

A Sua Excelência o Ministro da Saúde

Rec. n.º 263A/93

Proc.:R-380/92

Data: 1994-01-31

Área: A 4

ASSUNTO: FUNÇÃO PÚBLICA - CONCURSO - ASSISTENTE HOSPITALAR - RECURSO HIERÁRQUICO.

Sequência: Não acatada

1. Em 8 de Agosto do ano precedente recomendei ao Ministro da Saúde que declarasse a nulidade das nomeações que decorreram do concurso para assistente hospitalar de medicina interna do Centro de Oncologia de Coimbra do Instituto Português de Oncologia de Francisco Gentil, por estar pendente recurso hierárquico necessário da lista de classificação final publicada no Diário da República, II Série, de 21 de Junho de 1991. (cópia junta ao processo da presente recomendação).
2. Em Novembro foi-me comunicado o não acatamento do que recomendara que não posso aceitar, pelos motivos que a seguir exporei.
3. O predecessor de Vossa Excelência invocou a necessidade de limitar a 30 dias o efeito suspensivo do recurso hierárquico por motivos de interesse público, o que, em seu entender explicaria que, esgotado aquele prazo, a Administração se reservasse o direito de o não decidir, remetendo o recorrente para a via contenciosa.
4. A limitação do efeito suspensivo do recurso, hierárquico, se fosse legal, o que adiante apreciarei, não poderia justificar que a entidade para quem, o recurso foi interposto se desligasse de o decidir. Conforme dispõem os artigos 3.º e 4.º do Decreto-lei n.º 256- A/77, de 17 de Junho, a presunção do indeferimento dá ao interessado a faculdade de poder executar o respectivo meio legal de impugnação e pode ser exercida dentro do prazo de 1 ano, enquanto não for levado ao conhecimento do interessado a prática do acto do expresso. Até se prevê a decisão expressa possa vir a ser que impugnada por fundamentos diferentes.
5. Na pendência de recurso hierárquico, mesmo ultrapassado o prazo em que se pode presumir o indeferimento tácito, o dever legal de decidir mantém-se, como aliás foi sempre entendimento da doutrina e da jurisprudência, até por imposição constitucional, pois só assim é garantido o direito de acesso à justiça administrativa consagrado no n.º 5 do artigo 268.º da Constituição da República Portuguesa.
6. Não pode admitir-se, conforme refere a resposta enviada, que tal direito fundamental, incluído no de petição (vide alínea a) do n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 43/90, de 10 de Agosto) fique satisfeito com o recebimento da petição do recurso hierárquico e com a possibilidade de o recorrente interpor recurso contencioso.
7. O dever legal de decidir o recurso hierárquico é expressamente referido no artigo 32.º do Decreto-lei n.º 267/ 85, de 16 de Julho, ao prever a contagem dos prazos para o indeferimento tácito, e o artigo 519 prevê a hipótese de ser proferido acto expresso na pendência de recurso de indeferimento tácito.
8. A interpretação do n.º 34.º 2 do Regulamento dos concursos de provimento dos lugares de assistente da carreira médica hospitalar, aprovado pela Portaria n.º 833/91, de 14 de Agosto, na interpretação sancionada pelo Despacho de 23.07.90 no sentido de "não pronúncia", afigura-se abusiva e contrária à lei.
9. O texto da Portaria não pode contrariar o disposto no Código de Procedimento Administrativo, conforme resulta do estabelecido no n.º 4 do artigo 2.º pois a matéria respeitante à regulamentação do recurso

hierárquico, inserida na parte 4.<sup>a</sup>, aplica princípios gerais. Como se diz na anotação do Professor Freitas do Amaral e outros, a páginas 29, como regras de direito substantivo que regulam a actividade administrativa têm validade e vocação universal, aplicando- se a todos os procedimentos ainda que especialmente regulados.

10. As nomeações que tiveram lugar, seja qual for a data em que foram proferidas, estão feridas de nulidade absoluta, por terem ofendido o conteúdo essencial de um direito fundamental, como resulta do disposto na alínea d) do n.º 2 do artigo 133.º do Código do Procedimento Administrativo.

11. Nestes termos, considero de insistir junto de Vossa Excelência pelo acatamento da RECOMENDAÇÃO que volto a formular:

- a) quanto ao caso concreto, deve ser declarada a nulidade das nomeações a que se procedeu na pendência do recurso hierárquico;
- b) cabe à Administração decidir expressamente o recurso hierárquico interposto, para fundamentação do qual já tinha sido emitido parecer pelos Serviços de Contencioso;
- c) há que alterar ou substituir a Portaria n.º 833/91 , de 14 de Agosto, de modo a que se respeite o regime legal do recurso hierárquico, designadamente quanto ao disposto no Código do Procedimento Administrativo.

0 PROVIDOR DE JUSTIÇA

JOSÉ DE MENÉRES PIMENTEL