respetivos empregadores, seja pelos padrões de serviço público que parametrizam as respetivas prestações laborais.

10. Da individualização dos candidatos aos procedimentos de recrutamento.

Os despachos em referência não se limitam a impedir indivíduos que preenchem os requisitos legais de concorrer (aos concursos a que se referem) e a limitar os candidatos que aos mesmos permite concorrer; assumem, também, um carácter **individualizador** dos candidatos. Isto é, os candidatos não são indeterminados, mas determinados.

⁹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 662.

¹⁰ Acórdão do plenário de 17.9.2003, processo n.º 470/01, relator: Carlos Pamplona de Oliveira; in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030406.html>.

¹¹ Acórdão da 2.ª Secção de 11.7.2007, processo n.º 306/07, relator: Mário Torres.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

São exatamente aqueles – cuja identidade pode ser conhecida – que “concluíram a respetiva formação médica especializada na 2.ª época do internato médico de 2012”, por um lado, e, por outro lado, aqueles “que concluíram a respetiva formação médica especializada na 2.ª época de 2010, nas duas épocas de 2011 e na 1.ª época de 2012”.

A fulanização dos concursos e, concomitantemente, dos empregos é contrária ao direito fundamental subjetivo, pessoal, de todos poderem disputar os empregos públicos. Como explica Pierre Rosanvallon, o concurso “participa na realização de uma promessa republicana...ao alimentar o reconhecimento do princípio da igualdade”; “institui uma distinção não discriminatória, puramente funcional, em benefício de todos e constitui portanto o exato inverso de um privilégio”¹².

Circunscrever os sujeitos que podem disputar os empregos públicos, é, por outro lado, desatender a exigência institucional de “eficácia da Administração Pública, como também a [de] tornar transparentes e a [de] assegurar condições de igualdade material e de liberdade na composição do corpo de pessoal da função pública [ou dos trabalhadores públicos] – ou seja, uma garantia que se prende, quer com a eficácia, quer com os próprios fundamentos da composição do corpo da função pública, e, portanto, da organização da Administração Pública, e que é condição da sua democraticidade” (Ac. n.º 683/99 – negrito nosso)¹³.

E explica o mesmo tribunal: “A igualdade e liberdade no acesso aos empregos públicos constitui, pois, princípio fundamental da definição da composição da Administração Pública num estado democrático. A igualdade nesse acesso, com remissão para critérios de mérito e capacidade ou para a existência, em regra, de um concurso, encontra-se consagrada em várias constituições europeias – é o que acontece, por exemplo, nas constituições espanhola (artigo 103º, n.º 3 – princípio do mérito e da capacidade), italiana (artigo 97º, n.º 3 – regra do concurso) e alemã (artigo 33º, n.º 2, da Lei

¹² Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité*, Éditions du Seuil, 2008, p. 96.

¹³ Acórdão do plenário do TC de 21.12.1999, processo n.º 42/98, relator: Paulo Mota Pinto.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

Fundamental). Por vezes, a igualdade aparece associada a um princípio de escolha segundo a **capacidade funcional ou de prestação**, referido na doutrina alemã como o ‘**princípio da seleção dos melhores para o serviço público**’...” (negritos nossos).¹⁴.

Os Despachos de V. Exa limitam a área de recrutamento, alega-se, em nome das carências de pessoal médico em determinados estabelecimentos ou empresas públicas de saúde.

Mas nestes, e sobretudo nestes, não é consonante com o interesse público sacrificar o recrutamento dos melhores, sacrificar a “capacidade funcional ou de prestação” de tais estabelecimentos ou empresas públicas” em nome de um padrão abstrato de carência, para o qual não faltam, antes são plúrimos, os candidatos interessados. Quando V. Exa subtrai à concorrência os empregos públicos visados pelos despachos de V. Exa, põe em causa também a capacidade funcional do sistema de saúde.

11. Da violação do princípio da livre circulação de trabalhadores.

Aos empregos objeto do Despacho n.º 15630/2012, de 3.12, e do Despacho n.º 2546/2013, de 7.2, podem-se candidatar também os indivíduos dos outros Estados-membros da União Europeia com a qualificação profissional legalmente exigida.

¹⁴ Cf., também, ponto 7 do Acórdão da 3.ª Secção, citado, de 9.11.2010, processo n.º 628/2009, relator: Maria Lúcia Amaral: “O conteúdo deste último direito já foi suficientemente determinado pelo Tribunal, que, em jurisprudência abundante (vejam-se, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 683/99, 368/2000, 184/2008, 491/2008, 155/2009, 154/2010, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt), tem dito que no n.º 2 do artigo 47.º se inclui, não apenas um radical subjetivo, mas ainda uma importante dimensão *objetiva e institucional*, destinada a garantir que a relação jurídica de emprego público se constitua – seja pelo meio da nomeação seja pelo meio de contrato de trabalho – sempre de tal forma que assegure a necessária prossecução do interesse público por parte da Administração (artigo 266.º da CRP). Assim é que o direito à igualdade e à liberdade no acesso à ‘função pública’, associado estreitamente à regra concursal, não visa apenas servir os interesses dos cidadãos que pretendem aceder ao emprego público. Visa ainda, mais do que isso – e como se escreveu no Acórdão n.º 683/99 –, garantir a *democraticidade* e a *transparência* das próprias organizações administrativas (de modo a que elas não venham a ser ocupadas por grupos, religiosos, económicos ou outros, que comprometam a imparcialidade da Administração); e promover a capacidade funcional e de prestação do agir administrativo, através da escolha dos mais aptos para a prossecução de funções que devem servir o interesse público” (Acórdão n.º 410/2010 – negrito e primeiro itálico nossos).



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

Nos termos do artigo 21.º, n.º 1, do Diretiva n.º 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais:

“Os Estados-Membros reconhecerão os títulos de formação de médico que permitam aceder às atividades profissionais de médico com formação de base e de médico especialista..., atribuindo-lhes nos respetivos territórios, no que se refere ao acesso às atividades profissionais e ao seu exercício, o mesmo efeito que aos títulos de formação por eles emitidos”.

Tal significa que, no âmbito de aplicação dos concursos a que se reportam os Despachos n.º 15630/2012 e n.º 2546/2013, se incluem os indivíduos com formação reconhecida, no quadro da diretiva, à exigida para ser assistente hospitalar em Portugal^{15 16}.

Os empregos de médicos não se incluem entre o número reduzido de empregos que podem ser subtraídos ao princípio da livre circulação de trabalhadores¹⁷.

Por aplicação deste princípio, a título de exemplo, explicitou a Comissão Europeia, “não é aceitável que numerosas organizações (digamos, 15 hospitais do Estado) se agrupem

¹⁵ O exercício da medicina corresponde a uma profissão regulamentada, na aceção da Diretiva 2005/36, conceito que “é do âmbito do direito comunitário” – considerando 43 do Ac. de 09-09-2003, Isabel Burbaud c. Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, C-285/01.

¹⁶ Com efeito: “No difference should be made according to the Member State where a given condition has been fulfilled – such as the acquisition of professional qualification, professional experience, seniority and the like” – Jacques Ziller, Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector Current Issues and State of Play Part I – General Report, Report for the European Commission, European Commission, 2010, p. 16 (negrito e sublinhado nosso).

¹⁷ São empregos que “não envolve[m] uma participação direta ou indireta no exercício da autoridade pública ou em funções que tenham como objetivo a salvaguarda de interesses gerais do Estado ou das demais pessoas coletivas públicas” (considerando 40 do Ac. de 09-09-2003, Isabel Burbaud c. Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, C-285/01. No caso estava em causa o acesso por parte de Isabel Burbaud com a qualificação profissional de administradora hospitalar adquirida em Portugal aos empregos de administrador hospitalar em França, empregos que o tribunal de forma inequívoca qualificou como estando submetidos ao princípio da livre circulação de trabalhadores).



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora Adjunta

para efeitos de recrutamento e apenas o pessoal que já trabalhe numa das organizações possa candidatar-se a emprego numa das outras organizações”¹⁸.

12. Da impossibilidade de emanação de comandos vinculativos dirigidos aos órgãos dos estabelecimentos públicos do sector administrativo e das entidades públicas empresariais.

Nos termos do artigo 199.º, alínea d), da CRP, compete ao Governo “[d]irigir os serviços e a atividade da administração direta do Estado, civil e militar, superintender na administração indireta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma”.

Os estabelecimentos públicos e as entidades públicas empresariais em causa inscrevem-se na administração estadual indireta, como é sabido.

O membro do Governo responsável pela área da saúde tem poder de superintendência sobre os mesmos¹⁹.

“A superintendência ...não se presume: os poderes em que ela se consubstancia são, em cada caso, aqueles que a lei conferir, e mais nenhuns”; “...a superintendência tem a natureza de um poder de orientação. Nem mais, nem menos: *não é um poder de direção, nem é um poder de controlo*” (itálico nosso)²⁰.

O artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29.12²¹, estabelece, quanto à superintendência, que: “Compete ao membro do Governo responsável pela área da saúde: // a) Aprovar os objetivos e estratégias dos hospitais E. P. E.; // b) Dar

¹⁸ Comunicação da Comissão Europeia COM(2002) 694 final, de 11.12.2002, relativo à aplicação do princípio da livre circulação de trabalhadores na Administração Pública, p. 21.

Entre os candidatos possíveis aos empregos de assistente hospitalar dos estabelecimentos do sector público administrativo ou entidades de natureza empresarial portuguesas figuram os médicos de todo o espaço europeu.

¹⁹ Para além de poder de controlo ou tutela, que não está aqui em causa.

²⁰ Diogo Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, 2.ª edição, Vol. 1, 2005, p. 723.

²¹ Estabelece o regime jurídico e aprova os estatutos dos hospitais e centros hospitalares de natureza empresarial integrados no Serviço Nacional de Saúde (cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 244/2012, de 9.11, que altera e republica o Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29.12).



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

orientações, recomendações e diretivas para prossecução das atribuições dos hospitais E. P. E., designadamente nos seus aspetos transversais e comuns; // c) Definir normas de organização e de atuação hospitalar”.

Nos termos do artigo 6.º (“Poderes do Estado”) do “regime jurídico da gestão hospitalar” (aprovado pela Lei n.º 27/2002, de 8.11), “[o] Ministro da Saúde exerce em relação aos hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde e na parte das áreas e atividade, centros e serviços nela integrados, os seguintes poderes: // a) Definir as normas e os critérios de atuação hospitalar; // b) Fixar as diretrizes a que devem obedecer os planos e programas de ação, bem como a avaliação da qualidade dos resultados obtidos nos cuidados prestados à população; // c) Exigir todas as informações julgadas necessárias ao acompanhamento da atividade dos hospitais; // d) Determinar auditorias e inspeções ao seu funcionamento, nos termos da legislação aplicável”.

“O «poder de direção» consiste na faculdade de o superior dar ordens e instruções, em matéria de serviço, ao subalterno (...). // As «ordens» traduzem-se em comandos individuais e concretos: através delas o superior *impõe* aos subalternos a adoção de uma determinada conduta específica (...). // As «instruções» traduzem-se em comandos gerais e abstratos: através delas o superior *impõe* aos subalternos a adoção, para futuro, de certas condutas sempre que se verifiquem situações previstas” (itálicos nossos)²²

Os Despacho n.º 15630/2012, de 3.12, e Despacho n.º 2546/2013, de 7.2, “determinam”, “fixam”, “impõem” (na terminologia que usam) a abertura de concursos circunscritos a determinados candidatos e em certo prazo a entidades da administração indireta. Os estabelecimentos hospitalares e os júris dos concursos imputam àqueles despachos, e apenas àqueles despachos, a sua atuação. O Secretário de Estado da Saúde ao impor os concursos nos exatos termos em que o fez não se limitou, pois, a exercer o poder de superintendência. Exerceu de forma inequívoca um poder de direção, que não tem.

²² Diogo Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, *cit.*, pp. 641 e 642.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

Nestes termos, impõe-se concluir que também com este fundamento, os despachos e decisões concursais em causa são inválidos.

III

12. Em face do exposto, solicita-se a V. Exa que diligencie no sentido da reposição da legalidade violada.

Mais se solicita que junte ao processo listagem nominativa dos indivíduos que concluíram a respetiva formação médica especializada nas datas consideradas nos despachos de V. Exa.

Com os melhores cumprimentos,

A Provedora-Adjunta

Helena Vera-Cruz Pinto

