



Provedor de Justiça

**Relatório à
Assembleia
da República
2005**

Volume I

**Lisboa
2006**

Título – Relatório à Assembleia da República – 2005
Editor – Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação
Composição, impressão e acabamento – Tipografia Guerra
Tiragem – 400 exemplares
Depósito legal – 242394/06
ISSN – 0872-9263

Provedoria de Justiça — Rua do Pau de Bandeira, 7-9, 1249-088 Lisboa
Telefone: 21 392 66 00 Telefax: 21 396 12 43
provedor@provedor-jus.pt
<http://www.provedor-jus.pt>

**Em cumprimento do disposto no art. 23.º, n.º 1, do
Estatuto do Provedor de Justiça — Lei n.º 9/91, de 9
de Abril — tenho a honra de apresentar à Assembleia
da República o Relatório Anual de Actividades,
relativo ao ano de 2005.**

O Provedor de Justiça,

H. Nascimento Rodrigues

ÍNDICE GERAL

Volume I

INTRODUÇÃO

I. ACTIVIDADE PROCESSUAL

1. DADOS ESTATÍSTICOS

1.1. Quadros e gráficos. Comentário estatístico	5
1.2. Participação internacional. Visitas de entidades estrangeiras . .	43

2. SITUAÇÕES RELEVANTES

2.1. Ambiente e recursos naturais, urbanismo e habitação, ordenamento do território e obras públicas, lazeres.

2.1.1. Introdução	49
2.1.2. Recomendações	74
2.1.3. Processos anotados	97
2.1.4. Pareceres	123
2.1.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública . .	162

2.2. Assuntos económicos e financeiros, fiscalidade, fundos dos europeus, responsabilidade civil, jogo, contratação ção pública e direitos dos consumidores.

2.2.1. Introdução	227
2.2.2. Recomendações	240



2.2.3.	Processos anotados	246
2.2.4	Pareceres	298
2.2.5.	Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública . .	308

2.3. Assuntos sociais, trabalho, segurança social, saúde, habitação social.

2.3.1.	Introdução	353
2.3.2.	Recomendações	376
2.3.3.	Processos anotados	392
2.3.4.	Pareceres	463
2.3.5.	Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública . .	476

2.4. Assuntos de organização administrativa e relação de emprego público, estatuto do pessoal das forças armadas e das forças de segurança.

2.4.1.	Introdução	499
2.4.2.	Recomendações	515
2.4.3.	Processos anotados	520
2.4.4.	Pareceres	566
2.4.5.	Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública . .	613

Volume II

2.5. Assuntos judiciais; defesa nacional; segurança interna e trânsito; registos e notariado.

2.5.1.	Introdução	887
2.5.2.	Processos anotados	891

2.6. Assuntos político-constitucionais; direitos, liberdades e garantias; assuntos penitenciários; estrangeiros e nacionalidade; educação, cultura e ciência; comunicação social, desporto e saúde.

2.6.1.	Introdução	897
2.6.2.	Recomendações	919
2.6.3.	Processos anotados	1007

2.6.4. Pareceres	1030
2.6.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública .	1066

2.7. Unidade de projecto — menores, mulheres, idosos, cidadãos com deficiência.

2.7.1. Introdução	1109
2.7.2. Recomendações	1130
2.7.3. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública	1140
2.7.4. Linha verde “Recados da criança”	
2.7.4.1. Fichas e processos anotados	1142
2.7.5. Linha do Cidadão Idoso	
2.7.5.1. Fichas e processos anotados	1158
2.7.5.2. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública	1168

2.8. Extensão da Provedoria de Justiça na Região Autónoma dos Açores.

2.8.1. Introdução	1173
2.8.2. Processos anotados	1183
2.8.3. Pareceres	1193
2.8.4. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública .	1209

3. PEDIDOS DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

3.1. Pedidos de fiscalização da constitucionalidade e rejeição de queixas sobre inconstitucionalidade	1225
3.2. Acórdãos do Tribunal Constitucional proferidos em resposta a iniciativas do Provedor de Justiça (mapa)	1407

II. GESTÃO DE RECURSOS

1. Recursos financeiros	1411
2. Recursos humanos	1412
3. Relações públicas	1416
4. Actividade editorial	1419



Relatório à Assembleia da República 2005

III. ÍNDICES

1. Analítico	1425
2. Recomendações	1441





Introdução

1. No Relatório referente a 2004 assinalou-se que se atingira nesse ano o «crescimento anual mais pronunciado no volume anual de queixas desde 1996» (cf. págs. XII e 33). No ano em curso, o volume de queixas novas ¹ volta a aumentar: passou de 5.286 em 2004, para 5.336 queixas em 2005 (ver Gráfico I dos «Dados Estatísticos»).
- Se se tiver presente que a partir de 2003 — como se sublinhou no Relatório desse ano (pág. 13), se recordou no de 2004 (pág. XI) e se volta a repetir agora (cf. «Comentário Estatístico») — deixou de se organizar um processo por cada queixa entrada e incidente sobre a mesma questão, dando lugar aos chamados «processos apensos», os quais não deixavam de ser computados nas estatísticas anuais de processos, melhor se interpretará a leitura que deve ser feita do aludido Gráfico I.
- É, assim, inquestionável que se assiste, pelo menos desde 1996 (ano em que se verificou um aumento de 3.399 queixas para 5.767, incluindo então, como referi, as organizadas em processos apensos) a um crescimento sustentado do movimento anual de queixas. Ele é, porém, muito mais linear (quer dizer, não influenciável por surtos episódicos de queixas

¹ Não abrangendo, portanto, quer os processos de iniciativa própria do Provedor de Justiça, quer os processos reabertos.



em massa) a partir de 2003. E por essa razão este crescimento de queixas passou a ser, desde então, também mais gradualista (cerca de 13% no total de processos e de 14,4% se forem encaradas apenas as queixas novas).

2. De que se queixaram os cidadãos em 2005? Que evoluções mais significativas se podem detectar?

O mapa seguinte oferece-nos uma primeira, ainda que incipiente, percepção sobre a tipologia das queixas.

Distribuição dos processos

	2004		2005	
ÁREA 1 Ambiente e recursos naturais; urbanismo e habitação, ordenamento do território e obras públicas; lazeres.	633	12,8%	700	14,3%
ÁREA 2 Assuntos económicos e financeiros, fiscalidade, fundos europeus, responsabilidade civil, jogo, contratação pública e direito dos consumidores.	857	17,4%	860	17,6%
ÁREA 3 Assuntos sociais; trabalho, segurança social, saúde e habitação social *.	933	18,9%	791	16,1%
ÁREA 4 Assuntos de organização administrativa e relação de emprego público, estatuto do pessoal das forças armadas e das forças de segurança.	743	15,1%	705	14,4%
ÁREA 5 Assuntos judiciais; defesa nacional, segurança interna e trânsito; registos e notariado.	784	15,9%	693	14,1%
ÁREA 6 Assuntos político-constitucionais; direitos, liberdades e garantias; assuntos penitenciários; estrangeiros e nacionalidade; educação, cultura e ciência; comunicação social, desporto e saúde.	791	16,1%	973	19,9%
Extensão da Provedoria de Justiça na R. A. Açores	128	2,6%	103	2,1%
Extensão da Provedoria de Justiça na R. A. Madeira	36	0,7%		
Gabinete			2	0,0%
UNIDADE DE PROJECTO Direitos dos menores, das mulheres, idosos e cidadãos com deficiência	22	0,4%	72	1,5%

* A matéria de Saúde transitou, em 2005, para a Área 6.

Observa-se, então, um aumento acentuado do volume de queixas distribuídas à Área 6 da Assessoria (de 791 para 973). Trata-se de uma Área muito heterogénea nas suas componentes (seguramente a mais diversificada das Áreas da Assessoria), sobretudo após a inclusão no seu âmbito das queixas sobre a Saúde, ocorrida em 2005 ². A inclusão destas queixas, aliada ao aumento das que provêm de imigrantes (fundamentalmente, contra o SEF), que se denota bem nos Gráficos C e D da «Introdução» da Área 6, explica este aumento.

Em segundo lugar, surge-nos a Área 2 da Assessoria, praticamente sem aumento de volume de queixas. Devo recordar, porém, que esta Área acusou um crescimento significativo de queixas em 2003 (tendo passado de 492 para, então, 1.070 processos), por força da recepção das reclamações pendentes no extinto Defensor do Contribuinte. Sendo legítimo presumir que se trataria de um acréscimo esporádico ³, tal não veio a ocorrer, pois a Área continuou a registar volume significativo de queixas, resolvidas que foram as resultantes daquele movimento anómalo. Em terceiro lugar, posiciona-se a Área 3 da Assessoria, com natural menor volume de queixas, por força, sobretudo, da transferência para a Área 6 das respeitantes aos assuntos de Saúde. A Área 3, que já em 2004 deixara de se ocupar das queixas específicas referentes a menores, idosos e pessoas com deficiências (entretanto redistribuídas à recém-criada Unidade de Projecto ⁴), como, anteriormente, vira transitar para a Área 6 as queixas respeitantes ao sistema de Educação ⁵, foi, assim, reconduzida a uma maior homogeneidade temática, passando a congregar, agora, as queixas relativas aos vários sistemas da segurança social e as que se reportam às relações de trabalho em empresas.

² Anteriormente tratadas no âmbito da Área 3 da Assessoria. A redistribuição operada permitiu um melhor equilíbrio global no volume de processos entre as diferentes Áreas, no quadro de um planeamento de repartição de tarefas no seu Serviço a que o Provedor de Justiça não pode ser alheio, em termos de boa gestão.

³ Cf. Relatório 2003, pág. 16.

⁴ Cf. Relatório 2004, pág. XV.

⁵ Cf. Relatório 2002, pág. 423.

Esta Área mantém, não obstante, um padrão tradicionalmente elevado de queixas, provenientes de pensionistas, reformados e outros, variados, titulares de direitos sociais.

As queixas sobre questões de trabalho na função pública preencheram, durante longos anos, um lugar cimeiro no cômputo das reclamações recebidas pelo Provedor de Justiça (Área 4 da Assessoria), disputando com as queixas da Área 3 (assuntos sociais) a primazia no volume anual de queixas recebidas. O volume de queixas referentes à função pública mantém-se elevado, mas perde, notoriamente, espaço comparativo absoluto e relativo ⁶: decresce de 1.134 queixas em 2001 (incluindo processos apensos) para 705 em 2005 (inexistindo processos apensos). Inversamente, a Área 1 da Assessoria regista um crescimento inequívoco: passa de 497 processos em 2002, para 590 em 2003, 633 em 2004 e, finalmente, 700 em 2005 ⁷.

Por seu turno, a Área 5 da Assessoria, resolvidos que foram, em 2003 e 2004, os processos relativos a queixas por alegados atrasos na concessão de nacionalidade portuguesa por residentes no ex-Estado da Índia e Angola, retomou o seu ciclo normal, recebendo 693 queixas, fundamentalmente relacionadas com atrasos na Administração da Justiça (45% do seu volume).

Uma última nota para referir o aumento natural das queixas recebidas pela Unidade de Projecto (criada em 2004): passa de 22 para 72 queixas em 2005. A especificidade das queixas atribuídas a este sector da Assessoria (mulheres, menores, idosos e cidadãos com deficiências) não é susceptível de leituras lineares em tão curto espaço de tempo. Alguns anos, decerto, terão de sobrevir para que dela se possa extrair completa potencialidade, por ora a exigir melhor conhecimento por parte dos cidadãos da natureza peculiar sob que foi criada e com que se assume.

⁶ Para isso contribuiu, decerto, a não criação de processos apensos a partir de 2003, ou seja, a não contabilização de queixas repetidas (ex.: concursos de professores do ensino secundário) nas estatísticas anuais.

⁷ Sendo certo que as redistribuições de matérias entretanto operadas não afectou substancialmente o núcleo duro desta Área da Assessoria.

3. Esta visão genérica sobre o mapa supra inserto, abre a porta a algumas conclusões preliminares: por força da subida notória das queixas de imigrantes e da inclusão, na Área 6, das reclamações sobre Saúde, este sector da Assessoria ganha ascendência na comparação com o volume de queixas acolhidas nas outras Áreas; a Área 2 mantém-se recipiendária do segundo maior volume comparativo de queixas, não tendo sofrido, pois, recuo notório com o arquivamento dos processos provenientes do extinto Defensor do Contribuinte; a Área 3 continua a posicionar-se destacadamente, não obstante a redistribuição de queixas sobre a Educação (para a Área 6, em 2002), sobre menores, idosos e pessoas com deficiências (para a Unidade de Projecto, em 2004) e sobre Saúde (para a Área 6, em 2005). A Área 4 perde em termos de posicionamento comparativo entre Áreas da Assessoria, e também em termos absolutos, sofrendo com a maior apetência de outros cidadãos (que não funcionários públicos) pelo recurso ao Provedor de Justiça. A Área 1 evidencia, por seu turno, aumento gradual no volume de queixas, consistente a partir de 2003, ao passo que a Área 5 da Assessoria retoma um curso mais consentâneo com a não ocorrência de epifenómenos de queixas sobre processos de atribuição de nacionalidade portuguesa, evidenciados em Relatórios anteriores.
4. Esta leitura é, como já disse, necessariamente rudimentar. Com efeito, as Áreas da Assessoria não são, em geral, homogêneas quanto às matérias das queixas que lhes estão atribuídas, como resulta do simples confronto das temáticas-chave de cada uma (ver Quadro 10 dos «Dados Estatísticos»).
Sob cada uma destas epígrafes incluem-se assuntos muito diversificados, como, mais detalhadamente, se retirará dos quadros e gráficos que se anexam às introduções temáticas de cada Área da Assessoria, insertos no local próprio deste Relatório.
Deste modo, quando se diz que a Área 6 registou o maior volume de queixas em comparação com as outras Áreas, não pode esquecer-se que a ela estão cometidas questões tão díspares como «estrangeiros», «educação», «saúde», «assuntos penitenciários», pedidos de declaração de inconstitucionalidade, comunicação social e outros vários.

Do mesmo passo, a segunda área com maior volume de queixas (Área 2), diversifica-se, fundamentalmente, entre assuntos fiscais — que representam cerca de metade das queixas a ela afectas — e direitos dos consumidores (cerca de 32% das queixas por ela tratadas).

Paralelamente, a Área 1 desdobra o volume das suas queixas entre urbanismo e habitação (34% das respectivas queixas), ordenamento do território (34% também) e ambiente e recursos naturais (27%), para além de outras matérias de menor relevância estatística. E quase o mesmo ocorre com as outras Áreas da Assessoria.

Consequentemente, o encarar-se o volume de queixas recebidas em cada Área não dispensa, com vista a uma leitura mais fina, a análise dos subgrupos mais homogêneos de queixas, por forma a detectar-se melhor quais são as grandes tipologias de reclamações apresentadas ao Provedor de Justiça.

5. Neste sentido, e de forma inovatória, apresenta-se neste Relatório o Gráfico V («Assuntos das queixas»), que permite uma interpretação condizente com os dados anteriormente apresentados, todavia mais desagregados em função dos temas mais típicos revelados pelas reclamações recebidas, e não já, tanto, do volume das mesmas por cada Área da Assessoria.

Este Gráfico V evidencia que as queixas atinentes à segurança social e ao trabalho na função pública, respectivamente, recolhem maior relevo por comparação com outros subgrupos de assuntos.

Duas advertências, porém, a este propósito: serve a primeira para recordar que as Áreas correspondentes da Assessoria foram, durante longos anos, cimeiras no volume anual de queixas recebidas; serve a segunda para acentuar que as mesmas Áreas — falo das Áreas 3 e 4 — agregam, cada uma, uma tipologia muito mais homogênea ⁸ de queixas do que a emergente da variedade de tipologias encontrada nas restantes Áreas da Assessoria.

⁸ Tanto quanto é possível falar-se de homogeneidade de queixas nestas duas Áreas: ver os anexos estatísticos às «introduções» de cada uma, dos quais facilmente se induzirá que, não obstante alguma homogeneidade, são diversificadas as queixas de que cada uma deve tratar.

Por isso, se a leitura deste Gráfico V melhora a interpretação dos dados referentes às queixas recebidas, não deve ser desligada, em qualquer caso, da que se pode fazer do Quadro 10 e de outros dados estatísticos que faço constar deste Relatório.

O que é possível afirmar-se, em conclusão, é que à tradicional dicotomia prevalecente entre queixas sobre matérias da segurança social e da função pública, respectivamente, vem-se contrapondo, com nitidez, a subida de queixas sobre outras matérias: assim, fiscalidade, direitos dos estrangeiros, consumo, urbanismo e ordenamento do território, etc.. Se a isto somarmos o já assinalado aumento no volume anual de queixas, então talvez seja lícito dizer que o recurso ao Provedor de Justiça evidencia, nestes últimos anos, níveis de maior «apetência» diferenciada por parte dos cidadãos e uma clara maior diversificação nas tipologias das queixas formuladas.

Não é isto, afinal, prova de que este órgão do Estado não apenas solidifica o seu papel nuclear de garantia de direitos dos administrados como, ademais, o vê acolhido por forma mais abrangente pelos cidadãos, sejam eles contribuintes ou funcionários públicos, munícipes ou pensionistas, consumidores ou desempregados, estudantes ou imigrantes?

6. Quem se queixou ao Provedor de Justiça em 2005?

Começo por recordar que o artigo 23.º da nossa Constituição alude expressamente a queixas dos «cidadãos», estribadas em acções ou omissões dos poderes públicos.

Histórica e nuclearmente, a figura do Provedor de Justiça recorta-se em função da defesa de direitos individuais e colectivos face aos poderes públicos. É, por isso, natural que sejam sobretudo de pessoas singulares as reclamações mais frequentes junto do Provedor de Justiça.

Deste ponto de vista, não se detecta alteração de maior em 2005: com efeito, dos 6.406 ⁹ reclamantes, 5.989 são pessoas singulares, constituindo, pois, a esmagadora maioria (93,5%). Destas, 61,1% pertence

⁹ Faço notar que não há coincidência entre o número de queixosos no ano e o volume de processos. Para melhor compreensão desta diferença, veja-se o «Comentário Estatístico», ponto 1.

ao género masculino e 38,9% ao feminino (Gráficos XX a XXII). Continuo a registar ¹⁰ uma sustentação no aumento de queixas por parte de mulheres, por comparação com anos anteriores, mas não é, por ora, lícito daí extrair conclusões mais definitivas do que este apontamento. Quanto às reclamações provenientes de pessoas colectivas, remeto para o «Comentário Estatístico», assinalando apenas que representam 6,5% do total de queixosos e que se denota uma ascendência das reclamações provenientes de «sociedades» e «associações», por contraponto à maior predominância tradicional das organizações sindicais. Mas isto só condiz com a já assinalada maior diversificação na tipologia das queixas apresentadas ao Provedor de Justiça.

7. Remeto igualmente para aquele «Comentário Estatístico» as observações pertinentes que se queiram extrair da origem geográfica das queixas recebidas.
8. Vale a pena, porém, sublinhar que este Relatório comporta uma outra novidade, qual seja a de se ter procurado perscrutar um pouco mais fundo o perfil dos reclamantes (ver, a este propósito, o «Comentário Estatístico», ponto 5).

É esta uma velha ambição dos meus ilustres antecessores ¹¹. Como a intentaram concretizar? Muito simplesmente, procurando fosse extraído de cada queixa o perfil «sócio-económico» do queixoso.

Como é bem de ver, esta metodologia abriu porta a algumas conclusões, mas inevitavelmente fragmentárias. Digo algumas conclusões, porque foi possível delas retirar o «retrato» predominante dos queixosos: funcionários públicos, por um lado, pensionistas e reformados, por outro (aliás, coincidindo com o maior volume tradicional de queixas quanto a matérias da função pública e da segurança social, respectivamente). Fragmentárias, todavia, porque o método utilizado não consentia conhecer muito mais do que o presumido estatuto sócio-profissional dos reclamantes directamente induzido dos assuntos atinentes àquelas matérias (por isso, de uma queixa de um contribuinte raramente se

¹⁰ Cf. Relatório 2004, pág. XIV.

¹¹ Veja-se, a título exemplificativo, os vários Relatórios das décadas de 80 e 90.

poderia extrair qual o seu perfil sócio-económico, o mesmo sucedendo com reclamações de consumidores ou de municípios). Não admira, assim, que nas estatísticas pertinentes dos Relatórios desses anos a «profissão não declarada» fosse a predominante ¹².

Entendi, em 2001, ensaiar outra solução, potencialmente mais clarificadora do perfil (não apenas sócio-económico) dos reclamantes. Para esse efeito, foi preparado um questionário que, conjuntamente com o ofício que acusa a recepção da queixa, é remetido a cada reclamante, para devolução anónima.

Foi com base nos questionários recebidos entre Janeiro de 2001 e Setembro de 2004 — e que são anónimos, sublinho mais uma vez — que se tornou possível estabelecer grande parte das conclusões sobre o perfil dos cidadãos que, nesse período, se dirigiram ao Provedor de Justiça e acerca das principais razões que os conduziram a este recurso ¹³. É, pois, com base nas respostas contidas nos questionários enviados aos queixosos, em 2005, que, de algum modo, se torna, agora, possível traçar os contornos do seu perfil.

Faço notar, em todo o caso, que este não é um retrato a «corpo inteiro». Por três razões, fundamentalmente: primeira, porque só 47% dos queixosos devolveu os questionários que lhes foram remetidos; segunda, porque muitos dos questionários não foram totalmente preenchidos, precludindo, assim, o conhecimento completo de todas as vertentes neles contidas; terceira, porque não foi, em consequência, viável operar-se um cruzamento dos vários dados dos referidos questionários.

De todo o modo, dos 47% de respondentes, dois terços tinha entre 30 e 59 anos, mais de 42% possuía habilitações de nível superior, sendo as categorias sócio-económicas mais relevantes as de aposentado/reformado e as de funcionário público ¹⁴.

¹² Por todos, veja-se o Relatório referente a 1999, pág. 28.

¹³ Vd. «O Exercício do Direito de Queixa como forma de participação política o caso do Provedor de Justiça», de Manuel Meirinho Martins e Jorge Sá, *Provedoria de Justiça*, 2005.

¹⁴ Volto a chamar a atenção para o facto de os 47% de questionários respondidos se apresentarem muito incompletos no seu preenchimento. Daí resultam as aparentes incongruências de ter de se concluir por dois terços de respondentes entre os 30 e os 59 anos e de uma das categorias sócio-profissionais mais significativas ser a dos reformados/pensionistas.

Quanto às razões por que estes reclamantes decidiram recorrer ao Provedor de Justiça, 45% assinala o vector «reparação de injustiças» e cerca de 30% dividem-se, de igual modo, entre os factores «capacidade de pressão ou de influência» do Provedor e o este constituir a «última alternativa» para a solução da sua queixa. Estas conclusões não se afastam das que se retiraram no estudo publicado em 2005, atrás assinalado, e consolidam a imagem preponderante do Provedor de Justiça aos olhos dos cidadãos, fundamentalmente, como um instrumento de reparação de injustiças.

9. Retome-se, agora, a leitura da actividade processual de 2005, para assinalar que se conseguiu encerrar 7.006 processos. Trata-se de um volume sem comparação com o de homólogos de anos imediatamente anteriores (vd. Gráfico VII) e, seguramente, um dos mais elevados desde sempre alcançados na Provedoria de Justiça.

Impõe-se, porém, assinalar que, tal como se referiu que a abolição dos antigos «processos apensos» iria fazer diminuir o volume anual constante das estatísticas sobre processos entrados, assim também há que desinflacionar estes 7.006 processos arquivados, porque neste número se contêm 742 antigos processos apensos (vd. Quadro 4), categoria, como já assinalado, prestes a desaparecer¹⁵. De todo o modo, é notável o volume de processos de queixas encerrado em 2005, mais 22% do que no ano anterior, confirmando um dos índices da eficiência que tenho procurado emprestar à instituição.

10. Outro destes índices passa pelo ritmo de celeridade que se consiga atingir entre o momento da entrada da queixa e o momento da sua decisão final, quer dizer, do encerramento do processo.

Como disse em Relatórios anteriores, o Provedor de Justiça deve dedicar especial atenção a este aspecto, pois a sua função capital é a de tratar — e tratar tão bem quanto saiba e possa — as queixas dos cidadãos¹⁶. Dis-

¹⁵ Como se pode verificar no Quadro 5, transitam para 2006 apenas 44 processos apensos.

¹⁶ O que não significa ignorar ou menosprezar os demais vectores da sua função: significa apenas que, do meu ponto de vista, é com as queixas que recebe que deve preocupar-se em primeira linha, outorgando-lhes prioridade no acervo do seu trabalho. Vd., a este respeito, Relatório à Assembleia da República, 2001.

penso-me de mais explicações, tão evidente se me afigura a razão de ser desta preocupação nuclear.

Ao longo dos cinco anos de mandato que levo, procurei instituir, ou aperfeiçoar, mecanismos internos com vista à dinamização dos processos de queixa sob instrução. Fixação de prazos para respostas das entidades visadas nos processos, reuniões e contactos com estas e também com os reclamantes, diligências telefónicas sistemáticas, deslocações externas conducentes a melhor averiguação do objecto das queixas, levantamentos periódicos à situação dos processos de maior longevidade e demarcação de prazos aos meus Assessores para a prossecução das iniciativas a seu cargo – consubstanciam uma vasta panóplia de orientações pontuais, ou de regras balizadoras do trabalho quotidiano da Assessoria.

Os índices de eficiência no encerramento dos processos atestam a consecução desta finalidade, como o comprova o grau de celeridade que, de ano para ano, se vem alcançando.

Por isso, não estranho, mas congratulo-me com o facto de 75% das queixas recebidas em 2005 terem obtido desfecho no decurso do próprio ano (ver Gráfico IX), por comparação com os 70% alcançados em 2004.

Se quisermos, porém, indagar mais fundo podemos verificar que cerca de 53% dos processos provenientes de anos anteriores a 2005 foram também encerrados, neste ano, em menos de doze meses após a sua abertura (ver Gráfico X).

Posso, pois, concluir assim, e de forma rigorosa: 86% dos processos de queixa, arquivados em 2005, demoraram, no conjunto, menos de um ano a resolver. É inquestionável ter-se conseguido uma performance marcante no ritmo de celeridade que deve ser imprimido às respostas que os cidadãos reclamam do Provedor de Justiça ¹⁷, correspondendo-se, por isso, à sua legítima exigência de cumprimento de fundamentais deveres funcionais deste órgão do Estado.

¹⁷ Para mais pormenores sobre os tempos de duração dos processos, cf. «Comentário Estatístico», ponto 8.

11. E, todavia, não posso deixar de sublinhar que numerosas entidades públicas visadas nos processos de queixa continuam a mostrar-se demasiadamente morosas — para não dizer, por vezes, impenitentes — perante os pedidos de esclarecimento formulados no âmbito da instrução das queixas. Esta atitude tem de ser, aqui, devidamente censurada, pelo que significa, não sobretudo de desrespeito pelos deveres de cooperação para com o Provedor de Justiça (artigo 29.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril), como, mais particularmente, de insensibilidade face às questões colocadas pelos cidadãos (e que implicam, para além do direito de contraditar, justamente assegurado pelo Estatuto do Provedor, no seu artigo 34.º, o dever de esclarecimento e resposta que, se precludido, paralisa a instrução do processo).

Por isso não se estranhará que vários processos tenham de ultrapassar os doze meses que, como regra atingível idealmente, há muito me fixei. Fossem mais rápidas e também mais concludentes, em muitos casos, as respostas requeridas das entidades públicas visadas, o panorama descrito melhoraria seguramente, permitindo à Provedoria de Justiça maximizar ainda mais as suas potencialidades.

Isto significa, em suma, que muitas entidades públicas não apreenderam ainda, de forma cabal, o papel do Provedor de Justiça no seu relacionamento institucional com elas, induzido pelas queixas dos cidadãos, reflectindo no seu comportamento um ADN burocrático e empedernido, bem revelador de anquilosamentos tradicionais, que tardam muito em ser ultrapassados.

12. Face ao que venho relatando, perguntar-se-á agora: e como está a pendência dos processos?

A pendência processual está baixa, não obstante o aumento, gradual, das queixas. O resultado atingido deriva, evidentemente, do esforço que ao longo destes anos se tem feito para instilar ritmos de celeridade na instrução e arquivamento dos processos, nos termos acima referidos.

Se olharmos para o Gráfico II, referente à evolução do número total de processos pendentes, verificar-se-á ter-se atingido o nível mais baixo de

pendência processual da história da Provedoria de Justiça ¹⁸, ou seja, 2.150 processos, a que acrescem 44 apensos.

Este Gráfico II evidencia bem todo o esforço feito nestes últimos anos, pois conseguiu-se (não obstante o aumento gradual do volume de queixas anualmente recebido) reduzir, da forma expressiva que nele se reflecte, esse «monstro» de todas as instituições do Estado que é a pendência, ou seja, no fundo, o que não se resolveu ainda. Esta leitura deve ser acompanhada, para boa percepção da realidade, pela análise do Gráfico VIII, que intenta fazer ressaltar a durabilidade de processos com maior longevidade (eles também, por escalões temporais, em nítida regressão numérica), impossível de eliminar de todo, por razões ora relacionadas com a sua intrínseca complexidade substantiva, ora, as mais das vezes, com o inevitável emaranhado processual ou adjectivo de que se cobre o desenrolar da instrução de várias queixas, sobretudo daquelas cuja resolução implica o concurso de diversas entidades públicas, no âmbito específico das suas competências.

13. Falei da eficiência do Provedor de Justiça. E quanto à sua eficácia, ou seja, quanto aos resultados concretos que alcança, ou não alcança? O Quadro 9 dos «Dados Estatísticos» patenteia a evidência de que ela é alta: cerca de 83% das queixas obtiveram desfecho positivo para os reclamantes ¹⁹, o que representa o valor mais alto desde 2001 e o terceiro valor mais alto desde que este indicador é calculado.
14. A esmagadora maioria destas queixas é solucionada sem necessidade de recurso a Recomendação formal, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, alínea a) do Estatuto do Provedor de Justiça. São resolvidas, portanto,

¹⁸ Ressalvarei desta afirmação, naturalmente, os primeiros anos de actividade da instituição, porque, nesses anos, o volume anual de processos também não alcançou dimensão relevante. Recordo que, em 1976, foram recebidas 1.612 queixas e, em 1984, 2.543 queixas (incluindo os processos de iniciativa do Provedor e as queixas reabertas), como se retira dos Relatórios correspondentes a esses anos.

¹⁹ Reporto-me, como é evidente, às queixas com fundamentação bastante para potenciar uma solução por parte do Provedor de Justiça, o que exclui, naturalmente, as queixas liminarmente rejeitadas, as queixas improcedentes de todo e as encaminhadas para instâncias específicas, nos termos do artigo 32.º do Estatuto do Provedor de Justiça.

através de simples sugestões ou propostas formuladas às entidades visadas, na senda de uma longa e boa prática da Provedoria de Justiça. Em regra, reservo o recurso à Recomendação ou para os casos previstos na alínea *b*) daquele preceito do Estatuto (ou seja, Recomendações normativas ou legislativas), ou, no âmbito dos casos previstos na alínea *a*) do mesmo preceito, para situações de maior relevo jurídico ou social. Como se induz do Quadro 8, apenas 255 das queixas encerradas não foram resolvidas (podendo sê-lo), no conjunto dos 7.006 processos arquivados em 2005.

15. Como acabei de dizer, restrinjo o recurso à Recomendação (em sentido estrito) para casos mais limitados, o que, como se comprova pela taxa de sucesso atrás referenciada, em nada afecta a solução das queixas fundamentadas; tal como, de forma simétrica, me abstenho de recorrer ao Tribunal Constitucional sem, previamente, esgotar todas as possibilidades de sanar possíveis inconstitucionalidades ou ilegalidades por via de proposição de alterações pertinentes junto do poder legislativo (em regra, o Executivo).

Esta minha postura explica o menor número de Recomendações e de pedidos de declaração de inconstitucionalidade formulados nos anos do meu mandato (Gráfico III).

Em 2005, subscrevi 17 Recomendações, das quais 12 ao abrigo da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 20.º do Estatuto do Provedor de Justiça. Oito destas Recomendações foram acatadas, duas não foram acatadas e as restantes sete aguardam resposta definitiva²⁰. Os textos destas Recomendações constam do local próprio deste Relatório.

Quanto aos pedidos de declaração de inconstitucionalidade, também insertos no Relatório, remeto para o que a seu propósito se escreve sob a epígrafe própria — «Pedidos de Fiscalização da Constitucionalidade» —, não deixando de chamar a atenção para os casos, muito mais nume-

²⁰ Tratando-se, nestes casos, de Recomendações legislativas, é frequente assistir-se a um moroso processo de resposta, quer por parte da Assembleia da República, quer por parte do Executivo, ultrapassando-se largamente o prazo estabelecido no artigo 38.º, n.º 2 do Estatuto, entendendo-se este também aplicável àquele tipo de Recomendações.

rosos, em que se decidiu rejeitar os pedidos apresentados. Entre estes, destaco, pela dificuldade e atipicidade dos seus contornos político-constitucionais, o que se reportava à inconstitucionalidade apontada, por significativo grupo de ilustres personalidades do País, ao n.º 4 do artigo 8.º da nossa Constituição, a propósito da primazia do Tratado Constitucional da União Europeia.

16. A Administração Central permanece, com ligeiras flutuações, como o grande sector das Administrações do Estado destinatário do maior número de queixas dos cidadãos (aumentando de 49,1% em 2004 para 55,7% em 2005 — cf. Gráfico XIV). Segue-se a Administração Local como segundo grande grupo de entidades visadas, dentro do qual predominam os Municípios de Lisboa, Cascais, Sintra e Porto, que representam 16% da Administração Local (cf. Gráfico XVIII) destinatária das queixas de fregueses e municípios.

No seio da Administração Central, os Ministérios das Finanças e Administração Pública, da Administração Interna, do Trabalho e Solidariedade Social, e o da Justiça congregam o maior volume de queixas dos cidadãos (cf. Gráfico XVII e «Comentário Estatístico», ponto 11). Deve ter-se presente que esta repartição de queixas por grandes categorias de entidades públicas nelas visadas não é simétrica da repartição das queixas por assuntos ou matérias. Assim, quer as queixas de contribuintes, quer as queixas de funcionários públicos de quadros do Ministério das Finanças e Administração Pública, têm, no fundo, como entidade visada este Ministério. O mesmo se passará em relação a queixas de reformados da segurança social (contra os Centros Distritais de Segurança Social) e a queixas de funcionários do respectivo Ministério, ou a queixas de sindicatos, comissões de trabalhadores, ou trabalhadores, contra serviços do mesmo Ministério (por exemplo, neste caso, contra omissões de actuação por parte de Delegações da Inspeção-Geral do Trabalho).

É necessário, pois, distinguir bem a realidade subjacente ao Gráfico V (e, também, a do Gráfico XIII, esta mais abrangente) daquela que se pretende retratar nos Gráficos XIV a XIX dos «Dados Estatísticos».

17. Alongo-me um pouco nesta introdução ao Relatório porque em 2005 se comemorou o 30.º aniversário da criação legal do Provedor de Justiça ²¹, justificando-se, por isso, um apontamento mais detalhado. Escuso-me de explicar as razões por que entendi dever ser esta celebração o mais sóbria possível, todavia condizente com a missão constitucional que me está cometida.

Assinalo, assim, em primeiro lugar, a difusão de milhares de folhetos ²² descritivos da função do Provedor de Justiça pelos distritos que as estatísticas de queixas assinalam, persistentemente, corresponder às zonas do País em que se denota menor recurso das pessoas ao Provedor. Não estou seguro de que tenha sido esta iniciativa a despoletar o aumento de queixas que, em 2005, se detectou em três dos distritos abrangidos por esta operação, a saber: Guarda, Beja e Vila Real ²³, que, tradicionalmente, registam escasso volume de reclamações. É seguro, porém, que a ampla difusão anteriormente emprestada a folhetos especificamente dirigidos às comunidades de imigrantes ²⁴ foi decisiva no aumento acentuado, que se tem vindo a constatar, de queixas originárias de imigrantes em Portugal. Devo agradecer publicamente ao Conselho de Administração da empresa CTT o contributo dado a esta iniciativa, tal como o deu à possibilidade de todo o correio expedido em 2005 comportar um logótipo especificamente criado para a comemoração do 30.º aniversário da instituição.

Em segundo lugar, quero sublinhar a publicação da obra, já antes referenciada, sobre o direito de queixa ao Provedor de Justiça, que não duvido ter sido, no seu género, pioneira no nosso País. Pretendi, ainda, fazer publicar um volume de estudos que solicitei aos nossos melhores académicos de direito constitucional e de direito administrativo. Por

²¹ Decreto-Lei n.º 212/75, de 21 de Abril. O primeiro Provedor de Justiça tomara posse em 17 de Março de 1976, tendo sido instituído pelo Decreto-Lei n.º 189-A/76, de 15 de Março, o Serviço do Provedor de Justiça: cf. Relatório de 1976 à Assembleia da República, págs. 6-10.

²² Até ao limite de um milhão.

²³ Cf. «Comentário Estatístico», ponto 4.

²⁴ CF. Relatório de 2004 à Assembleia da República, pág. 729 e também pág. XV.

diversos avatares, que me escuso de explicitar, esta edição foi adiada para 2006.

Em terceiro lugar, promovi a realização, em Lisboa, do II Colóquio Luso-Brasileiro de Ombudsman, o qual, para além da participação de Ouvidores Públicos do Brasil, contou com a presença do (primeiro) Provedor de Justiça de Angola, do Comissário contra a Corrupção de Macau, do Presidente da Federação Ibero-Americana de Ombudsman e da Defensora Adjunta de Espanha. Esta iniciativa situou-se, como é bem de ver, no quadro de uma tentativa de ampla promoção de contactos com o mundo lusófono e com os nossos homólogos integrados na Federação Ibero-Americana de Ombudsman, de que fui vice-presidente de 2001 a 2005.

18. Desde 2001 que o Relatório anual à Assembleia da República comporta uma apreciação quantitativa e qualitativa a respeito da tipologia das queixas recebidas em cada Área da Assessoria, inserta nas respectivas «Introduções».

Torna-se imprescindível, pois, a leitura destas apreciações, se se pretender adquirir uma visão mais compreensível sobre as principais categorias de queixas recebidas, descortinar os seus eixos de eventual evolução e aprender o que terá sido, ao fim e ao cabo, a actividade central do Provedor de Justiça ao longo do ano.

Não se estranhará a extrema diversidade no tipo de reclamações ao Provedor de Justiça, que coloca este órgão do Estado como um observatório privilegiado da multiplicidade de situações reclamadas e o torna um instrumento eficaz de garantia dos direitos dos cidadãos, de apaziguamento das relações entre eles e os vários poderes públicos e de correctivo de disfuncionalidades procedimentais administrativas.

Julgo que isso mesmo ressalta bem daquelas apreciações.

19. Quero aqui deixar uma palavra de recordação à memória do meu Assessor na Extensão da Região Autónoma da Madeira, Dr. António Luiz Figueiredo Vasco, falecido este ano. Os cidadãos residentes naquela Região Autónoma não ficaram prejudicados pela ausência prolongada a que a sua doença obrigou, pois as suas queixas foram tratadas na sede

da Provedoria de Justiça ²⁵. Mas o Provedor viu-se, assim, em todo o caso, mais limitado nas possibilidades de intervenções que fossem necessárias e sem o suporte de um colaborador leal e dedicado, que marcou uma presença digna na Extensão a seu cargo.

20. Este Relatório retrata o meu trabalho e o trabalho dos meus colaboradores em 2005, ano comemorativo do 30.º aniversário do Provedor de Justiça.

À pergunta valeu a pena? só espero que ele represente, para a Assembleia da República, a quem o apresento, e para o País por seu intermédio, uma resposta conclusiva em relação aos 30 anos decorridos e de justificada esperança para os anos vindouros.

H. Nascimento Rodrigues

²⁵ É esta a razão por que o Relatório deste ano não insere um capítulo próprio sobre a Extensão na Região Autónoma da Madeira.



I.

ACTIVIDADE PROCESSUAL



1.

DADOS ESTATÍSTICOS

1.1. Quadros e gráficos

A – Quadros

Quadro 1

Reclamantes em 2005

Pessoas singulares	5989
Pessoas colectivas	417
Total de reclamantes	6406

Quadro 2

Número de processos entrados

Por queixa escrita	3799
Por queixa verbal/presencial	496
Por queixa por via electrónica	1041
Por iniciativa do Provedor	12
Total de processos abertos	5348
Processos reabertos	411
Total de processos entrados	5759

Quadro 3

Número de processos em instrução

Processos principais que transitaram de 1990 a 1999	59
Processos principais que transitaram de 2000	40
Processos principais que transitaram de 2001	34
Processos principais que transitaram de 2002	202
Processos principais que transitaram de 2003	502
Processos principais que transitaram de 2004	1768
Processos apensos anteriores a 2003*	786
Soma dos processos anteriores a 2005	3441
Processos reabertos em 2005	411
Processos abertos em 2005	5348
Total de processos em instrução	9200

* 5 processos apensos passaram a principais em 2005

Quadro 4

Número de processos arquivados

Processos principais que transitaram de 1990 a 1999	40
Processos principais que transitaram de 2000	23
Processos principais que transitaram de 2001	48
Processos principais que transitaram de 2002	128
Processos principais que transitaram de 2003	297
Processos principais que transitaram de 2004	1425
Processos apensos anteriores a 2003	742
Soma dos processos anteriores a 2005	2703
Processos reabertos em 2005	367
Processos abertos em 2005	3936
Total de processos arquivados	7006

Quadro 5
Número de processos pendentes em 31 de Dezembro

Processos principais transitados de 1994 a 1999	19
Processos principais transitados de 2000	17
Processos principais transitados de 2001	36
Processos principais transitados de 2002	74
Processos principais transitados de 2003	205
Processos principais transitados de 2004	343
Processos apensos anteriores a 2003	44
Soma dos processos anteriores a 2005	738
Processos reabertos em 2005	44
Processos abertos em 2005	1412
Total de processos pendentes	2194

Quadro 6
Resumo do movimento de processos

Total de processos entrados	5759
Total de processos em instrução	9200
Total de processos arquivados	7006
Processos entrados e arquivados em 2005	*4303
Processos pendentes em 31 de Dezembro	2194
Processos principais pendentes em 31 de Dezembro	2150

*Representando 74,7 % do total de processos entrados

Dados estatísticos



Quadro 7

Recomendações e pedidos de declaração de inconstitucionalidade

Recomendações	*17
Pedidos de declaração de inconstitucionalidade	2

*Sendo 12 legislativas/normativas

Quadro 8

Motivos de arquivamento

A	Arquivamento liminar		889	12,7%
B	Falta de fundamento		2288	32,7%
C	Encaminhamento		914	13,1%
D	Resolvido com intervenção essencial do Provedor	Com recomendação (acatada)	57	0,8%
E		Sem recomendação	2031	29,0%
F	Resolvido sem intervenção essencial do Provedor		278	4,0%
G	Não resolvido	Com recomendação (não acatada)	33	0,5%
H		Sem recomendação	222	3,2%
I		Desistência da queixa	183	2,6%
J	Arquivamento por formulação de pedido de DI/VI		2	0,0%
K	Arquivamento por motivos administrativos		109	1,6%

Quadro 9

Rácios de eficácia da intervenção do Provedor

Taxa de estudo	$(TPE - A - K) / TPE$	89%
Taxa de resolução	$(D + E + F + J) / [TPA - (A + B + C + K)]$	84%
Taxa de sucesso	$(D + E + J) / [TPA - (A + B + C + F + K)]$	83%

*TPE – Total de processos entrados

*TPA – Total de processos arquivados



Evolução entre 2001 e 2005

	2001	2002	2003	2004	2005
Taxa de estudo	88,1%	82,1%	86,0%	84,7%	89,2%
Taxa de resolução	79,7%	83,9%	83,1%	79,0%	84,4%
Taxa de sucesso	71,2%	81,0%	79,4%	76,8%	82,7%

Quadro 10

Distribuição dos processos

ÁREA 1 Ambiente e recursos naturais; urbanismo e habitação, ordenamento do território e obras públicas; lazeres.	700	14,3%
ÁREA 2 Assuntos económicos e financeiros, fiscalidade, fundos europeus, responsabilidade civil, jogo, contratação pública e direito dos consumidores.	860	17,6%
ÁREA 3 Assuntos sociais: trabalho, segurança social e habitação social.	791	16,1%
ÁREA 4 Assuntos de organização administrativa e relação de emprego público, estatuto do pessoal das forças armadas e das forças de segurança.	705	14,4%
ÁREA 5 Assuntos judiciais; defesa nacional, segurança interna e trânsito; registos e notariado.	693	14,1%
ÁREA 6 Assuntos político-constitucionais; direitos, liberdades e garantias; assuntos penitenciários; estrangeiros e nacionalidade; educação, cultura e ciência; comunicação social, desporto e saúde.	973	19,9%
Extensão da Provedoria de Justiça na R. A. Açores	103	2,1%
Gabinete	2	0,0%
UNIDADE DE PROJECTO Direitos dos menores, das mulheres, idosos e cidadãos com deficiência*.	72	1,5%

Resumo		
Distribuídos pelas áreas funcionais	4899	85,1%
Não distribuídos às áreas (por arquivamento liminar e outros motivos)	860	14,9%
Total	5759	-

* - As reclamações específicas das Linhas Recados da Criança e do Cidadão Idoso são apresentadas em local próprio do Relatório.

Quadro 11
Entidades visadas nos processos

I – Administração Central	
Governo	39
Presidência do Conselho de Ministros*	11
Ministério da Administração Interna	584
Ministério da Agricultura, do Des. Rural e das Pescas	52
Ministério da Ciência, Inovação e Ensino Superior	17
Ministério da Cultura	9
Ministério da Defesa Nacional	81
Ministério da Educação**	322
Ministério da Justiça	464
Ministério da Saúde***	191
Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social****	483
Ministério da Economia e da Inovação	41
Ministério do Ambiente, do Ord. do Território e do Des. Regional	68
Ministério das Finanças e da Administração Pública	667
Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações	12
Ministério dos Negócios Estrangeiros	46
Total	3087

* Na Presidência do Conselho de Ministros incluem-se as estruturas dependentes dos Ministros da Presidência e dos Assuntos Parlamentares e do Ministro-Adjunto.

** Inclui queixas contra estabelecimentos de ensino não superior públicos.

*** Inclui queixas contra estabelecimentos de saúde públicos.

**** Inclui queixas em que a entidade visada é o Instituto da Segurança Social.

II – Administração Indirecta e Autónoma	
Institutos públicos	166
Sector empresarial do Estado	136
Associações públicas	43
Universidades	43
Institutos politécnicos	27
Concessionários	117
Outras entidades	1
Total	533

III - Administração Regional		
Açores	Administração directa	52
	Administração indirecta	6
Madeira	Administração directa	25
	Administração indirecta	2
Total		85

IV – Administração Local	
Governos civis	27
Juntas distritais	0
Assembleias distritais	0
Federações de municípios	2
Municípios	761
Empresas municipais e serviços municipalizados	62
Freguesias	61
Total	913

Dados estatísticos

V – Entidades independentes e outras	
Presidência da República	0
Assembleia da República	22
Provedoria de Justiça	1
Conselhos Superiores das Magistraturas	4
Tribunais	432
Ministério Público	58
Partidos políticos	2
Entidades administrativas independentes	27
Outras entidades públicas	1
Total	547

VI- Entidades particulares e estrangeiras	
Sindicatos	6
Bancos	54
Seguradoras	45
Estabelecimentos de ensino	5
Estabelecimentos de saúde	2
Outras sociedades comerciais	167
Outras entidades particulares	102
Entidades estrangeiras	1
Total	382

Quadro 12
Características das queixas
A) Caracterização dos reclamantes

I - Pessoas singulares por género	
Mulheres	2314
Homens	3642
Sem recolha de informação individualizada	33
Total	5989

II – Queixas de pessoas colectivas	
Associações	113
Associações profissionais	34
Comissões de residentes	30
Comissões de trabalhadores	10
Entidades públicas	31
Partidos políticos	14
Sindicatos e Associações sindicais	79
Sociedades	96
Outros	10
Total	417

Dados estatísticos

B) Origem geográfica das queixas

I - Distritos	
Aveiro	153
Beja	63
Braga	212
Bragança	48
Castelo Branco	60
Coimbra	180
Évora	49
Faro	172
Guarda	54
Leiria	148
Lisboa	1937
Portalegre	43
Porto	723
Santarém	233
Setúbal	365
Viana do Castelo	98
Vila Real	79
Viseu	105
Total	4722

II – Regiões Autónomas	
Açores	126
Madeira	95
Total	221

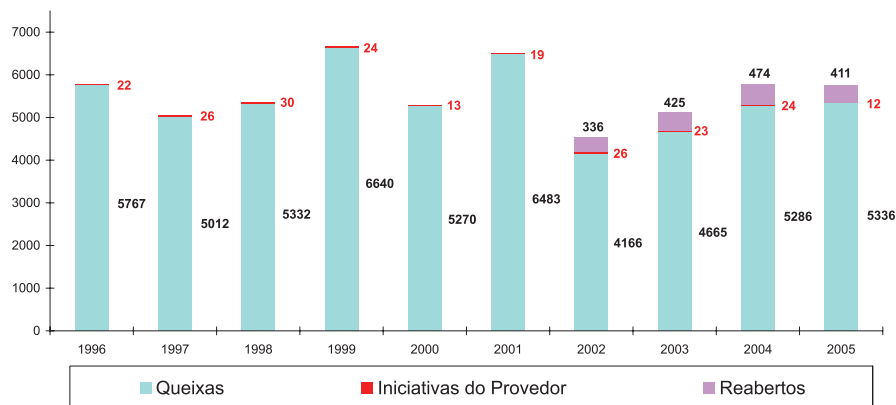
III – Estrangeiro e origem não identificada	
União Europeia	51
Estados lusófonos, Macau e ex-Estado da Índia	155
Outros países estrangeiros	35
<i>Total com origem no estrangeiro</i>	241
Origem não identificada	164
Total	405

Quadro 13
Queixas por habitante
Origem geográfica dos cinco maiores valores
Origem geográfica dos cinco maiores valores

	2001	2002	2003	2004	2005
1.º	<i>Lisboa</i>	<i>Lisboa</i>	<i>Lisboa</i>	<i>Lisboa</i>	<i>Lisboa</i>
2.º	Açores	Açores	Açores	Santarém	Açores
3.º	Coimbra	Évora	Coimbra	Açores	Santarém
4.º	Portalegre	Coimbra	Setúbal	Porto	Setúbal
5.º	Castelo Branco	Porto	Santarém	Setúbal	Faro

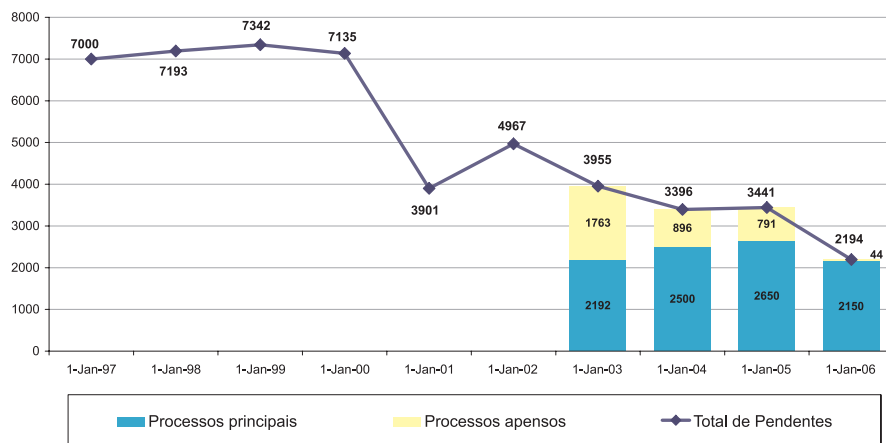
B – Gráficos

I — Processos entrados

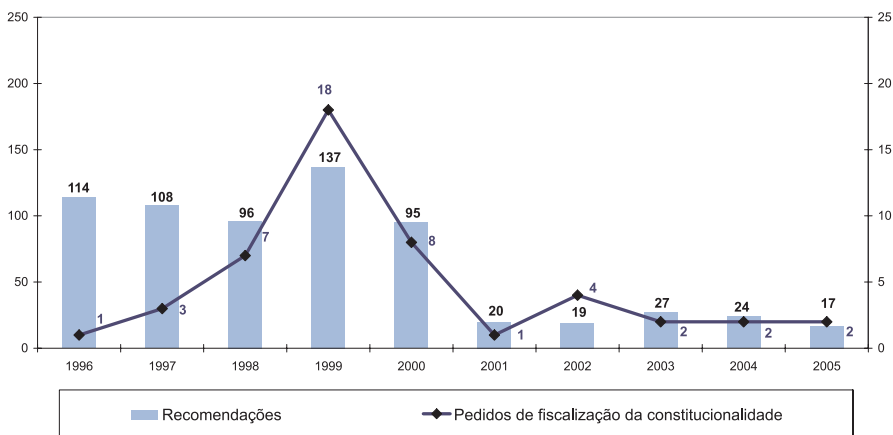


Os dados sobre processos reabertos são apenas apresentados a partir de 2002

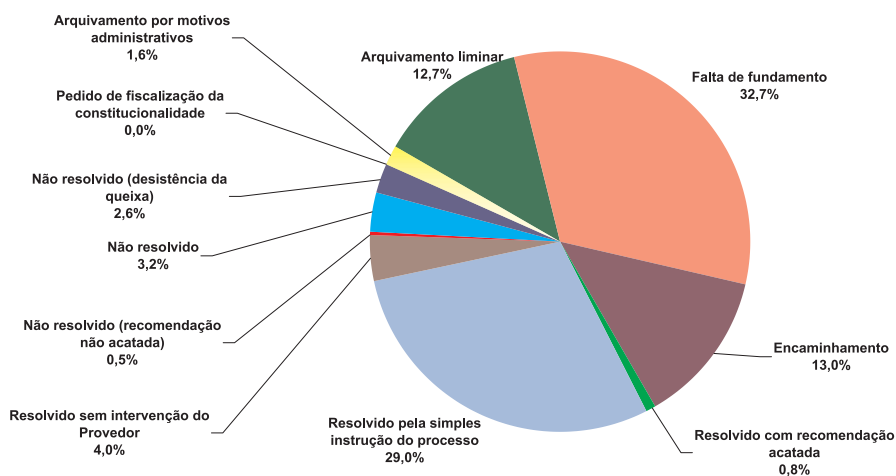
II — Evolução do número total de processos pendentes



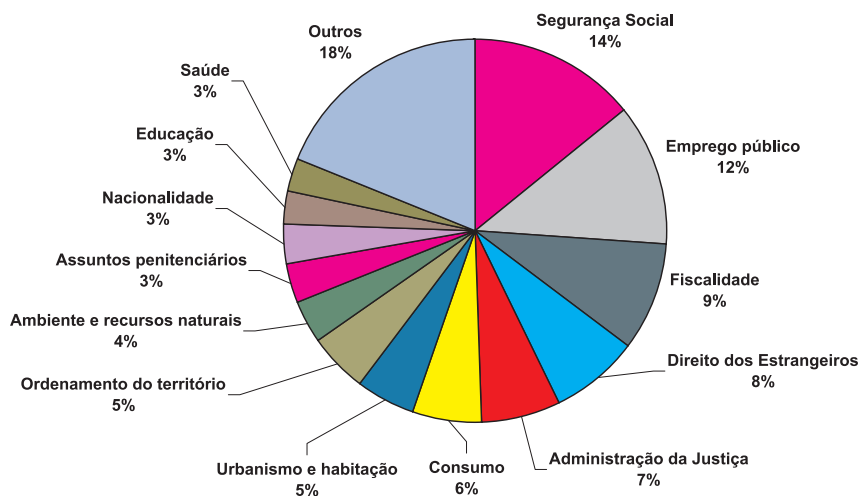
III — Recomendações e pedidos de fiscalização da constitucionalidade formulados



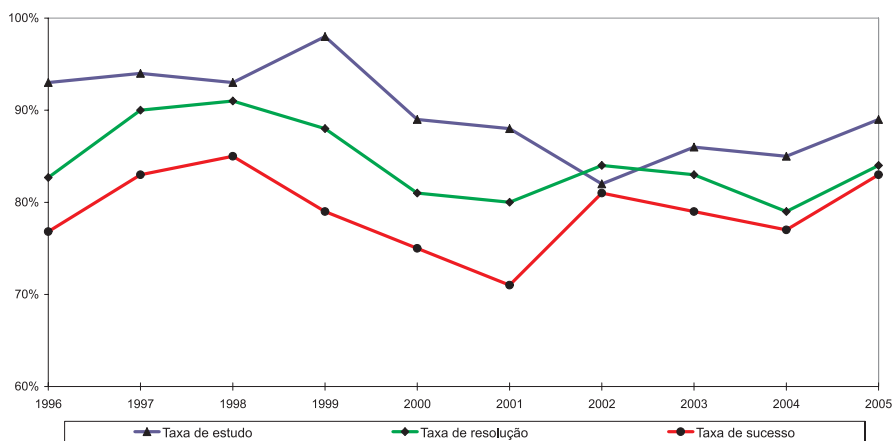
IV — Motivos de arquivamento



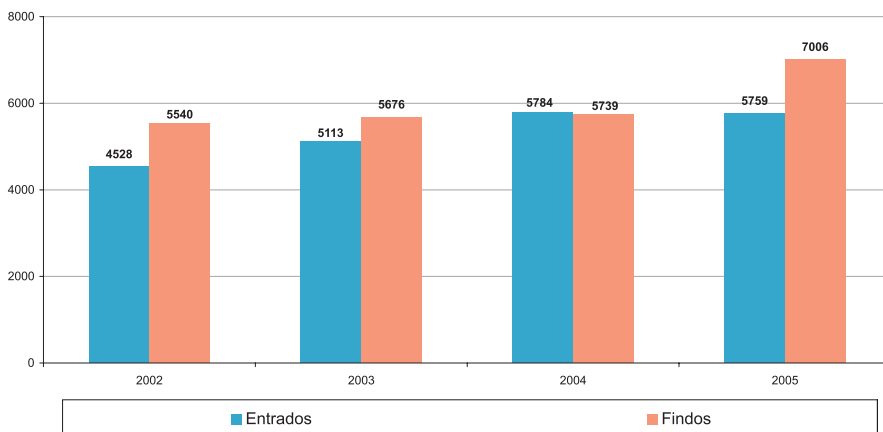
V — Assuntos das queixas



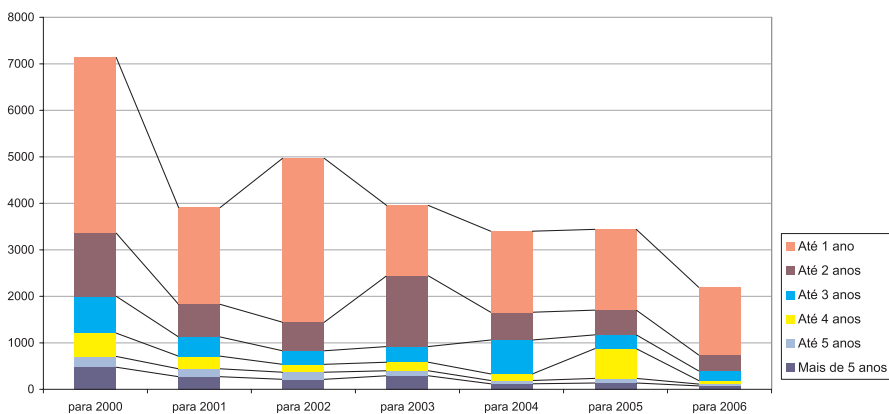
VI — Evolução dos rácios



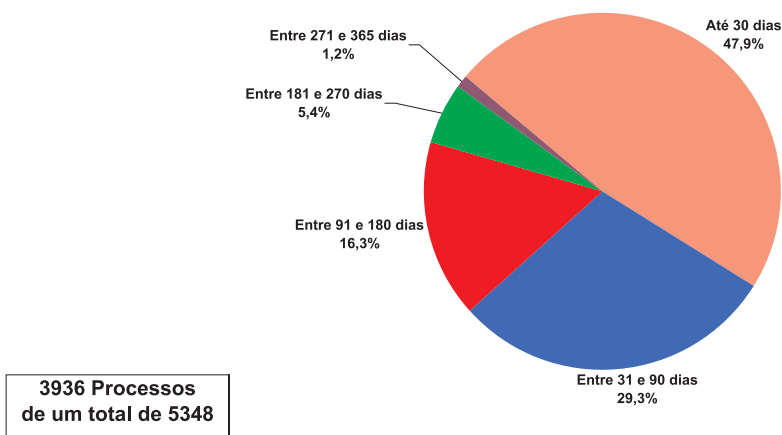
VII — Processos entrados e findos



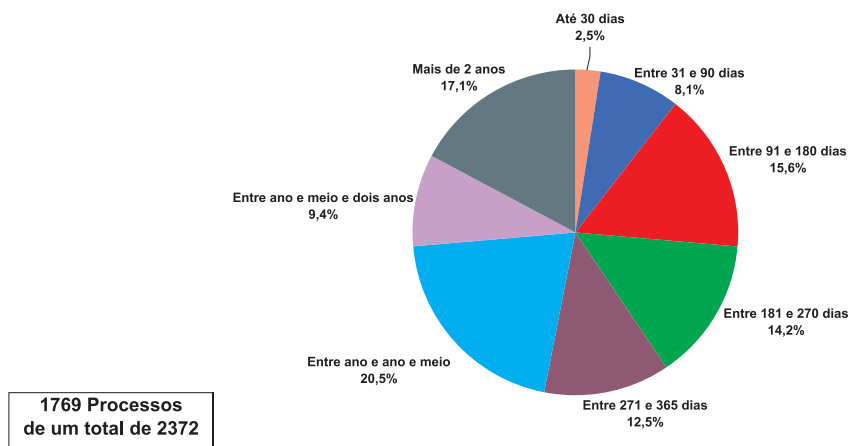
VIII — Processos transitados de ano por prazo de pendência



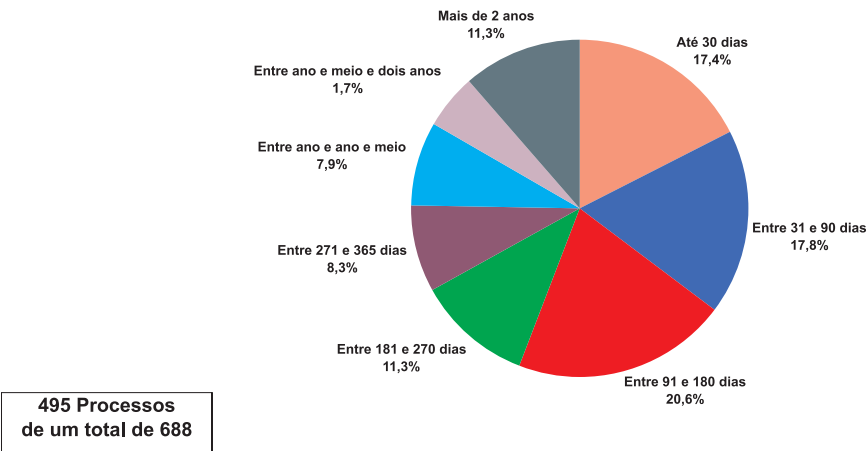
IX — Duração dos processos principais abertos e arquivados em 2005



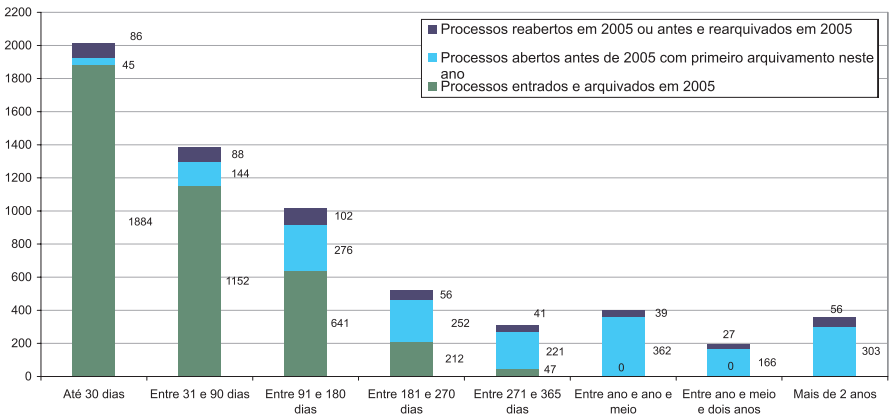
X — Duração dos processos principais abertos antes de 2005 com primeiro arquivamento neste ano



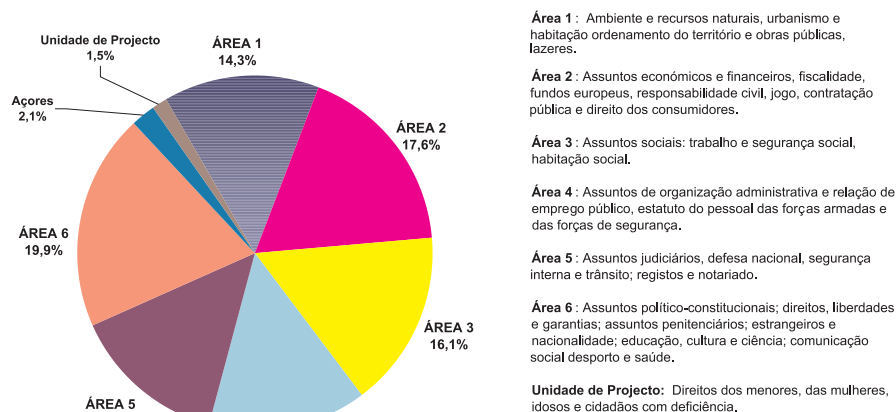
XI — Duração dos processos principais reabertos antes de 2005 ou antes e rearquivados em 2005



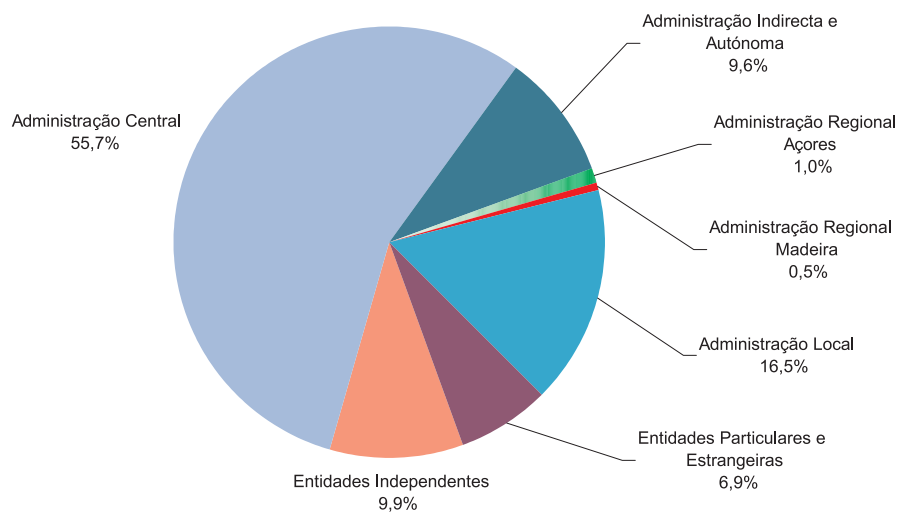
XII — Duração dos processos principais arquivados em 2005 (acumulado)



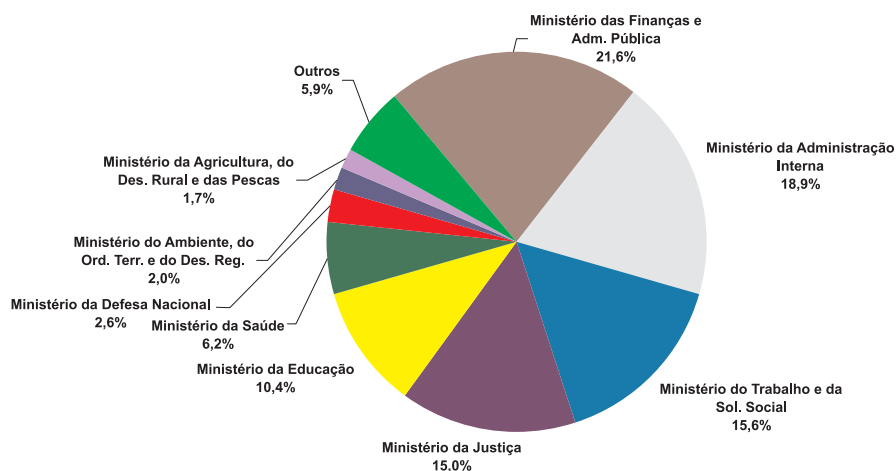
XIII — Distribuição de processos por área temática



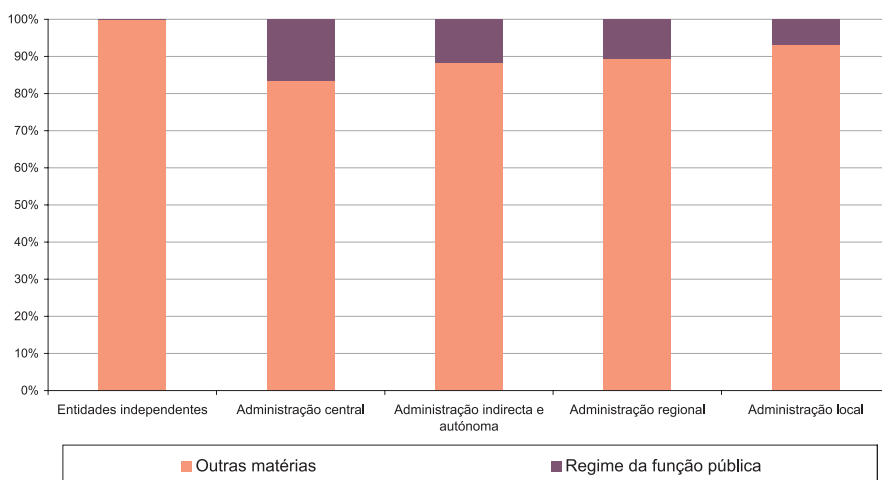
XIV — Entidades visadas nas queixas



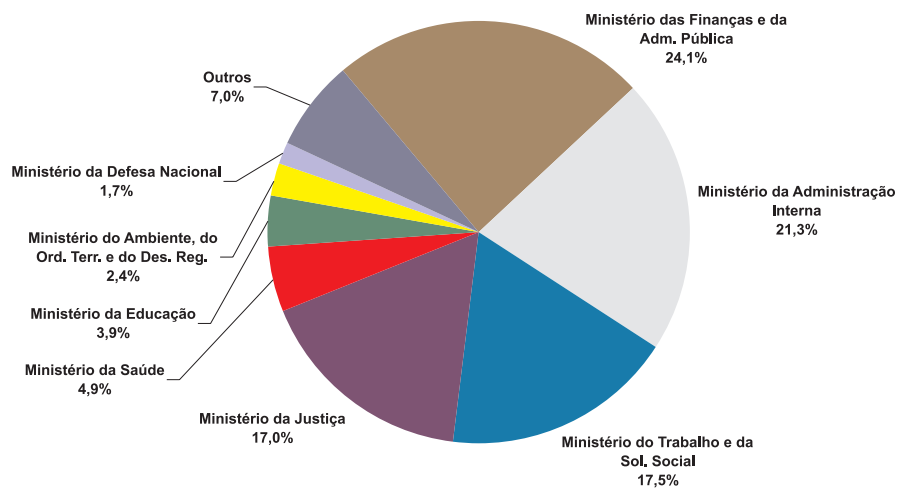
XV — Distribuição das queixas por Ministério



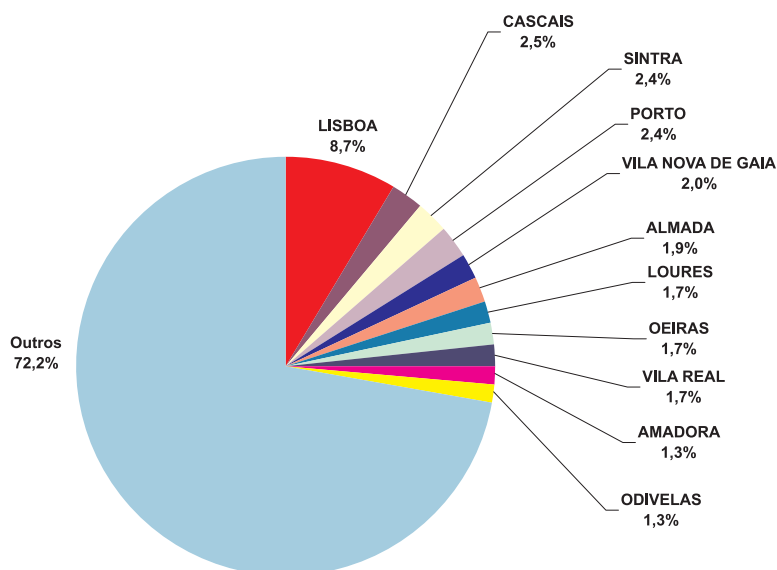
XVI — Peso das queixas sobre o regime da função pública



XVII — Distribuição das queixas por Ministério (excluindo as queixas sobre regime da função pública)

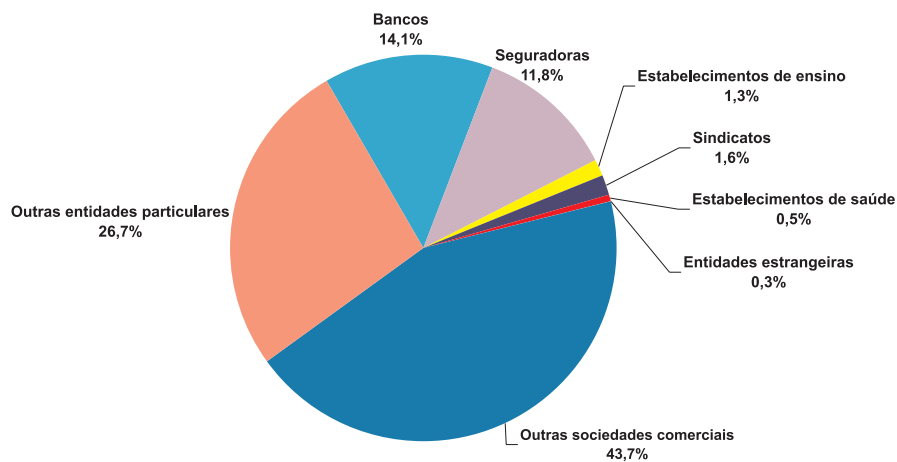


XVIII — Distribuição das queixas por Município

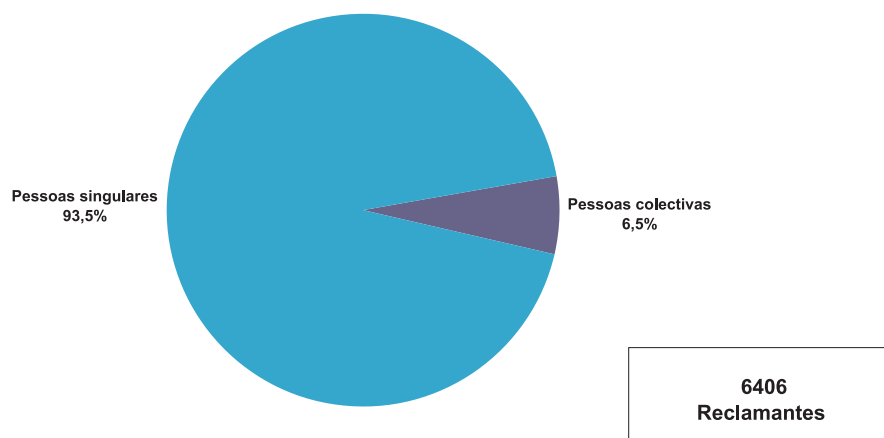




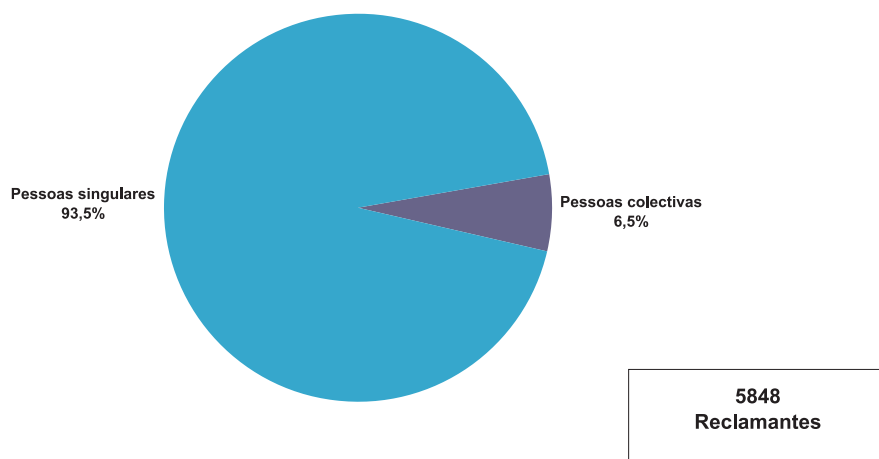
XIX — Queixas contra entidades particulares



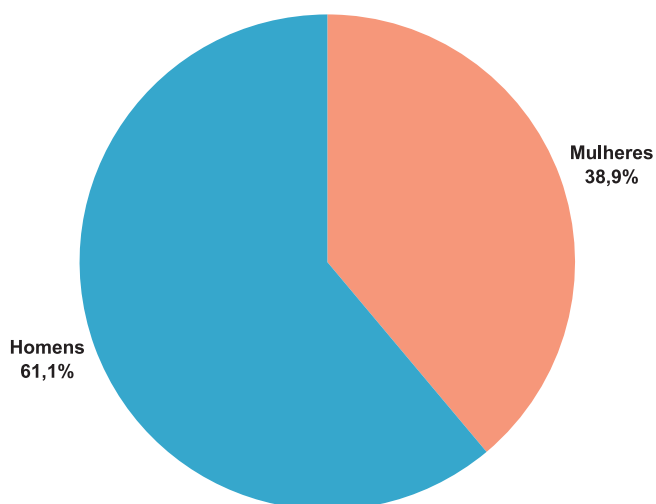
XX — Natureza dos reclamantes



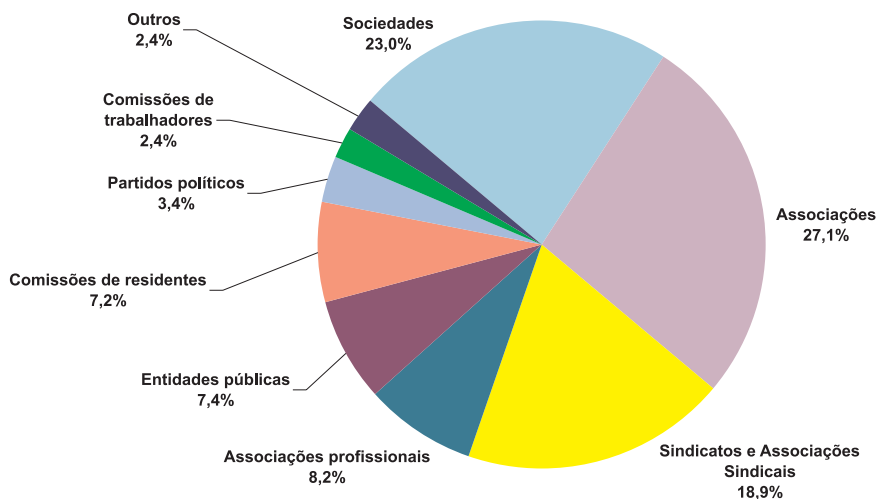
XXI — Natureza dos primeiros reclamantes em processos abertos



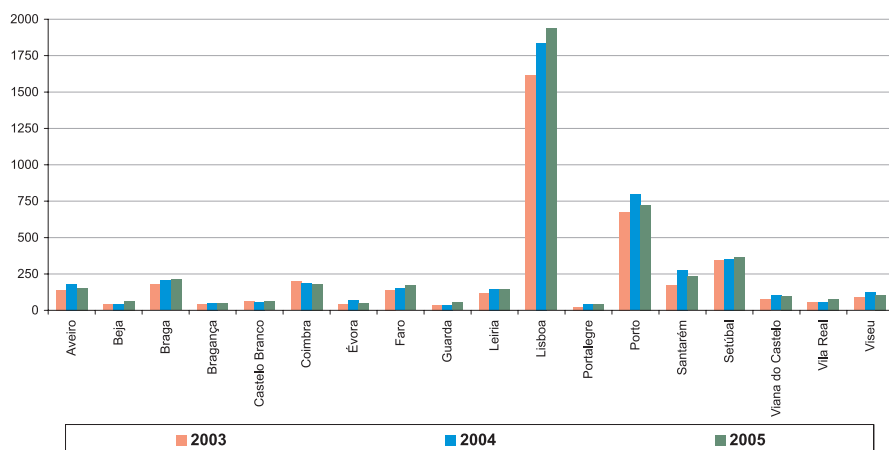
XXII — Reclamantes individuais por género



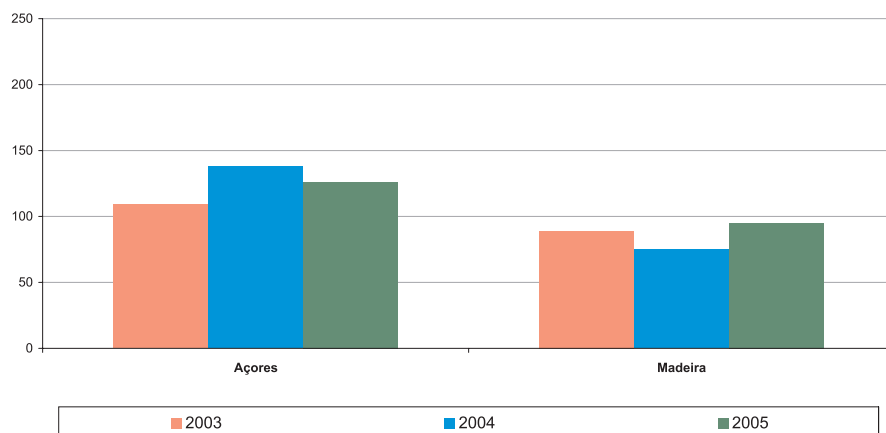
XXIII — Tipo de pessoa colectiva reclamante



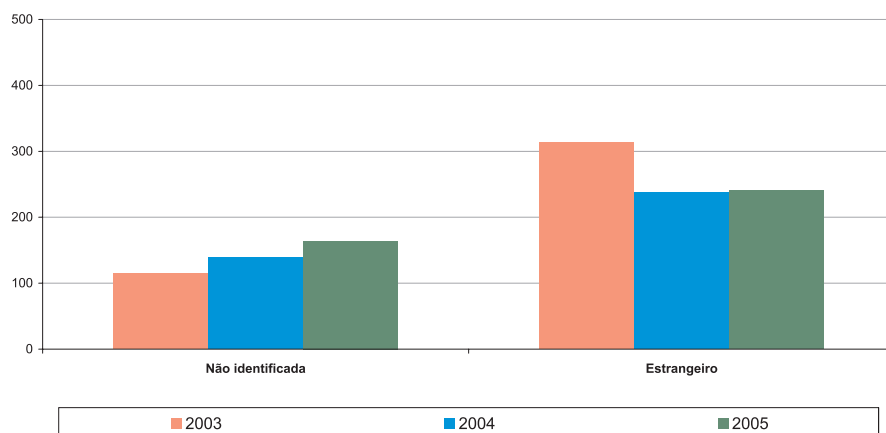
XXIV — N.º de reclamações por distritos do continente



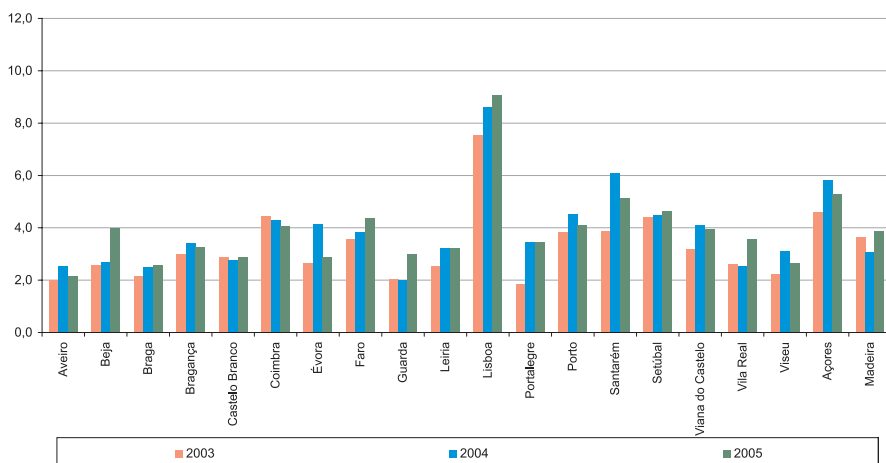
XXV — N.º de reclamações com origem nas regiões autónomas



XXVI — N.º de reclamações com origem não identificada e do estrangeiro



XXVII — Queixas por 10 000 habitantes: distritos e regiões autónomas



C. Comentário estatístico

1. As primeiras observações a fazer quanto ao ano de 2005 incidem no resultado visível de duas opções que com clareza se definiram em relatórios anteriores, designadamente no respeitante a 2003.

Assim, para uma maior transparência no modo como fenómenos localizados e ocasionais, de queixa em massa sobre a mesma questão, se reflectia nestes dados estatísticos, melhorando a fiabilidade da leitura, cessou no início de 2003 a abertura de processo distinto por cada queixa recebida, aglutinando-se num mesmo processo todas as queixas que incidissem sobre o mesmo objecto.

Concomitantemente, para uma correcta leitura dos números apresentados, passou a ter que se atentar, simultaneamente no número de processos entrados (por definição, incidindo sobre questões diversas) e no número de reclamantes, sendo certo que uma grande desproporção entre aquele e este indicia a verificação, nesse ano, de uma ou mais das aludidas queixas de massa.

Praticamente se extinguindo durante 2005 o universo de processos apensos, obrigatoriamente anteriores a 2003, passando de 791 para 44 unidades, a aproximação entre o número de reclamantes e o número de processos abertos aumentou, com um rácio de 1,20 verificado em 2005, face a valores de 1,53 em 2004 e de 3,03 em 2003.

2. Explicitando estes dados em outros números, recorreram em 2005 ao Provedor de Justiça 6406 reclamantes, numa quebra de 1675 unidades, ou seja, menos 21% que em 2004.

Esta evolução apenas traduz a ausência de queixas de massa, já que, tomando como padrão de comparação o número de processos entrados, como soma de questões novas e das antigas cuja reapreciação foi nesse ano encetada, a evolução nos últimos anos oferece conclusões opostas.

Desta forma, curando apenas dos processos originados em queixa, os dados de 2005 representam uma ligeira quebra (menos 0,2%, ou seja, 13 unidades) face a 2004. É de notar, contudo, que esta quebra resulta da soma de um acréscimo de 50 unidades (1%) no número de processos novos e de uma diminuição em 63 unidades no número de processos reabertos (-13%).

Tomando como ponto de referência a evolução desde 2003, temos, ainda assim, um aumento de 12,9% no número total de processos entrados, subida essa mais acentuada se se tomar como referência apenas os processos novos (14,4%).

A acima aludida descida no número de reclamantes, somada a esta subida no número de questões novas, permite concluir por um relevante incremento no volume de trabalho que é pedido pelos cidadãos ao Provedor de Justiça.

3. A proporção de pessoas singulares no conjunto dos reclamantes voltou a descer, desta feita em apenas 4 décimas (de 93,8% para 93,4%). Se uma quebra seria expectável, já que, em regra, as queixas de massa, neste ano menos presentes, são apresentadas por pessoas singulares, não deixa de se notar a escassa dimensão desta descida, menor do que a que resulta da simples comparação do total de reclamantes. Tal pode indiciar uma efectiva maior utilização da queixa por pessoas singulares, face ao padrão evidenciado pelos dados de 2004.

Mantendo-se embora nos três primeiros lugares, entre os reclamantes com natureza jurídica de pessoa colectiva, o conjunto das associações, sindicatos e sociedades, para além de dever ser notada a recuperação do seu peso no universo em causa (com subida de 61% para 69%), convém explicitar no seu seio importantes modificações.

Assim, os sindicatos, categoria cimeira de reclamantes com esta natureza em 2004, descem para a terceira posição, com menos 37 queixas (menos quatro pontos percentuais face ao total), superadas agora pelas queixas apresentadas por sociedades, com mais 16 queixas (subida de sete pontos percentuais face ao total) e pelas associações, estas agora liderando o número de queixas, com mais 7 unidades face a 2004, mas representando um incremento de cerca de seis pontos percentuais face ao total (agora 27%).

As queixas apresentadas por comissões de trabalhadores não tiveram evolução que suprisse a evolução negativa das sindicais, descendo em termos absolutos 28 unidades (e mais de cinco pontos percentuais face ao total de cada ano).

As queixas apresentadas por entidades públicas voltaram praticamente aos valores absolutos e relativos de 2003, numa quebra significativa face a 2004. As queixas apresentadas por partidos políticos mantiveram-se

praticamente no mesmo número de 2004, o que significa um reforço percentual.¹

No que diz respeito aos reclamantes individuais, sem contar com o escasso número em que não foi possível determinar o seu género,² apura-se, em dados aparentemente concordantes aos de 2004, uma proporção de 61% de reclamantes do género masculino.

Tendo presente que, ao contrário de 2004, os dados em causa se reportam à totalidade dos reclamantes, e não apenas, como no ano mencionado, aos primeiros subscritores, assim conferindo maior fiabilidade à observação, parece confirmar-se a esperança, mencionada em lugar homólogo no Relatório de 2004, quanto a uma maior aproximação do universo dos reclamantes à repartição por género da população nacional, posto que ainda em défice feminino.

4. Olhando à distribuição geográfica das queixas,³ em número absoluto, persistem os mesmos três distritos, Lisboa (1937 queixas face a 1839 em 2004), Porto (723 queixas face a 796 em 2004) e Setúbal (365 queixas face a 352 em 2004), nos lugares cimeiros, o que não é de estranhar pela população que aí reside.

Nos três lugares imediatos, não ocorre também qualquer novidade face a 2004, colocando-se aí os distritos de Santarém (233 queixas contra 276 em 2004), Braga (212 e 206, respectivamente) e Coimbra (180 e 190, respectivamente). O sétimo lugar, em termos absolutos, pertence agora a Faro (172 contra 151 em 2004).⁴

Muito embora a hierarquização dos distritos, nestes sete lugares cimeiros, não sofra quase alteração, a evolução individual dos distritos é díspar.

Observando agora o extremo oposto desta lista ordenada de distritos e regiões autónomas, os três últimos lugares são ocupados pelos distritos de Évora (49 queixas contra 71 em 2004), Bragança (48 queixas contra 50 em

¹ Chamo a atenção para os comentários que, a este propósito, são feitos na introdução temática da área 6.

² Essencialmente em queixas electrónicas, quando o endereço indicado nenhuma conclusão permitia tirar.

³ Assume-se como determinante a residência do primeiro subscritor da queixa.

⁴ Aveiro, com 153 processos, baixa para a oitava posição, embora aumentando o número de queixas.

2004) e Portalegre (43, repetindo igual número do ano passado). Ao contrário da manutenção do cenário de 2003 em 2004, deste ano para 2005 há a notar a subida no número de queixas oriundas de Beja e da Guarda, plausivelmente pelas razões que adiante se explicitarão.

A Região Autónoma da Madeira registou 95 queixas em 2005, num aumento em 20 unidades (27%) do valor verificado em 2004 e ficando ainda 6 unidades acima do número de queixas em 2003. O número de queixas apresentado em 2005 só é superado pelo valor registado nos dois primeiros anos de funcionamento da extensão.

No que respeita à Região Autónoma dos Açores verifica-se uma descida em 12 unidades (-9%) face ao valor de 2004, todavia sendo as 126 queixas recebidas em 2005 ainda claramente em número superior às 109 de 2003.

O número de queixas oriundas do estrangeiro, 241, foi sensivelmente idêntico ao de 2004, mantendo-se o predomínio da lusofonia, com especial nota, uma vez mais, para as queixas referentes à obtenção da nacionalidade por residentes no ex-Estado da Índia.

Como tem sido prática usual, toma-se como indicador mais significativo a ponderação do número de queixas face à população residente no distrito/região autónoma em causa,⁵ isto pelo último Censo disponível, neste caso o de 2001.

Assim, a aparente imutabilidade do cenário de 2004 é, de algum modo, desmentida. Se Lisboa, primeiro distrito em número absoluto, também repete a tradicional primazia relativa, acrescentando-a mesmo (9,08 em 2005 face a 8,62 no ano anterior), os Açores e Santarém invertem posições, agora com valores bastante próximos (no primeiro caso, 5,30 em 2005 face a 5,81 em 2004, no segundo caso 5,14 e 6,09, respectivamente). Setúbal, com valor também pouco superior a 2004 (neste ano 4,48 face a 4,64 em 2005) subiu para a quarta posição.

Como nota de mais relevância, embora reste por provar se apenas episódica, o distrito de Faro (4,37 em 2005 face a 3,83 em 2004) suplanta o do Porto (4,10 e 4,51, respectivamente).

Nos distritos que, segundo este critério, ocupam os lugares mais baixos desta ordenação, algumas diferenças ocorrem face a 2004. Assim, para

⁵ Os valores numéricos reportam-se ao número de queixas por 10 000 habitantes.

além da manutenção da mesma posição relativa e praticamente o mesmo valor pelo distrito de Braga (2,58 em 2005, 2,50 em 2004), há a notar as descidas acentuadas dos distritos de Évora (2,87 em 2005 face a 4,16 em 2004), Viseu (2,66 em 2005 face a 3,12 em 2005) e Aveiro (2,15 em 2005, face a 2,53 em 2004), ⁶ ocupando as 17.^a, 18.^a e 20.^a posição.

Comparando 2005 com 2004, ocorreram 4 casos significativos de decréscimo, a saber, nos distritos de Évora (-31,0%), Santarém (-15,6%), ⁷ Aveiro (-15,0%) e Viseu (-14,6%).

Os acréscimos mais significativos ocorreram nos distritos da Guarda (50,0%), Beja (46,5%) e Vila Real (41,1%), bem como na Região Autónoma da Madeira (26,7%), neste caso mais que corrigindo a quebra do ano anterior.

As subidas nestes três distritos serão plausivelmente explicadas pela circunstância de, no âmbito de protocolo celebrado com os CTT, ter sido, durante 2005, distribuído um total de várias centenas de milhares de desdobráveis de divulgação da figura do Provedor de Justiça em cinco distritos, entre os quais os referidos.

Aos distritos mencionados deve-se juntar o distrito de Bragança, que mesmo assim regrediu no número relativo de queixas em 4%, e o de Portalegre, que não apresentou variação face a 2004. Todavia, é de notar que este último distrito tinha então registado um notável aumento de 87% face a 2003, ⁸ na sequência de acção similar de divulgação, assim parecendo comprovar-se a durabilidade dos efeitos da mesma.

5. Desde 2001 que se tem remetido a cada reclamante, ⁹ conjuntamente com a comunicação que acusa a recepção da queixa, um questionário, para preenchimento anónimo e devolução em envelope já franquiado, também junto.

Foi possível em 2005, como se dá conta noutro lugar, disponibilizar ao público interessado uma investigação académica sobre o exercício do direito de

⁶ Corrigindo o crescimento contínuo que foi apontado no Relatório de 2004, pg. 32.

⁷ Importa, todavia, notar o forte aumento verificado em 2004 face a 2003.

⁸ Cf. Relatório de 2004, pg. 32.

⁹ Ou primeiro subscritor, no caso de queixas colectivas, isto é, subscritas por vários reclamantes.

queixa ao Provedor de Justiça,¹⁰ que também contou com as respostas colhidas através deste questionário.

Aqui, numa perspectiva diversa, importará apenas traçar alguns dados sobre os reclamantes, pelo menos sobre aqueles que entenderam prestar a resposta anónima que lhes foi pedida.

Assim, face ao universo de queixas recebidas em 2004 e 2005, a taxa de resposta melhorou três pontos percentuais, cifrando-se neste último ano em 47%.

Quase dois terços das respostas prestadas em 2005 foram-no por pessoas entre os 30 e os 59 anos.¹¹ Abaixo desta idade, apenas surgem 9% dos respondentes, sendo certo que, face a 2004, ocorre um grande aumento de respostas prestadas por reclamantes com mais de 75 anos.

Mais de 42% das respostas foram prestadas por reclamantes com habilitações de nível superior.¹² É possível, no entanto, que seja também esta franja populacional que se sinta mais à vontade no preenchimento do questionário. Nas demais categorias, 28% tinham o ensino secundário e 16% apenas o 1.º ciclo do ensino básico.

Em termos sócio-profissionais, as categorias mais relevantes de respondentes são os aposentados ou reformados, com 21%, e os funcionários públicos, com 15%.

Questionados sobre a razão para a escolha do Provedor de Justiça para apresentação de queixa, continua a ser maioritária, com 45%, a “reparação de injustiças”. Todavia, com valores de cerca de 15%, destacam-se também a “capacidade de pressão ou influência” e o ser a “última alternativa”.

6. Verificando-se, agora, a evolução do número de processos abertos, foram organizados neste ano 5348 processos, quantitativo superior em apenas 38 unidades ao valor de 2004.

¹⁰ Martins, Manuel Meirinho, e Sá, Jorge Martins de, *O exercício do direito de queixa como forma de participação política — o caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2005.

¹¹ 20% até aos 39 anos, 22% entre os 40 e os 49 anos e 12% entre os 50 e os 59 anos.

¹² 7% com bacharelato, 26% com licenciatura, 7% com mestrado ou pós-graduação e 2% com doutoramento.

Este aumento é todo imputável a queixas, já que o número de processos abertos por iniciativa do Provedor, 24 em 2004, caiu para metade em 2005.

Manteve-se, desta forma, o mesmo nível quantitativo de questões novas, indicado em 2004 como significando um forte crescimento face aos anos anteriores.¹³

O número de processos reabertos diminuiu significativamente face a 2004, com menos 63 unidades (-14%).

Continua a ser bem visível o aumento do número de queixas originadas por correio electrónico. Assim, os 1041 processos originados por queixa recebida desta forma representam um forte aumento de 72% face ao ano anterior. Existindo apenas registo deste dado desde 2002,¹⁴ a evolução acumulada desde então evidencia um crescimento, para estes 4 anos, de 323%. Não sugerindo embora qualquer arremedo, da lei de Moore aplicado à literacia electrónica, é de supor que este crescimento não pare por aqui, com as vantagens que o contacto rápido e fácil entre reclamante e Provedor propicia.¹⁵

7. O número total de processos que estiveram em instrução durante 2005 foi praticamente idêntico ao de 2004, com uma subida apenas de 20 unidades.¹⁶

O número de processos recebidos do ano anterior foi de 3441, dos quais 2655 principais.¹⁷ Dois terços destes processos tinham uma antiguidade inferior a um ano.

Tendo entrado, como se disse, 5759 processos (resultantes da soma de 5348 processos novos e 411 reabertos) foi arquivado ou rearquivado um total de 7006 processos, dos quais 6264 processos principais e 742 apensos.

Esta categoria de processo apenso, cuja extinção, repito, foi decidida em 2003, tem no fim de 2005 um carácter residual, sobrando ainda em instrução apenas 44 unidades.

¹³ Cf. Relatório de 2004, pg. 33.

¹⁴ Em que se registaram 246 queixas por via electrónica.

¹⁵ É de notar que, em geral, uma queixa por correio electrónico recebe resposta pela mesma via.

¹⁶ Ou seja, 0,22%.

¹⁷ Uma subida de 155 unidades face a 2003, como a seu tempo se apontou no Relatório de 2004.

Desta forma, existindo uma subida de 642 unidades no número de processos principais arquivados,¹⁸ e face à manutenção do número de processos entrados, ocorreu necessariamente uma quebra do número de processos pendentes em 31 de Dezembro de 2005, registando-se, nesta data, 2150 processos principais pendentes. Tal representa uma quebra de 505 unidades, ou seja, menos 19%.¹⁹

Dos processos pendentes em 31 de Dezembro de 2005, 67,7% tinham duração inferior a um ano, num ligeiro aumento, de um ponto percentual, face ao verificado doze meses antes.²⁰

8. Verificando mais em detalhe os aspectos relacionados com a rapidez no tratamento das queixas, continua, embora mais atenuada, a tendência de crescimento da proporção de processos que conhecem decisão no mesmo ano civil da sua abertura, em 2005 de 75% face aos 70% verificados em 2004.

Esmiuçando este dado, por comparação com os valores de 2004, há um ligeiro retrocesso, para valor similar ao de 2003, na proporção de processos arquivados em menos de 30 dias,²¹ mantendo-se, contudo, o valor acumulado respeitante à decisão em período inferior a 90 dias.²²

Esta ligeiríssima quebra é contudo compensada pelo aumento verificado na proporção de processos arquivados no mesmo ano. Assim, agregando estes dois indicadores, verifica-se que a proporção de processos abertos em 2005 e que, arquivados no mesmo ano, demoraram menos de 30 dias mantém-se praticamente a mesma que a verificada em 2004.²³ Pelo contrário, ocorre mesmo uma subida do valor respeitante aos processos cuja decisão demorou menos de três meses, em 2005 de 58% face a 54% registado em 2004.

Dos processos principais que transitaram de anos anteriores para 2005 e que foram neste ano arquivados pela primeira vez, num total de 1769 unidades, registou-se uma percentagem de 52,9% naqueles que conheceram deci-

¹⁸ Crescimento de 11,4%.

¹⁹ Se se contar com o universo total de processos, incluindo apensos, a quebra seria de 1247 unidades, ou seja, menos 36%.

²⁰ Felizmente que os dados que a seguir se exporão quanto à duração dos processos permite tirar conclusões mais positivas, isto no que toca ao tratamento dos processos em anos mais recentes.

²¹ Em 2005 de 47,9% face aos 50,6% registados no ano anterior.

²² 77,2% em 2005, face a 77,8% registado em 2004.

²³ Em 2005 o valor é de 35,8% face a 35,4% em 2004.

são num prazo inferior a doze meses, aparentemente em quebra de 4,4 pontos percentuais face ao valor registado em 2004.

Para uma leitura mais segura, e dizendo respeito esta percentagem, obrigatoriamente, aos processos que, abertos em 2004, não conheceram conclusão nesse ano (30,1%), importa verificar se se confirma ou não a predição que se fez no Relatório de 2004,²⁴ quanto à subida do número final de processos que, abertos num determinado ano, conheceram decisão em período inferior a doze meses, seja no mesmo ano civil, seja no seguinte.

Este valor, em 2003, cifrou-se em 82% do número de processos entrados nesse ano. Somando o número de processos entrados em 2004 e arquivados ainda nesse ano civil, ao número que foi arquivado em 2005 antes de perfazer doze meses de pendência, encontra-se agora a taxa de 86%, ou seja mais quatro pontos percentuais.

Sendo certo que o meu objectivo, como disse e repito, é o de alcançar os 100%, atrevo-me a tomar como um bom indicador para os dados respeitantes a 2005,²⁵ o contínuo aumento da percentagem de processos arquivados no mesmo ano civil da abertura.

Nos processos de longa duração, isto é, com mais de dois anos até à decisão, a evolução não foi tão favorável, antes se tendo voltado ao valor de 2003.

Agregando a duração de todos os processos principais arquivados, regrediu ligeiramente a proporção dos processos arquivados com menos de um ano de duração, dos 88% de 2004 para os 85%, valor similar ao de 2003.

Assumindo-se agora o termo de seis meses, essa percentagem foi em 2005 de 71%, 3 pontos percentuais abaixo da verificada em 2004.

9. Tomando como base o número de 7006 processos arquivados em 2005, num acréscimo de 1267 unidades face a 2004,²⁶ verifica-se que, quanto aos processos em que, sem necessidade de recomendação, foi obtida solução favorável ao reclamante, manteve-se a proporção no quadro geral das decisões de arquivamento, com natural subida absoluta, de 1684 para 2031.

Ao invés, desceu de 84 para 57 o número de processos arquivados por ter sido acatada uma recomendação, subindo de 11 para 33 os casos de pro-

²⁴ Cfr. pg. 35.

²⁵ Só verificáveis no final de 2006.

²⁶ Ou seja, mais 22%.

cesso findo por não acatamento de posição formal similar. Aqui, num caso como no outro, o peso dos processos apenas perturba uma leitura mais linear.

Manteve-se, assim, no essencial, a proporção de processos resolvidos por intervenção do Provedor de Justiça, em quase um terço do total.

Os casos em que ocorreu mudança de atitude por parte da Administração, sem intervenção do Provedor de Justiça, mantiveram, sensivelmente, o mesmo nível, absoluto e relativo, do ano anterior.

Baixou ligeiramente a medida dos processos que, liminarmente ou não, viram rejeitado o seu mérito por parte do Provedor de Justiça. Assim, 45% dos processos não mereceram decisão concordante com a pretensão do reclamante, ou seja, menos três pontos percentuais que em 2004.

A percentagem de processos que ultrapassou o crivo da apreciação liminar subiu quatro pontos percentuais, cifrando-se agora em 89%.²⁷

Os casos de insucesso, que tinham registado uma subida em 2004, voltaram aos níveis de 2003, ou seja, cerca de 6,3% do total de processos arquivados, numa descida de cerca de 100 unidades, ou seja, menos 22%.

Reportando-me de novo aos indicadores que têm vindo ultimamente a ser utilizados, cuja definição pode ser alcançada no Quadro 9, a taxa de resolução foi mais de 5 pontos percentuais superior à registada em 2004, sendo a maior desde 1999.

A taxa de sucesso, para a qual se conta apenas com as situações resolvidas por intervenção do Provedor de Justiça, foi em 2005 de 82,7%, o terceiro melhor valor desde que este indicador é calculado.

Foram formuladas 17 recomendações, na sua esmagadora maioria, isto é, 12, normativas/genéricas. Manteve-se exactamente o mesmo número de iniciativas de fiscalização da constitucionalidade apresentadas ao Tribunal Constitucional no ano anterior, ou seja, duas.

10. No Gráfico V pode ser observada a repartição das queixas recebidas por grandes temas. À cabeça destes encontra-se a Segurança Social

²⁷ Não sofra esta conclusão com a aparente contradição que resultaria da comparação do resumo do Quadro 10 no Relatório presente e no antecedente, por se indicar uma descida, em termos absolutos, de processos nestas circunstâncias, de 4927 para 4899. É que, aqui, conta-se também com os processos reabertos, menos em 2005 do que em 2004, sendo certo que, por definição, a apreciação liminar faz-se aos processos novos.

(quer dos funcionários públicos quer dos sectores privados), a que acrescem as tradicionais questões do funcionalismo público, em perda. Note-se também o peso das questões de fiscalidade e, em crescendo, as queixas relacionadas com a situação jurídica dos estrangeiros em Portugal, as quais, somadas a problemas de nacionalidade, superam os 10%.

Observada a repartição por área temática, excluindo casos circunstanciais,²⁸ verifica-se um forte crescimento, no peso relativo no total dos processos abertos, na Área 6 (24%) e na Área 1 (12%). Em contrapartida, perdem peso relativo as queixas recebidas nas Áreas 3 (-15%) e 5 (-11%), o mesmo sucedendo, embora de modo mais mitigado, com a Área 4 (-5%).

Para adequada compreensão destas modificações, é importante notar que o tratamento das questões relacionadas com a Saúde passou a competir, quase no início de 2005, à Área 6, assim se explicando a descida no volume distribuído à Área 3, quando a segurança social encabeça a lista de matérias mais tratadas.

Persistiu o crescimento notável das queixas apresentadas por estrangeiros, em relação à sua situação jurídica, como se refere no local próprio deste Relatório (vd. Nota introdutória da Área 6).

A Extensão na Região Autónoma dos Açores, como se disse, registou um decréscimo de 23 unidades (-19,5%). A Extensão na Região Autónoma da Madeira não teve qualquer processo distribuído, sendo as queixas em causa tratadas pelas Áreas na sede. As circunstâncias que ditaram este procedimento foram já explicitadas no anterior Relatório.

11. A análise dos dados respeitantes às entidades visadas, na grande categorização empregue, apresenta resultados notavelmente idênticos aos de 2004, com uma variação que não excede, para mais ou para menos, 0,8 pontos percentuais.

É de notar, contudo, que para esta comparação não se levou em linha de conta uma modificação iniciada no presente Relatório, qual seja a de integrar as queixas em que a entidade visada é a segurança social²⁹ no Minis-

²⁸ Refiro-me à descida no número de processos na Extensão dos Açores e à natural subida nos distribuídos à Unidade de Projecto, no seu primeiro ano de pleno funcionamento.

²⁹ 405 em 2005.

tério do Trabalho e da Solidariedade Social, ³⁰ assim sendo, na Administração Central. ³¹

Esta mesma modificação leva a que a leitura comparativa do lugar ocupado por cada Ministério na lista de entidades visadas tenha que ser feita com igual cautela.

Assim, caso se tivesse mantido o critério até agora vigente, os 3 ministérios mais solicitados continuariam a ser os das Finanças, Administração Interna e Justiça, por esta ordem e, em relação a 2004, apenas invertendo de posições os dois últimos e mantendo, no seu conjunto, o mesmo peso que nesse ano (64%).

A aplicação do novo critério dá outra relevância ao Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, que supera, ainda que marginalmente, por menos de vinte unidades, o da Justiça. Este trio de entidades mais visadas, no seu conjunto, pesa, segundo o critério indicado, 56%.

Comparando a evolução entre 2004 e 2005 dos três ministérios mais citados naquele ano, verifica-se a continuação da quebra das queixas contra o Ministério das Finanças, embora suave, o mesmo sucedendo quanto ao Ministério da Justiça. Pelo contrário, continua o crescimento, já indicado em 2004 e agora no terceiro ano consecutivo, ³² quanto às queixas dirigidas contra o Ministério da Administração Interna, estando em causa, geralmente, o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

Se estes três ministérios, no universo das queixas que não respeitavam a funcionários públicos, somavam 78% das queixas contra a Administração Central em 2004, o mesmo trio, somado ao Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, representou 80% do mesmo total em 2005.

Nas queixas apresentadas a respeito dos seus funcionários, é esmagador o domínio do Ministério da Saúde, com 43%, seguindo-se o da Educação (12%) e o das Finanças (9%).

³⁰ Seguindo critério sempre usado em casos similares, adoptou-se para fins estatísticos a estrutura orgânica do Executivo que mais tempo esteve em funções no ano em causa, neste caso o XVII Governo Constitucional.

³¹ Com o novo critério, a Administração Central dispara para 56% do total de queixas, descendo a Administração Indirecta e Autónoma para 10%.

³² Cf. Relatório de 2004, pg. 39/40.

12. Ao nível da Administração Regional, há um pequeno aumento do número de queixas face a 2004, obtendo-se este resultado da conjugação de uma ligeira diminuição nos Açores e uma subida significativa na Madeira, todavia não alcançando ainda o valor registado em 2003.

Na Administração Local, mantém-se o peso alto dos municípios, em nível idêntico ao de 2004. Todavia, face a anos anteriores, parece ter-se esbatido o peso dos municípios com maior número de queixas, em geral os com maior população. Assim, os quatro municípios mais visados, no seu conjunto, representam agora 16% das queixas desta categoria, quatro pontos percentuais abaixo do valor de 2004. Os municípios em causa são os de Lisboa (8,7% contra 11,4% em 2004), Cascais (2,5% contra 2,2%), Sintra (2,4% contra 1,7%) e Porto (2,4% contra 3,3%).

1.2. A. Participação Internacional

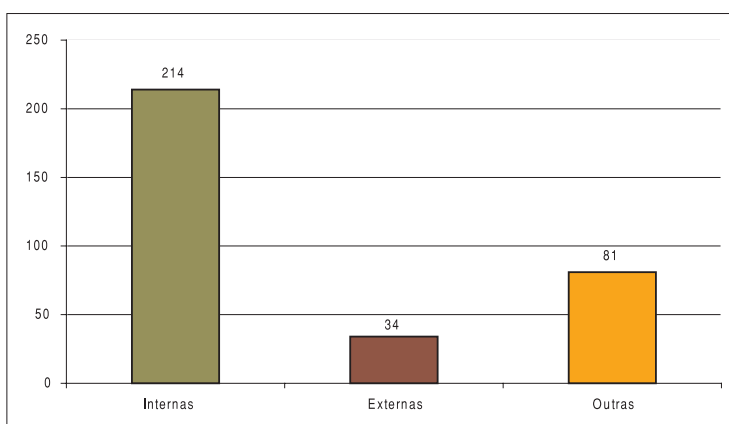
Provedor de Justiça, <i>Henrique Nascimento Rodrigues</i>	Madrid 2/4 de Março	<i>Reunião com o Defensor del Pueblo de Espanha e Raonador del Ciutadà do Principado de Andorra</i>
Provedores Adjuntos, <i>José Luís Pereira Coutinho e António Manuel Macedo de Almeida</i>	Madrid 4/6 de Abril	<i>Visita de trabalho à Defensoria del Pueblo de Espanha</i>
Adjunta do Gabinete, <i>Catarina Ventura</i>	Cartagena das Índias (Colômbia) 2/6 de Maio	<i>Curso Monográfico de Direitos Humanos subordinado do tema «Desafíos actuales en la protección de los Derechos Humanos de la Infancia»</i>
Coordenador, <i>João Portugal</i>	Varsóvia 11/13 de Maio	<i>Seminário Anual da OSCE sobre Migração e Integração</i>
Adjunta do Gabinete, <i>Maria Teresa Morais</i>	Liubliana 6/7 de Julho	<i>Conferência «Stop violence Against Children – Act Now!»</i>
Provedor-Adjunto, <i>António Manuel Macedo de Almeida</i> Coordenador, <i>André Fólque</i>	Haia 11/14 de Setembro	<i>5.º Seminário dos Provedores de Justiça nacionais dos Estados-membros da UE subordinado ao tema «Le rôle des médiateurs et organes similaires dans l'application du droit de l'UE.»</i>
Responsável pela Linha da Criança, <i>Vera Burnay Batalha</i>	Varsóvia 20/23 de Setembro	<i>9.º Encontro anual do ENOC (European Networ of Ombudsman for Children)</i>
Provedor de Justiça, <i>Henrique Nascimento Rodrigues</i>	Florianópolis (Brasil) 29 de Setembro a 3 de Outubro	<i>X Encontro Nacional de Ouvidores/Ombudsman promovido pela Associação Brasileira de Ouvidores</i>
Provedor de Justiça, <i>Henrique Nascimento Rodrigues</i> Coordenador, <i>Nuno Simões</i> Coordenador, <i>Miguel Menezes Coelho</i>	Assunção (Paraguai) 13/19 de Novembro	<i>X Congresso Anual da Federação Ibero-americana de Ombudsman subordinado ao tema «Derechos de la Infancia en Iberoamérica»</i>

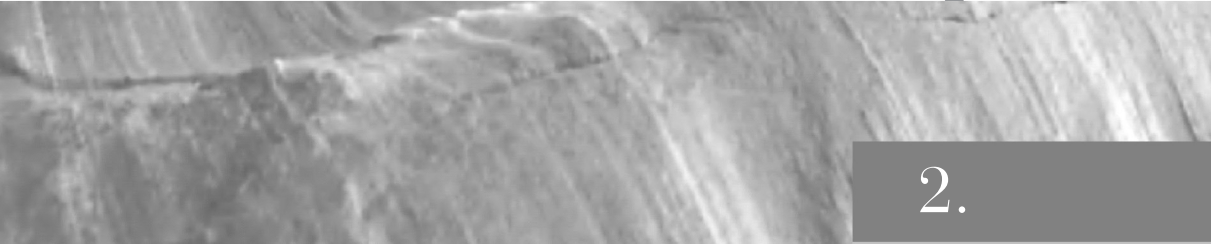
Dados estatísticos

B. Visita de entidades estrangeiras

➤ II Colóquio Luso-Brasileiro de Ombudsmen	30/31 Maio	* Associação Brasileira de Ouvidores * Presidente da FIO * Provedor de Justiça de Angola * Comissário contra a Corrupção da Região Administrativa de Macau * Defensoria del Pueblo de Espanha * Provedoria de Justiça
➤ Médiateur fédéral da Bélgica	30 Junho 1 Julho	* Pierre-Yves Monette
➤ Encarregado para os Direitos do Homem da Federação da Rússia	7 Julho	* Vladimir P. Lukine e delegação
➤ Delegação do GRECO	17 Novembro	* Grupo de Estudos contra a Corrupção do Conselho da Europa
➤ Defensor del Pueblo de Santiago del Ester (Argentina)	21 Novembro	* Daniel Alarcon
➤ Ombudsman da Coreia	9 Dezembro	* Shin, Chul Young e delegação

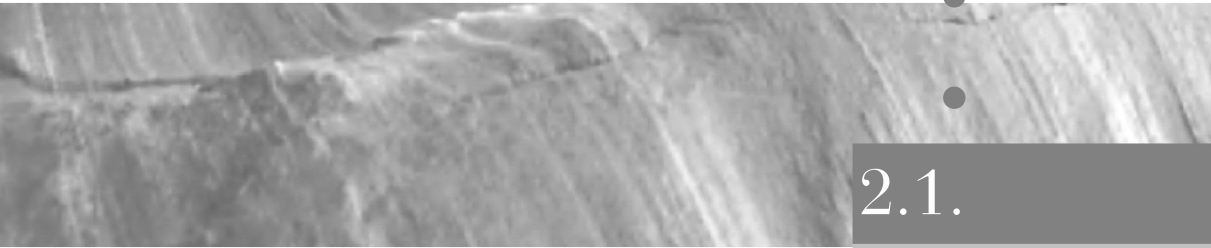
C. Total de reuniões internas/externas/outras diligências externas com reclamantes e entidades reclamadas





2.

SITUAÇÕES RELEVANTES



2.1.

Ambiente
e recursos naturais,
urbanismo e habitação,
ordenamento do território
e obras públicas, lazeres

Provedor-Adjunto de Justiça:

Conselheiro Macedo de Almeida

Coordenador:

André Folque

Assessores:

Maria Ravara

Isabel Canto

Manuela Barreto

Miguel Feldmann

José Luís Cunha

Carla Vicente

Cristina Sá Costa

Consultor de arquitectura:

Olavo Benedito Dias

2.1.1. Introdução

A — Considerações gerais

O interesse dos cidadãos e empresas, administrações de condomínios e associações não governamentais pela intervenção do Provedor de Justiça na resolução de conflitos urbanísticos e ambientais que os opõem aos poderes públicos continua a revelar uma linha de crescimento, mais acentuada que em anos anteriores. Com efeito, durante 2005, foram admitidas **689** novas reclamações, deferida a revisão de **32** despachos de arquivamento (com reabertura, portanto) e organizados oficiosamente **três** processos.

Isto significa um acréscimo de, aproximadamente, **16,5%** por contraste com o ano anterior. Embora com oscilações ao longo do ano — no verão, o número de queixas ambientais é bastante superior — em todos os meses de 2005, esta área da assessoria recebeu mais processos novos que nos meses homólogos de 2004.

Uma vez mais, todavia, foi possível conter a pendência que, no final de 2005, atingia **529** processos, registando um saldo de seis processos a menos que no final de **2004 (534)**, menos **41** que em **2003 (570)**, menos **37** que em **2002 (566)**, menos **47** que em **2001 (576)** e menos **197** que em **2000 (726)**.

Na verdade, o número de processos concluídos e dados como findos atingiu o valor de **725** (arquivados e rearquivados), dos quais, **261** (cerca de **36%**) são processos organizados e instruídos no próprio ano. Por outras palavras, cerca de **38%** dos novos processos organizados em 2005 já se encontravam instruídos e findos no termo do ano.

Prosseguiram a bom ritmo as deslocações de assessores aos serviços públicos visados nas queixas, assim como aos locais das obras reclamadas — públicas e privadas — tanto para melhor compreensão do contexto e consulta directa de documentos, como também para promover o encontro construtivo entre os diferentes departamentos administrativos com responsabilidades — do Estado, de institutos públicos, dos municípios e freguesias — e destes com os cidadãos. A título de exemplo, houve oportunidade de percorrer a pé todo

o canal reservado à CRIL (circular interna regional de Lisboa) por completar, entre a Buraca (Amadora) e a Pontinha (Odivelas), além de deslocações ao Porto, Vila Nova de Gaia, Fafe, Cascais, Cadaval, Sesimbra, Reguengos de Monsaraz, Faro e Setúbal.

Do mesmo passo, foi possível encetar e concluir uma vasta operação de inventário das lacunas regulamentares imputadas aos 308 municípios do país, em matéria de urbanização e de edificação. Depois de se verificar que o Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação contém várias normas não exequíveis por si mesmas, por dependerem de especificações locais, e com a colaboração da Divisão de Documentação, o Provedor de Justiça dispõe hoje de um inventário rigoroso com base no qual se iniciou a interpelação de cada uma das câmaras municipais sobre o atraso de quatro anos na aprovação de posturas e regulamentos de urbanização e de edificação.

Note-se que, em muitos casos, está em causa aligeirar os procedimentos de controlo urbanístico, poupando recursos aos serviços públicos e aos particulares. Por exemplo, ao enunciar situações de «*obras de escassa relevância urbanística*», o município está a permitir aos interessados que se limitem a comunicar previamente os trabalhos que vão empreender, dispensando-os da morosidade e complexidade características dos procedimentos de licença ou de autorização. Por outro lado, ao definir o que se entende, em cada circunscrição municipal, como conjunto de edifícios com impacte semelhante ao de uma operação de loteamento, está a corrigir-se uma notória injustiça de tratamento entre os promotores imobiliários obrigados a encargos de urbanização, cedências e compensações, e os que escapam a estes custos, não raro, por expedientes formais e conceptuais.

O *Ombudsman* não surgiu historicamente como vigilante da falta de autoridade dos poderes públicos. Pelo contrário, a sua matriz é a de um órgão do Estado que, embora desprovido de poderes injuntivos, faz por persuadir os poderes públicos a conterem a sua apetência invasiva e ablativa dos direitos dos particulares. Ora, nos sectores da actividade administrativa confiados a esta área da assessoria, como já houve oportunidade de deixar registado, em anos anteriores, é sobretudo a indiferença, a inércia da autoridade pública contra actos ilícitos dos administrados que motiva as reclamações, inspiradas por motivações de ordem cívica ou por prejuízos sofridos directa e pessoalmente por conta da abstenção pública.

As situações reclamadas pedem uma aturada investigação que, por vezes, depende muito mais de medições, de exames laboratoriais, de ensaios acústicos, de levantamentos topográficos, de ponderações técnico-científicas, do que da clássica operação silogística e dos instrumentos tradicionais usados na interpretação da norma jurídica.

Numa primeira linha, o que o cidadão pode esperar do Provedor de Justiça, neste domínio, é, antes de mais, que sejam formuladas as perguntas certas, de modo neutral e desapassionado, que sejam averiguados os factos verdadeiramente pertinentes, convidando os órgãos visados a submeterem as suas opções discricionárias e valorativas a um teste de objectividade e racionalidade. Não se trata de invadir a reserva da Administração Pública na ponderação da oportunidade e conveniência das soluções, não se trata de comparar o mérito de providências nem de sugerir o que melhor serve ao interesse público, mas de persuadir o decisor público a testar os seus próprios critérios às objecções, às réplicas, às dúvidas razoáveis que o administrado legitimamente vem arguir, num exercício de cidadania activa e participativa. O Provedor de Justiça condensa e enquadra juridicamente estas pretensões, construindo uma ponte com a Administração Pública, ao conter os elementos perturbadores da comunicação directa com o cidadão isolado que, perante o silêncio, perante respostas lacónicas ou de complexo teor, desconfia, suspeita e quebra a confiança que haveria de poder depositar nos poderes públicos a que se dirige.

Por outro lado, a intercessão do Provedor de Justiça apresenta-se legitimada no seu estatuto neutral. Não é um adversário da Administração Pública, mas não é seu cúmplice. Vinculado que está à defesa da legalidade e incumbido de não desistir, mas de insistir e insistir até dar por satisfeitas as suas inquirições, o Provedor de Justiça, de algum modo, liberta o reclamante do tempo e do desgaste psicológico que a sua iniciativa muitas vezes exigirá.

B — Urbanismo

As reclamações sobre assuntos urbanísticos (34,2%, do total da área) mantêm o primeiro lugar, em 2005, prosseguindo contudo uma ligeira quebra já observada em anos anteriores (38%, em 2003, 36,5%, em 2004). Prova-

velmente, a diminuição da actividade de construção civil, sentida na economia, justifica esta tendência.

Continuam, apesar de tudo, a predominar as queixas relativas a **obras de edificação** (47,3%), que, em cerca de 3/4, traduzem a oposição do reclamante a obras de terceiros. A **conservação e reabilitação** das edificações urbanas conheceu um valor similar ao do último ano (10,6%). Os problemas de reconversão e requalificação de **áreas urbanas de génese ilegal**, de novo, suscitaram maior número de queixas, elevando-se para 3,8%, no total desta área.

i) Urbanização e edificação

O Provedor de Justiça tem sido confrontado, por vezes, antes dos tribunais, com dúvidas de aplicação e interpretação de normas do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, constituindo um observatório privilegiado da multiplicidade de questões controvertidas suscitadas no conjunto dos municípios continentais e insulares.

O cumprimento do **embargo** e de **intimações para demolir** subsiste como pedido de intervenção típico. Em alguns casos, faz-se sentir o efeito suspensivo da impugnação contenciosa das ordens de demolição, o que constitui motivo de perplexidade para alguns queixosos, indignados com a cedência do interesse público perante exigências de protecção.

Mais do que a violação de planos urbanísticos, é a inobservância do disposto nos artigos 58.º e segs. do **Regulamento Geral das Edificações Urbanas** que continua a ser mais frequentemente invocada: a desproporção entre afastamento e altura, a distância de obstáculos à ventilação natural e à insolação dos compartimentos de habitação, a salvaguarda da intimidade contra janelas, varandas e terraços indiscretos.

Persiste, nas comunidades, uma ampla **indiferenciação entre a esfera do público e a do privado**, entre as normas ordenadas à salubridade, estética e segurança das edificações e as normas de direito civil, orientadas para o bom aproveitamento patrimonial dos imóveis. Não raro, só no termo de algumas averiguações se compreende verdadeiramente a razão de ser da queixa que — estribada na violação de disposições de direito civil (v.g. serviços de vistas, de estilicídio) — tem de ser encaminhada para os julgados de

paz ou para os tribunais comuns. O mesmo vale para a denúncia de defeitos e vícios em obras, resultado de contratos de empreitada civil, e cujo controlo muitos julgam competir às autoridades municipais, quando da autorização de utilização. O Provedor de Justiça tem feito alguma pedagogia, explicando, na medida do possível, o limiar entre o controlo administrativo (de escopo urbanístico) e o controlo que o comprador há-de fazer (para defesa do seu património).

Refira-se que a doutrina contida em anteriores recomendações sobre o **agravamento de taxas urbanísticas**, usado como sanção, veio a obter o acolhimento das câmaras municipais da Amadora e de Montemor-o-Novo, no ano de 2005.

ii) Conservação e reabilitação das edificações urbanas

Encontra-se alguma estabilidade no volume das queixas dominadas por preocupações de **segurança e salubridade das edificações (10,6%)**, principalmente, de Lisboa e do Porto. Para além de uma cada vez mais expressiva tendência para surgirem reclamações contra o *modus faciendi* da reabilitação urbana, as demais queixas repartem-se entre o atraso na realização de vistorias e o incumprimento pelos senhorios das intimações anteriormente formuladas para beneficiação de imóveis em acentuado estado de vetustez.

As **pequenas obras de reparação sanitária** — sobretudo, em canalizações e algerozes — continuam a coberto do artigo 11.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas que, avisadamente, escapou à revogação. Mas nem por isso os municípios aplicam o seu conteúdo, o que teria o benefício de dispensar a formalidade da vistoria municipal como condição para intimar o proprietário e para a execução coactiva, com posse administrativa, sendo caso disso.

Continua a aguardar-se com alguma expectativa o início da actividade das **sociedades de reabilitação urbana**, cujo regime jurídico, contido no Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de Maio, acolheu muitas das preocupações transmitidas pelo Provedor de Justiça à então Secretária de Estado da Habitação, em relatório que fez publicar em 2003: **O Provedor de Justiça e a Reabilitação Urbana**.

iii) **Arrendamento urbano**

A esperada reforma do Regime do Arrendamento Urbano não veio a concretizar-se, em 2005, em face do termo antecipado da legislatura.

Assim, as queixas dirigidas ao Provedor de Justiça, neste domínio, versaram sobretudo as **actualizações de rendas sociais** que, entretanto, as câmaras municipais começaram a praticar, depois de alguns anos de inércia.

iv) **Património habitacional público**

Para defesa da **liberdade de reunião**, o Provedor de Justiça recomendou à Assembleia Municipal de Vila Nova de Gaia que revisse as condicionantes impostas aos regulamentos de condomínio de alguns edifícios municipais de habitação a custos controlados. Com efeito, entendeu-se como excessiva a interdição absoluta de reuniões — públicas ou privadas — ainda que para prevenir lesões da tranquilidade e bem-estar dos demais moradores.

C — Ambiente

A defesa do ambiente e a protecção dos recursos naturais justificaram uma *ratio* inferior no volume das queixas admitidas (**26,7%**, contra 31,5%, em 2003, e 29,6%, em 2004). No entanto, em termos absolutos, o número de reclamações é sensivelmente superior, ao longo dos últimos anos:

2002: 155

2003: 176

2004: 176

2005: 185

O **ruído** de bares e discotecas, cafés e esplanadas, oficinas automóveis ou de carpintaria, lavandarias, locais de culto religioso e até de serviços públicos continua a ser a queixa ambiental típica (**49,7%**), o que representa perto de uma centena de reclamações, exigindo uma enorme multiplicidade de inter-

venções dispersas pelos mais variados departamentos municipais e dos serviços periféricos da Administração Central.

Cremos que o ponto essencial está na adaptação dos edifícios, ora pelo correcto isolamento das fracções que albergam actividades ruidosas, ora pela insonorização dos fogos habitacionais nos pisos superiores. Mas, no essencial, o uso habitacional há-de prevalecer sobre os usos comerciais ou de serviços.

O direito também contribui para este estado de coisas, na medida em que falta definir com maior rigor o primado do título constitutivo da propriedade horizontal — e o uso próprio de cada uma das fracções autónomas — com a licença municipal de utilização. Tem a Provedoria de Justiça insistido junto das mais variadas câmaras municipais que o controlo da **legitimidade do requerente** tem de compreender a exigência de deliberação favorável pela assembleia de condóminos ou a expressa anuência, por escrito e sem reservas, de cada um dos proprietários.

Por outro lado, em **zonas históricas**, principalmente, de Lisboa — como o Bairro Alto, Santos-o-Velho e Santa Catarina — mas também de Lagos, Matosinhos e do Porto, parece-nos que se impõem medidas criativas que permitam conciliar o sono dos moradores com a elevadíssima **concentração de estabelecimentos de diversão nocturna**. A rotação de horários de encerramento entre os vários estabelecimentos e a restrição a vozearias nas estreitas vias públicas, como condição de prolongamento, são algumas das opções que a Provedoria vem informalmente veiculando junto das autoridades visadas nas queixas.

Vale a pena registar que um elevado número de bares e discotecas não se encontra sequer licenciado, o que significa não estarem os poderes públicos em condições de presumir que satisfazem aos requisitos de segurança e salubridade, quanto mais de isolamento acústico. Esta questão foi tratada de modo particular junto da Câmara Municipal do Porto que reconheceu estar por fazer cumprir, em boa parte, o regime jurídico de 1997, em matéria de utilização turística de bares e discotecas, situação que pretende inverter em 2006, se necessário, com o encerramento de alguns estabelecimentos. Em Lisboa, pôde apurar-se — de modo preocupante — que, não raro, a consulta ao Governo Civil para licenciamento municipal de discotecas é preterida, deixando de fora preocupações de ordem pública e localização na abertura de novos estabelecimentos e na legalização de outros que já funcionavam.

Curiosamente, num ano de seca e de vastos incêndios florestais, como o de 2005, nem os **recursos hídricos** nem a defesa da **floresta** determinaram um aumento notório do volume de reclamações. Ainda assim, a água justifica perto de 11,5% das queixas ambientais, mas já o sector florestal (excluindo a caça) não vai além de 2,7%.

A oposição a **campos electromagnéticos** conheceu algum acréscimo (3,2%, em 2005, contra 2,8%, em 2004, e 1,7%, em 2003), mas o certo é que a nova legislação editada veio condicionar muitíssimo a margem das autoridades municipais para imporem restrições ao livre uso de terraços, coberturas, logradouros e outras áreas privadas tomadas de arrendamento pelas operadoras de telecomunicações móveis. De todo o modo, a Direcção-Geral de Saúde, com base em recomendações da OMS e da Comunidade Europeia, definiu parâmetros de exposição máxima que, nos casos investigados pelo Provedor de Justiça, não tinham sido ultrapassados.

Registe-se que a Direcção-Geral do Património veio a concordar na não renovação de contratos de arrendamento ou de cessão do uso privativo de parcelas de edifícios escolares para instalação destes equipamentos.

Um outro aspecto a realçar como francamente positivo prende-se com as informações transmitidas pelo Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, no tocante ao controlo do **caudal ecológico do rio Lima**, em face dos aproveitamentos hidroeléctricos do Alto Lindoso/Touvedo. Esta questão, há largos anos objecto de insistente intervenção junto dos sucessivos governos e da EDP, SA, parece por fim encontrar um desenvolvimento favorável, a concretizar na monitorização dos caudais.

O mesmo Ministro viria a acolher grande parte do que fora recomendado aos seus antecessores, em matéria de **avaliação do impacte ambiental** e da revisão do seu regime jurídico. Assim, o Decreto-Lei n.º 197/2005, de 8 de Novembro, ao transpor a Directiva n.º 2003/35/CE, do Parlamento e do Conselho, de 26 de Maio, viria a consagrar as sugestões ventiladas na Recomendação n.º 6/B/2003.

As **contaminações industriais de linhas de água** e a identificação dos agentes poluidores representam um aspecto de difícil controlo para os serviços competentes, pelo que, no essencial, a Provedoria de Justiça tem sido bastante criteriosa nos pedidos de informação sobre as condições de descarga dos efluentes. Deve registar-se como positiva a situação de pronta intervenção

quer da Comissão de Desenvolvimento Regional de Lisboa e Vale do Tejo quer da Câmara Municipal de Vila Franca de Xira, no caso da ribeira de Verdelha.

A **conservação da natureza** foi objecto de algumas tomadas de posição bastante críticas junto do Instituto próprio. Observam-se dificuldades graves no cumprimento das tarefas inerentes às suas atribuições, nem todas elas justificadas pela escassez de meios e de recursos.

D — Ordenamento territorial

É este o sector de actividade da área 1 que tem conhecido um aumento mais significativo do número de solicitações quer em termos absolutos quer em termos relativos. Assim, atingiu, em 2005, **34,1%** do número de queixas admitidas, por contraste com 30,9%, no ano anterior, e 26,7%, em 2003. Desde 2002, o volume de processos novos organizados subiu de 92 para 236, o que representa, em quatro anos, um acréscimo de 256,5%.

As pretensões dos cidadãos — e até de estrangeiros — não são unívocas. Se, por um lado, se encontram reclamações contra o que se julga serem opções indevidamente tomadas pelos poderes públicos, por vulnerarem os recursos naturais ou a qualidade de vida, há, por outro lado, casos vários de defesa da propriedade privada contra intensas restrições ao aproveitamento de bens, nomeadamente, para edificar.

i) Planos

A **formação e revisão dos instrumentos de gestão territorial** ocupou 8% do total dos novos processos sobre ordenamento do território, contra apenas 2%, em 2004.

Numa fase em que a grande maioria dos municípios tem os seus planos em **revisão obrigatória** e num período em que foram publicados numerosos planos especiais de ordenamento do território, em especial, **planos de ordenamento da orla costeira**, a oposição às suas soluções, sustentada num bloco de legalidade cada vez mais alargado, explicam decerto esta subida.

Contudo, é-nos dado observar que os mecanismos de **perequação compensatória** ainda se encontram num estado muito embrionário, apesar de

previstos desde a publicação do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro. Com efeito, não apenas é muito reduzido o número de reclamações neste domínio, como também é de notar que as raras queixas se devem, a título principal, à falta de incremento destes instrumentos, sem dúvida necessários a uma maior justiça urbanística e ao evitar de fenómenos especulativos.

O facto de o **cadastro predial** e de a **cartografia** continuarem, entre nós, a ser muito rudimentares explica, em parte, as dificuldades para ir mais além. Neste domínio, é curioso observar um número relativamente elevado de reclamações cuja procedência depende da escala utilizada nas cartas, pois dela depende a efectiva inclusão de um terreno na Reserva Agrícola Nacional, na Reserva Ecológica Nacional ou sob aplicação do regime da orla costeira.

ii) Obras públicas

Sob esta designação, encontra-se, no essencial, a oposição à **localização** de empreendimentos de iniciativa pública, e que o Provedor de Justiça procura testar — na sua racionalidade e na medida da razoabilidade das pretensões dos queixosos — solicitando o aprofundamento das motivações da escolha diante de outras alternativas técnicas ou de traçado.

O Provedor de Justiça prosseguiu a sua intervenção no complexo traçado da **CRIL**, promovendo a concertação entre moradores, os dois municípios afectados (Lisboa e Amadora), a EP-Estradas de Portugal e o Governo, aguardando-se com expectativa o resultado dos ajustamentos em curso.

Duas outras intervenções que o Provedor de Justiça acompanhou com particular atenção foram o **metropolitano de superfície, no Porto** (questão da Avenida dos Aliados e questão do atravessamento fronteiro ao Hospital de São João) e os melhoramentos de **segurança no IP-4**.

Se tivermos em linha de conta os **danos patrimoniais** que frequentemente são imputados a obras públicas e aos seus adjudicatários (alteração da drenagem de águas pluviais, alterações das cotas de nível do leito de estradas e caminhos, arranque de árvores, derrube de muros, emissão de vibrações a que são atribuídas fendas em construções) não é difícil compreender a latitude da fatia que este sector preenche (18,6%).

iii) Expropriações por utilidade pública e servidões administrativas

A montante das obras públicas está, muitas vezes, a expropriação por utilidade pública, justificando 18,7% das reclamações sobre ordenamento do território e perto de 6,5% da actividade da área.

O atraso no pagamento de **indenizações negociadas e acordadas** com os proprietários de imóveis expropriados e, bem assim, o incumprimento do dever de **depósito de caução** prévio à posse administrativa mostram o retrato-tipo da reclamação apresentada.

No que respeita às **servidões administrativas** (8,1%), não é excessivo reconhecer que, em boa parte, os litígios entre a Administração Pública e os proprietários devem-se à extrema pulverização legislativa, faltando um regime jurídico comum, apesar da tentativa lograda pelo Decreto-Lei n.º 181/70, de 28 de Abril. Principalmente, são as instalações eléctricas e telefónicas a justificar pedidos de intervenção a este órgão do Estado, exigindo a articulação de normas fragmentárias de diplomas legislativos e regulamentares, alguns remontando aos primórdios das linhas de telefone e de electricidade no nosso País, e destas, por seu turno, com os direitos e garantias do Código do Procedimento Administrativo. Também as servidões militares justificaram um volume não despreciando de queixas.

iv) Domínio público

O interesse na **utilização privativa** de bens do domínio público quer pelos directos interessados quer por opositores justifica um número significativo de averiguações resultantes de queixas. Foram 88, em 2005, atingindo 37,3%, dentro do ordenamento do território, e 12,7% do total da área.

É extremamente heterogénea a presente divisão. Percorre os mais variados aspectos de utilização da **via pública urbana** (estacionamento reservado, estaleiros, quiosques) à delimitação da propriedade privada perante o **domínio público marítimo** (que acusa uma subida acentuada do número de queixas contra procedimentos administrativos que se arrastam por décadas), passando pelas **estradas e caminhos municipais**, cuja inventariação conti-

nua por fazer, obrigando os tribunais a deter-se com frequentes questões sobre a natureza dominial de leitos que não são mais, por vezes, do que simples atravessadouros (abolidos, em geral, desde 1967, depois da entrada em vigor do Código Civil).

Também a **conservação** do domínio público suscita reclamações, valendo a pena destacar a intervenção do Provedor de Justiça a respeito do perigoso estado da sinalização horizontal do Eixo Norte/Sul, em Lisboa, já objecto de obras de beneficiação.

E — Património arquitectónico e arqueológico

Embora lentamente, assiste-se a um maior interesse dos reclamantes na defesa e fruição do património arquitectónico e arqueológico, justificando, pela primeira vez, quase 2% das reclamações distribuídas à área.

Foram conhecidos progressos na situação da área envolvente à Capela do Espírito Santo, em Sande, Guimarães, ao mesmo tempo em que a demolição da casa onde morreu Almeida Garrett, em Sta. Isabel, Lisboa, e a edificação de um vasto conjunto de edifícios, na freguesia dos Prazeres, junto do aqueduto das Águas Livres, levou o Provedor de Justiça a porfiadas diligências.

A Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro (Bases da Política e Regime de Protecção e Valorização do Património Cultural) conheceu, em 2005, escasso desenvolvimento legislativo, permanecendo muitas das suas inovações, por conseguinte, em estado virtual.

F — Órgãos e serviços reclamados

Os **órgãos municipais**, quase sempre executivos, são visados, a título principal, em **79,6%** das reclamações admitidas a esta área. Se somarmos a este valor o das queixas em que são visados acessoriamente, atingem-se **85,1%**.

São os distritos de **Lisboa** (21,2%), do **Porto** (12%) e de **Setúbal** (6,1%), assim como da Região Autónoma da **Madeira** (5,6%), aqueles cujas autoridades municipais são mais reclamadas.

De todo o modo, esta área teve de interpelar — sobre queixas novas — órgãos e serviços de **163 municípios** diferentes, ao que hoje acresce a multiplicidade das **empresas municipais**, reclamadas em 3,6% das queixas.

O município de **Lisboa** mantém-se na dianteira (8,2%), seguido pelos de **Cascais** (2,8%) do **Porto** (2,6%), do **Funchal** (2,3%) de **Vila Real** (1,9%), de **Loures** e de **Vila Nova de Gaia** (1,7%).

No mais, a título principal, surge a **EP-Estradas de Portugal, EPE** (5,8%), o que faz com que o **Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações** seja o departamento do Governo mais reclamado (7,4%), contando com reclamações dirigidas à **REFER, EPE**, e ao **Instituto Portuário e do Transporte Marítimo**.

Os **órgãos das freguesias** atingem 2,0%, a título principal, mas as juntas são visadas em 5,2% das reclamações.

O **Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional**, em especial, as **comissões de coordenação e desenvolvimento regional** e o **Instituto de Conservação da Natureza**, registam 2,8% das reclamações, a título principal. Porém, se forem adicionadas as interpelações promovidas a título secundário ou acessório, este valor ascende a 10,2%.

Forças de segurança (PSP e GNR) e **governadores civis** situam-se também num segundo plano, nas queixas em que, a título principal, é visada a administração autárquica, representando, respectivamente 4% e 2,9%.

O quadro de cooperação com o Provedor de Justiça, em termos de celeridade e qualidade da informação prestada pelos mais diversos departamentos públicos, continuou a conhecer alguma melhoria, mesmo apesar de as eleições autárquicas terem importado, senão a alteração dos executivos, pelo menos algumas reestruturações internas. De todo o modo, os contactos informais com os municípios, em especial, os de maior dimensão, continua a revelar-se uma tarefa árdua, morosa e nem sempre compensadora.

É justo reconhecer a boa cooperação facultada pelas empresas concessionárias da construção e exploração de auto-estradas (**BRISA, SA**; **Auto-estradas do Atlântico, SA**; **AENOR, SA**), assim como um saldo francamente positivo nas respostas da **EP-Estradas de Portugal, EPE**, em tempo, como em qualidade. Nota muito positiva é devida, bem assim, à **EDP, AS**; à **ANACOM**; ao Governo Civil de Lisboa; à Direcção Regional-Norte do **IPPAR**; à **REFER, EPE**; à Direcção Regional-Norte da Economia; à Comissão de Coordenação e

Desenvolvimento Regional do Alentejo; à Inspeção-Geral da Administração do Território; à Direcção-Geral dos Recursos Florestais e suas diversas circunscrições; à Polícia de Segurança Pública e à Guarda Nacional Republicana; às câmaras municipais de Abrantes, Amares, Braga, Calheta (Madeira), Coimbra, Monção, Palmela, Ponta do Sol, Reguengos de Monsaraz, São Pedro do Sul, Vendas Novas e Viana do Castelo.

As câmaras municipais de Lisboa e do Porto, embora com algum esforço, têm justificado a necessidade de o Provedor de Justiça lançar mão da fixação de prazo e da requisição de comparência. Há-de destacar-se, em Lisboa, a Divisão de Impacte Ambiental, cuja estreita cooperação — formal e informal — tem logrado muito bons resultados.

Já as câmaras municipais do Funchal, de Sesimbra, de Faro, de Castelo de Paiva e de Oeiras, a do Cadaval e a do Seixal apresentam um nível fraco ou mesmo muito fraco de colaboração, independentemente da complexidade das questões e da sua prioridade. Outro tanto se dirá da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional de Lisboa e Vale do Tejo, cujos serviços demoram excessivamente a responder e mostram indisponibilidade para contactos informais. A Câmara Municipal de Gondomar, em anos anteriores, já se revelou mais pronta na satisfação das nossas solicitações.

	ENTIDADES VISADAS	A TÍTULO PRINCIPAL	A TÍTULO SECUNDÁRIO	TOTAL
Municípios				
<i>DISTRITO DE AVEIRO</i>		25 (3,6%)	2	27
	CM de Águeda	1		1
	CM de Arouca	1		1
	CM de Aveiro	4		4
	CM de Castelo de Paiva	2		2
	CM de Espinho	1		1
	CM de Estarreja	1	1	2
	CM de Oliveira do Bairro	1		1
	CM de Ovar	1		1
	CM de Sta. Maria da Feira	10	1	11
	CM de Vale de Cambra	3		3
<i>DISTRITO DE BEJA</i>		8 (1,2%)		8
	CM de Beja	3		
	CM de Odemira	4		
	CM de Vidigueira	1		

	ENTIDADES VISADAS	A TÍTULO PRINCIPAL	A TÍTULO SECUNDÁRIO	TOTAL
<i>DISTRITO DE BRAGA</i>		27 (3,9%)	2	29
	CM de Amares	3		3
	CM de Barcelos	7		7
	CM de Braga	7	1	8
	CM de Cabeceiras de Basto		1	1
	CM de Fafe	3		3
	CM de Guimarães	3		3
	CM de Vila Nova de Famalicão	2		2
	CM de Vila Verde	2		2
<i>DISTRITO DE BRAGANÇA</i>		5 (0,7%)		5
	CM de Carrazeda de Ansiães	1		1
	CM de Freixo de Espada à Cinta	1		1
	CM de Macedo de Cavaleiros	1		1
	CM de Miranda do Douro	1		1
	CM de Mirandela	1		1
<i>DISTRITO DE CASTELO BRANCO</i>		11 (1,6%)		11
	CM de Belmonte	2		2
	CM de Castelo Branco	1		1
	CM da Covilhã	4		4
	CM do Fundão	2		2
	CM de Penamacor	1		1
	CM da Sertã	1		1
<i>DISTRITO DE COIMBRA</i>		20 (2,9%)		20
	CM de Cantanhede	1		1
	CM de Castanheira de Pera	1		1
	CM de Coimbra	6		6
	CM de Condeixa-a-Nova	1		1
	CM da Figueira da Foz	3		3
	CM da Mealhada	1		1
	CM de Mira	3		3
	CM de Soure	2		2
	CM de Tábua	2		2
<i>DISTRITO DE ÉVORA</i>		7 (1,0%)	2	9
	CM de Estremoz	1		1
	CM de Évora	2		2
	CM de Montemor-o-Novo	1	1	1
	CM de Portel	1		1
	CM de Reguengos de Monsaraz		1	1
	CM de Vendas Novas	2		2

Ambiente e recursos naturais...

	ENTIDADES VISADAS	A TÍTULO PRINCIPAL	A TÍTULO SECUNDÁRIO	TOTAL
<i>DISTRITO DE FARO</i>		25 (3,6%)	3	28
	CM de Alcoutim	1		1
	CM de Aljezur	1		1
	CM de Castro Marim	1		1
	CM de Faro	2	1	3
	CM de Lagoa	1		1
	CM de Lagos	1	1	2
	CM de Loulé	4		4
	CM de Olhão	3		3
	CM de Portimão	4	1	5
	CM de Silves	6		6
	CM de Tavira	1		1
<i>DISTRITO DA GUARDA</i>		11 (1,6%)	0	11
	CM de Celorico da Beira	3		3
	CM de Figueira de Castelo Rodrigo	1		1
	CM de Couveia	1		1
	CM da Guarda	1		1
	CM de Manteigas	1		1
	CM de Meda	2		2
	CM do Sabugal	1		1
	CM de Trancoso	1		1
<i>DISTRITO DE LEIRIA</i>		13 (1,9%)	2	15
	CM de Alcobaça	2		2
	CM de Caldas da Rainha	1		1
	CM de Figueiró dos Vinhos	1		1
	CM de Leiria	5	1	6
	CM da Nazaré	1		1
	CM de Peniche	1		1
	CM de Pombal	2	1	3
<i>DISTRITO DE LISBOA</i>		147 (21,2%)	10	157
	CM de Alenquer	1		1
	CM da Amadora	10		10
	CM de Cascais	19	3	22
	CM de Lisboa	57	4	61
	CM de Loures	12		12
	CM de Lourinhã		1	1
	CM de Mafra	7	1	8
	CM de Odivelas	4		4
	CM de Oeiras	8		8
	CM de Sintra	18	1	19
	CM de Sobral de Monte Agraço	1		1
	CM de Torres Vedras	2		2
	CM de Vila Franca de Xira	8		8

	ENTIDADES VISADAS	A TÍTULO PRINCIPAL	A TÍTULO SECUNDÁRIO	TOTAL
<i>DISTRITO DE PORTALEGRE</i>		4 (0,6%)	1	5
	CM de Campo Maior	1	1	2
	CM de Castelo de Vide	1		1
	CM de Elvas	1		1
	CM de Nisa	1		1
<i>DISTRITO DO PORTO</i>		83 (12,0%)	9	92
	CM de Amarante	1		1
	CM de Felgueiras	4		4
	CM de Gondomar	5	2	7
	CM de Lousada		1	1
	CM da Maia	6	2	8
	CM de Marco de Canaveses	4	1	5
	CM de Matosinhos	7		7
	CM de Paços de Ferreira	1		1
	CM de Paredes	1		1
	CM de Penafiel		1	1
	CM do Porto	18		18
	CM da Póvoa de Varzim	1		1
	CM de Santo Tirso	5		5
	CM de Trofa	3		3
	CM de Valongo	10	1	11
	CM de Vila do Conde	5		5
	CM de Vila Nova de Gaia	12	1	13
<i>DISTRITO DE SANTARÉM</i>		26 (3,8%)	2	28
	CM de Abrantes	6	1	7
	CM de Alpiarça	1		1
	CM de Benavente	2		2
	CM do Cartaxo	1		1
	CM de Ferreira do Zêzere	2		2
	CM de Ourém	2		2
	CM de Rio Maior	3		3
	CM de Salvaterra de Magos	1		1
	CM de Santarém	3	1	4
	CM do Sardoal	1		1
	CM de Tomar	2		2
	CM de Torres Novas	2		2
<i>DISTRITO DE SETÚBAL</i>		42 (6,1%)	1	43
	CM de Almada	11		11
	CM do Barreiro	3		3

Ambiente e recursos naturais...

	ENTIDADES VISADAS	A TÍTULO PRINCIPAL	A TÍTULO SECUNDÁRIO	TOTAL
	CM da Moita	2		2
	CM do Montijo	4		4
	CM de Palmela	4		4
	CM de Santiago do Cacém	5		5
	CM do Seixal	4		4
	CM de Sesimbra	2		2
	CM de Setúbal	6	1	7
	CM de Sines	1		1
DISTRITO DE VIANA DO CASTELO		17 (2,5%)	3	20
	CM de Arcos de Valdevez	1	1	2
	CM de Caminha	2		2
	CM de Melgaço	1		1
	CM de Monção		1	1
	CM de Ponte de Lima	2		2
	CM de Póvoa do Lanhoso	1		1
	CM de Viana do Castelo	8		8
	CM de Vieira do Minho	2		2
	CM de Vila Nova de Cerveira		1	1
DISTRITO DE VILA REAL		23 (3,3%)	1	24
	CM de Boticas	1		1
	CM de Chaves	2	1	3
	CM de Mesão Frio	1		1
	CM de Montalegre	1		1
	CM de Murça	1		1
	CM de Peso da Régua	2		2
	CM de Vila Pouca de Aguiar	2		2
	CM de Vila Real	13		13
DISTRITO DE VISEU		17 (2,5%)	1	18
	CM de Armamar	1		1
	CM de Carregal do Sal	1		1
	CM de Cinfães	3		3
	CM de Oliveira de Frades	2		2
	CM de Penalva do Castelo		1	1
	CM de Resende	1		1
	CM de São Pedro do Sul	2		2
	CM de Viseu	7		7
REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA		39 (5,6%)	0	39
	CM da Calheta	3		3
	CM de Câmara de Lobos	2		2

	ENTIDADES VISADAS	A TÍTULO PRINCIPAL	A TÍTULO SECUNDÁRIO	TOTAL
	CM do Funchal	16		16
	CM do Machico	5		5
	CM de Ponta do Sol	3		3
	CM de Porto Santo	2		2
	CM da Ribeira Brava	1		1
	CM de Santa Cruz	5		5
	CM de Santana	2		2
Freguesias				
		14 (2,0%)	22	36
Empresas municipais e serviços municipalizados				
	Empresas municipais		25	25
Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional (2,8%)				
	Ministro	1	1	2
	Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional	11	40	51
	Inspecção-Geral da Administração do Território		4	4
	Instituto de Conservação da Natureza	5	3	8
	Instituto da Água		3	3
	Instituto dos Resíduos	1		1
	Instituto do Ambiente	1	2	3
	Instituto Geográfico Português		1	1
	Direcção-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano		1	1
Ministério da Administração Interna (0,7%)				
	Governos Cívicos	1	19	20
	PSP/GNR	3	25	28
	Direcção-Geral das Autarquias Locais	1		1
	Direcção-Geral de Viação		2	2
Ministério da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas (1,5%)				
	Ministro	5	1	6
	Direcção-Geral dos Recursos Florestais	4	5	9
	Direcção-Geral da Veterinária		1	1
	Direcções Regionais de Agricultura	1	3	4
	Comissões Regionais da Reserva Agrícola Nacional		6	6

Ambiente e recursos naturais...

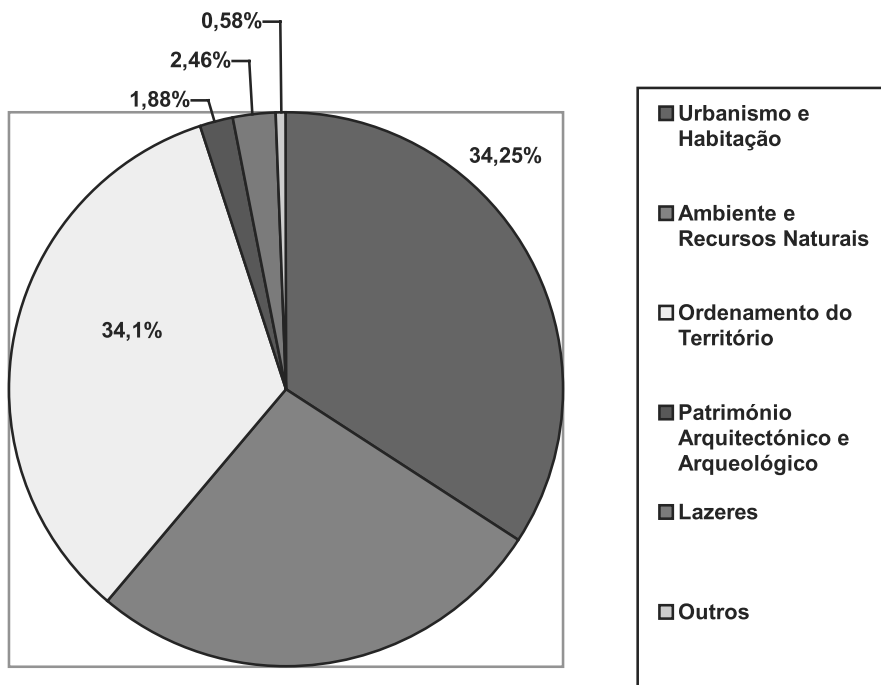
	ENTIDADES VISADAS	A TÍTULO PRINCIPAL	A TÍTULO SECUNDÁRIO	TOTAL
Ministério da Cultura (0,4%)				
	Instituto Português do Património Arquitectónico	3	5	8
	Instituto Português de Arqueologia		4	4
Ministério da Defesa Nacional (0,1%)				
	Capitanias de Portos		1	1
	Estados-Maiores	1	2	3
Ministério da Economia e Inovação (0,4%)				
	Direcções regionais	1	19	20
	Inspecção-Geral de Jogos	1		1
	Direcção-Geral do Turismo		1	1
Ministério da Educação (0,3%)				
	Direcções regionais	2	3	5
Ministério das Finanças e da Administração Pública (0,1%)				
	Direcção-Geral do Património		1	1
	Direcção-Geral dos Impostos	1		1
Ministério da Justiça (0,6%)				
	Ministro	1		1
	Direcção-Geral dos Registos e Notariado	1		1
	Direcção-Geral da Administração Judiciária	1		1
	Instituto de Gestão Financeira e Patrimonial da Justiça	1	1	2
Ministério da Saúde				
	Delegados concelhios de Saúde		19	19
Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações (7,4%)				
	Ministro	1		1
	ICAPHE / INH	2		2
	Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos	3	2	5
	Estradas de Portugal, EPE	40	5	45
	REFER, EPE	5		5
	CP, Comboios de Portugal, EPE		1	1

	ENTIDADES VISADAS	A TÍTULO PRINCIPAL	A TÍTULO SECUNDÁRIO	TOTAL
Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social (0,3%)				
	Instituto do Emprego e Formação Profissional	1		1
	Instituto da Segurança Social	1		1
Concessionárias de serviços públicos (2,3%)				
	Energias de Portugal, SA	11	4	15
	Portugal Telecom, SA	3	1	4
	CTT, SA		2	2
	EPAL, SA	1	1	2
	Águas do Oeste, SA		1	1
	Águas do Algarve, SA	1		1
Empresas públicas (0,4%)				
	Sociedades POLIS		2	2
	Metro do Porto, SA	2	2	4
	Rede Eléctrica Nacional, SA	1		1
	Petrogal, SA		1	1
	Galp, SA		1	1
Governo Regional da Madeira (0,6%)				
	Secretaria Regional de Turismo	1		1
	Sec. Reg. do Ambiente e Recursos Naturais	1	3	4
	Sec. Reg. Equipamento Social e Transportes	2	3	5
Empresas públicas regionais (0,1%)				
	Electricidade da Madeira, SA	1		1
	Valor Ambiente, SA		1	1
	Adm. Portos da Madeira, SA		1	1
Concessionárias da exploração de bens do domínio público				
	Brisa, SA		1	1
	Aenor, SA		3	3
	Auto-estradas do Atlântico, SA		2	2
	SCUT		2	2
Entidades reguladoras independentes (0,1%)				
	Anacom	1	3	4
Misericórdias e outras IPSS (0,3%)				
	Misericórdias	2	3	5
Federações desportivas (0,1%)				
	Federação Portuguesa de Columbofilia	1		1



Ambiente e recursos naturais...

2005 — Percentagem por assuntos



Área 1 – Processos novos - assuntos – evolução		2002	2003	2004	2005
1. URBANISMO E HABITAÇÃO		149	212	217	237
	A. obras de edificação	105	150	130	112
	B. utilização das edificações	7	12	29	31
	C. loteamentos e obras de urbanização	6	5	11	21
	D. conservação e reabilitação de edifícios	18	27	23	25
	<i>E. áreas urbanas de génese ilegal</i>	4	5	5	9
	<i>F. projectos das especialidades e ligação a redes públicas</i>	-	-	8	23
	G. gestão do património habitacional público	5	13	5	10
	H. arrendamento urbano particular	-	-	2	-
	I. propriedade horizontal	-	-	1	2
	J. outros	4	-	3	4
2. AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS		155	176	176	185
	A. água	7	14	12	21
	B. solo e subsolo	4	5	8	5
	C. ruído	84	104	95	92
	D. floresta	4	4	8	5
	E. fauna	-	-	2	-
	F. qualidade do ar	3	14	16	22
	G. radiações	9	3	5	6
	H. salubridade	15	18	18	17
	I. paisagem	-	-	2	5

Ambiente e recursos naturais...

Área 1 – Processos novos - assuntos – evolução		2002	2003	2004	2005
	J. gestão de resíduos e efluentes	-	-	3	6
	K. produtos inflamáveis, tóxicos ou explosivos	-	-	5	6
	L. outros	29	14	2	-
3. ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO		92	149	184	236
	1. Geral	25	34	54	81
	A. instrumentos de gestão territorial	4	4	3	19
	B. regimes territoriais específicos (áreas protegidas, RAN, REN)	12	12	12	18
	C. obras públicas ou de interesse colectivo (localização/avaliação do impacte ambiental/execução)	9	14	39	44
	2. Domínio público	44	67	81	88
	A. via pública (quiosques, esplanadas, reclamos, estacionamento tarifado, iluminação pública)	36	48	44	48
	B. estradas e caminhos públicos	6	8	21	22
	C. domínio público marítimo e fluvial	2	9	4	11
	D. outros (zonas verdes, etc.)	-	-	12	7
	3. Expropriação por utilidade pública	17	35	34	44
	A. procedimento	9	26	27	27
	B. falta de procedimento (esbulho)	8	9	7	16
	C. reversão	-	-	-	1

Área 1 – Processos novos - assuntos – evolução		2002	2003	2004	2005
	4. Servidões administrativas	6	7	9	19
	5 . Outros (emparcelamento, baldios)	-	6	5	4
4. PATRIMÓNIO ARQUITECTÓNICO E ARQUEOLÓGICO		3	2	3	13
5. LAZERES		8	13	9	17
	A. Caça e pesca desportiva	2	6	2	7
	B. Turismo	6	7	5	3
	C. Jogos de fortuna ou azar	-	-	2	3
	D. Animais de companhia	-	-	-	3
	E. Náutica de recreio	-	-	-	1
	F. Espectáculos e diversões	-	-	-	-
6. OUTROS		n.d.	n.d.	5	4
TOTAL		473	559	594	692

2.1.2. Recomendações

Ex.^{mo} Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Cascais

R-3261/99
Rec. n.º 4/A/2005
Data: 13.09.2005

I — Exposição de motivos

§ 1.º

1. Apresentada reclamação a este órgão do Estado, em 15.08.1999, acerca da reconversão do denominado *Bairro das Terras Queimadas*, na freguesia de São Domingos de Rana, tem a Provedoria de Justiça vindo, desde então, a interpelar o município superiormente representado por V. Ex.^a e a procurar uma solução que satisfaça igualmente o interesse público e os interesses que considero legítimos do munícipe ..., reclamante neste processo.

2. O reclamante diz-se inconformado com a posição da Câmara Municipal de Cascais, que se abstém de emitir o alvará de loteamento relativo à reconversão do referido bairro, declarada, para os devidos efeitos, como área urbana de génese ilegal.

3. Não emitido o alvará da operação, encontra-se impedida a celebração de negócios jurídicos de transmissão dos lotes a constituir, pois é condição notarial do acto de escritura pública a apresentação do alvará de loteamento e do alvará da licença de utilização da moradia unifamiliar que possui na qualidade de promitente comprador.

4. Por este motivo, o reclamante vê agravar-se o risco de incumprimento do contrato-promessa, depois de ter cumprido pontualmente os seus deveres de reconversão, contribuindo para a dotação de infra-estruturas através das suas contribuições, em conformidade com o preceituado na Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro. E encontra-se impedido, bem assim, de obter

financiamento bancário, pois não pode dar como garantia o lote que formalmente continua na propriedade indivisa da AUGI.

5. Os pormenores da intervenção que a Provedoria de Justiça tem desenvolvido encontram-se abundantemente descritos na informação levada ao conhecimento de V. Ex.^a pelo Provedor-Adjunto de Justiça, em 11.07.2003, motivo por que me limitarei a uma breve síntese.

§ 2.º

6. Assim, depois de afixado o edital próprio, e sobre o qual não houve reclamações, a emissão do alvará de loteamento vem sendo protelada sucessivamente por condições estipuladas supervenientemente pelos serviços da Câmara Municipal, nomeadamente a apresentação de novos elementos (cfr. n.º 3 a n.º 22 da citada informação).

7. Solicitado V. Ex.^a para se pronunciar sobre as conclusões preliminares ali enunciadas — em que se questionava o fundamento para a recusa de emissão do alvará — viria V. Ex.^a por ofício de 20.08.2003, a reiterar a necessidade de entrega de elementos em falta, como condição *sine qua non* para ser emitido o alvará de loteamento, desta vez, a justificação dos custos das obras de urbanização, uma actualização do rol dos proprietários e nova certidão do registo predial.

8. Como nos retorquisse a Associação de Proprietários do Bairro ter já procedido ao suprimento de tais elementos, a Câmara Municipal viria, por ofício de 31.03.2004, a opor que a emissão do alvará dependia, agora, *da resolução de alguns diferendos de ordem financeira entre a Associação de Proprietários e a Câmara Municipal de Cascais*, designadamente:

- I — As comparticipações devidas ao município por alguns proprietários (designadamente, não aderentes ao procedimento de reconversão) mas que estes, alegadamente, teriam pago à Associação de Proprietários, porquanto o cálculo desta soma seria indispensável para determinar a quantia dividenda imputável a cada ‘futuro’ lote;
- II — O apuramento e a regularização do saldo referente a um subsídio concedido pelo município para execução das obras de urbaniza-

ção, designadamente no que respeita à parte das obras executada pela *Águas de Cascais, S.A.* e ainda a documentação dos pagamentos realizados aos empreiteiros.

9. Receia a Câmara Municipal que, com a conclusão do procedimento, se extinga a administração conjunta, enquanto devedora e, por conseguinte, fiquem por liquidar alguns débitos ao erário municipal. Trata-se naturalmente de um motivo relevante, mas falta determinar, contudo, se o mesmo fim não será igualmente possível sem o sacrifício dos associados cumpridores de boa fé.

10. Procedemos a diligências junto da Associação de Proprietários, de modo a esclarecer a situação das quantias depositadas por terceiros e pelo saldo das quantias subvencionadas. A resposta revelar-se-ia pouco conclusiva.

11. De novo interpelámos V. Ex.^a sobre o fundamento para continuar a fazer depender a conclusão do procedimento da resolução de diferendos financeiros entre o município e a Associação de Proprietários (ofício de 31.08.2004).

12. Este ofício, Senhor Presidente, não obteve resposta, mais se tendo apurado informalmente junto dos serviços camarários que o assunto não conhecera evolução.

13. A conclusão do procedimento de reconversão parece indefinidamente protelada, sujeita à resolução de complexas questões de índole financeira entre o município e a Associação de Proprietários, mas sem que se encontre um canal fluido de concertação entre as partes, quando a perpétua indefinição não favorece nem o interesse público nem o interesse da Associação de Proprietários.

14. Neste impasse, nem a AUGI fica legalizada nem o município vê liquidada a dívida que considera haver a seu favor.

15. Como foi referido, a situação mostra-se extremamente prejudicial para aqueles que, tendo aderido e pago todas as suas participações, com um esforço considerável na economia dos agregados familiares, vêem agora indefinidamente prolongada a clandestinidade urbanística das suas edificações, estando impedidos de celebrar negócios jurídicos sobre as mesmas ou, mesmo, de recorrer ao crédito bancário.

16. Nestes termos, haverá que proceder ao confronto dos factos com o direito aplicável e, sobretudo procurar uma resolução expedita e, como comecei por afirmar, conveniente a todas as partes, mas em especial aos associados de boa fé e ao município de Cascais.

§ 3.º

17. Da instrução do processo, relevam os seguintes factos como determinantes:

- a) A área em causa foi objecto de delimitação como área urbana de génese ilegal (AUGI), ao abrigo do disposto na Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro ³³, por deliberação da Câmara Municipal de Cascais de 04.10.1995, alterada em 31.03.1999;
- b) A operação, na modalidade de reconversão por iniciativa particular, sob a forma de licenciamento de loteamento, nos termos do disposto no art. 18.º e segs. da Lei n.º 91/95, iniciou-se em 08.05.1998 ³⁴;
- c) O projecto de loteamento foi aprovado por deliberação camarária de 31.08.1999, atestando o seguinte:
 - i) Ter o processo obtido parecer favorável dos vários serviços;
 - ii) Ter sido realizada a vistoria a que se refere o art. 22.º da citada Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro;
 - iii) Ter-se observado não existirem situações desconformes com as patenteadas no processo de reconversão;
 - iv) Terem os munícipes, em sistema de auto-construção, concluído as obras de urbanização do bairro;
 - v) Estarem as mesmas em condições de ser aceites, dispensando-se assim a caução para boa execução;
 - vi) Terem todos os proprietários pago as participações.

³³ A Lei n.º 91/95 viria a ser alterada pela Lei n.º 165/99, de 14 de Setembro, e, mais recentemente, pela Lei n.º 64/2003, de 23 de Agosto. Será adiante designada como Lei n.º 91/95, identificando-se as suas versões posteriores apenas quando sejam relevantes.

³⁴ Proc.º 5219/98.

- d) A par das obras de urbanização da área delimitada, a executar pelos requerentes (ponto 4. da alínea anterior), a Câmara Municipal de Cascais incumbiu a comissão de administração de executar obras de reforço das infra-estruturas urbanísticas exteriores, atribuindo-lhe diversos subsídios para o efeito;
- e) Estes subsídios foram pagos sob a forma de ‘comparticipações’, sem a celebração, porém, de um contrato de urbanização;
- f) A Câmara Municipal atribuiu ainda à comissão de administração uma outra participação financeira para se sub-rogar aos não-aderentes;
- g) Em 15.05.2001, foi determinada a publicação da aprovação, nos termos do disposto no art. 28.º da Lei n.º 91/95;
- h) E, depois da entrega de elementos complementares solicitados pela Câmara Municipal, foi afixado o edital, cujo teor não foi objecto de reclamações;
- i) A Câmara Municipal veio a verificar que parte das obras de urbanização não tinham sido executadas pela comissão de administração, mas antes pela *Águas de Cascais, S.A.*, permanecendo por esclarecer o saldo daí resultante;
- j) Foram apontadas dúvidas nas contas apresentadas pela Associação de Proprietários a respeito das participações devidas pelos não aderentes, uma vez que alguns afirmam peremptoriamente que liquidaram as participações junto da Associação de Proprietários e não da Câmara Municipal;
- k) Todavia, as contas apresentadas pela Associação de Proprietários, a respeito da participação financeira referida *supra*, não traduzem, ao que parece, esses pagamentos.

§ 4.º

18. O procedimento de reconversão obedece ao disposto na Lei n.º 91/95 e, por se tratar de reconversão por iniciativa particular, através de operação de loteamento, pelo regime jurídico do licenciamento municipal das

operações de loteamento e de obras de urbanização, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro ³⁵.

19. Publicitada, por edital, a deliberação de aprovação da operação de loteamento, nos termos do art. 28.º da Lei n.º 91/95, e não tendo sido apresentadas reclamações, manda o art. 29.º que seja emitido o alvará de loteamento, de cujo teor devem constar os seguintes elementos:

- I — A lista dos factos sujeitos a registo predial;
- II — O valor da quota de comparticipação de cada lote nos custos de obras de urbanização ³⁶;
- III — A relação dos proprietários e a listagem de identificação dos lotes.

20. Encontrando-se preenchidos os requisitos das alíneas *a*) e *c*), falta apenas calcular o valor da comparticipação devida por cada lote nos custos das obras de urbanização.

21. A questão que se suscita é a de saber em que medida se pode estribar a recusa da emissão do alvará nas razões actualmente apontadas pela Câmara Municipal, designadamente:

- I — O esclarecimento de dúvidas a respeito do pagamento das comparticipações devidas por alguns dos não aderentes, os quais porém alegam ter pago as suas contribuições à Associação de Proprietários;
- II — A justificação da execução do subsídio atribuído para a execução de obras de urbanização exteriores à área delimitada, designadamente, no que respeita à parte das obras executada pela Águas de Cascais, S.A. e à documentação dos pagamentos aos empreiteiros.

³⁵ Diplomas aplicáveis à data do início do procedimento. O Decreto-Lei n.º 448/91 foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro e pela Lei n.º 26/96, de 1 de Agosto, vindo a ser revogado pelo Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro e alterado pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho.

³⁶ A redacção original do art. 29.º, alínea *b*), da Lei n.º 91/95, vigente à data da instauração do procedimento de reconversão, parecia admitir a inscrição de um valor abstracto, referente à quota. Todavia, a norma viria a ser alterada pela Lei n.º 64/2003, no sentido de se exigir o “valor absoluto e a quota de comparticipação de cada lote”, clarificando a exigência, não apenas da indicação de uma quota-parte, mas do valor absoluto correspondente.

§ 5.º

(A)

22. Vejamos a exigência do prévio esclarecimento dos pagamentos efectuados pelos comproprietários, designadamente, pelos não aderentes.

23. O município adiantou à Associação de Proprietários, para suprir a falta das comparticipações dos não aderentes as quantias respectivas.

24. Segundo decorre das informações prestadas pela Câmara Municipal, alguns dos comproprietários, pagaram as suas comparticipações, não à Câmara Municipal, mas à Associação de Proprietários.

25. Todavia, as contas prestadas por esta Associação não revelam tais pagamentos, o que gera dúvidas, seja quanto à efectividade dos pagamentos, seja quanto à prestação de contas da Associação e à consequente devolução à autarquia das quantias correspondentes a tais pagamentos.

26. Esta questão encerra, portanto, duas componentes:

I — A da prova dos pagamentos efectuados pelos comproprietários, necessária para calcular a sua dívida relativa à comparticipação nas despesas de reconversão;

II — A da regularidade das contas prestadas pela Associação de Proprietários e da dívida que daí possa, eventualmente, apurar-se.

27. A prova dos pagamentos pelos comproprietários não aderentes é necessária para calcular a sua dívida relativa à sua comparticipação e, portanto, para desimpedir, como vimos, a emissão do alvará de loteamento, nos termos do disposto na alínea b) do art. 29.º da Lei n.º 91/95.

28. Todavia, o facto de esta questão não ter sido inteiramente esclarecida pela Associação de Proprietários não impede a Câmara Municipal de proceder oficiosamente ao seu apuramento, promovendo as diligências instrutórias necessárias (artigos 56.º e 87.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo), até porque é do interesse municipal reaver quanto antes a despesa pública e, de uma vez por todas, acelerar e findar a pesada herança dos bairros clandestinos que prejudica o território do município há cerca de 30 anos.

29. Mas, a intervenção oficiosa do município justifica-se, não só pelo interesse público na conclusão do procedimento de reconversão, como para corrigir as situações de lesão grave dos direitos dos comproprietários cumpridores.

30. Por conseguinte, na falta de elementos conclusivos, a Câmara Municipal pode solicitá-los aos próprios interessados (aos comproprietários de cujas dívidas se trate), ao abrigo do disposto no art. 89.º, n.º 1, do CPA.

31. E, caso estes não façam prova do pagamento das suas contribuições (ainda que à Associação de Proprietários), poderá a Câmara Municipal deliberar de acordo com os elementos disponíveis (art. 91.º, n.º 2, do CPA) e valer-se posteriormente do procedimento executivo para o pagamento de quantia certa previsto no art. 155.º do CPA.

32. Em todo o caso, tal decisão deve cingir-se, estritamente, à prova documental que venha a ser obtida, designadamente, junto dos comproprietários em questão, cumprindo-lhes o ónus da prova, mediante exibição da quitação (arts. 786.º e seg. do Código Civil).

33. Apurados os pagamentos e calculados os valores, encontrar-se-á preenchido o requisito estabelecido na alínea *b*) do art. 29.º da Lei n.º 91/95.

34. Assim, não se descortina por que haja de manter-se a recusa de emissão do alvará de loteamento, apenas, por irregularidade das contas prestadas pela Associação de Proprietários, ou por dívidas desta ao município de Cascais.

35. Para resolver tal questão deverá a Câmara Municipal recorrer aos meios próprios ao seu dispor, a fim de obter a prestação de contas por parte da Associação de Proprietários e, eventualmente, dos seus administradores.

(B)

36. Observo, aliás, que a não emissão do alvará de loteamento acaba por revelar-se contraditória com as finalidades da reconversão e da cobrança das dívidas dos comproprietários (sobretudo, dos não aderentes), antes servindo o interesse — ilegítimo — dos que pretendam protelar tais pagamentos e prejudicar a constituição do privilégio imobiliário estabelecido no art. 3.º, n.º 5, da Lei n.º 91/95, com a alteração introduzida pela Lei n.º 64/2003.

37. E não posso deixar de fazer notar que, se algum risco houver quanto à arrecadação de quantias depositadas por não aderentes junto da Associação e por esta não reembolsadas ao município, acentua-se a menor diligência usada por ambas as partes quando, no momento próprio, deixaram de celebrar um contrato por escrito.

38. Insisto, Senhor Presidente, que, nestas circunstâncias, é particularmente injusta a retenção do alvará de loteamento, ao penalizar gravemente os comproprietários cumpridores, e não os faltosos, cujo interesse objectivo radica, precisamente, na suspensão *ad aeternum* do procedimento.

(C)

39. Cuidar-se-á, em seguida da exigência de regularização dos subsídios pagos à Associação de Proprietários, para execução de reforço de infra-estruturas externas à área delimitada em 1995.

40. A Câmara Municipal questiona a execução do subsídio atribuído à Associação de Proprietários para empreender benfeitorias em infra-estruturas exteriores à AUGI, considerando não terem sido devidamente documentadas todas as despesas nem restituído o excedente relativo a trabalhos que terão vindo a ser executados pela empresa pública municipal *Águas de Cascais, S.A.*.

41. Importa, antes de mais, saber quais as obras que constituem o objecto dos subsídios e cuja regularização é exigida.

42. O regime jurídico do licenciamento de operações de loteamento e de obras de urbanização prevê, no âmbito do licenciamento de loteamentos, dois tipos de obras ao nível das infra-estruturas:

- I — As *obras de urbanização*, em sentido próprio, previstas nos artigos 3.º, alínea b), e 13.º, n.º 3, segunda parte, do Decreto-Lei n.º 448/91 — todas as obras de criação e remodelação de infra-estruturas que *integram a operação de loteamento*;
- II — As *obras de realização, reforço e manutenção de infra-estruturas*, previstas no art. 13.º, n.º 2, alínea e), e n.º 4, do Decreto-Lei n.º 448/91, e que são obras em intra-estruturas exteriores (i.e., que não integram o loteamento) cuja realização pode ser estipulada como condição para o licenciamento da operação de loteamento, em virtude da sobrecarga induzida pela operação de loteamento nessas infra-estruturas (por exemplo, o reforço das redes gerais de distribuição de água, gás e electricidade, equipamentos de uso colectivo, tais como escolas ou centros de saúde, melhoramentos na rede viária, etc.).

43. Assim, enquanto a execução das *obras de urbanização* indispensáveis constitui, à partida, um dever do requerente do licenciamento de operações de loteamento (art. 13.º, n.º 3, segunda parte), já as *obras de reforço das infra-estruturas* exteriores ao loteamento são, por regra, da responsabilidade do município, e suportadas pelo pagamento da taxa pela realização, manutenção e reforço de infra-estruturas urbanísticas (a denominada TRIU), prevista no art.19.º, alínea *a*), da Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto (Lei das Finanças Locais).

44. Só quando a execução das obras de reforço das infra-estruturas for expressamente determinada como condição do licenciamento (art. 13.º, n.º 3, primeira parte, do Decreto-Lei n.º 448/91) é que tais obras são directamente suportadas pelos requerentes, dando lugar, nesse caso, à redução proporcional da TRIU.

45. O dever de reconversão dos proprietários abrangidos por áreas urbanas de génese ilegal compreende o dever de comparticipar nas despesas de reconversão (art. 3.º, n.º 3, da Lei n.º 91/95).

46. Tratando-se de um procedimento de reconversão na modalidade de iniciativa particular, por licenciamento de uma operação de loteamento, as despesas de reconversão são, necessariamente, as impostas nesse acto de licenciamento.

47. Observo, no entanto, que, no procedimento em análise, a Câmara Municipal de Cascais não estipulou, como condição do licenciamento, as denominadas obras de criação, reforço e manutenção das infra-estruturas urbanísticas, conforme lhe permitiam o disposto no art. 13.º, n.º 2, alínea *e*), e n.º 3, primeira parte, do Decreto-Lei n.º 448/91.

48. E, na deliberação que deferiu o licenciamento, considera-se terem as obras de urbanização sido concluídas, sendo inclusivamente dispensada a prestação de caução.

49. Repare-se que não está em dúvida a necessidade de obras para reforço das infra-estruturas. Decorrendo a necessidade de tais obras da sobrecarga induzida pela urbanização em causa, seria plenamente devida a sua integração nas condições do licenciamento e, conseqüentemente, a sua imputação aos proprietários.

50. Da análise das informações prestadas pela Câmara Municipal, não resulta que o tenham sido, pelo que a remuneração dessas obras apenas

pode ter lugar através do pagamento da taxa correspondente (a TRIU, acima referida).

51. Assim, a realização destas obras de infra-estruturas, por parte da Associação de Proprietários, revela, não uma actuação em nome próprio, como decorreria do cumprimento das condições do licenciamento, mas uma actuação por conta de outrem³⁷, embora não enquadrada na forma contratual devida, e através da qual o município de Cascais terá incumbido a Associação de Proprietários de promover a execução, adjudicando as empreitadas. Para custear essas obras, a Câmara Municipal atribuiu à Associação de Proprietários os subsídios cuja execução deseja agora ver regularizada.

52. As dívidas relativas à execução desses subsídios são, por isso, apenas imputáveis à Associação de Proprietários, no âmbito da relação contratual por esta assumida com o município, mas não já no âmbito do procedimento de licenciamento da operação de reconversão, regulado pela Lei n.º 91/95, e que tem como partes interessadas outros administrados.

53. Assim, só através dos meios judiciais próprios — e nos termos jurídicos aplicáveis à relação jurídica estabelecida com a Associação de Proprietários — será legítimo, ao Município, impor a regularização do saldo da execução das referidas obras de infra-estruturas.

54. É certo que isto pode incrementar o risco de perda da garantia patrimonial das dívidas decorrentes da atribuição dos mencionados subsídios à Associação de Proprietários. Sobretudo, considerando-as excluídas do dever de reconversão dos comproprietários, por não terem ficado estipuladas no licenciamento do loteamento.

55. Em todo o caso — e uma vez mais — este risco deve ser imputado, em primeiro lugar, à falta das providências adequadas que o dever de boa administração sugeriria a montante, designadamente, a estipulação das obras em questão como condição do licenciamento, ao abrigo do disposto no art. 13.º, n.º 2, alínea e), e n.º 3, do Decreto-Lei n.º 448/91, integrando a dívida de todos os comproprietários e beneficiando, nessa medida, das garan-

³⁷ Não cumpre aqui proceder à qualificação jurídica desta relação contratual de facto, muito embora se observe alguma proximidade com o mandato sem representação, previsto nos arts. 1157.º e 1180.º, do Código Civil.

tias conferidas pelo artigo 3.º, n.º 5 e n.º 6, da Lei n.º 91/95, ou, no mínimo, a celebração de contrato por escrito.

56. A Câmara Municipal parece ver na retenção do alvará de loteamento a última forma de proteger os créditos que reclama da Associação de Proprietários, desconhecendo-se na lei, todavia, um fundamento bastante que lhe confira um tal direito de retenção.

57. Para além de carecer de fundamento legal e de se revelar, mesmo, estranha à função administrativa — na medida em que constitui uma forma de auto-tutela executiva não contemplada na lei (v. artigos 149.º e segs. do CPA) — a actuação da Câmara Municipal de Cascais deixa dúvidas quanto à sua adequação ao fim em vista, pois não proporciona nenhuma vantagem, apenas fazendo protelar indefinidamente a emissão do alvará.

II — Conclusões

Em resumo, e depois de aturadamente apreciadas as questões controvertidas ao cabo de seis anos de intervenção deste órgão do Estado junto dos sucessivos executivos municipais considero que:

- I — Se a emissão do alvará de loteamento carece da liquidação da dívida imputável a cada lote, a respeito do custos das obras de urbanização, o certo é que a falta de consenso entre o município de Cascais e a Associação de Proprietários do Bairro das Terras Queimadas, a respeito do pagamento das comparticipações devidas pelos comproprietários não aderentes, não impede a autarquia de proceder oficiosamente à sua liquidação, designadamente, por solicitação directa aos interessados da prova dos pagamentos cumpridos e, na sua falta, averbando as quantias em dívida, relativamente a cada lote, no alvará de loteamento;
- II — A opção por não emitir o alvará de loteamento, em alternativa à quantificação oficiosa das dívidas dos proprietários não aderentes e ao exercício dos meios de ressarcimento conferidos pelo art. 3.º da Lei n.º 91/95, revela-se contrária ao princípio constitucional da justiça, dada a forma como — sem utilidade efectiva para o ressarcimento das dívidas — se penalizam gravemente os cumpridores do dever de reconversão, beneficiando aqueles que

- não cumprem e cujo interesse objectivo radica, precisamente, na paragem do procedimento;
- III — Importa, contudo, que tal decisão se baseie na prova documental apresentada, reconhecendo-se os pagamentos de comparticipações comprovadamente entregues à Associação de Proprietários;
- IV — A execução das infra-estruturas urbanísticas externas à AUGI constitui uma relação jurídica informal, de natureza comissiva, entre a Câmara Municipal e a Associação de Proprietários;
- V — Tal relação jurídica é distinta do licenciamento da operação de reconversão e deve ser apurada e dirimida, nesses termos, e por exorbitar da gestão pública, por acordo entre as partes ou, na sua falta, junto dos tribunais comuns;
- VI — Não devem, por outro lado, ser imputadas aos proprietários dos lotes, directamente, a título de custos das obras de urbanização, as verbas relativas à execução de trabalhos em infra-estruturas exteriores, quando tais trabalhos não foram prescritos na deliberação que licenciou o loteamento;
- VII — Mostra-se ilegal, por contrária à lei e, eventualmente, por usurpação de poderes, a retenção do alvará de loteamento enquanto meio compulsório de ressarcimento de dívidas alheias às condições estabelecidas da licença de loteamento, sejam elas relativas ao adiantamento em substituição dos comproprietários não-aderentes, sejam as demais, reportadas a subsídios concedidos de modo algo imprudente para execução e reforço de infra-estruturas externas;
- VIII — Tal actuação revela-se, por fim, inadequada e injusta, na medida em que não constitui meio idóneo para a obtenção do fim de ressarcimento visado — prejudicando mesmo a constituição de garantias patrimoniais — e na medida em que prejudica gravemente os comproprietários cumpridores, em benefício dos inadimplentes.
- IX — O sentido da minha intervenção resulta, Senhor Presidente, de um imperativo de justiça que, como creio ter demonstrado, obtém o claro apoio da ordem jurídica e que aforisticamente podemos reconhecer no velho brocardo de Horácio: *nemo alieno pregravari debet*.

Assim, nos termos do disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, e em face das motivações precedentemente expostas,

Recomendo

1 — A pronta adopção das providências necessárias para a emissão do alvará de loteamento relativo ao procedimento de reconversão do Bairro das Terras Queimadas, na freguesia de São Domingos de Rana, designadamente por apuramento das comparticipações efectivamente pagas pelos proprietários, solicitando-lhes prova do cumprimento, de modo a calcular as dívidas imputáveis a cada lote, para os efeitos estabelecidos no art. 29.º alínea *b*), da Lei n.º 91/95.

2 — Se, porventura, tiverem ficado desactualizados os dados ou documentos necessários para a emissão do alvará de loteamento — designadamente, os referidos na alínea *a*) do art. 29.º da Lei n.º 91/95 — deverá a Câmara Municipal de Cascais providenciar, com urgência, pela sua actualização, evitando novos encargos sobre os administrados.

Recordo, por fim, a V. Ex.^a o ónus contido no art. 38.º, n.º 2, do citado Estatuto do Provedor de Justiça, para o qual me permito pedir a melhor atenção.

Acatada por deliberação da Câmara Municipal de Cascais, aprovada por unanimidade.

Ex.^{mo} Senhor
Presidente da Assembleia Municipal de Vila Nova de Gaia

R-4764/04
Rec. n.º 11/B/2005
Data: 29.12.2005

§ 1.º — Exposição de motivos

1. Através do Regulamento Municipal para o Arrendamento de Habitações Sociais, a Assembleia Municipal deliberou, em 14 de Outubro de 2004, aprovar as regras para a gestão do parque habitacional, património do município de Vila Nova de Gaia.

2. Após audição da entidade visada e análise da documentação relevante, foi possível observar algumas deficiências naquela regulamentação, que se julga dever assinalar, mais recomendando a sua correcção, em ordem à prevalência de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

3. Assim, e porque compete ao Provedor de Justiça, de acordo com o que dispõe o artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do seu Estatuto, dirigir recomendações aos órgãos competentes com vista a assinalar as deficiências normativas que verificar, emitindo recomendações para a sua interpretação, alteração ou revogação, é meu dever levar à consideração de V. Ex.^a os resultados da minha análise, ponderando-se a necessidade de introdução de algumas modificações àquele regulamento.

§ 2.º — Enquadramento legal

1. Nos termos do art. 45.º da Constituição, os cidadãos têm o direito de se reunirem, pacificamente e sem armas, sem necessidade de qualquer autorização, mesmo em locais abertos ao público.

2. O Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de Agosto, regulamenta o exercício do direito de reunião, explicitando, do mesmo passo, algumas limitações que referirei adiante, na medida da sua pertinência para a apreciação da questão em apreço.

3. Procedeu este diploma à exigência constitucional de protecção e harmonização dos direitos fundamentais com outros valores, igualmente protegidos ao nível constitucional, dentro do princípio da concordância prática ³⁸.

4. Sublinhe-se, desde já, que no seu art. 1.º, n.º 1, se prescreve que a todos os cidadãos é garantido o livre exercício do direito de se reunirem pacificamente em lugares públicos, abertos ao público e *particulares*, (sublinhado meu) independentemente de autorização, para fins não contrários à lei, à moral, aos direitos das pessoas singulares ou colectivas e à ordem e tranquilidade públicas.

5. Todavia, o Regulamento Municipal para o Arrendamento de Habitações Sociais, aprovado pela Assembleia Municipal de Vila Nova de Gaia,

³⁸ Sobre a concordância prática entre direitos fundamentais, v. JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, vol. IV, Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 3.ª ed., p. 332 e ss..

proíbe, no art. 11.º, n.º 2, alínea *d*), a “promoção de reuniões ou propaganda de carácter político ou religioso ou de outra natureza que perturbe e ponha em causa o bem estar dos restantes moradores”.

6. Nessa sequência, terá sido elaborado, entre outros, o Regulamento de Condomínio do Empreendimento General Ramalho Eanes, pela GaiaSocial, Empresa Municipal de Habitação (EM) que tem por objecto social o desenvolvimento da habitação social no concelho de Vila Nova de Gaia e a gestão e exploração do parque habitacional, património do município de Vila Nova de Gaia.

7. No art. 5.º, n.º 2, alínea *d*), interdita-se a promoção de reuniões, assim como a propaganda de carácter político ou religioso.

8. Em qualquer um daqueles regulamentos prevê-se ainda que as despesas correntes, necessárias à fruição das partes comuns dos edifícios e ao pagamento de serviços de interesse comum, ficam a cargo dos arrendatários (cfr. art. 14.º, n.º 1, do Regulamento Municipal para o Arrendamento de Habitações Sociais e art. 10.º, n.º 1, do Regulamento de Condomínio do Empreendimento General Ramalho Eanes).

9. Nos termos do art. 40.º do Regime do Arrendamento Urbano (RAU), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro, as despesas correntes necessárias à fruição das partes comuns do edifício e ao pagamento de serviços de interesse comum podem, por acordo entre as partes, ficar a cargo do arrendatário, desde que conste das cláusulas do contrato ou de um aditamento, assinado pelo arrendatário (cfr. art. 41.º do mesmo diploma).

10. De acordo com o art. 1424.º do Código Civil, salvo disposição em contrário, as despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns dos edifícios e ao pagamento de serviços de interesse comum são pagas pelos condóminos (sendo estes, conforme o art. 1420.º, n.º 1, os proprietários das fracções).

§ 3.º — Direito de reunião

11. Na resposta remetida por V. Ex.^a, defendia-se que a limitação ao direito de reunião, prevista no art. 11.º, n.º 2, alínea *d*), do Regulamento Municipal para o Arrendamento de Habitações Sociais, se fundaria na necessidade de salvaguardar o interesse colectivo, com vista a não ser perturbado o

bem-estar e o descanso dos moradores, como aí é explicitado (idêntica menção não consta do art. 5.º, n.º 2, alínea *d*), do Regulamento de Condomínio do Empreendimento General Ramalho Eanes, aqui surgindo uma proibição total e incondicionada).

12. É pacífico, em matéria de direitos, liberdades e garantias, que, para além da possibilidade constitucionalmente admissível do estabelecimento de restrições, desde que por via legislativa e respeitando o regime orgânico e material para tanto previsto na Lei Fundamental, há que proceder a compensações com as posições jurídicas de outros sujeitos, resolvendo reais ou putativos conflitos de direitos.

13. Nessa medida, não é de estranhar que regulamentos de condomínio proíbam actividades que, pela sua natureza, prejudiquem o gozo da habitação, em tudo o que a mesma comporta, convocando uma miríade de posições jurídicas, aos demais cidadãos, em especial àqueles que, compartilhando o mesmo imóvel ou imóveis vizinhos, estão mais directamente em causa.

14. Ora, quer no Regulamento Municipal, quer, mais claramente, no Regulamento de Condomínio que aqui tomei como exemplo, não é aos efeitos danosos do exercício (assim eventualmente abusivo ou excessivo) de um direito que se quer atalhar, mas sim, e claramente, ao próprio direito, independentemente da verificação de tais efeitos danosos.

15. Com efeito, no Regulamento de Condomínio o direito de reunião é proibido, sem mais. No limite, cinco pessoas que se reunam, para debater as próximas eleições presidenciais no apartamento de um deles, poderão consubstanciar uma reunião “ilícita”, a reprimir nos termos do mesmo.

16. Admito que o Regulamento Municipal pode ser interpretado num sentido mais favorável, só proibindo o exercício do direito de reunião quando o seja de modo tal que perturbe ou ponha em causa o bem-estar dos restantes moradores.

17. Se assim é, nota-se uma desconformidade entre a solução jurídica dada por uma e outra norma, em termos que, desde logo, justificariam a modificação do Regulamento de Condomínio.

18. Todavia, ainda que, por hipótese de raciocínio, se justificasse impor a restrição das reuniões de moradores e terceiros nas edificações municipais identificadas, por via regulamentar, jamais seria de contemporizar com

uma proibição absoluta e, por isso mesmo, excessiva, desproporcionada e inconstitucional.

19. Como acima referi, a configuração legal do direito de reunião, porém, não resulta apenas de norma constitucional. Com excepção das reuniões religiosas realizadas em recinto fechado, haverá ainda de ter presente o conteúdo do citado Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de Agosto, que, na concretização daquela norma constitucional e para ponderação entre o direito de reunião e outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, garante a todos o direito de se reunirem pacificamente, em todo e qualquer lugar público, aberto ao público ou particular, sem necessidade de autorização alguma, desde que não se visem fins contrários à lei, à moral, aos direitos das pessoas singulares ou colectivas e à ordem e tranquilidade públicas.

20. Ora, no Regulamento Municipal para o Arrendamento de Habitações Sociais, restringe-se o direito de reunião quando possa pôr em causa o bem-estar dos restantes moradores.

21. O bem-estar não é necessariamente coincidente com a ordem e tranquilidade pública. Aquele é reportado, comumente a um estado subjectivo da pessoa a que diz respeito, nomeadamente a uma sensação física e estado de espírito de contentamento e conforto ou ao conjunto das condições materiais necessárias à comodidade, conforto e segurança de alguém ³⁹.

22. De resto, na própria Constituição o vocábulo é utilizado, mas como tarefa essencial do Estado, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais (cfr. art. 9.º, alínea d)) ou como incumbência prioritária do Estado ao nível social e económico no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável, (cfr. art. 81.º, alínea a)), ou seja, sempre no segundo sentido comum. Não há, no léxico jurídico nacional, qualquer variante semântica.

23. Ora, não contribuindo o direito de reunião para a prossecução deste bem-estar social e económico, deve entender-se que o sentido escolhido

³⁹ Cfr. Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea, Academia das Ciências de Lisboa, I.º Vol. Editorial Verbo, Braga, 2001 e, no mesmo sentido veja-se ANTONIO DE MORAIS SILVA no Novo Dicionário Compacto da Língua Portuguesa, vol. I, Editorial Confluência, 10.ª edição revista, 1987

no Regulamento Municipal para o vocábulo bem-estar, será o da sensação física e estado de espírito de contentamento e conforto.

24. Qualquer um dos dois sentidos está longe do que se entende por ordem e tranquilidade públicas, conceitos estes, eminentemente objectivos, previstos no art. 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de Agosto, ou seja “o conjunto das condições externas necessárias ao regular funcionamento das instituições e ao pleno exercício dos direitos individuais...vale enquanto permite a realização do bem comum aferido pelo equilíbrio entre liberdade e autoridade que é fonte de paz”⁴⁰.

25. Ademais, não pode ancorar-se a restrição do Regulamento de Condomínio no mero receio de que toda e qualquer reunião possa atentar contra a tranquilidade dos condóminos, como é afirmado pela GaiaSocial, EM.

26. A previsão ou prognose de uma reunião tumultuosa ou violenta não pode legitimar a proibição de todas as reuniões, nem tão-pouco constitui motivo de dissolução da reunião, pois os actos de violência praticados por uma minoria de participantes podem ser enfrentados pelas autoridades policiais sem pôr em causa o conteúdo essencial deste direito fundamental⁴¹.

27. Mesmo nos locais públicos, as restrições ao direito de reunião são bastante limitadas, podendo as reuniões ser interrompidas, caso perturbem a ordem e tranquilidade públicas, e nunca proibidas *ab initio*.

28. Quanto às reuniões em edifícios particulares, apenas se impede, no art. 12.º, que tenham lugar para além das 0.30 h, salvo na eventualidade de edifícios desocupados, ou no caso de terem moradores, se forem estes os promotores ou tiverem dado o seu assentimento por escrito.

29. De resto, apenas não é permitida a realização de reuniões com ocupação abusiva de edifícios particulares.

30. E no mais, não se encontram nenhuma outras restrições nem limitações ao exercício do direito de reunião em locais privados.

31. De facto, o direito de reunião em locais privados nem sequer está, ao contrário das reuniões em locais públicos ou abertos ao público, sujeito a

⁴⁰ JORGE MIRANDA, *A Ordem e os Direitos Fundamentais, Perspectiva Constitucional*, Revista da Polícia Portuguesa, n.º 88, Julho/Agosto, p. 5.

⁴¹ Neste sentido, v. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª edição, Revista, Coimbra Editora, 1993.

comunicação prévia às autoridades públicas. Sem se encontrar sujeito a comunicação prévia também não pode, por maioria de razão, ser objecto de proibição.

32. Ora, as limitações ao direito de reunião consagradas, quer no Regulamento Municipal para o Arrendamento de Habitações Sociais, quer nos Regulamentos de Condomínio elaborados pela GaiaSocial, EM, nomeadamente o do Empreendimento General Ramalho Eanes, são tão mais graves porque aplicadas, não às partes comuns dos edifícios particulares, mas às próprias fracções habitacionais dos moradores colidindo-se, deste modo, com a sua esfera da vida privada.

33. Admito que a realização de reuniões nas partes comuns possa estar subtraída à vontade de um dos utentes, devendo caber a gestão das mesmas ao “condomínio”.

34. Já no que toca à habitação de cada um, não vejo motivos para desvalorizar, proibindo-o, o exercício do direito de reunião por motivos religiosos ou políticos, numa intromissão intolerável no que à intimidade de cada utente e ao gozo do seu domicílio respeita.

35. Na verdade, tem de ter-se em consideração que os problemas de ruído são tutelados especificamente pelas normas contidas no Regulamento Geral do Ruído, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 292/2000, de 14 de Novembro. Assim, em face dos mecanismos legais ali previstos, a proibição pura e simples do exercício do direito de reunião como forma de evitar o ruído é excessiva e desnecessária.

36. Normas que previnam e punam comportamentos lesivos dos utentes das habitações sociais são perfeitamente admissíveis, devendo todavia conter na sua previsão, exclusivamente, elementos de conexão com a salvaguarda dos bens jurídicos a proteger, designadamente da vizinhança.

37. Não é o caso de uma proibição de reuniões definidas pelo seu carácter ideológico, seja este de natureza política, religiosa, sindical, desportiva, científica, etc..

§ 4.º — As despesas comuns

1. Questão inteiramente diversa, mas não menos controversa e provavelmente com mais relevância prática, resulta da liquidação obrigatória de

uma quantia, por parte dos arrendatários, a título de despesas correntes necessárias à fruição das partes comuns dos edifícios.

2. Estas despesas, numa relação típica de arrendamento, — cfr. as normas legais acima invocadas — são da responsabilidade do proprietário do imóvel, podendo, no entanto, ficar a cargo do arrendatário (cfr. art. 40.º, do RAU), por acordo entre as partes, reduzido a escrito no contrato de arrendamento, originária ou supervenientemente.

3. Julgo perceber o alcance desta previsão e, pelo menos parcialmente, da mesma não discordo completamente.

4. Assim, para além do óbvio alívio que representa para as finanças municipais, em termos da manutenção do imóvel, uma vertente que creio justificar a título principal esta solução normativa é a necessária responsabilização dos utentes dos espaços habitacionais em causa pela sua conservação e manutenção, propiciando tendencialmente um maior sentimento de pertença e uma menor degradação (inclusivamente pela pressão social exercida sobre o autor de um dano por parte dos demais utentes do espaço).

5. Se a aplicação lata deste princípio do utilizador-pagador não repugna nesta relação, que, recorde-se, não é a de um arrendamento habitacional normal, mas sim de ocupação onerosa de bens públicos por parte de cidadãos carenciados e por causa dessa carência, devo frisar que esta mesma necessidade deve servir de limite a essa responsabilização, especialmente quando são despesas correntes e normais de conservação e manutenção que estão em causa, e não despesas decorrentes de actos dolosos ou negligentes.

6. Assim, sem prejuízo da responsabilização civil dos causadores de danos culposos, nos termos gerais, não vejo motivo, bem pelo contrário, para excluir as despesas de conservação da lógica social que impera na relação estabelecida entre o município e munícipe.

7. Se, nos termos regulamentares, a renda devida pela ocupação de certo fogo varia de acordo com as características sócio-económicas do agregado familiar, parece-me fortemente injusto que, tratando-se ainda do apoio no acesso à habitação, se exclua da mesma lógica de formação do preço de esforço do munícipe a contrapartida pelas despesas decorrentes da fruição do imóvel, ou seja, as havidas na manutenção e conservação.

8. Assim, constituindo a medida do esforço do munícipe no pagamento das suas necessidades habitacionais, nos termos regulamentares, a soma de duas parcelas, não é conforme com a finalidade social desta activi-

dade municipal que só uma delas seja variável, reduzindo o impacto da variabilidade das condições económicas de cada arrendatário, tanto mais quanto maior seja o peso relativo da parcela que hoje é fixa, para as despesas de conservação e manutenção dos espaços comuns.

9. Mantendo o princípio que devem tais despesas, tendencialmente, estar a cargo dos utentes dos espaços em causa, creio bastante mais justo e adequado às funções que justificam o investimento público em habitação social que a mesma variabilidade, hoje estabelecida para as rendas, seja aplicável à totalidade das despesas com a habitação, designadamente aquelas aqui em causa.

10. Assim, no que aqui proponho, caberia ao município participar, de acordo com as mesmas regras que aplica na formação da renda concreta de cada fogo, nas despesas havidas com as partes comuns, apoiando mais aqueles que mais precisam, de acordo com a avaliação feita pelos serviços competentes e assim obtendo uma igualdade real mais perfeita entre todos.

§ 5.º — Conclusões

De acordo com as motivações expostas, e no exercício dos poderes que me são conferidos pelo art. 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

à Assembleia Municipal presidida por V. Ex.ª:

1. a alteração da redacção do art. 11.º, n.º 2, do Regulamento Municipal para o Arrendamento de Habitações Sociais, omitindo-se a referência às finalidades do exercício do direito de reunião, sem prejuízo do estabelecimento de cláusulas impeditivas da lesão dos direitos e interesses legítimos da vizinhança;

2. a substituição do disposto no art. 14.º daquele Regulamento que prevê, unilateralmente, a obrigatoriedade dos arrendatários suportarem os encargos de fruição das partes comuns, por um sistema que divida os mesmos

entre os arrendatários e o município, de acordo com regras similares que já hoje presidem à quantificação em concreto da renda;

3. a adopção das medidas necessárias junto da GaiaSocial, Empresa Municipal de Habitação, para a adequação dos regulamentos de condomínio das habitações sociais, designadamente do Empreendimento General Ramalho Eanes, às alterações indicadas anteriormente.

Queira V. Ex.^a, em cumprimento do dever consagrado no art. 38.º, n.º 2, do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, dignar-se informar sobre a sequência que o assunto venha a merecer.

Aguarda resposta.

2.1.3. Processos anotados

A — Urbanismo e habitação

R-3028/02

Assessora: Isabel Canto

Assunto: Urbanismo — edificação — desconformidade entre prescrições constantes de alvará de loteamento e licenças de construção — números de pisos e área de construção.

Objecto: Questiona-se a validade de actos de licenciamento de construções, por oposição às prescrições contidas na licença de loteamento que lhes antecedeu, por indiciado desrespeito dos limites estabelecidos quanto ao número de pisos e áreas de construção.

Decisão: Foi determinado o arquivamento do processo, por ter a Câmara Municipal de Sintra aderido aos argumentos do Provedor de Justiça, quanto à necessidade da reintegração da legalidade urbanística, por via da alteração das prescrições do alvará de loteamento, recorrendo-se, para o efeito, ao procedimento estabelecido no art. 27.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro (Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação — RJUE).

Síntese:

1. Veio requerida a intervenção do Provedor de Justiça, por indiciada desconformidade entre as imposições constantes de alvará de loteamento, e as licenças de construção que titularam as obras de edificação promovidas em dois dos lotes que resultaram daquela operação urbanística.

2. Chamada a Câmara Municipal de Sintra a pronunciar-se quanto aos fundamentos da reclamação, veio sustentar a validade das licenças de construção postas em crise, defendendo a sua conformidade com as prescrições



contidas no alvará de loteamento, porque considerava de desprezar o número de pisos a construir abaixo da cota de soleira, e a área respectiva.

3. Entendeu o Provedor de Justiça, na esteira do que tem vindo a ser defendido pela moderna doutrina urbanística, que as vantagens de ordenamento construtivo que a solução de estacionamento em cave apresenta, aconselha a exclusão, para o computo do número de pisos e para o cálculo da área de construção, do edificado abaixo da cota de soleira, quando destinado a estacionamento, *maxime* nos casos, como o em apreço, em que este critério é sufragado por plano municipal de ordenamento do território.

4. Já assim não será, quando para o edificado em cave se prevê utilização diversa do estacionamento.

5. Era esta última, a situação detectada num dos lotes, pelo que se entendeu de considerar, para os efeitos que aqui importavam, o edificado em cave.

6. No outro lote, constatou-se que, mesmo desprezando a área construída em cave na parte destinada a estacionamento, se mostravam ultrapassados os limites admitidos pelo alvará de loteamento, mas em valor que se continha na variação de 3% a que alude o art. 27.º, n.º 8, do RJUE.

7. Confrontada a Câmara Municipal de Sintra com as conclusões alcançadas, comunicou ter sido dado início ao procedimento previsto no art. 27.º do RJUE, com vista à alteração da disciplina contida no alvará de loteamento, provendo, assim, à reintegração da legalidade urbanística.

R-895/04
Assessor: Miguel Feldmann

Assunto: Urbanismo — edificação — taxas.

Objecto: Obras de construção — zona de intervenção da EXPO 98 — utilização — emissão de licença — taxa municipal pela realização de infra-estruturas urbanísticas (TRIUI)

Decisão: A Câmara Municipal de Lisboa assumiu a gestão urbanística da Zona de Intervenção da EXPO 98 e acordou na compensação dos montantes devidos à PARQUE EXPO SA através da extinção da dívida da taxa por realização de infra-estruturas urbanísticas. Relativamente à pretensão da queixosa — ver deferida a licença de utilização para um salão de cabeleireiro — o município de Lisboa solici-

tou à sociedade construtora da edificação os elementos necessários à regularização das alterações efectuadas no curso da obra, o que vinha impedindo a emissão da licença de utilização.

Síntese:

1. O pedido de intervenção do Provedor de Justiça com base no qual se organizou presente processo, foi apresentado pela arrendatária de uma fracção destinada à instalação de um cabeleireiro, em edifício sito na Zona de Intervenção da EXPO 98.

2. Conforme exposto, requerida a emissão de licença de utilização à Câmara Municipal de Lisboa, o pedido fora indeferido com fundamento na falta de pagamento da taxa por reforço de infra-estruturas urbanísticas (TRIU).

3. Tal circunstância era contestada pela reclamante, porquanto a TRIU teria sido paga pela sociedade construtora do prédio à Parque Expo S.A, em momento anterior à emissão da licença de construção.

4. Promovida a pronúncia do Director Municipal de Gestão Urbanística da Câmara Municipal de Lisboa para que esclarecesse a questão reclamada, este prestou informações, de acordo com as quais o indeferimento se motivara na falta de alvará de licença de utilização e não na ausência de pagamento da TRIU.

5. Acrescentava que, embora tivessem sido executadas alterações no interior da fracção, estas mostravam-se susceptíveis de dispensa de licenciamento, nos termos do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro.

6. Atento o teor desta resposta, promoveu-se a audição da Vereadora responsável pelo pelouro do urbanismo.

7. Isto, por não se compreender em que medida um pedido de licença de utilização, no caso, formulado ao abrigo do regime do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, aplicável aos cabeleireiros e gabinetes de estética (Portaria n.º 33/2000, de 28 de Janeiro), poderia ser recusado precisamente com fundamento na ausência de licença de utilização.

8. Em resposta, foi esclarecido o seguinte:

- a) a licença de utilização relativa ao edifício não fora emitida por ter sido verificada a existência de desconformidades com o projecto de arquitectura aprovado;

- b) a gestão urbanística da área correspondente ao Plano de Urbanização da Zona de Intervenção da EXPO 98, encontrava-se anteriormente cometida à Parque Expo SA, sociedade a que tinham sido conferidos poderes especiais no âmbito do planeamento urbano;
- c) porém, desde 01.01.2005, que a gestão dessa área fora transferida para o município de Lisboa, nos termos de acordo celebrado com a Parque Expo SA, aprovado pela deliberação n.º 37/AM/2005, publicada no Boletim Municipal de 17 de Março;
- d) o acordo regulou os termos da intervenção municipal na zona e estabeleceu a compensação dos montantes devidos pelo município por meio da extinção da dívida da TRIU;
- e) posteriormente a Câmara Municipal de Lisboa solicitou à construtora do edifício em causa, a entrega do livro de obra e de outros elementos, com vista à regularização do processo de obras;
- f) regularizadas as alterações no edifício, a autarquia iria proceder à notificação da queixosa para requerer a licença de utilização do estabelecimento.

9. Mais se verificou que a falta de título adequado não impedia a autarquia de assumir uma posição de tolerância perante o funcionamento do estabelecimento da reclamante.

10. Tendo a Câmara Municipal de Lisboa tomado medidas com vista ao licenciamento da utilização do edifício, bem como da fracção em causa, e não se encontrando a queixosa impedida de prosseguir a sua actividade, foi determinado o arquivamento do processo (art. 31.º, alínea c), do Estatuto do Provedor de Justiça).

R-2167/05
Assessora: Carla Vicente

Assunto: Urbanismo — edificação — taxas.

Objecto: Obras clandestinas — taxas urbanísticas — legalização — agravamento — sanção — imposto.

Decisão: A Câmara Municipal da Amadora reconheceu a ilegalidade das normas regulamentares que determinavam o agravamento e tomou

a iniciativa de alterar o Regulamento Municipal de Taxas e Licenças, de modo a abolir o tratamento diferenciado entre licenciamento e legalização.

Síntese:

1. Foi requerida a intervenção do Provedor de Justiça contestando o agravamento das taxas devidas pela licença de construção, na sequência do processo de legalização das obras ilegais (cfr. arts. 5.º e 6.º do Regulamento Municipal de Taxas e Licenças da Administração Urbanística).

2. Interpelada sobre o assunto, a Câmara Municipal da Amadora afirmou que pretende promover a alteração do Regulamento Municipal de Taxas e Licenças da Administração Pública, eliminando o agravamento de taxas pela legalização de obras, em sintonia com a posição adoptada por este órgão do Estado e que justificara anteriores recomendações a outras câmaras municipais e que foram, por sua vez, também acatadas.

3. Nestes termos, porque não se justifica uma ulterior intervenção deste órgão do Estado, encontrando-se devidamente encaminhado o assunto na Câmara Municipal, foi determinado o arquivamento do processo referenciado em epígrafe, ao abrigo do art. 31.º, alínea c), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

B — Ambiente e recursos naturais

R-654/02

Assessora: Maria Ravara

Assunto: Ambiente — saúde pública — campos electromagnéticos — exposição — antena da rede de telecomunicações móveis — edifício escolar — princípio da precaução ambiental.

Objecto: Objectava-se à cedência pelo Estado da ocupação de um logradouro de um edifício escolar público para instalação de equipamento afecto à prestação de serviços de telecomunicações, considerando o princípio da precaução contra riscos eventuais de

exposição aos campos electromagnéticos de populações especialmente vulneráveis, como crianças e jovens.

Decisão: Veio a Direcção-Geral do Património a notificar a Vodafone a proceder à desocupação do recinto escolar, adoptando posição convergente com os interesses dos moradores.

Síntese:

1. Foi pedida a intervenção do Provedor de Justiça a respeito da instalação de uma estação de radiocomunicações, afecta ao serviço móvel terrestre prestado pela Telecel-Comunicações Pessoais, S.A, no logradouro da Escola Secundária D. João de Castro.

2. Em particular, invocaram os queixosos que, no ano de 1997, a Direcção-Geral do Património do Estado autorizou a ocupação, a título precário, do logradouro pela Telecel-Comunicações Pessoais, S.A. No mesmo ano, foi celebrado um protocolo entre a Escola Secundária D. João de Castro e aquela operadora, nos termos do qual a Escola se comprometeu a facultar o livre acesso ao terreno, para montagem, reparação ou modificação da estação telefónica celular, auferindo, como contrapartida da manutenção do logradouro, uma compensação financeira.

3. Opuseram-se à localização da mencionada estação, com fundamento nos potenciais riscos para a saúde pública.

4. No âmbito da instrução do respectivo processo, pedimos explicações às pertinentes autoridades administrativas, designadamente à Direcção-Geral do Património, à Direcção-Geral da Saúde e à Direcção Regional de Educação de Lisboa, afim de saber, em suma, das motivações que determinaram a cedência do logradouro à operadora de telecomunicações, da posição sobre a matéria adoptada e da disponibilidade em determinar a remoção do equipamento reclamado.

Isto, por nos parecer que a instalação de antenas de rede de comunicações móveis em edifícios públicos não corresponde à prossecução de nenhum interesse público. Por outro lado, aconselham o princípio da precaução e deveres de prudência que, existindo dúvidas sobre a não inocuidade da exposição da população escolar aos campos electromagnéticos, fossem desactivadas as instalações de apoio ao serviço de telecomunicações móveis sitas em edifícios públicos escolares.

5. Apurámos ter sido constituído um grupo de trabalho interministerial, pelo Despacho Conjunto n.º 8/2002, de 27 de Janeiro, (publicado in DR, II Série, n.º 5, de 7.01.2002), incumbido de estudar o assunto, propondo um quadro de restrições básicas e níveis de referência adequados, para protecção da população, em matéria de exposição aos campos electromagnéticos. A adopção de medidas, em concreto, foi condicionada à conclusão dos trabalhos da citada comissão.

Por via do Decreto-Lei n.º 11/2003, de 18 de Janeiro, o legislador regulou a autorização municipal inerente à instalação e funcionamento das infra-estruturas de suporte das estações de radiocomunicações e respectivos acessórios. Do mesmo passo, dispôs deverem ser publicados, por portaria, no prazo de noventa dias, os níveis de referência para efeitos de avaliação da exposição a campos electromagnéticos. Confiou à Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM), a definição dos procedimentos de monitorização e medição dos níveis de intensidade dos campos electromagnéticos, com origem em estações de radiocomunicações (cfr. art. 11.º).

Na falta de publicitação daqueles níveis no prazo previsto, a prática administrativa veio a adoptar como critério a Recomendação do Conselho n.º 1999/519/CE, de 12 de Julho, onde se apontam valores limite na exposição das populações.

6. Após porfiadas diligências, foi-nos comunicado que o grupo de trabalho interministerial supra mencionado cessou funções em Abril de 2003, encetando-se, subsequentemente, o procedimento legislativo para definição dos parâmetros previstos no citado art. 11.º.

7. Por fim, veio a ser publicada a Portaria n.º 1412/2004, de 23 de Novembro, que consagrou na ordem jurídica nacional os limiares de referência da recomendação europeia.

8. Através da circular informativa n.º 68/DAS, de 27.12.2004, a Direcção-Geral de Saúde veio esclarecer que *“de um modo geral, os níveis de exposição do público às radiações provenientes das estações base são muito inferiores aos níveis de referência constantes da Recomendação do Conselho n.º 1999/519/CE, adoptados em Portugal através da Portaria n.º 1421/2004, de 23 de Novembro, sendo considerados insignificantes quando comparados com a exposição aos próprios telemóveis. Estes níveis são inferiores*

aos que estão associados ao funcionamento de estações de radiodifusão sonora”.

Considera a Direcção-Geral de Saúde que, *“face aos conhecimentos científicos actuais e aos resultados dos inúmeros estudos epidemiológicos desenvolvidos, não existe perigo para a saúde das populações (incluindo sub-grupos com maior vulnerabilidade, como idosos, grávidas e crianças) que habitam nas proximidades das estações base, onde os níveis de exposição atingem somente uma pequena fracção dos valores recomendados”* (www.dgsaude.pt).

9. De novo inquirimos a Direcção-Geral do Património, tendo em conta que esta entidade nos manifestara anteriormente a intenção de não proceder à renovação de qualquer contrato, ao abrigo do qual fora viabilizada a instalação de antenas de telecomunicações em recintos escolares.

Procurámos persuadir a que fosse determinada a cessação da ocupação dos recintos de estabelecimentos de ensino, compreendidos no domínio privado do Estado e afectos à prestação de serviços de telecomunicações.

Expusemos não constituírem as operadoras de telecomunicações concessionárias de serviço público, já que desenvolvem a sua actividade ao abrigo de uma mera licença. Como tal, a cessação do uso daqueles bens do Estado, cedidos a título de arrendamento ou outra forma de cedência precária, pode ter lugar antes do termo contratual, mediante a invocação da conveniência para o interesse público, não dando lugar ao pagamento de qualquer compensação pecuniária (arts. 1.º, 5.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 23.465, de 18 de Janeiro de 1934).

10. Em resposta, foi-nos transmitido que a Vodafone foi notificada a proceder ao levantamento de todo o equipamento instalado no edifício da Escola Secundária ... até 15.05.2005. Nada tendo a notificada providenciado para cumprimento da intimação, foi-lhe concedido, por via de comunicação de 28.06.2005, um novo prazo de 60 dias para desocupação voluntária, sob pena de execução coactiva da ordem de despejo.

11. Prestados estes esclarecimentos, foi determinado o arquivamento do processo, ao abrigo do art. 31.º, alínea c), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

R-3069/03

Assessora: Cristina Sá Costa

Assunto: Ambiente — floresta.

Objecto: Espaço público — classificação de árvores — procedimento — demora.

Decisão: Determinou-se o arquivamento do processo por o procedimento de classificação em questão ter vindo a conhecer um desenvolvimento significativo, por impulso da Provedoria de Justiça.

Síntese:

1. Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça junto da DGRF, por motivo de atraso na conclusão dos processos de classificação de árvores da cidade do Porto, promovidos, em Agosto de 2000.

2. Reclamava-se de, não obstante o trabalho de campo ter terminado em 2001/2, em 2003 ainda não ter sido proferida decisão final nos referidos processos.

3. E referia-se que, desde o início do processo, se haviam perdido alguns exemplares cuja classificação havia sido requerida.

4. Procedeu-se à audição da DGRF que confirmou não estar concluída a apreciação dos pedidos de classificação de árvores em causa.

5. A Provedoria de Justiça passou a acompanhar tais processos. Desde então, o procedimento em causa sofreu um impulso significativo, verificando-se a conclusão do procedimento referente a alguns dos exemplares susceptíveis de receberem a classificação pretendida, pelo que se determinou o arquivamento deste processo.

R-3490/04

Assessores: José Luís Cunha

Isabel Pinto

Assunto: Ambiente — saúde pública.

Objecto: Resíduos sólidos urbanos — fogo habitacional — saúde mental.

Decisão: O processo pôde ser arquivado, nos termos do art. 31.º, n.º 1, alínea c), do Estatuto do Provedor de Justiça, depois de obtida uma solução coordenada entre os serviços municipais e as autoridades de saúde.

Síntese:

Foi apresentada ao Provedor de Justiça uma queixa contra a omissão, por parte da Câmara Municipal de Lisboa e da Autoridade de Saúde, de medidas adequadas para a correcção de uma situação de insalubridade.

A situação de insalubridade ficaria a dever-se ao comportamento de um agregado familiar composto por um casal de idosos e um filho de 36 anos de idade, com perturbações mentais, que se dedicavam à recolha de lixo da via pública, vazando contentores, escondendo lixo junto aos carros estacionados para evitar a sua remoção pelos serviços de limpeza urbana, acumulando todos os resíduos que entendiam recolher na casa de que são proprietários.

Estas pessoas recusavam submeter-se a tratamento, resistindo a todas as tentativas de limpeza do imóvel e, mesmo, de apoio social.

Apenas esporadicamente era possível, com a colaboração de um familiar próximo, realizar uma operação de limpeza, mas o problema rapidamente ressurgia.

Esta situação mostrava-se gravemente lesiva para os restantes moradores do edifício, dados os maus cheiros, as infestações e, mesmo, situações de incêndio, para além de distúrbios relacionados com o comportamento dos seus vizinhos.

Numa primeira fase da instrução deste processo — em que a situação do agregado familiar era ainda pouco conhecida — o problema foi abordado sob a perspectiva da higiene e limpeza urbana, através da audição da Câmara Municipal de Lisboa e da Autoridade de Saúde.

Posteriormente, verificando-se a complexidade da situação psico-social das pessoas envolvidas e a grande dificuldade — para além da escassa utilidade — da realização de acções de limpeza por parte dos serviços camarários ou da Autoridade de Saúde, foi promovida uma reunião entre as diversas entidades envolvidas neste problema (a Autoridade de Saúde, a Câmara Municipal de Lisboa, a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa) e um familiar dos reclamados, que tem auxiliado no contacto entre estes e as entidades públicas.

Na reunião, foram equacionadas as vias de actuação em presença, ponderando-se o seguinte:

- A realização imediata de uma operação de limpeza coerciva, à qual foram objectadas a falta de acordo dos próprios e a escassa efectividade, enquanto não fosse adoptada uma solução de fundo. Considerou-se, por isso, preferível realizar esta operação no quadro do realojamento dos moradores ou, pelo menos, de uma ausência temporária;
- O internamento compulsivo (pelo menos, do filho menor, visivelmente mais afectado por perturbações mentais e principal promotor da actividade de recolha de lixo), que, embora prevista no art. 12.º da Lei de Saúde Mental (Lei n.º 36/98, de 24 de Julho), mereceu objecções por parte da Autoridade de Saúde, por não considerar procedente nem viável tal medida, e do familiar dos reclamados, que receia pela dignidade e mesmo pela própria sobrevivência dos seus familiares, muito ligados entre si;
- O realojamento voluntário do agregado — de acordo com a proposta apresentada pelo familiar dos reclamados — em lar da Santa Casa da Misericórdia de Pampilhosa da Serra, região de onde são provenientes e onde mantêm laços familiares. No entanto, seria necessário aguardar por vaga nesse estabelecimento.

As entidades envolvidas optaram por tentar concretizar esta proposta de solução, tendo presente a circunstância de a reclamada [entretanto vítima de queimaduras graves] se encontrar internada no Hospital de S. José, conferindo tempo para convalescer e para se obter uma vaga no Lar de Pampilhosa da Serra, onde se juntariam posteriormente os seus parentes.

Assim, ficou acordado o seguinte:

- A Santa Casa da Misericórdia procuraria, através da assistente social junto do Hospital de S. José, que a alta clínica fosse retardada até à transferência para local adequado, dada a falta de salubridade da sua casa;
- O familiar dos reclamados intercederia junto da Santa Casa da Misericórdia de Pampilhosa da Serra, para obtenção de vaga. Tal diligência poderia ser secundada pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa e contaria, se necessário, com o Relatório de Saúde elaborado pela Autoridade de Saúde;

- Eventuais necessidades de alimentação ou apoio domiciliário, enquanto os restantes membros do agregado habitarem a casa actual, poderiam ser providas pela Santa Casa da Misericórdia ou através do recurso ao Banco de Voluntariado dos Serviços de Apoio Social da Câmara Municipal de Lisboa;
- Quando os habitantes deixassem a casa, seria realizada uma limpeza do local, com a presença do familiar dos reclamados, que se encarregaria de acautelar pela preservação dos bens dos seus familiares.

Para o efeito, os intervenientes deixaram o seu contacto directo, prometendo empenhar-se na resolução efectiva do problema

Foi ainda recordado aos intervenientes, que:

- Fora das vinculações normativamente estabelecidas, não é competência do Provedor de Justiça determinar as actuações concretas de cada uma das entidades nem, muito menos, intervir na composição de situações jurídicas de direito privado;
- A intervenção do Provedor de Justiça visaria, neste caso, promover a actuação das entidades envolvidas, facilitando a comunicação e coordenação entre elas, sem prejuízo do dever de insistir, quando seja o caso, pela adopção das medidas que se mostrem legalmente devidas;
- O problema da falta de capacidade dos reclamados para gerirem adequadamente as suas pessoas e património (o que pode dificultar a celebração dos negócios jurídicos necessários para o realojamento do agregado) encontra resposta no instituto da tutela, previsto nos arts. 138.º e seguintes do Código Civil;
- Caso a via de solução voluntária adoptada não viesse a obter os resultados esperados, não deveria deixar de ser equacionado o exercício dos poderes legalmente previstos para estas situações.

Na sequência de contactos telefónicos posteriormente efectuados, junto da Santa Casa da Misericórdia e do familiar dos reclamados, viria a apurar-se que:

- Estava previsto que o internamento hospitalar da mulher se prolongasse por mais cerca de quinze dias, para início de fisioterapia;

- Encontravam-se, igualmente, assegurados alojamentos para todo o agregado, no lar de Pampilhosa da Serra;
- Teria ficado acertado com o Hospital de S. José que, no momento da alta clínica, a mulher seria transportada de ambulância, directamente, para o lar de Pampilhosa da Serra;
- O marido e o filho seriam transportados de seguida para o mesmo lar, para se juntarem à mulher, sendo-lhes assegurada assistência médica adequada no local;
- Após a partida do agregado, proceder-se-ia à limpeza da casa, conforme estabelecido.

As perspectivas de concretização da solução preconizada vieram a confirmar-se, tendo todo o agregado sido transferido para o Lar da Santa Casa da Misericórdia de Pampilhosa da Serra, onde podem contar com a assistência adequada à sua situação. É, por isso, quase nula a probabilidade de retomarem a sua vivência anterior.

Igualmente contactada, a reclamante viria a confirmar esta situação, pondo fim a vários anos de insalubridade no edifício.

Obtida uma solução de raiz para o problema, tornou-se desnecessária a ponderação das vias de actuação coactiva previstas na lei, assegurando-se a reposição da salubridade do edifício no quadro de uma solução mais adequada e mais humana.

Por estas razões, foi determinado o arquivamento deste processo de reclamação, ao abrigo do art. 31.º, alínea c), do Estatuto do Provedor de Justiça.

C — Ordenamento do território

R-4748/97

Assessora: Maria Ravara

Assunto: Ordenamento do território — orla costeira — Reserva Ecológica Nacional.

Objecto: Oposição ao licenciamento municipal de obras levadas a cabo em terreno de falésia, distando menos de 500 metros de linha de

água/desconformidade entre o Regulamento do Plano Director Municipal e o regime de protecção de orla costeira e do regime REN.

Decisão: Apreciados os elementos coligidos no âmbito da instrução, concluiu-se pela invalidade dos actos administrativos que deferiram os pedidos de licenciamento das construções e pela nulidade das normas do Regulamento do Plano Director Municipal de Torres Vedras que viabilizam a construção em área REN e de orla costeira, nos termos e com os fundamentos explanados no parecer cujo teor se reproduz.

Síntese:

Como tal, considerando que apenas a pronta intervenção do Ministério Público permitirá a reintegração da legalidade infringida e, destarte, a defesa dos interesses públicos preteridos — seja por via da impugnação contenciosa das pertinentes normas regulamentares do PDM de Torres Vedras, seja pela impugnação contenciosa dos actos de licenciamento das operações urbanísticas — foi elaborada a pertinente participação aos serviços do Ministério Público.

I — A queixa

1. O presente processo foi organizado para apreciação de uma queixa tendo por objecto a construção de dois edifícios, na R. da Praia do Amanhã, em Santa Cruz, na freguesia de A-dos-Cunhados, no concelho de Torres Vedras.

2. Tais construções foram licenciadas pela Câmara Municipal de Torres Vedras, ao abrigo dos alvarás n.ºs 1236 e 1237 de 1997, emitidos nos processos n.º 929/91 e 930/91, opondo-se a Comissão de Moradores da Praia do Amanhã à execução das obras, em razão da localização das moradias sobre a falésia, em zona arenosa, falésia essa que distaria menos de 500 m da linha das águas do mar e à batimétrica de 27.6m.

3. Invocaram os moradores anteriores pareceres desfavoráveis, nomeadamente da CCRLVT que, em 21.08.1991 considerou não ser de aprovar a ocupação, dada a necessidade de garantir maiores afastamentos ao rebordo da escarpa. Sustentaram que os licenciamentos desrespeitariam o pre-

ceituado no art. 72.º, n.º 4, n.º 5 e n.º 6 do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, por se integrar o terreno em área sujeita ao regime transitório da REN. A aprovação do projecto de arquitectura dataria de 18.12.1995.

4. Opuseram, também, que não fora aprovado um projecto similar, em terreno vizinho, ainda que em plano mais elevado e guardando maior distância da areia.

5. Afirmavam que as escavações efectuadas em cima da praia balneária teriam dado azo a movimentos de terras, com fuga para as arribas e a um enorme buraco na via pública.

6. Por fim, alegaram que fora determinado o embargo da obra por parte do Departamento do Ministério do Ambiente para a zona Oeste, sem que o mesmo fosse respeitado.

7. Juntaram películas fotográficas dando conta da precisa localização das obras e do seu estado e das aludidas movimentações de terras e cratera na via pública.

8. Do mesmo passo, juntaram os moradores informação camarária da qual se infere, designadamente, o seguinte:

Se bem que à data da apresentação dos projectos, o local de implantação se encontrasse compreendido no regime transitório da reserva ecológica nacional, aquando da delimitação da REN o local foi excluído por se aplicar o disposto no art.4.º, n.º 2, al. a) do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março, isto conforme entendimento da CCRLVT e da equipa do PDM de Torres Vedras.

9. Trata-se de área inserida na área social existente da Praia do Amanhã, de acordo com a base de ordenamento V8 L6 do Plano Director Municipal de Torres Vedras.

10. Nos termos de informação de 02/05/1991: “A zona em causa situa-se na REN (regime transitório), pelo que está sujeita a aprovação da CCRLVT (...). Estando em curso a delimitação dos perímetros urbanos e uma vez elaborada a carta do regime definitivo da REN, poderá ser ponderada posteriormente a viabilidade de construção no local. “

11. A CCRLVT emitiu parecer desfavorável em 03.09.1991, ao que se seguiu acto de indeferimento camarário. O novo requerimento apresentado em Outubro de 1991, faz referência ao facto de os lotes se encontrarem registados na Conservatória do Registo Predial desde 1968, tendo estado a pagamento a licença referente ao processo 2427/83, atinente a moradia para o local. Subsequentemente, foi emitido novo parecer desfavorável pela Comissão

Nacional da REN, onde se comunica que se impõe aguardar a definição do perímetro da REN no seu regime definitivo e a sua regulamentação respectiva. Em 16.12.1991, foi proferido despacho de indeferimento relativo à exposição de 01.10.1991.

12. Novo pedido seria formulado em 05.03.1993. Viria a ser auscultada a equipa do PDM que informou ser aplicável a excepção prevista no art. 4.º, n.º 2, al. a) do Decreto-Lei n.º 93/90.

Em 04.01.1995, o executivo considerou muito problemática a construção no local dada a proximidade das arribas e a natural erosão, sendo por isso um local de alta sensibilidade. Deliberou exigir a apresentação de uma planta de implantação devidamente cotada efectuada sobre levantamento topográfico actualizado, com vista à análise definitiva da questão.

13. Em 27.03.1995, a Câmara deliberou notificar o requerente para alterar o projecto, dada a sensibilidade do local. Em 17.10.1995 o projecto reformulado foi julgado “*mais incaracterístico*”. Em 18.12.1995 aquele órgão deliberou deverem ser apresentados (a) peças desenhadas correspondentes a uma nova implantação em que “mantendo a profundidade do lote, diste seis metros e meio das paredes poente dos lotes a nascente” (b) projecto de drenagem de águas pluviais e de consolidação das arribas com coberto vegetal para evitar a erosão.

14. Recebida reclamação sobre a construção projectada, a Câmara informou que o PDMTV prevê área urbanizável na parcela fronteira à do reclamante, existindo antecedentes sobre a construção nos serviços da DOPU e anterior projecto aprovado em 1982.

II — Audição das autoridades administrativas

(A)

Posição da Câmara Municipal de Torres Vedras

15. Ouvida formalmente a Câmara Municipal, esta viria a pronunciar-se por via de ofício de 24.03.1998, relevando, no essencial,:

16. As construções foram efectivamente licenciadas. Assim, os pedidos de licenciamento foram deferidos em 18.12.1995. Os pertinentes alvarás de licença de construção foram emitidos no ano de 1997 (alvarás n.ºs 1236 e 1237). O local estaria integrado no regime transitório da REN não fora ter

sido integrado em área urbanizável pelo PDM. A carta da REN é uma das peças desenhadas do PDM, plano este que foi publicado em 30.11.1995, não estando as construções incluídas naquela reserva. O PDM classifica a área em causa como Espaço Urbanizável.

17. A distância entre as construções e a linha que limita as águas do mar é de aproximadamente 130 metros.

18. Mostra-se assegurado, no entendimento camarário, o respeito pela disciplina prevista para a ocupação das zonas terrestres de protecção no art.12.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 309/93, de 2 de Setembro, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 218/94, de 20 de Agosto, designadamente pelos princípios estabelecidos no anexo II, cuja aplicabilidade adviria da ausência de aprovação de Plano de Ordenamento da Orla Costeira.

Dispõe o mencionado art. 12.º, n.º 2, deverem as edificações permanecer, tanto quanto possível, afastadas da linha da costa. O desenvolvimento das edificações ao longo da costa deve ser evitado. As novas ocupações de solo devem localizar-se preferencialmente nos aglomerados existentes. A ocupação urbana próxima do litoral deve ser desenvolvida preferencialmente em forma de cunha.

A Câmara Municipal sustenta que, na situação em apreço, estas regras se mostram observadas já que: a lei não define um afastamento mínimo da linha da costa e que as edificações poderão desenvolver-se ao longo da costa se o Plano Director Municipal assim o viabilizar, qualificando a área como perímetro urbano; o Plano Director Municipal inclui a área em causa em espaço urbanizável; a rua em questão desenvolve-se em forma de cunha, contemplando maior número de moradias no lado interior e menos — apenas duas — no lado exterior (litoral).

19. Desconhece a Câmara Municipal qualquer ordem de embargo dimanada dos serviços do Ministério do Ambiente.

(B)

Posição da Direcção Regional do Ambiente e de Lisboa e Vale do Tejo

20. Sobre a matéria, esclareceu-nos a DRAOT-LVT, por ofício de 06.08.1998, que a Câmara Municipal de Torres Vedras solicitou parecer à DRA-LVT que se pronunciou em sentido desfavorável.

21. A Carta da REN foi aprovada pela Comissão Nacional da REN em 29.03.1995, com inclusão da localização das duas moradias na área construída.

Da análise da carta REN e do PDM, verifica-se que a área se encontra abrangida pelo perímetro urbano de Penafirme, figurando como espaço urbano.

22. As DRA não emitem parecer sobre as construções situadas na faixa terrestre de protecção dos 500m quando exista PDM em vigor (cfr. art. 12.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 309/93, de 2 de Setembro).

23. Passa a reproduzir-se pelo especial interesse de que se reveste, o teor de ofício dirigido ao Chefe de Gabinete do Secretário de Estado, de 27.01.1998:

“A DRA-LVT concorda e confirma no essencial o exposto pela Comissão de Moradores da Praia do Amanhã.

Designadamente, reitera-se o exposto na informação da DRA-LVT n.º .../DEC/94, de 28.10.94, nos termos da qual se considerou que a área de implantação das vivendas de que a comissão de moradores se queixa não deveria ser excluída da REN. Mas o facto é que o foi, tendo sido legalizada a construção daquelas, mediante a incorrecta exclusão da área da sua implantação da REN do concelho de Torres Vedras.

O Estado criou assim expectativas legalmente protegidas aos proprietários que viram premiados os seus esforços no sentido de obterem uma aprovação administrativa, nos termos legais, de uma proposta de construção que ofende objectivamente as premissas legalmente determinadas para a protecção pelo Estado das áreas do território nacional que são ecologicamente sensíveis. Nestes termos parece restar ao Estado uma das seguintes alternativas:

- Aceitar as circunstâncias existentes e permitir que os proprietários das construções delas usufruam, contra o que pede a comissão de moradores, cujas razões são indesmentíveis, mas não possuem protecção legal bastante, contra os direitos da construção entretanto obtidos pelos proprietários das vivendas.

- Não aceitar as circunstâncias existentes, alterando-as mediante expropriação e assumindo a correcção do seu erro, com as consequências indemnizatórias que daí advierem”.

24. Do teor de informação técnica da DRA-LVT de 11.01.1994 releva que em 1991 a CCR-LVT comunicou à Câmara Municipal não autorizar as edificações a poente da estrada actual. No local encontram-se algumas moradias que cumprem os afastamentos mínimos ou foram autorizadas ao abrigo de legislação anterior.

“A localização proposta encontra-se a menos de 200 metros do rebordo superior da arriba (respectivamente a 10 e 30 metros) sendo por isso abrangida quer pelo regime transitório quer pelo regime definitivo da REN. A inexistência de vegetação e o tipo de material existente no local acelera significativamente a erosão das arribas que neste momento apresentam grande instabilidade”.

25. Por via de comunicação de 08.06.1999, fomos informados, designadamente, de que não fora ainda publicada a portaria de delimitação da Reserva Ecológica Nacional do concelho de Torres Vedras, ao abrigo do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 79/95, de 20 de Abril, e que as construções desrespeitariam as regras do ordenamento da orla costeira, o que terá determinado o parecer desfavorável da DRA-LVT, ao abrigo do art. 17.º, n.º 1, do regime da REN.

Em reunião de 24.02.1994, foi o requerente esclarecido que a área deveria ser excluída da REN, mediante proposta camarária dirigida à CCRLVT.

Por via da Resolução n.º 98/2002, do Conselho de Ministros, de 21 de Maio, o Governo procedeu à delimitação da REN no concelho de Torres Vedras.

Pedidos esclarecimentos à Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional de Lisboa e Vale do Tejo quanto à compreensão do local reclamado na Reserva Ecológica Nacional, sobreviria resposta afirmativa.

26. As moradias em causa localizam-se parcialmente no domínio hídrico, na margem das águas do mar, em terreno reconhecido como privado através de auto de delimitação publicado no D.R. de 21/07/1997.

As obras não foram licenciadas ao abrigo do disposto no art. 12.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, nem, tão-pouco, ao abrigo do art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro.

(C)

Posição do Instituto da Água

27. Por fim, viria a DRAOT-LVT dar-nos conta da posição assumida pelo Instituto da Água, facultando-nos cópia da inf. n.º ... /DSUDH-DOP, que mereceu despacho de concordância de 03.02.1998, cujo conteúdo se sumaria:

28. A delimitação do terreno em causa com o domínio público marítimo não isenta da emissão de parecer e licenciamento por parte da entidade com poderes de jurisdição na margem das águas do mar. As construções situam-se sobre a crista da arriba, parcialmente na margem das águas do mar e numa zona de grande instabilidade.

A ocupação da margem das águas do mar, mesmo que integradas em terrenos privados, está sujeita a licenciamento e deve obedecer aos princípios sobre a ocupação e transformação do litoral, designadamente o princípio do livre acesso ao domínio público marítimo e da sua utilização pública, bem como ao disposto no Decreto-Lei n.º 302/90 de 26 de Setembro e no Decreto-Lei n.º 309/93, de 2 de Setembro. As construções em causa contrariam todos os princípios que o INAG tem definido sobre a ocupação de terrenos na faixa costeira.

29. A instabilidade da arriba poderá estar associada à construção das habitações, enquanto carga permanente e à existência de uma manilha que drena águas directamente para a praia e cuja origem se desconhece, mas que se situa precisamente no local onde a arriba se apresenta mais erosionada.

A entidade a quem competia emitir parecer sobre a ocupação das águas do mar não o fez. Deveria ser a Câmara Municipal informada da necessidade de corrigir a situação associada à drenagem de águas directamente para a praia e causadora de alguma instabilidade da arriba.

III — Apreciação

30. Tudo visto e apreciado, constata-se que o Regulamento do Plano Director Municipal, na medida em que excluí a localização em causa de área REN, e a classifica como zona urbanizável, atenta contra o regime legal de

protecção da REN e, bem assim contra o regime legal de protecção da orla costeira.

Não se vê que motivos possam legitimar a construção em zona costeira e declivosa, mais precisamente em falésia, que apresenta risco de erosão e que não poderia deixar de ser considerada para efeitos de integração na REN (cfr. art. 2.º do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março e anexos I e III).

Acresce que, ao prever a susceptibilidade de edificação no local, o regulamento do PDM desrespeita os princípios definidos para a ocupação da orla costeira, pelo que não se compreende como possa ter sido aprovado e ratificado. Recorda-se que o desrespeito de tais princípios constitui motivo determinante da não aprovação ou ratificação daqueles instrumentos de planeamento (cfr. art. 3.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 302/90, de 28 de Setembro).

31. Suscita-nos dúvidas, do mesmo modo, a validade dos actos de licenciamento da construção das moradias reclamadas. Não obstante estes actos parecerem conformar-se com o regime previsto no Regulamento do Plano Director Municipal, não se terão conformado com o preceituado no art. 17.º do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março. Deste modo, tais actos devem ter-se por nulos (cfr. art. 15.º do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março).

32. Não procede a argumentação do executivo municipal de que a construção das moradias consubstanciaria uma acção já prevista ou autorizada, configurando uma excepção ao regime proibitivo da REN, para efeitos do art. 4.º, n.º 2, al. a) do citado regime, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 213/92, de 12 de Outubro.

Na verdade, não parece proceder, para estes efeitos, o facto de ter sido aprovado anterior projecto de arquitectura para o local no ano de 1982, não só porque não ficou demonstrada a correspondência entre o anterior projecto e o actual como porque a licença nunca foi levantada. Por outro lado, consta da documentação que a Câmara nos facultou, informação da CCR-LVT, de 21.08.1991, que dispõe “verificando-se a deficiente instrução do processo, dada a ausência de certificado da DRA e desconhecendo-se antecedentes da apreciação do loteamento subjacente, efectuado em área da REN, julgo de emitir parecer desfavorável com fundamento na al. c) do n.º 1 do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 166/70, parecendo ainda de não aprovar a ocupação dada a necessidade de garantir maiores afastamentos ao rebordo da escarpa” (cfr. apenso, proc. camarário n.º .../91, fls. 75).

Observa-se, ainda, que a lei faz depender a admissibilidade da excepção de parecer confirmativo da DRAOT-LVT que, no entanto, se pronunciou, por diversas vezes, em sentido desfavorável ao projecto.

33. Chama-se a atenção para o facto de, tanto quanto nos foi possível apurar, o licenciamento, não haver sido precedido de parecer favorável da DRAOT-LVT, ao abrigo do regime da utilização do domínio hídrico.

Esta entidade, não só não se pronunciou, no âmbito do procedimento de licenciamento municipal, sobre a viabilidade da construção das obras, do ponto vista da sua conformidade com as restrições estabelecidas para garantia da boa preservação dos recursos hídricos, como não emitiu a pertinente licença, ao abrigo do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 46/94.

Tão-pouco foi solicitado parecer ao abrigo do disposto no art. 12.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro.

Sobre este aspecto, informou o Instituto da Água que “a entidade a quem competia emitir o parecer sobre a ocupação da margem das águas do mar não o fez, situação que não deverá ser entendida nem confundida com a emissão de parecer favorável ou deferimento tácito” (fls. 100).

34. Foi entretanto aprovada, por via da Resolução do Conselho de Ministros n.º 98/2002, de 21 de Maio, a delimitação da Reserva Ecológica Nacional do Município de Torres Vedras, ao abrigo do art. 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 79/95, de 20 de Abril. Dispõe-se no exórdio da resolução : “*O Plano Director Municipal deve coincidir integralmente com a delimitação da REN, sob pena de posteriormente vir a ser alterado, de acordo com o previsto no n.º 9 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 79/95, de 20 de Abril*”.

A delimitação efectuada por via da Resolução n.º 98/2000 não acolhe a delimitação traçada pelo plano director, pelo que a área em questão continua compreendida na REN.

Considerando que as resoluções se devem conformar com a constituição e a lei, não poderão as mesmas deixar de se sujeitar ao controlo exigido pelo princípio da legalidade da administração. É, porém, sabido que a justiça das resoluções de ratificação dos planos continua a suscitar vivas reservas na ausência de uma clara dilucidação do problema da natureza jurídica das resoluções.

35. Os projectos foram aprovados por deliberação camarária de 18.12.1995, em cujos termos a Câmara deliberou, por maioria de cinco votos a favor, um contra e uma abstenção, deferir os pedidos de licenciamento, devendo ser apresentadas peças desenhadas correspondentes a uma nova implantação, bem como projecto de drenagem de águas pluviais e de consolidação das arribas com coberto vegetal para evitar a erosão (v. proc. apenso proc. de obras n.º .../91, fls. 150-A). Ora, atento o teor da informação do Instituto da Água, supra reproduzida, parece mostrar-se ameaçada, devido, em parte, ao sistema de drenagem, a preservação da arriba. Desconhece-se se foram efectuados os trabalhos de consolidação da arriba.

36. Tendo em conta a complexidade e a gravidade de que se revestem os factos apurados, proponho que os mesmos sejam participados aos serviços do Ministério Público, para efeitos de impugnação dos actos administrativos que deferiram os pedidos de licenciamento das construções em causa e, bem assim, de impugnação das normas do Regulamento do Plano Director Municipal de Torres Vedras que viabilizam a construção em área de REN e de orla costeira.

R-1183/04

Assessora: Maria Ravara

Assunto: Ordenamento do território — domínio hídrico — floresta — subvenções.

Objecto: Questiona-se a aplicação de uma coima pela Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Centro, pela prática de uma acção florestal em terrenos do domínio hídrico, subvencionada pelo IFADAP.

Decisão: Veio o IFADAP a adoptar posição que beneficia o interesse público e a tutela da confiança dos administrados.

Síntese:

1. Foi pedida a intervenção do Provedor de Justiça, por não se conformar o interessado com uma coima de € 250,00 aplicada pela Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Centro, pela prática de uma

acção florestal subvencionada pelo IFADAP, ao abrigo do Regulamento (CEE) 2080/92.

2. Em Janeiro de 1999, o queixoso plantara espécies florestais destinadas à produção de madeira (0,50 ha com nogueira preta e 0,34 ha com carvalho americano), em terrenos seus, mas sujeitos ao regime jurídico do domínio hídrico (Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro).

3. Afirmou não ter solicitado licença à Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Centro, por considerar que *o projecto fora oportunamente aprovado e financiado pelo Instituto de Financiamento e Apoio ao Desenvolvimento da Agricultura e Pescas (IFADAP)*.

4. Ouvimos o IFADAP a respeito da subvenção ao projecto de arborização, em concreto, e da prática adoptada na aprovação dos projectos florestais, especificamente, quanto a saber se os proprietários são advertidos quanto ao facto de a subvenção não os isentar do dever de obterem as pertinentes licenças ou autorizações próprias do local ou da actividade.

5. Apurou-se que, por norma, os serviços do IFADAP não informariam os candidatos à atribuição de apoios financeiros a projectos de florestação de que a outorga da subvenção não os desonera do cumprimento dos condicionamentos legalmente previstos para a execução de acções de plantio florestal.

6. Na vigência do regulamento ao abrigo do qual foi concedida a atribuição de ajudas ao reclamante, era omitida a prestação daquela informação, nomeadamente, quando tais projectos incidiam em solos do domínio hídrico ou classificados na Reserva Agrícola Nacional.

7. Mas já não assim, como nos foi transmitido, no que respeita à Rede Nacional de Áreas Protegidas (parques nacionais, reservas e parques naturais) e à Reserva Ecológica Nacional (contanto, estranhamente, que não houvesse plano director municipal eficaz), situações em que se exige parecer favorável.

8. Encontrando-se legalmente condicionada a generalidade das acções florestais, expusemos ao IFADAP que se justificaria que, ao proceder à atribuição de subvenções públicas, advertisse, ainda que genericamente, para a necessidade de os proprietários se inteirarem de outras limitações ou restrições, como sejam a Reserva Agrícola Nacional ou o domínio hídrico, já que para estas restrições de interesse público não é exigida prova da prévia autorização.

9. Isto sob pena de se correr o risco de contribuir para o auxílio financeiro a projectos ilegais, que poderão vir a ser ulteriormente comprome-

tidos, com preterição do interesse público no ordenamento do território e com manifesto desaproveitamento de recursos.

10. Viria o IFADAP a manifestar posição favorável, por via de comunicação de 01.04.2005, informando *«consideram-se adequadas as sugestões do Provedor-Adjunto de Justiça, nomeadamente no que concerne ao interesse de advertir genericamente os candidatos para se inteirarem das limitações e restrições à intervenção em áreas de interesse público. Propõe-se ao Gestor do Programa Agro a inclusão nas circulares de aplicação das Medidas 3.1, 3.2 e 3.3, de uma referência genérica, sob o título de “Autorizações e Licenciamentos”, alertando para a necessidade de os beneficiários se inteirarem, junto dos competentes organismos de regulação, sobre limitações e restrições legais relativas à actividade a desenvolver, em matéria de autorizações e licenciamentos, nomeadamente no que respeita aos instrumentos da política de ambiente e de ordenamento do território»* (of. n.º.../DINV/SEF/2005).

11. Subsequentemente, sobreviria nova comunicação do IFADAP informando que, a par daquela medida e a fim de lhe conferir maior eficácia, aquela referência genérica seria também incluída *“na carta de notificação da decisão de aprovação das candidaturas e envio do contrato de atribuição de ajudas”* (of. n.º.../DINV/SEF/2005, de 27.05.2005).

12. Foi determinado o arquivamento do processo organizado sobre a situação concreta, nos termos do artigo 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

R-2904/04

Assessor: José Luís Cunha

Assunto: Ordenamento do território — obras públicas — responsabilidade civil — gestão pública.

Objecto: Responsabilidade civil extra-contratual — danos patrimoniais — casa de habitação — reparação do prejuízo.

Decisão: O processo foi arquivado, nos termos do art. 31.º, n.º 1, alínea c), do Estatuto do Provedor de Justiça, com base nas informações prestadas pela concessionária da auto-estrada, dando conta das medidas adoptadas para a correcção da situação reclamada.

Síntese:

Na queixa que deu origem à organização deste processo, era alegada a omissão de reparação dos prejuízos imputados à execução da obra acima identificada, por parte do ex-Instituto das Estradas de Portugal e da LusoSecut-Autoestradas da Costa de Prata, S.A., concessionária do troço rodoviário em questão.

Realizada uma primeira audição escrita das entidades visadas, e revelando-se ainda inconclusiva a informação obtida, foram desenvolvidos novos contactos escritos e telefónicos, junto da concessionária, no sentido de acompanhar o desenvolvimento dos assuntos anunciados.

Na sequência destes contactos, a concessionária viria a prestar informação mais conclusiva sobre as medidas adoptadas, indicando, designadamente, que:

«1. No que respeita aos danos imputados aos nossos seguros, a Fidelidade-Mundial reconheceu já a obrigação de indemnizar, restando apenas por estabelecer os detalhes finais relativos à quantificação dos danos. Para o efeito, e ao que fomos informados, estão a ser estabelecidos os últimos contactos com o reclamante;

2. Quanto à reparação da empena do edifício, ela está, desde ontem concluída; houve de facto um atraso, relacionado com rotura de stocks, e depois agravado pela necessidade de, em fábrica, proceder à pintura à cor das placas de protecção.

3. Retirados os andaimes da colocação das placas de protecção, de imediato será executado o dreno junto ao edifício, e que reporá a situação anterior à nossa intervenção no local, no que respeita à condução das águas.

4. Finalmente, e no que concerne aos danos emergentes da demolição da edificação meada, foram já estabelecidos contactos com o reclamante, tendentes ao estabelecimento de um acordo monetário, com base no qual aceite este proceder ele próprio à sua reparação.».

Perspectivando-se com maior segurança, com base nestas informações, a efectiva resolução do problema exposto na queixa, foi determinado o arquivamento do presente processo de reclamação, nos termos do disposto no art. 31.º, alínea c), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

2.1.4. Pareceres

A — Ambiente e recursos naturais

R-2974/03

Assessora: Carla Vicente

Entidades visadas: Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional — Instituto do Ambiente

Assunto: Ambiente e recursos naturais — avaliação do impacte ambiental — energia — linha de alta tensão — declaração de impacte ambiental — validade.

I

1. Reclamaram a nossa intervenção junto dos poderes públicos, expondo alegadas deficiências na declaração de impacte ambiental relativa ao anteprojecto da linha de alta tensão Tunes-Estói.

2. Conhecia a Provedoria de Justiça os antecedentes deste empreendimento, através das averiguações que levava a cabo junto da Direcção-Geral da Energia, no âmbito dos processos R-4262/97 (A1), R-3405/97 (A1) e R-4801/01 (A1), os quais tinham sido arquivados por motivo da suspensão do projecto.

3. Em 8.08.2003, vieram retomar as objecções, opondo que, além de não ter sido devidamente ponderada a participação pública dos interessados, a fundamentação do estudo de impacte ambiental revelava-se incoerente.

4. Designadamente, na decisão final fora descurado o teor dos pareceres de várias entidades consultadas, tudo isto com grave prejuízo para o ambiente e para as populações residentes na zona a atravessar.

5. Por outro lado, apontavam que o traçado infringiria o Plano Regional do Ordenamento do Território do Algarve e o Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril (Rede Natura).



II

6. Das averiguações que a Provedoria de Justiça empreendeu observámos que o projecto fora sujeito a procedimento de avaliação do impacte ambiental (AIA), em fase de anteprojecto (Proc.º 894), de que resultou uma declaração de impacto ambiental (DIA) em 04.04.2003, com parecer favorável ao traçado norte, condicionado, no entanto, à introdução, em fase de projecto de execução, de um conjunto de medidas de minimização e de melhorias de traçado.

7. Atendendo às características e localização do projecto, a Comissão de Avaliação (CA) integrou, para além de representantes do Instituto do Ambiente, da ex-Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território do Algarve, representantes do Instituto da Conservação da Natureza e do Instituto Português de Arqueologia.

8. Foram também solicitados pareceres específicos a entidades externas. Em resultado desses pareceres, confirmou-se não haver consenso quanto à solução a adoptar.

9. A consulta pública decorreu por 30 dias, entre 26.11.2002 e 8.01.2003, tendo tido lugar cinco reuniões de trabalho nas câmaras municipais potencialmente afectadas pelo projecto.

10. Verificou-se uma participação elevada (125 pareceres e algumas petições colectivas, com mais de 1600 signatários, na totalidade), reflectindo uma profunda diversidade e oposição entre os participantes.

11. A maior parte terá optado por um ou por outro dos traçados, justificando os motivos da sua escolha. Isto, sem prejuízo de outros cidadãos que expuseram as suas preocupações ou solicitaram alterações pontuais aos traçados ou o estudo de novos corredores.

12. Contudo, de um modo geral, todos reconheceram a importância do projecto para o reforço do abastecimento ao Algarve e a melhoria da qualidade do serviço público de distribuição de energia eléctrica.

13. Já na década de 90, aliás, chegara a ser licenciado um projecto, o qual tinha sido objecto de contestação pública no início da sua construção (e a que fizemos referência *supra*).

14. No que diz respeito à participação dos interessados, queiram V. Ex.^{as} ter presente que não se exige, no relatório de consulta pública, uma

pronúncia individualizada sobre todas as sugestões, protestos e reclamações apresentados, mas tão-só uma síntese das posições expressas e a sua representatividade no contexto das intervenções.

III

15. Como resultado do procedimento de AIA, dos pareceres das entidades externas, da visita ao local de implantação do projecto, dos conhecimentos dos técnicos que integraram a CA e dos resultados da consulta pública, seria deliberado parecer favorável ao traçado norte.

16. Embora cada um dos traçados apresentasse vantagens e inconvenientes, de acordo com o parecer da CA, para a proposta de decisão contribuíram, a título principal, os aspectos negativos associados ao traçado sul, nomeadamente por:

- a)* atravessar áreas de exploração agrícola;
- b)* atravessar áreas sociais com edificações dispersas;
- c)* aproximar-se demasiado aos aglomerados populacionais;
- d)* sobrepassar em 21 pontos a Via Longitudinal do Algarve, comprometendo o socorro aéreo, em caso de acidente grave na zona sobrepassada;
- e)* afectar o património arquitectónico e arqueológico, a saber: o Castelo de Paderne, as Ruínas Romanas de Estói, os jardins e palacetes de Estói;
- f)* mostrar-se incompatível, em face das regras de segurança da aeronáutica civil, com a implantação de um aeródromo municipal, previsto no Plano Director Municipal de Loulé;
- g)* poder interferir com o aproveitamento hidro-agrícola do Vale de Loulé;
- h)* e atravessar duas zonas de protecção especial — a do Barrocal (PTCON049) e a da Ribeira de Quarteira (PTCON038), constituindo esta última um corredor de aves migratórias.

17. Embora o traçado norte também atravessasse zonas da Rede Natura 2000, a Comissão considerou que não havia afectações directas dos valores naturais que não pudessem ser minimizáveis.

18. No mais, quanto ao Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, o Instituto do Ambiente afirma que o traçado sul também afecta áreas classificadas do ponto de vista da conservação da natureza.

19. A Comissão, porém, na sua avaliação conferiu maior peso às questões de segurança e ao facto de existir no espaço-canal do PROTAL uma maior dispersão urbana.

20. Nada tenho a opor ao resultado desta ponderação que apenas externamente posso syndicar, de resto, como os tribunais. Perante a necessidade de escolha entre diferentes sacrifícios de interesses públicos e privados e diante da avaliação de cada um desses sacrifícios, um órgão de controlo da legalidade — como o Provedor de Justiça — tem de limitar-se a conhecer da objectividade e coerência da ponderação, não podendo invadir margens de apreciação autónoma que, em último caso, constituem exercício da função política.

IV

21. Entretanto, o processo veio a conhecer alguns desenvolvimentos que importa assinalar pela sua relevância em face das objecções suscitadas por V. Ex.^{as}.

22. O traçado escolhido suscitou a oposição de alguns municípios, designadamente os de S. Brás de Alportel e de Albufeira, e de algumas associações, junto do Governo, através de S. Ex.^a o Secretário de Estado do Ambiente, junto da Direcção Regional de Economia e da Associação de Municípios da Região do Algarve (AMAL)

23. Como resultado de reunião promovida por esta última entidade, com a presença de representantes da Rede Eléctrica Nacional, da Direcção-Geral de Energia, da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Algarve, do Secretário de Estado do Ambiente e das autarquias locais directamente interessadas, ficou acordado que a REN faria os acertos pertinentes, depois de inquiridas as autarquias por forma a obter um traçado que reunisse maior consenso, sendo o projecto final submetido a S. Ex.^a o Secretário de Estado do Ambiente.

24. Na sequência dessas reuniões, foi apresentado ao Instituto do Ambiente, em Setembro de 2004, um relatório de conformidade ambiental do

projecto de execução (RECAPE) sobre a versão que viesse a integrar as alterações acordadas com as autarquias.

25. O referido traçado apresentava alterações relativamente ao aprovado em fase de anteprojecto, numa extensão considerável, na ordem dos 18,00 km, os quais se encontravam fora do corredor estudado.

26. Assim, para além do novo traçado poder implicar novos impactos não previstos inicialmente, e não avaliados, o aspecto considerado mais significativo destas alterações dizia respeito ao atravessamento do município de Tavira, cujas populações não tinham participado na consulta pública.

27. Por conseguinte, o Gabinete do Secretário de Estado Adjunto do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território propôs à REN a divisão do traçado em dois troços: um 1.º troço, entre a subestação de Tunes até aos limites do concelho de Tavira, que seria finalizado por um poste de corte; um 2.º troço, entre aquele poste de corte e a subestação de Estói, para o qual seria apresentado um novo estudo de impacte ambiental.

28. Mais tarde, a REN retiraria o processo em curso e viria solicitar ao Instituto do Ambiente que o traçado fosse dividido em três troços, tendo em conta que parte do 2.º troço, desde a subestação de Estói até ao limite do concelho de Tavira, seguia a directriz inicialmente aprovada.

29. O Instituto do Ambiente condicionou tal solução às seguintes condições:

- a) Para o 1.º troço, compreendido entre o início e o Km 23+800 do traçado do anteprojecto, deve ser apresentado o Projecto de Execução e o respectivo RECAPE, para verificação da conformidade com a declaração de impacte ambiental;
- b) Para o 2.º troço, compreendido entre o Km 23+800 e o km 45+600 do traçado do anteprojecto, deve ser apresentado o projecto de execução e o respectivo estudo de impacte ambiental, para ser submetido ao procedimento de avaliação do impacte ambiental;
- c) Para o 3.º troço, compreendido entre o km 45+600 e o final do traçado, deve ser apresentado o projecto de execução e o respectivo RECAPE, seguindo um procedimento idêntico ao 1.º troço, uma vez que não se verificam alterações do traçado relativamente ao estudo prévio;

30. Em Novembro de 2004, foram apresentados, para efeitos de verificação da conformidade do projecto de execução com a declaração de impacte ambiental, os projectos dos 1.º e 3.º troços e respectivos RECAPE.

31. Observar-se-ia, porém, que o 1.º troço não cumpria as condições pré-definidas pelo Instituto do Ambiente, por se estender até ao Km 40,00 (da subestação de Tunes até ao apoio n.º 95) afastando-se em extensões consideráveis do corredor aprovado na declaração de impacte ambiental;

32. De acordo com o RECAPE, as alterações ao projecto que implicaram um maior afastamento do traçado da declaração de impacte ambiental *“reflectem o cumprimento de medidas da DIA e a articulação com a AMAL e as Câmaras Municipais de Silves, Albufeira e Loulé”*.

33. Embora as alterações tenham sido objecto de uma avaliação ambiental, constantes do anexo n.º 2 do RECAPE, concluir-se-ia que, pelo menos entre o Km 29+2 e o Km 35+4, se verificava um aumento dos impactes negativos, resultantes de uma aproximação à área de nidificação da *águia de Bonelli*, motivo por que apenas se procedeu à instrução e avaliação do 3.º troço.

34. Quanto ao 1.º troço, a REN apresentou, em Abril de 2005, o pertinente projecto para ser verificada a sua conformidade com a declaração de impacte ambiental, tendo a análise, concluída recentemente, sido favorável.

35. No que respeita ao 2.º troço, foi apresentado em Maio de 2005, para procedimento de avaliação do impacte ambiental, o projecto de execução, encontrando-se o prazo suspenso, de momento, para entrega de elementos adicionais, no âmbito da verificação da conformidade do estudo de impacte ambiental.

V

36. No que toca à observância do disposto no art. 40.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar n.º 11/91, de 21 de Março (PROTAL), o Presidente do Instituto do Ambiente fez notar que a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional-Algarve já se encontrava representada na Comissão de Avaliação e que, na altura, subscreveu o parecer técnico.

37. De resto, no art. 41.º daquele diploma prevê-se um regime de excepção para os projectos cujo interesse público venha a ser reconhecido pelos ministros com atribuições no sector, o que poderá suceder no caso concreto, dada a premência da execução desta obra.

38. O mesmo se reconhecerá quanto ao regime de excepção previsto no art. 10.º do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril e à participação do Instituto de Conservação da Natureza naquela Comissão.

VI

39. Em face do exposto, verifico que a situação se encontra regularmente encaminhada e que poderá sofrer alguma evolução positiva em face do novo procedimento de avaliação de impacte ambiental que irá decorrer.

40. Com efeito, obteve-se informação, segundo a qual, no novo projecto serão especialmente valorizados os aspectos patrimoniais, naturais (como a água *Bonelli*) e turísticos.

41. Por seu turno, o novo projecto reduz em cerca de 2/3 o atravessamento do concelho de S. Brás de Alportel, em detrimento de uma maior extensão no concelho de Tavira.

42. Tudo visto e apreciado, considero verificada uma evolução favorável na preparação do investimento, de modo a aprofundar consensos locais e sectoriais, sem quebra do superior interesse público nacional no fornecimento de energia eléctrica ao distrito de Faro que, hoje, se processa com muitas dificuldades.

Em face do exposto, determinei o arquivamento do processo nos termos do disposto no artigo 31.º, alínea *c*) do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

B — Ordenamento do território

R-57/03

Assessora: Manuela Barreto

Entidade visada: Município de Lisboa

Assunto: Ordenamento do território — domínio público — via pública — uso privativo — estacionamento automóvel — associações sindicais — proibição do arbítrio.

1. Vem o Sindicato A..., solicitar a intervenção do Provedor de Justiça por lhe ter sido recusado o uso privativo de um lugar de estacionamento junto às suas instalações, na Rua..., em Lisboa, insurgindo-se contra o tratamento alegadamente discriminatório concedido pela Câmara Municipal de Lisboa a outras associações sindicais. Invoca, designadamente, terem sido atribuídos ao Sindicato B..., com sede na Rua..., em Lisboa, dois lugares privativos de estacionamento.

2. Instada a Câmara Municipal de Lisboa a pronunciar-se a respeito do assunto, em sequência das reiteradas diligências instrutórias que, para o efeito, promovemos, veio a arguir, através do ofício de 07.01.2005 e do ofício de 16.02.2005, do Departamento Jurídico, o que em síntese, se enuncia:

- a atribuição de parques privativos de estacionamento na via pública é regulada pelas disposições internas aprovadas pela Proposta n.º 81/90, de 11.04.1990, publicada no Diário Municipal n.º 15 867, de 03.05.1990, sendo prática firmada dos serviços municipais atribuir lugares privativos apenas a federações de sindicatos;
- tal prática constitui orientação comum e corrente dos serviços municipais “...por forma a diminuir os espaços de estacionamento reservado na via pública através da sua utilização extraordinária em detrimento de todos os demais utentes, com igual direito de utilização de tais espaços” (ponto 6. do ofício);
- por despacho prolatado em 19.10.1998, pelo Vereador, sobre a Informação de 22.09.1998 foi aprovada “...a criação de dois lugares de estacionamento para o Sindicato B..., desconhecendo-se, contudo, as razões de facto e de direito em que se baseou essa aprovação” (cfr. ponto 4. do ofício supra citado);
- é justamente por ter presente os princípios da igualdade, da justiça e da imparcialidade “...que os serviços municipais se pautam pela regra geral acima descrita, a que não fugiu o indeferimento do pedido do Sindicato A... e a que constituiu excepção, por razões que se desconhecem, o deferimento do pedido do Sindicato B...” (parte final do mesmo ofício).

3. Não logrou, todavia, o mencionado órgão autárquico, fundamentar a decisão posta em crise, pese embora as diversas insistências efectuadas pela Provedoria de Justiça no sentido de serem dadas a conhecer as razões de facto e de direito em que se estriba o critério da atribuição de lugares privativos de estacionamento na via pública, em particular, o que presidiu à atribuição do uso privativo deferido ao Sindicato B... Não se propôs, do mesmo passo, a entidade visada dar a conhecer o teor da Informação de 22.09.1998, do Departamento de Tráfego, nem do teor do despacho que sobre esta foi exarado pelo, ao tempo, Vereador do Pelouro do Trânsito e Infraestruturas Viárias, ao abrigo do qual foi aprovada a sinalização de dois lugares de estacionamento para o Sindicato B... .

4. Com efeito, se o critério sustentado pela Câmara Municipal de Lisboa é o de cingir a atribuição de lugares para estacionamento privativo às *federações de sindicatos*, se tal critério se mostra, porventura, válido para estas, não justifica, contudo, o uso privativo de dois lugares de estacionamento na via pública deferido ao Sindicato B..., por este não constituir federação sindical. E a adopção de tal prática parece violar o princípio da igualdade, da justiça e da imparcialidade, por não ter sido deferido idêntico pedido do sindicato reclamante — Sindicato A... — que apenas solicitou a atribuição de um lugar privativo de estacionamento, junto às suas instalações.

5. Na verdade, tendo presente o conjunto dos princípios constitucionais, da igualdade, da justiça e da imparcialidade (art. 13.º e art. 266.º, n.º 2, da CRP), que encontram concretização legislativa em lei ordinária (arts. 5.º e 6.º, ambos do Código do Procedimento Administrativo), cumpre descortinar se o acto de deferimento do pedido do Sindicato B..., consistente na atribuição de dois lugares de estacionamento na via pública, se conforma com aqueles princípios, uma vez ter sido indeferida idêntica pretensão do reclamante, situação que pressupõe necessariamente um tratamento discriminatório.

Senão, vejamos:

6. Compulsada a Proposta n.º 81/90, publicada no Diário Municipal n.º 15 867, de 03.05.1990, nos termos da qual se regula o estacionamento privativo na via pública, dispõe o artigo 4.º, n.º 1, alínea c), dela constante “...que são atribuídos parques de estacionamento a entidades públicas ou privadas que careçam de estacionamento privativo por estritas razões de segurança, emergência, ordem pública ou de outro interesse público excepcional,

devidamente justificados e a analisar caso a caso”. Por seu lado, o n.º 3 da citada norma regulamentar estabelece que “...o disposto no n.º 1 deste artigo não prejudica a existência de parques privativos estabelecidos por comum acordo entre o município e entidades públicas, privadas de interesse público e/ou de reconhecido interesse social”.

7. Verifica-se, do exposto, que as citadas normas regulamentares não impedem, antes permitem, a atribuição de lugares privativos de estacionamento a entidades privadas de reconhecido interesse público e/ou de reconhecido interesse social — nas quais se incluíam, naturalmente, as associações sindicais — reconduzindo-se, porém, a sua atribuição a mera apreciação casuística por parte da Câmara Municipal de Lisboa.

8. Não existe, por outro lado, diferença na natureza jurídica dos sindicatos e das federações de sindicatos, sendo ambos duas formas de organização a que a lei concede igualdade de tratamento e que, em momento algum, discrimina. *De jure*, dispõe o Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que os trabalhadores têm o direito de constituir associações sindicais a todos os níveis para a defesa e promoção dos seus interesses sócio-profissionais, as quais abrangem sindicatos, federações, uniões e confederações (artigo 475.º, n.º 1 e n.º 2, do citado Código). Tal regime vinha consagrado, nos mesmos moldes, na Lei Sindical, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril, entretanto, revogada com a entrada em vigor do Código do Trabalho, designadamente nos seus artigos 1.º, 2.º, alíneas b) e c), e 3.º.

9. Os sindicatos e as federações são, assim, associações sindicais para a defesa e promoção dos direitos e interesses sócio-profissionais dos trabalhadores que representam, são dotados de personalidade jurídica (art. 483.º, n.º 1 do CT) e os seus fins estão tipificados na lei. São, tal com as demais associações sindicais (uniões e confederações), pessoas colectivas de direito privado embora prossigam interesses sociais publicamente relevantes: participam na elaboração da legislação do trabalho e intervêm directamente na negociação colectiva, celebram convenções colectivas de trabalho contribuindo desse modo para a produção de normas revestidas de sanção jurídico-pública (art. 477.º e art. 687.º do Código do Trabalho).

10. Os sindicatos a par das federações são, na verdade, uma espécie dentro do género associação sindical. O que distingue o sindicato das outras modalidades de associação sindical é o facto de aquele ser uma associação de

trabalhadores e estas serem associações de sindicatos: na federação com o denominador comum da profissão ou ramo de actividade; na união com o denominador comum da região ou distrito; na confederação, por ter carácter nacional e interprofissional, enquanto associação sindical de cúpula.

11. A Constituição elege, para além do mais, o exercício da liberdade sindical como direito fundamental dos trabalhadores, condição e garantia da construção da sua unidade para a defesa dos seus direitos e interesses (artigo 55.º, n.º 1, da CRP). Como refere. A. Monteiro Fernandes, trata-se da “...*consagração de um princípio fundamental de direito colectivo, pressuposto da autonomia colectiva e condição fundamental da defesa genuína e eficaz dos interesses dos trabalhadores.*”⁴²

12. Não se descortinam, pois, do posto de vista estritamente jurídico, razões que justifiquem a diferença de tratamento na atribuição de lugares privativos de estacionamento aos sindicatos e às federações de sindicatos, com o argumento de que só as federações merecem especial tratamento, porquanto ambos são organizações sindicais que a lei equipara, classificando-as como associações sindicais. Muito menos se justifica a diferença de tratamento concedida entre os sindicatos atribuindo-se a uns, lugares privativos de estacionamento na via pública e denegando essa atribuição aos demais.

13. Adopta-se, por essa via, tratamento desigual a situações de facto iguais, constituindo tal prática uma manifesta violação do princípio da igualdade, da justiça e da imparcialidade. Por outro lado, sendo os sindicatos entidades de direito privado — assentam num agrupamento de particulares (uma associação), criado exclusivamente por iniciativa destes para representação e defesa dos seus interesses —, são organizações dotadas de eminentes preocupações sociais e nessa medida poderiam subsumir-se ao quadro normativo ínsito, quer na alínea c) do n.º 1 quer do n.º 3, ambos do art. 4.º constante da Proposta n.º 81/90, publicada no Diário Municipal n.º 15 867, de 03.05.1990, supra referida.

14. Dir-se-á, por outro lado, que se o critério adoptado limita as licenças para o estacionamento privativo às federações de sindicatos, não se justificaria, então, a atribuição de lugares de estacionamento privativo às confederações — posto que se não tratam de federações. Muito menos se com-

⁴² A. MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, Almedina, 12.ª Edição, pag. 669.

preende a razão do uso privativo deferido ao Sindicato Nacional da Indústria e da Energia (SINDEL), que dispõe na Rua da Madalena de dois lugares reservados para estacionamento, por ser um sindicato e, obviamente, não constituir federação sindical.

15. Fica, pelo exposto, por esclarecer a objectividade do critério interpretativo das disposições internas que regulamentam a atribuição de lugares privativos de estacionamento na via pública e a sua aplicação uniforme, tendo presente os princípios da igualdade, da justiça e imparcialidade, com base nos quais se deve pautar e conformar a actuação dos órgãos administrativos.

16. Ainda que se reconheça que as disposições regulamentares a que vimos aludindo concedem um poder discricionário na atribuição de lugares privativos de estacionamento, *maxime* quando fazem depender essa atribuição de uma análise casuística, o certo é que o poder discricionário não pode mostrar-se arbitrário. Ademais, o acto de atribuição deve ser devidamente fundamentado de acordo, aliás, com a regra geral da fundamentação dos actos administrativos que indeferem pretensões (art. 124, n.º 1, alínea c), do Código do Procedimento Administrativo).

17. Aponte-se, do mesmo passo, que no exercício dos poderes discricionários que lhe são conferidos pode o órgão administrativo, em concreto e face às circunstâncias de cada caso, decidir sobre o meio a utilizar para a prossecução do fim legal e da realização do interesse público que o legislador quis ver alcançado. Todavia, os poderes discricionários têm como limites internos ao seu exercício a adequabilidade subjectiva do comportamento escolhido à realização do fim legalmente previsto, qual seja a satisfação do interesse público que o legislador quis tutelar, por um lado, e, por outro, os princípios da legalidade, da igualdade, da justiça e da imparcialidade, por que os órgãos administrativos devem nortear a sua actividade (art. 266.º, n.º 2, da Constituição; arts. 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1 e 6.º, todos do Código do Procedimento Administrativo).

18. Em particular, o princípio da igualdade como limite interno do exercício dos poderes discricionários não exige o tratamento igual de todas as situações, implicando, antes, que sejam tratados de modo igual os que se encontrem em situações iguais e tratados de modo desigual os que se encontrem em situações desiguais, de maneira a não serem criadas discriminações arbitrárias, porque desprovidas de justificação objectiva (vd. por todos, Acór-

dão do STA, Rec. n.º 75/03, de 14.05.03). Por seu lado, como defende Mário Esteves de Oliveira, o princípio da justiça, com tradução expressa no art. 266.º, n.º 2 da Constituição e limite interno do exercício dos poderes discricionários, “...levará à anulação de um acto praticado no exercício de um poder discricionário sempre que a opção feita pelo órgão administrativo se mostre injusta”.⁴³

19. Observa-se, por outro lado, que o acto de atribuição de lugares privativos de estacionamento é um acto precário, por natureza, motivo pelo qual não é constitutivo de direitos, criando uma situação jurídica a todo o tempo modificável pela vontade da Administração. Sendo um acto, por natureza, precário, os interesses jurídicos por si conferidos são, também eles, interesses precários que existem unicamente por mera tolerância do órgão administrativo que os atribuiu e que por isso pode modificá-lo ou extingui-lo em todos os casos e em qualquer momento. Tal acto é, deste modo, livremente revogável, nos termos dos artigos 140.º, n.º 1 e 142.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo (vd., por todos, Acórdão do STA, Rec. 1567/02, de 9.04.03, Acórdão do STA, Rec. 30149, de 04.11.93).

20. Posto o que vem dito, conclui-se que o tratamento concedido pela Câmara Municipal de Lisboa ao Sindicato B..., com sede na Rua..., em Lisboa, ao ter-lhe deferido o uso privativo de dois lugares de estacionamento na via pública, é discriminatório relativamente ao tratamento concedido aos demais sindicatos — entre os quais o sindicato reclamante — tendo-lhe sido reconhecidas prerrogativas que a estes não foram atribuídas.

21. Deverá, assim, a Câmara Municipal de Lisboa, no estrito cumprimento dos princípios da igualdade, da justiça e da imparcialidade, optar por uma das alternativas: ou defere a utilização de lugares de estacionamento na via pública aos sindicatos que a requeiram e, nesta medida, ao sindicato reclamante, ou, em alternativa, revoga a licença concedida ao Sindicato B...

22. Atento o exposto, sou de parecer que deverá questionar-se a Câmara Municipal de Lisboa a respeito da viabilidade de reequacionar a posição que quanto ao assunto vem assumindo, instando-a a pronunciar-se sobre as considerações atrás aduzidas e a dar a conhecer o teor da Informação de 22.09.1998, do Departamento de Tráfego bem como o teor do despacho

⁴³ MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, Direito Administrativo, Vol. 1, Almedina, 1980, Pag. 256.

que sobre esta foi exarado pelo, ao tempo, Vereador do Pelouro do Trânsito e Infra-estruturas Viárias, ao abrigo do qual foi aprovada a criação de dois lugares de estacionamento para o Sindicato B... .

R-504/04
Assessora: Maria Ravara

Entidade visada: Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional

Assunto: Ordenamento do Território — áreas protegidas — fontes de energia renovável — pareceres — coordenação — superintendência — poder regulamentar.

1. Reclamou a LPN — Liga para a Protecção da Natureza do Despacho Conjunto n.º 51/2004, de 31 de Janeiro, por preterir a intervenção autónoma do Instituto de Conservação da Natureza nos procedimentos de licença de fontes de energia renovável quando esta já tivesse tido lugar em sede de avaliação do impacte ambiental.

2. Sustentou a LPN a insuficiência da participação do ICN na avaliação do impacte ambiental quando se trate de áreas protegidas (v.g. parques e reservas naturais), especialmente confiadas às atribuições daquele instituto público.

3. Não competindo ao Provedor de Justiça tomar posição sobre o mérito das opções de política administrativa, mas tão-só cuidar de zelar pela legalidade dos actos ou omissões reclamados, foi desse ponto de vista que analisámos a situação decorrente do citado despacho conjunto.

4. Em resultado da investigação foram produzidos dois pareceres — que se reproduzem infra — e com base nos quais foi interpelado o Gabinete do Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional. No essencial, tratava-se de suscitar a questão dos limites do poder de superintendência do Governo sobre os institutos públicos, ao ponto de, por regulamento, o Governo poder condicionar o exercício das competências dos seus órgãos, como parecia ser o caso. Por outro lado, atenta a proibição constitucional de os regulamentos modificarem ou sequer interpretarem com efei-

tos externos a lei (artigo 112.º, n.º 5), importava ouvir o Governo sobre se não considerava infringida esta limitação.

5. Viria a responder-nos o Gabinete do Secretário de Estado do Ambiente, por ofício recebido em 28.10.2005, que o despacho reclamado nada inovaria, porquanto já o Despacho n.º 12.006/2001, de 6 de Junho, optara por esta solução.

6. Explica por outro lado que a finalidade do mesmo é a de alcançar maior coerência, obstando a que o ICN se pronuncie em sentidos diversos sobre um mesmo projecto de fontes de energia renovável, embora em diferentes fases — na avaliação do impacte ambiental e no licenciamento *hoc sensu*.

7. De qualquer modo, constitui entendimento do Secretário de Estado, de acordo com a referida comunicação, prover à revisão do despacho reclamado, considerando que a sua redacção pode levar a um entendimento que ultrapassa o aludido propósito de harmonização, inculcando tratar-se de modificação do disposto na lei ou de instruções concedidas a um instituto público.

8. Em face do exposto, foi o processo arquivado, ao abrigo do artigo 31.º, alínea c), do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

Anexo: dois pareceres

A) O regime reclamado

1. Por via da presente reclamação, vem a LPN-Liga para a Protecção da Natureza manifestar a sua oposição ao Despacho Conjunto n.º 51/2004, de 31 de Janeiro, do Ministro da Economia e do Ministro das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente.

2. Através do citado despacho, o Governo sujeita a actividade de produção de energia eléctrica a partir de fontes de energia renováveis (eólica, hídrica, biomassa, biogás, ondas e fotovoltaica) a um regime de licenciamento simplificado, obstando à emissão de parecer de conteúdo desfavorável pelas autoridades com jurisdição sobre zonas protegidas ou sensíveis, sempre que os mesmos mereçam uma apreciação positiva do ponto de vista das respectivas incidências ambientais.

3. Considera o Governo serem tais projectos “*compatíveis com o estatuto de preservação dos valores biofísicos relevantes dos ecossistemas em presença, mesmo em áreas com estatuto de protecção ou sensíveis, desde que respeitadas as necessárias condicionantes ambientais e adoptadas adequadas medidas de minimização*”.

4. O regime instituído por via do citado despacho difere consoante os projectos se encontrem ou não compreendidos no âmbito de aplicação do regime de avaliação de impacto ambiental.

5. No primeiro caso — projectos sujeitos ao regime de avaliação de impacte ambiental (cfr. Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio) —, a emissão de uma declaração de impacto ambiental favorável (ainda que condicionada), determina que a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional (CCDR) competente, desenvolva, de imediato, os procedimentos conducentes ao reconhecimento do interesse público do projecto, para efeitos do disposto no art. 4.º, n.º 2, al. c), do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março (regime jurídico da Reserva Ecológica Nacional). Vigorando o regime transitório da REN, — aplicável na falta de delimitação da REN —, a emissão da DIA adstringe a CCDR competente à emissão de parecer favorável.

6. Do mesmo modo, sempre que o projecto careça de parecer do Instituto da Conservação da Natureza (ICN) ou da CCDR competente, ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, a simples emissão da DIA inviabiliza a emissão de parecer negativo, dando-se por cumprido o previsto no art. 10.º, n.º 1, do citado decreto — devendo a DIA ser conclusiva quanto à afectação da integridade do sítio em apreço.

7. Nas situações em que regulamentação específica condiciona o desenvolvimento de um projecto no interior de uma área protegida a parecer favorável dos órgãos competentes daquela área, a emissão da DIA produz efeitos idênticos aos anteriormente assinalados, vinculando os representantes das entidades *dependentes* ou *tuteladas* pelo Ministério das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente que não poderão deixar de se pronunciar em sentido favorável.⁴⁴

⁴⁴ Compete à comissão directiva de uma área protegida autorizar a prática de actos ou actividades condicionados nos termos estabelecidos pelo decreto regulamentar de classificação. A comissão directiva é nomeada pelo Ministro das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente, mediante parecer prévio vinculativo das câmaras municipais com jurisdição na

8. Os projectos de produção de electricidade não abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, cuja localização incida em área REN, Rede Natura 2000 ou Rede Nacional de Áreas Protegidas, passam a estar sujeitos a um procedimento específico de avaliação de incidências ambientais. Estes projectos serão objecto de um estudo de incidências ambientais, que identificará as possíveis e principais condicionantes das zonas afectadas, analisando, por referência às políticas energéticas e ambientais em vigor, os impactos locais dos projectos.⁴⁵

8.1. Nestas situações, o proponente deve apresentar junto da CCDD o projecto de produção de energia eléctrica e respectivo estudo de incidências ambientais, uma análise dos impactes ambientais do projecto sobre os ecossistemas da zona, um plano de acompanhamento ambiental (prevendo medidas de minimização) e um plano de recuperação das áreas afectadas no decurso da obra, compreendendo a representação cartográfica dos locais a intervir. Recebidos estes elementos, a CCDD procede à sua análise, enviando o seu parecer e proposta de despacho ao Ministro das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente. Proferida decisão favorável por parte deste membro do Governo, é aplicável o regime previsto para a emissão de DIA favorável, supra citado, produzindo a decisão em sentido favorável os mesmos efeitos que a DIA favorável e devendo prever, quando aplicável, medidas de minimização,

área. Além do presidente, de nomeação ministerial, é composta por dois vogais, um indicado pelo ICN e o outro pela câmara municipal ou pelo Ministro, na falta de nomeação camarária.⁴⁵ Já o art. 9.º do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril previa a possibilidade de os projectos susceptíveis de afectar significativamente um sítio de importância comunitária, uma zona especial de conservação ou uma zona de protecção especial, serem sujeitos a uma avaliação de impacte ambiental ou a um processo prévio de análise de incidências ambientais, como formalidade essencial da autorização. A análise de incidências ambientais compreende a recolha e reunião de dados tendo em vista a identificação e previsão dos efeitos, nomeadamente sobre a fauna, a flora e os habitats, decorrentes de quaisquer acções, planos ou projectos, individuais ou em conjunto, com identificação ou propostas de medidas que evitem, minimizem ou compensem esses efeitos (art. 3.º, n.º 1, al. p) do citado diploma).

O art. 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, estabelece que outros projectos, que não os contemplados pelo diploma, poderão ser sujeitos a avaliação do impacte ambiental, ponderadas as suas especiais características, dimensão e natureza, mediante despacho conjunto do membro do Governo competente na área do projecto, em razão da matéria e do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território.

de compensação e planos de monitorização. A fim de garantir a celeridade do procedimento, estabelece-se um prazo de quinze dias para decisão.

9. Prevê-se, ainda, outra hipótese: a apresentação de projectos abrangidos pelo Regime REN que se mostrem desconformes com instrumentos de gestão territorial em vigor (desde que essa desconformidade não resulte “exclusivamente da assunção de restrições legais inerentes ao regime da REN ou de remissão para esse regime”). Tais projectos darão azo a que as entidades competentes — dependentes ou tuteladas pelo MCOT ou pelo Ministério da Economia (MEC) — procedam no mais curto prazo possível no sentido da compatibilização do projecto objecto de DIA ou despacho favorável com o pertinente instrumento de gestão territorial.

10. Determina-se a aplicação do regime estabelecido pelo art. 28.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 69/2000 ⁴⁶, incumbindo à entidade licenciadora, no âmbito do procedimento de licenciamento, a verificação da conformidade ambiental do projecto de execução. A emissão de uma DIA favorável obriga à emissão imediata, por parte da Direcção-Geral de Energia, da licença de estabelecimento eléctrico, condicionada à verificação da conformidade ambiental do relatório descritivo da conformidade do projecto de execução (RECAPE).

11. A fim de assegurar o bom exercício dos poderes de fiscalização do cumprimento das medidas de minimização e dos planos de monitorização equacionados no âmbito dos procedimentos de avaliação ambiental, estabelece-se a possibilidade de serem nomeadas “entidades de acompanhamento ambiental, previamente inscritas numa bolsa de pré-qualificação constituída pelo Instituto de Ambiente ”.

12. Os descritores dos estudos de incidências ambientais serão objecto de novo despacho conjunto. Foram já estabelecidos os descritores para produção de electricidade a partir de energia eólica (cfr. Despacho Conjunto n.º 251/2004, de 17 de Março).

⁴⁶ Ali se dispõe que sempre que o procedimento de AIA ocorra em fase de estudo prévio ou de anteprojecto, o proponente deve apresentar junto da entidade licenciadora ou competente para a autorização, o correspondente projecto de execução, acompanhado de um relatório descritivo da conformidade do projecto de execução com a respectiva DIA. A DIA estabelecerá se a verificação da conformidade do projecto de execução pode ser feita em sede de licenciamento, pela entidade competente para a licença ou autorização, ou se carece de apreciação pela Autoridade de Avaliação do Impacte Ambiental (art. 28.º, n.ºs 1 e 2).

B) Apreciação

13. A promoção do aumento de utilização das fontes de energia renováveis é um objectivo que o Governo se propõe atingir, enquanto contributo para a redução das emissões com efeito de estufa e para o cumprimento dos compromissos assumidos a nível comunitário (Directiva n.º 2001/77/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro) e internacional (com a adesão ao Protocolo de Quioto). Corresponde à orientação traçada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2003, de 13 de Março, relativamente à política energética que estabelece como meta a alcançar até 2010, uma potência de 3750 MW de origem eólica e uma potência de 400 MW de pequenos aproveitamentos hidroeléctricos. Nos termos do preâmbulo do citado despacho, o desenvolvimento das FER constitui um factor globalmente positivo, no plano geral da política energética e da política ambiental, numa estratégia de desenvolvimento sustentável. Por outro lado, ali se enfatiza serem as fontes de energia renováveis “compatíveis com o estatuto de preservação dos valores biofísicos relevantes dos ecossistemas em presença”.

14. O Protocolo de Quioto, ratificado por 118 países, prevê uma redução média de 5,2 por cento das emissões com gases de estufa, nos países industrializados, até 2008 e 2010.

15. Ora, recentemente admitiu o Ministro das Cidades, Ordenamento do Território e do Ambiente que a emissão dos efeitos de estufa sofreu agravamento em 2001, colocando-nos 9% acima do valor que nos seria permitido atingir em 2012.

16. Já anteriormente, por via dos Despachos n.ºs 11091/2001 e 12 006/2001, ambos de 4 de Maio, o Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território assumira a importância estratégica da promoção das FER, na política do ambiente e definira regras simplificadoras dos procedimentos de licenciamento da responsabilidade do seu Ministério. No exórdio do Despacho n.º 51/2004, constata o Governo que as iniciativas pretéritas não permitiram dar resposta cabal aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, assinalando demoras apreciáveis nos procedimentos de licenciamento de FER,

situação a que urge pôr cobro, ponderadas as vantagens ambientais e os reduzidos impactes destes projectos ⁴⁷.

17. Estas razões de interesse público ditaram a alteração dos procedimentos de licenciamento das FER, medida que não deixou de ser complementada pela criação de um regime especial de análise de incidências ambientais — alargando-se substancialmente, deste modo, o âmbito dos projectos sujeitos a avaliação ambiental — e pelo incremento da fiscalização do cumprimento das medidas de minimização impostas pela DIA ou decisão favorável sobre o estudo de incidências ambientais ⁴⁸.

⁴⁷ Em 2001, introduziu o Governo diversas especialidades no regime de produção de energia eléctrica a partir de FER, simplificando o procedimento, salvaguardando, contudo, a faculdade de as DRAOT e o Instituto da Conservação da Natureza proferirem parecer desfavorável ao projecto, merecedor de uma prévia apreciação positiva do ponto de vista ambiental. Assim, dispôs-se no Despacho n.º 11 091/2001 que a emissão de DIA favorável seria condição suficiente para o reconhecimento do interesse público por parte do MAOT, no âmbito do regime da REN, determinando a aprovação pela DRAOT competente caso fosse aplicável o regime transitório da REN. Todavia, *não foi dispensada a verificação da conformidade com os instrumentos de gestão territorial em vigor*. Quanto aos projectos não abrangidos pelo regime de avaliação do impacto ambiental, condicionou-se o reconhecimento do interesse público do projecto, a *uma análise favorável da DRAOT sobre a viabilidade do empreendimento, tendo em atenção as características do projecto, nomeadamente no que se refere aos valores protegidos pela REN, ao enquadramento legal e aos instrumentos de gestão territorial em vigor*. Deveria o parecer prever condicionalismos e medidas de minimização de impactes ambientais e *fundamentar as razões de um eventual indeferimento do reconhecimento do interesse público*.

Através do Despacho n.º 12006/01, o Governo estabeleceu que a viabilidade de instalação de parques eólicos em zonas de protecção especial ou em sítios ou áreas protegidas, sempre dependeria da prévia avaliação do impacte ambiental e da *conformidade do projecto com a lei e os instrumentos territoriais em vigor*. A emissão de uma DIA favorável daria azo à verificação do cumprimento do art. 10.º, n.º 1, al. c) do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril. A instalação de parques eólicos no interior de áreas protegidas seria condicionada pela *conformidade com o regime jurídico constante do diploma de classificação de cada área protegida e respectivo plano de ordenamento, quando existente. Para além de contar com o representante do ICN, a comissão de avaliação de impacto ambiental integraria um representante da entidade gestora da área protegida em causa*. A DIA favorável seria condição suficiente à adopção de posição favorável *pelos representantes dos serviços do MAOT* nos órgãos competentes da área protegida.

⁴⁸ Por Despacho Conjunto n.º 583/2001, de 11 de Junho, o Governo constatando a probabilidade de algumas zonas do território mais interessantes para a instalação de parques ecológicos corresponderem a zonas sensíveis do ponto de vista ambiental, nomeadamente áreas protegidas ou outras áreas classificadas, — tais como sítios da Lista Nacional de Sítios ou zonas

18. Presentemente, todos os projectos de produção de electricidade a partir de FER devem ser submetidos a um procedimento administrativo de controlo dos impactos nocivos para o ambiente.

19. Conquanto não possam as autoridades que tutelam a REN, as áreas da Rede Natura 2000 ou da Rede Nacional de Áreas Protegidas pronunciar-se em sentido desfavorável relativamente a projectos de produção de electricidade a partir de FER levados a cabo na sua área de jurisdição, sempre se farão representar na Comissão de Avaliação de Impacte Ambiental ⁴⁹. Do mesmo modo, o estudo de incidências ambientais é analisado pela CCDR competente, em articulação com o ICN, quando lhe caiba pronunciar-se sobre o projecto (ponto 4 do citado despacho). O despacho normativo em apreço salvaguarda a possibilidade de, no âmbito de procedimento de avaliação ambiental, se proceder à consulta de peritos (ponto 14).

20. De certo modo, *por via do despacho impugnado, o Governo substitui-se às entidades que se deveriam pronunciar sobre o projecto*, ao abrigo dos regimes das áreas protegidas ou zonas sensíveis, determinando que uma vez salvaguardados os impactes ambientais negativos do projecto, devem ser accionados os mecanismos previstos para a emissão de parecer favorável, de acordo com o pertinente regime de protecção, não podendo aquelas autoridades opor-se à execução do projecto.

21. Prevendo a possibilidade de conflito entre os vários interesses ambientais em presença — o interesse na produção de energia a partir de FER (ponderadas as vantagens e benefícios ambientais destes projectos e os seus reduzidos impactos) e o interesse público que subjaz ao regime legal de pro-

de protecção especial, no quadro do processo de constituição da Rede Natura 2000 —, determinou a sujeição de todos os projectos de instalação de parques eólicos em zonas de protecção especial, sítios e áreas classificadas, ao procedimento de avaliação de impacte ambiental, constante do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, independentemente das características particulares e do número de torres de tais projectos, dispensando, desta forma, a aplicação do mecanismo previsto no n.º 3 do art. 1.º deste decreto.

⁴⁹ Integram a Comissão, entre outros, um representante do ICN, sempre que o projecto se localize em zonas definidas como sensíveis, nos termos da legislação aplicável às áreas protegidas ou à conservação de espécies ou habitats protegidos, um representante da CCDRA territorialmente competente (art. 9.º do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio). Não ficam os órgãos directivos das áreas protegidas impedidos de intervir no procedimento de consulta pública, formulando as sugestões que houverem por pertinentes.

tecção da área em causa (o da salvaguarda dos valores biofísicos relevantes dos ecossistemas, em especial da paisagem e dos habitats da fauna e da flora) — o Governo procede à sua hierarquização em termos que determinam a relativa prevalência do primeiro.

22. Ainda que atribuindo primazia ao interesse na promoção das FER, não deixa o Governo de atender à segunda ordem de valorações, precavendo os impactos negativos para os ecossistemas das áreas que beneficiam de um estatuto de protecção. Na prática, a emissão de licença de estabelecimento por parte da Direcção-Geral de Energia, pressupõe um procedimento de avaliação ambiental culminando com um despacho favorável e não dispensa a verificação da conformidade ambiental do projecto de execução.

23. Estabelecem-se mecanismos específicos para fiscalização do cumprimento das medidas de minimização e dos planos de monitorização porventura gizados.

24. Nas situações em que a compatibilização dos dois interesses não pode ser alcançada mediante a adopção de medidas mitigadoras e programas de monitorização, fica naturalmente prejudicada a execução do projecto, mercê da emissão de DIA ou declaração de incidências ambientais desfavorável, respeitando-se a liberdade de pronúncia das entidades com jurisdição sobre a zona protegida.

25. Admitindo que no âmbito dos procedimentos de avaliação ambiental dos projectos que merecem a nossa atenção são sobrepesados os interesses tutelados pelos regimes especiais de protecção, como parece poder inferir-se do regime em apreciação ⁵⁰, não se antevê que o mesmo importe repercussões gravosas para o estatuto de salvaguarda especial das áreas REN, zonas de protecção ou sítios classificados.

26. Terá o Governo ponderado que o gravame que a execução destes projectos possa acarretar para a preservação da integridade daquelas áreas será compensado ou atenuado pelos benefícios que a produção de electricidade com base em energias limpas, renováveis e sustentáveis, caracterizadas pela

⁵⁰ Os procedimentos de avaliação de impacte ambiental contemplam a análise dos impactes ambientais do projecto sobre os ecossistemas da zona em causa, identificando os condicionantes existentes nas zonas afectadas pela instalação dos projectos (em especial, pontos 5 e 6 do Despacho n.º 51/2004). Não deixa, também, de se revelar expressiva a natureza dos descritores a serem tratados nos estudos de incidências ambientais e no âmbito do n.º 3 do anexo III do Decreto-Lei n.º 69/2000 de 3 de Maio (Despacho Conjunto n.º 251/2004, de 23 de Abril).

ausência de emissões de dióxido carbono ou de outros poluentes para a atmosfera e de descargas de águas residuais, reconhecidamente comporta, por contraponto com as alternativas convencionais que utilizam combustíveis fósseis. Trata-se de um benefício que muito dificilmente poderá ser quantificado.

27. Já anteriormente o legislador estabelecera mecanismos que viabilizavam a execução de projectos de especial relevância para o interesse público, do prisma económico, social ou ambiental, em áreas REN ou providas de um estatuto de protecção.

28. Tanto o regime da REN como o regime gizado pelo Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, contêm normas que propiciam a realização de acções de interesse público, como tal reconhecido pelos membros do Governo competentes (art. 4.º, n.º 2, al. c) do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 213/92, de 12 de Outubro, e art. 10.º do Decreto-Lei n.º 140/99), ainda que as mesmas possam atentar contra os valores que determinam a instituição de um especial regime de protecção.

29. O art. 4.º do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março, na actual redacção, estabelece diversas excepções ao regime proibitivo de promoção de trabalhos em solos REN, admitindo, designadamente, a realização de acções de interesse público como tal reconhecido por despacho conjunto.

30. Nos termos do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 140/99, podem ser levados a cabo projectos que impliquem impactes negativos para um sítio de importância comunitária, para uma ZEC ou para uma ZPE, quando se verifique a ausência de uma solução alternativa⁵¹ e ocorram razões imperativas de interesse público, como tal reconhecidas mediante despacho conjunto do Ministro do Ambiente e do Ministro competente em razão da matéria. Este reconhecimento pode estender-se a acções de impactes negativos para um tipo de habitat prioritário ou sobre uma espécie prioritária, contanto que estejam em causa razões de saúde ou de segurança pública, *a realização do projecto implique consequências benéficas para o ambiente ou ocorram outras razões de interesse público reconhecidas pelas instâncias competentes nacionais e da União Europeia*. Naturalmente não fica excluída, nestas situações, a adopção das medidas mitigadoras e compensatórias tidas por pertinentes.

⁵¹ A existência de soluções alternativas é também ponderada no âmbito do EIA (Anexo III ao RJAIA).

31. Do mesmo modo, a Portaria n.º 295/2002, de 19 de Março, ao regular o procedimento de licenciamento da produção de energia hidroeléctrica por pequenas centrais hidroeléctricas, dispôs que se o parecer da DRAOT ⁵² e a declaração de impacte ou incidências ambientais forem favoráveis ou condicionalmente favoráveis, será reconhecido o interesse público do projecto (mediante despacho conjunto a emitir pelo Ministro da Economia e pelo Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território), publicitando-se a desafectação da REN, quando aplicável.

32. Por via destes mecanismos é reconhecida, por despacho do Governo, a supremacia do interesse público para cuja consecução concorre o projecto em apreciação relativamente aos demais interesses públicos em presença, em termos que determinam o sacrifício desta segunda ordem de valores — o equilíbrio dos ecossistemas locais e a preservação da integridade de áreas ou sítios classificados — salvaguardando-se, tanto quanto possível, os impactos negativos para a paisagem, a fauna e a flora através da adopção de medidas mitigatórias ou compensatórias.

33. Entendeu o Governo reconhecer o interesse público dos projectos de produção de electricidade a partir de FER, para efeitos do disposto nas disposições legais supra mencionadas, mobilizado pelo imperativo de aumento exponencial da cota de energia eléctrica a partir de energias renováveis ⁵³. Nesse sentido, entendeu dirigir instruções e directrizes às autoridades admi-

⁵² que se pronúncia sobre a possibilidade de utilização da água no troço pretendido.

⁵³ “Todos os indicadores apontam para que este esforço deverá equivaler em 2010 à disponibilidade de um parque produtor de energias renováveis com uma potência na ordem dos 300 MW, para a qual hão-de contribuir essencialmente parques eólicos e pequenas centrais hidroeléctricas, sem esquecer a importância que a energia solar fotovoltaica, a combustão de biomassa ou a energia das ondas do mar possam vir entretanto a evidenciar. Este esforço constitui um dos mais importantes pilares da actual política do Governo em matéria de alterações climáticas e, naturalmente, um dos factores essenciais para o cumprimento do objectivo de contenção do aumento das emissões de gases com efeitos de estufa a que Portugal está condicionado nos termos do Protocolo de Quioto, no âmbito da União Europeia. Ainda recentemente, e com o objectivo, entre outros, de estimular o investimento na área das energias renováveis, aprovou o Governo a Medida de Apoio ao Aproveitamento do Potencial Energético e Racionalização de Consumos (MAPE) no âmbito do Programa Operacional da Economia (Portaria n.º 198/2001, de 13 de Março). Neste contexto, o Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território entende dever assumir claramente a promoção das energias renováveis como factor determinante e essencial da sua política de ambiente” (Despacho n.º 11 091/2001, de 25 de Maio).

nistrativas que intervêm no âmbito dos procedimentos de licenciamento, obstando às demoras anteriormente verificadas, harmonizando a sua actuação com vista ao desenvolvimento e efectivo contributo das FER para a produção de electricidade.

C) Os poderes de intervenção do Governo sobre os entes menores

34. A apreciação da legalidade do regime instituído pelo Despacho Conjunto n.º 51/2004, supõe a análise da relação jurídica administrativa entre o Governo e as entidades públicas vinculadas pelo citado despacho (as Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional, o Instituto da Conservação da Natureza e os órgãos das áreas de paisagem protegida).

35. Por outras palavras, importa aferir dos poderes conferidos ao Governo sobre as entidades que dele directamente dependem ou por ele são tuteladas.

36. A redacção do preceito compreendido no art. 199.º, al. d) da Constituição não parece suscitar dúvidas quanto à natureza dos poderes cometidos ao Governo sobre a Administração: poder de direcção sobre os órgãos e agentes do Estado Administração e pessoas colectivas públicas inseridas na sua Administração directa ou Administração dele directamente dependente; poderes de superintendência e tutela sobre a Administração indirecta do Estado ou Administração dele indirectamente dependente; poderes de tutela sobre a Administração autónoma ⁵⁴.

37. O poder de direcção caracteriza-se pelo poder de emitir ordens e expedir instruções. O poder de superintendência traduz-se na faculdade de orientação dos entes menores. A tutela sobre a administração autónoma é uma tutela de legalidade, já sobre a administração indirecta estende-se quer à legalidade quer ao mérito dos actos praticados.

38. As Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional são concebidas como serviços desconcentrados do Ministério das Cidades, Orde-

⁵⁴ Cfr. Constituição da República Portuguesa Comentada, Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino, pp. 324 e 325.

namento do Território e do Ambiente, incumbidos de executar as políticas de desenvolvimento regional, do ambiente, da conservação da natureza e da biodiversidade e do ordenamento do território e cidades nas respectivas áreas geográficas de actuação regional (art. 16.º do Decreto-Lei n.º 97/2003, de 7 de Maio). Integram, por conseguinte, a Administração Directa do Estado, dispondo, enquanto serviços periféricos, de competência limitada a uma área territorial específica.

39. O Instituto da Conservação e Natureza funciona na dependência do MCOTA, sujeito à tutela e superintendência do Ministro, cabendo-lhe prosseguir as políticas de conservação da natureza e de protecção da biodiversidade e do património natural (v. arts. 5.º, n.º 1, al. a) e 17.º do citado decreto-lei).

40. Por fim, como observámos supra (nota 1), as comissões directivas das áreas protegidas são órgãos cuja composição abrange representantes de serviços da Administração directa (CCDR), indirecta (ICN) e autónoma (Câmara Municipal). A comissão directiva é nomeada pelo Ministro das Cidades,

Ordenamento do Território e Ambiente, mediante parecer prévio vinculativo das câmaras municipais com jurisdição na área. Além do presidente, de nomeação ministerial, é composta por dois vogais, um indicado pelo ICN e o outro pela câmara municipal ou pelo Ministro, na falta de nomeação camarária.

41. Para PAULO OTERO, o art. 199.º, al. g) da Constituição configura uma cláusula geral, conferindo ao Governo, em matérias relativas à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas, competência de intervenção substitutiva sobre a Administração autónoma, incluindo as autarquias locais, a Administração directa e a Administração indirecta do Estado (O Poder de Substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional, Vol. II, p.p. 852 e segs.).

42. O exercício do poder de substituição pelo Governo pode provir da existência de *circunstâncias excepcionais geradoras de urgência e necessidade de decisão*.

43. Considera aquele ilustre administrativo que a Constituição acolheu o modelo de desconcentração relativa, o qual envolve uma mera limitação dos poderes primários de decisão externa do Governo e de todos os órgãos hierarquicamente superiores, pressupondo a existência de uma identi-

dade de competência material interna com as entidades subalternas ⁵⁵. O poder de direcção consubstancia uma possibilidade genérica de substituição do conteúdo da vontade decisória. O Governo “órgão superior das hierarquias da Administração do Estado” assume uma posição privilegiada, gozando de poderes de intervenção substitutiva. *Existe uma cláusula implícita de relevância do interesse geral ou nacional justificativa de uma reserva de intervenção (supletiva ou imperativa) estadual, verificando-se um entrecruzamento de interesses e competências* (entre o Estado e os entes menores). Todavia, o titular de poderes de intervenção intra-administrativa não pode, sem expressa habilitação legal, praticar actos primários sobre matérias da competência dos entes menores. A substituição exige expressa habilitação legal, salvo os casos de substituição integrativa hierárquica. A dupla função do Governo confere-lhe um estatuto privilegiado em matéria de fundamentação do poder de substituição governamental sobre a Administração directa e indirecta do Estado. O Governo goza de disponibilidade de certas regras de competência, funcionando o princípio da legalidade como simples autovinculação (cfr. ob. cit. p.p. 798 e segs.).

44. Se o poder de direcção permite uma disponibilidade da vontade decisória dos órgãos subalternos, sujeitando-os a um dever de obediência tendencialmente ilimitado aos comandos hierárquicos, a superintendência e a tutela pressupõem a liberdade de actuação primária da entidade menor. A superintendência envolve a definição dos objectivos da acção em concretização de opções políticas. ⁵⁶ A tutela permite a fiscalização do mérito e da legalidade da actuação do ente menor, viabilizando o controlo sobre a efectiva implementação das orientações concedidas.

45. Conclui Paulo Otero que, dado o princípio da tipicidade da tutela ou da superintendência e o facto de a simples existência de hierarquia administrativa não habilitar a substituição dispositiva por parte do superior hierárquico, em todas estas situações o exercício do poder de substituição pelo

⁵⁵ Nos termos da Lei n.º 4/2004, de 15 de Janeiro, constituem poderes hierárquicos, nomeadamente, os poderes de direcção, substituição e revogação (v. art. 3.º, n.º 2).

⁵⁶ A superintendência compreende a emissão de orientações ou directivas sobre os objectivos a atingir na gestão do Instituto e sobre as prioridades a adoptar na respectiva prossecução (art. 42.º da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro — Lei Quadro dos Institutos Públicos).

Governo assenta no pressuposto da reserva de lei: a previsão em fonte de valor normativo igual ou superior à que consagra a competência da estrutura decisória sujeita a tutela, superintendência ou hierarquia (O Poder de Substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional, Vol. II, p.p. 786 e segs).

46. Do mesmo passo, sustenta que o poder de substituição decorrente do art. 199.º, al. g) da Constituição, habilita o Governo a “exercer um poder excepcional de intervenção substitutiva de natureza integrativa ou revogatória (...)”, conferindo-lhe uma competência autónoma em relação aos poderes de tutela governamental sobre a Administração Autárquica (artigo 199.º, alínea d): “a primeira disposição tem como fundamento a posição do Governo como guardião do Estado de bem-estar, a segunda decorre da competência tradicional do Governo como órgão superior da Administração Pública e da sua inerente responsabilidade política parlamentar.(...) A intervenção tutelar do Governo sobre as autarquias locais incide sempre sobre interesses próprios das respectivas populações e visa assegurar a legalidade da actuação de tais entidades na prossecução de interesses que lhes são exclusivos; a intervenção governamental fundada na alínea g), pelo contrário, partindo da *existência de interesses que se projectam simultaneamente em termos nacionais e locais*, tem por objecto a prossecução de interesses que envolvem valores de carácter geral e cujo fundamento directo se encontra na implementação do modelo constitucional de Estado de Direito Democrático (...). A prossecução pelo Governo de um interesse decorrente da protecção imediata de valores objecto de consagração constitucional goza de prevalência sobre quaisquer interesses normalmente confiados à prossecução das entidades infra-estaduais sempre que estes últimos não são prosseguidos e, deste modo, comprometem interesses gerais da colectividade”.

47. Tratando-se de matérias para as quais a Constituição não estabelece uma reserva de lei, o art. 199.º, al. g), habilita o Governo a exercer uma intervenção substitutiva directamente fundada na Constituição, ou seja, independente da interposição do legislador. Esta disposição constitucional permite “extrair um princípio de mobilidade das regras de distribuição do exercício da competência”, a favor do Governo. Neste sentido, opina Paulo Otero que a Constituição de 1976 tornou excepcional a existência de um único órgão exclusivamente competente para o exercício de competências administrativas referentes ao desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessida-

des colectivas: O interesse geral ou nacional constitui uma cláusula implícita de reserva de intervenção do Estado em todas as normas de descentralização de atribuições estaduais.

48. Tendo em conta a amplitude dos poderes que a Constituição atribui ao Governo e ponderada a natureza dos interesses prosseguidos através do regime impugnado e a premência dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português, somos levados a crer ser legítima a intervenção estadual a nível das esferas de atribuições de entes públicos menores, no sentido de determinar o sentido do parecer a proferir pelas autoridades administrativas que tutelam áreas REN ou outras zonas protegidas pela particular riqueza e sensibilidade dos habitats e pela beleza da paisagem. As restrições ao poder de pronúncia ⁵⁷ visam obstar a que a execução de um projecto de relevante interesse para o desenvolvimento sustentado, merecedor de uma avaliação positiva no âmbito de um procedimento de avaliação ambiental, que oferece garantias de rigor, possa ser inviabilizada pelo exercício de uma competência cometida a um órgão administrativo. Isto, por entender dever assegurar a prevalência de interesses gerais da colectividade.

49. O Governo concede instruções ou directrizes, antecipando a sua intervenção, reconhecendo o interesse público dos projectos, o que tem por efeito o accionar de mecanismos legalmente previstos, relativamente a uma categoria genérica de projectos, obstando aos inconvenientes (morosidade, rigidez, menor eficiência) que proviriam da sua aplicação casuística. Coordena a actuação dos vários serviços que dele dependem, directa ou indirectamente, para prossecução do interesse estratégico da promoção das FER, introduzindo maior eficiência e racionalidade no processo decisório, melhorando, desta forma, a qualidade do serviço prestado ao cidadão.

50. Poderá questionar-se a validade do Despacho n.º 51/2004, do ponto de vista formal. Propendemos para opinar que a intervenção por despacho conjunto não fere o princípio da legalidade, seja por ser atribuída ao

⁵⁷ Questionando-se o exercício de autênticos poderes de substituição pelo Governo: o parecer é emitido pelas entidades que o Governo, por via de decreto-lei e ao abrigo do disposto no art. 201.º, n.º 1, al. a) da Constituição, atribuiu competência para o efeito, limitando-se o Governo, verificados determinados pressupostos, a coarctar a liberdade de pronúncia destes entes.

Governo pelos diplomas legais supra citados, a competência para decretar o interesse público de projectos localizados em área REN ou zonas sensíveis, seja por se encontrar o Governo directamente habilitado pela Constituição, não dispondo sobre matérias de reserva de lei. Neste sentido, não se encontra adstrito a respeitar o princípio da precedência de lei.

1. O Despacho Conjunto n.º 51/2004, publicado no Diário da República, 2.^a Série, n.º 26, de 31.01.2004, constitui um regulamento administrativo. Surge no exercício da função administrativa do Estado, no quadro das competências administrativas do Governo, e contém comandos jurídicos dotados de abstracção, muito embora tenham um número limitado de destinatários (e virtualmente identificável): as comissões de coordenação e desenvolvimento regional, o Instituto de Conservação da Natureza e, dentro da orgânica deste, os órgãos directivos de áreas protegidas (Parques nacionais e naturais, reservas naturais, etc.).

2. O Governo, pode, em primeiro lugar, aprovar regulamentos internos. São as chamadas instruções que traduzem nem mais nem menos do que o exercício de um poder hierárquico. O problema está em que o Instituto de Conservação da Natureza, os seus órgãos e serviços, não se encontram hierarquicamente subordinados ao Governo. Este apenas pode exercer sobre eles os poderes de superintendência e de tutela, uma vez que estamos perante uma forma de administração indirecta do Estado (artigo 199.º, alínea *d*) da Constituição).

3. Ao conferir personalidade jurídica ao ICN procurou-se devolver-lhe algumas das atribuições do Estado, dotando-o de uma relativa margem de autonomia administrativa e financeira que não admite o exercício do poder de direcção por parte do Governo. Já relativamente às CCDR este problema não se suscita, porquanto se trata de órgãos compreendidos na administração directa do Estado, cujo órgão superior é o Governo.

4. Não haja dúvidas quanto ao facto de o despacho conjunto reclamado dispor sobre o exercício de poderes discricionários conferidos a órgãos e serviços do Instituto de Conservação da Natureza, nomeadamente, ao instruí-los no sentido de proferirem parecer favorável sobre os projectos de produção de electricidade, através de fontes renováveis, como é o caso dos parques eóli-

cos, quando estes se situem em área territorialmente sob as atribuições do citado instituto público (n.º 3, alíneas *c*), *d*) e *e*) do Despacho n.º 51/2004), contanto que hajam obtido declaração de impacte ambiental favorável ou, pelo menos, condicionada.

5. Ora, o poder de superintendência, como faz notar a a Assessora no seu Parecer n.º 25/MR/2004 (p. 14) limita-se a conceder orientações, vertidas em directivas que apontam objectivos, resultados, à administração indirecta, mas não os meios nem os modos próprios de os alcançar.

6. De cada vez que o legislador cria um instituto público, haveria de ponderar bem essa limitação, não se cingindo a ter em vista as vantagens de flexibilização financeira e privatização do emprego público.

7. Não é difícil encontrar nas motivações do despacho reclamado uma finalidade objectiva de abreviação procedimental. Com efeito, é pressuposto de aplicação das normas reclamadas que os projectos tenham sido objecto de uma avaliação do impacte ambiental favorável ou, pelo menos, condicionadamente favorável (n.º 3). Se o projecto já obteve uma declaração positiva de impacte ambiental, precedida pela intervenção dos órgãos e serviços do ICN, pode parecer redundante que estes mesmos órgãos e serviços venham a ser chamados, de novo, para se pronunciarem.

8. Esta duplicação de intervenções, em relação ao procedimento de avaliação do impacte ambiental, não é inédita. Também o Instituto Português do Património Arquitectónico é chamado a pronunciar-se sobre um mesmo projecto em duas ocasiões que podem até ser bastante distanciadas no tempo: por um lado, a respeito da localização em zona de protecção a um imóvel classificado e, por outro, na comissão de avaliação do impacte ambiental que seja chamado a integrar (cfr. processo R-2232/01). No caso do IPPAR pode ainda admitir-se que as duas intervenções tenham âmbitos diferenciados — uma de sentido eminentemente histórico-patrimonial e arquitectónico, a outra, a pensar nas condições ambientais que rodeiam um imóvel classificado.

9. Todavia, esta consideração não é assim tão linear. É que a participação do ICN na avaliação do impacte ambiental pode não se mostrar decisiva. Com efeito, a deliberação da Comissão que propõe a declaração de impacte ambiental ao Governo é adoptada por maioria, ou seja, apesar do voto contrário do representante do ICN.

10. Por outro lado, é de reconhecer que o propósito de fomentar projectos de energias renováveis vai ao encontro de objectivos primordiais de

natureza ambiental. Quando se põe em questão a localização de um parque eólico numa área protegida, na verdade, estão em concurso valores ambientais de primeira linha: a contenção das emissões de poluentes para a atmosfera (e a redução da dependência energética do País), em contraponto com a conservação da natureza e a preservação de paisagens ou espécies animais e vegetais particularmente vulneráveis e contingentes.

11. Nada na lei, porém, permite asseverar uma supremacia dos primeiros em relação aos segundos. É certo que Portugal se encontra obrigado internacionalmente a reduzir as emissões de poluentes atmosféricos e a incrementar as fontes de energia renovável, mas também se encontra, por via do direito comunitário, obrigado a salvaguardar as zonas de protecção especial, a Rede Natura 2000 e a rede primária de áreas protegidas (parques nacionais e naturais, reservas, sítios).

12. Precisamente, por motivo da ponderação de interesses que apenas é possível perante situações individuais e concretas o legislador incumbiu determinados órgãos da administração indirecta de se pronunciarem vinculativamente acerca da compatibilidade de tais iniciativas com cada um dos sítios, zonas ou áreas especialmente protegidas.

13. Determinar por regulamento que o parecer do ICN é *ipso facto* positivo, desde que previamente obtida uma declaração de impacte ambiental favorável, é fazer substituir uma ponderação discricionária de interesses, a cargo do ICN, feita ao caso individual e concreto, por uma ponderação geral e abstracta, feita pelo Governo, através de um regulamento.

14. O Governo, através do Despacho Conjunto n.º 51/2004, veio exercer o seu poder regulamentar para extrapolar o que os poderes de superintendência e de tutela administrativa não lhe consentiriam.

15. Esta ultrapassagem do poder regulamentar — de resto, sem indicação da norma legislativa habilitante (a ser qualificado como regulamento de execução) ou sem a forma própria dos regulamentos independentes (decreto regulamentar) — não é isenta de significado.

16. O Governo deveria, pois, ter legislado em lugar de aprovar um regulamento. Este seria o modo adequado de introduzir um regime especial para a instalação dos projectos de fontes de energia renovável que exijam a intervenção do ICN.

17. Ao lançar mão da forma e do procedimento regulamentar, o Governo furtou-se ao controlo político do Presidente da República e, do

mesmo passo, à apreciação parlamentar dos decretos-leis, a menos — no que toca à promulgação ou veto do Presidente da República — que tivesse adoptado a forma de decreto regulamentar.

18. Admite a Assessora que o Despacho Conjunto n.º 51/2004, de 31 de Janeiro, poderia encontrar cabimento num poder genérico de substituição que PAULO OTERO (O Poder de Substituição no Direito Administrativo) descortina nas competências administrativas do Governo e que, pelo menos, em relação à administração indirecta do Estado não encontraria entraves do ponto de vista constitucional, atendendo a que os fins dos institutos públicos são ainda fins do Estado, apenas formal e tecnicamente destacados do Estado-Administração por razões de eficácia e eficiência administrativas.

19. Julgo que, de todo o modo, o Despacho Conjunto n.º 51/2004 se presta às maiores dúvidas quanto à constitucionalidade das suas disposições, por confronto com o artigo 112.º, n.º 5, da Constituição. Com efeito, não se limita a concretizar o disposto num acto legislativo ou numa pluralidade de actos legislativos, antes modifica um poder que a lei criou como discricionário, transmutando-o num poder vinculado.

20. Em face do exposto, equaciono duas possibilidades para sequência da intervenção do Provedor de Justiça:

- a) a classificação do presente processo como DI e sua redistribuição, dando por cumprido o disposto no artigo 13.º da Ordem de Serviço n.º 1/PJ/2001; ou
- b) a solicitação ao Governo — que vier a ser nomeado após o acto eleitoral de 20.02.2005 — para que se pronuncie acerca da validade do despacho reclamado, perante as considerações expendidas.

R-1453/04

Assessores: Isabel Canto

Miguel Feldmann

José Luís Cunha

Entidade visada: Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional

Assunto: Ordenamento do território — urbanização — operação de loteamento — precedência de plano municipal.

I

1. Veio a ... requerer ao Provedor de Justiça que se pronunciasse sobre a admissibilidade do licenciamento de operações urbanísticas de loteamento em área não abrangida por plano municipal de ordenamento do território, prevista no art. 42.º do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação (RJUE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho.

2. Das alegações extrai-se, em síntese, que:

- a) Nos termos do art. 65.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa (CRP), nos art. 7.º, n.º 3, e art. 11.º, n.º 2, da Lei de Bases da Política e Ordenamento do Território (Lei n.º 48/98, de 12 de Agosto) e dos art. 1.º, art. 2.º, art. 3.º, n.º 2 do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT) (Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 310/2003, de 10 de Dezembro), a definição do uso, ocupação e transformação do solo deve proceder-se através de instrumentos de gestão territorial, designadamente, dos referidos planos municipais de ordenamento do território;
- b) O art. 42.º do RJUE, terá criado a figura do licenciamento de loteamento em área não abrangida por aqueles instrumentos de planeamento, desviando-se, assim, dos objectivos estabelecidos pelas normas acima citadas.

3. Tal consideração, segundo os queixosos, ficará a dever-se aos efeitos urbanísticos atribuídos ao licenciamento de operações de loteamento, designadamente, a definição do regime do uso, ocupação e transformação dos solos abrangidos por essas operações. Esses efeitos, traduzem-se no dever de indeferimento do pedido de licenciamento de operações urbanísticas desconformes (art. 24.º, n.º 3 do RJUE) e na nulidade das licenças ou autorizações que violem os parâmetros definidos nas operações de loteamento (art. 68.º, alínea a), parte final, do RJUE).

4. Consideram, ainda, que a realização de operações de loteamento — uma operação urbanística, no mais das vezes, de iniciativa e finalidade privada — em área não abrangida por instrumentos de planeamento municipal,

se revela lesiva dos interesses públicos do correcto ordenamento do território, e da qualidade de vida das populações, impedindo, também, a justa repartição dos encargos e benefícios urbanísticos, que ficariam assegurados através da execução dos planos, o que demonstra a imprescindibilidade destes últimos.

II

5. Dever-se-á, desde já, ter em conta, que o estabelecido no art. 42.º do RJUE, não constitui solução legislativa inovadora.

6. Efectivamente, já o art. 40.º do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro (que aprovou o regime jurídico de licenciamento municipal de operações de loteamento e obras de urbanização), condicionava o licenciamento de operações de loteamento e obras de urbanização, em área não abrangida por plano municipal, a parecer vinculativo da comissão de coordenação regional competente. Isto excepto se a operação de loteamento se localizasse em área urbana, entendida como tal a que estivesse delimitada em protocolo celebrado entre a câmara municipal e a respectiva comissão de coordenação regional, situação na qual não seria necessária a obtenção daquele parecer.

7. É certo que o sistema decorrente do art. 65.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, e concretizado através do sistema de gestão territorial estabelecido na Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, pressupõe o enquadramento desta política em instrumentos de planeamento, designadamente, nos planos municipais de ordenamento do território.

8. É igualmente indiscutível que os planos podem assegurar a qualidade do espaço urbano, muito embora esta qualidade venha a depender mais das medidas concretamente estipuladas nesses planos — e da capacidade para proceder à sua execução — do que das previsões estabelecidas na lei.

9. Todavia, este sistema admite algumas excepções, seja devido às vicissitudes que os planos podem conhecer ao longo da sua execução (designadamente, situações de alteração, revisão e suspensão de planos), como, sobretudo, devido ao facto de o esforço de planeamento territorial ser, entre nós, ainda relativamente recente e dificultado pela carência de meios financeiros e pela morosidade dos procedimentos de elaboração dos instrumentos de gestão territorial.

10. Por outro lado, também por razões conhecidas, em muito relacionadas com a escassez de meios de actuação urbanística dos municípios, o processo de criação de solo urbanizado tem dependido, em grande medida, das iniciativas particulares, através de operações de loteamento.

11. Nestas circunstâncias, o legislador tem entendido que subordinar o licenciamento de operações de loteamento (e, assim, a criação de espaços urbanos muitas vezes necessários) à prévia existência de instrumentos de planeamento, pode revelar-se lesiva.

12. Para fazer face às situações — cada vez menos frequentes, como se verá adiante — em que não haja planos municipais de ordenamento do território plenamente válidos e eficazes, o art. 42.º do RJUE prevê uma instância de controle, que consiste na sujeição a parecer vinculativo por parte dos organismos que têm a seu cargo a política de ordenamento do território e de desenvolvimento regional, visando avaliar aquelas operações do ponto de vista do ordenamento do território e da articulação com os instrumentos de desenvolvimento territorial previstos na lei (os planos intermunicipais de ordenamento do território, os planos regionais de ordenamento do território e o futuro programa nacional da política de ordenamento do território, nos termos do art. 9.º, n.º 1, da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo).

13. Trata-se de uma opção de natureza política, cujo mérito não cumpre ao Provedor de Justiça avaliar e que, em todo o caso, não se revela expressamente vedada pelo direito. Podendo não constituir uma situação ideal, em termos de gestão do território, dadas as circunstâncias em que se tem vindo a processar a actividade de planeamento do território, não deixa de ser compreensível.

III

14. Por outro lado, não nos parece que a questão assumia significativa relevância prática, atenta a reduzida parcela do território nacional que não se encontra abrangida por plano municipal. Mesmo quanto a esta, verificamos estarem em curso os procedimentos tendentes a dotá-la de instrumento de planeamento e gestão territorial eficaz.

15. Com vista a determinar a extensão do problema levantado pelos queixosos promoveram-se diversas diligências no âmbito do presente processo.

Pretendia-se apurar quais os municípios que ainda não tinham o seu território regulado por qualquer plano municipal de ordenamento do território.

16. Recorde-se, que nos termos do art. 2.º, n.º 4, alínea b), do RJIGT, os planos municipais de ordenamento do território compreendem: o plano director municipal, o plano de urbanização e o plano de pormenor, abrangendo o plano director municipal toda a área do concelho (art. 84.º, n.º 1 do mesmo diploma).

17. Por contacto telefónico estabelecido, em 23.09.2005, colhemos junto da Direcção-Geral do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Urbano (Direcção de Serviços de Gestão de Programas e Projectos de Ordenamento do Território/ Divisão de Administração do Território / Registos — Senhora D.ª ...), informação actualizada quanto à área do território continental ainda não abrangida por qualquer plano municipal de ordenamento.

18. Fomos então informados de que, no presente, e à excepção do município de Lagos, todas as áreas correspondentes aos outros se encontram abrangidas, pelo menos, por plano director municipal, tendo oito deles sido entretanto já revistos, e havendo um número muito considerável de outros em processo de revisão.

19. Anotámos que os recentes municípios de Odivelas, Trofa e Vizela, ainda não possuem plano director municipal próprio, estando a aplicar as regras de planeamento inscritas no plano director municipal do município de que derivaram, previstas para zona que actualmente ocupam (Odivelas → Loures; Trofa → Santo Tirso; Vizela → Felgueiras, Lousada e Guimarães).

20. Situação particular a do município de Lagos, cujo Plano Director Municipal, ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 28/95, de 3 de Abril, perdeu eficácia, em resultado de decisão judicial que anulou a deliberação da Assembleia Municipal de Lagos de 10.11.1994, que o tinha aprovado.

21. Face a esta circunstância, a Câmara Municipal de Lagos deliberou, em 20.02.2002, retomar o processo de elaboração do Plano Director Municipal, e a Assembleia Municipal de Lagos aprovou, em 08.03.2002, o estabelecimento de medidas preventivas para determinadas áreas do município, solução ratificada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 82/2002, de 12 de Abril, que previu que as mesmas vigorassem pelo prazo de 2 anos a contar da data da respectiva publicação, caducando com a entrada em vigor do novo Plano Director Municipal.

22. Isto à semelhança do que veio a ser estabelecido para as áreas da Meia Praia e da Vila da Luz, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 73/2002, de 9 de Abril, que viu prorrogado o prazo de vigência, por mais um ano, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2004, de 8 de Abril.

23. Observa-se, a este propósito, que nos termos do art. 112.º, n.º 1 do RJIGT, o prazo de vigência das medidas preventivas não pode ser superior a dois anos, prorrogável por mais um, findos os quais caducam (art. 112.º, n.º 3, alínea b), do mesmo diploma).

24. No presente, decorrem, na Câmara Municipal de Lagos, os trabalhos de elaboração do novo Plano Director Municipal ⁵⁸.

25. Quanto à Região Autónoma da Madeira, constatámos que só um dos onze Municípios que a compõem, não possui, ainda, Plano Director Municipal em vigor. Trata-se do concelho de Machico (com 68 km²) ⁵⁹.

26. Importa, todavia, salientar, que se encontra já agendada a aprovação final deste Plano Director Municipal ⁶⁰.

27. Quanto à Região Autónoma dos Açores, constatámos que dos dezanove Municípios que a compõem, oito não possuem, ainda, Plano Director Municipal em vigor. Trata-se dos concelhos da Calheta (126 km²), Lages das Flores (70 km²), Lages do Pico (155 km²), Madalena (147 km²), Povoação (108 km²), Ribeira Grande (180 km²), Santa Cruz da Graciosa (61 km²) e Santa Cruz das Flores (71 km²) ⁶¹.

28. Destes, importa, todavia, referir que ⁶²:

- o Plano Director Municipal da Calheta se encontra em fase de ratificação;

⁵⁸ Informação recolhida, por contacto telefónico estabelecido em 26.09.2005 junto da DGOTDU.

⁵⁹ Dados recolhidos junto do site oficial da Associação Nacional dos Municípios Portugueses (www.anmp.pt), do site oficial de cada uma das câmaras municipais que integram a Região Autónoma da Madeira e da base de dados Legix.

⁶⁰ Informação prestada no âmbito de contacto telefónico, estabelecido, em 26.09.2005, com a Direcção Regional do Ordenamento do Território da Região Autónoma da Madeira.

⁶¹ Dados recolhidos junto do site oficial da Associação Nacional de Municípios Portugueses (www.anmp.pt), do site oficial de cada uma das câmaras municipais que integram a Região Autónoma dos Açores e da base de dados Legix.

⁶² Informações recolhidas no site oficial da Vice-Presidência do Governo Regional dos Açores (www.vpgr.azores.pt) e confirmadas por contacto telefónico estabelecido, em 26.09.2005, com a Direcção Regional do Ordenamento e da Administração Pública.

- o Plano Director Municipal de Lages das Flores se encontra a aguardar parecer final da Direcção Regional do Ordenamento e da Administração Pública;
- o Plano Director Municipal de Lages do Pico se encontra em fase de publicação;
- o Plano Director Municipal de Madalena, se encontra em fase de publicação;
- o Plano Director Municipal de Povoação se encontra em fase de elaboração;
- o Plano Director Municipal de Ribeira Grande se encontra em fase de aprovação;
- o Plano Director Municipal de Santa Cruz da Graciosa se encontra a aguardar parecer final da Direcção Regional do Ordenamento e da Administração Pública;
- o Plano Director Municipal de Santa Cruz das Flores se encontra a aguardar parecer final da Direcção Regional do Ordenamento e da Administração Pública.

IV — Em conclusão,

- a) A solução constante da norma do art. 42.º do RJUE, objecto da presente queixa, dada a sua natureza excepcional, não é vedada pelo sistema gizado na Constituição e na Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo;
- b) Traduz, pelo contrário, uma opção de natureza política do legislador, no compromisso entre as circunstâncias que têm impedido a dotação integral de planos municipais de ordenamento do território em todo o território nacional e as necessidades de produção de solo urbanizado;
- c) A aplicação desta norma, em todo o caso, mostra-se residual, por se encontrar em fase já muito adiantada, a cobertura, na totalidade, do território nacional, por instrumentos de planeamento municipal, o que prejudica a relevância da questão posta nesta queixa.

29. Pelas razões expostas, sugerimos o arquivamento dos presentes autos nos termos previstos no art. 31.º, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

2.1.5. Censuras, reparos, e sugestões à Administração Pública

A — Urbanismo e habitação

R-1051/02

Assessora: Carla Vicente

Entidade visada: Município do Porto

Assunto: Urbanismo — obras de construção — propriedade horizontal — utilização especial — ginásio/*health club* — cessação da utilização.

1. De novo se justifica levar à ponderação da Câmara Municipal do Porto um conjunto de considerações a respeito da situação identificada em epígrafe, na sequência das anteriores interpelações e das respostas prestadas.

2. Analisada a motivação da queixa e os elementos carreados para o processo durante a sua instrução, não posso deixar de suscitar algumas objecções aos fundamentos da decisão adoptada, tanto no que respeita à ilegitimidade do pedido de licenciamento da fracção DQ, como no que concerne à suposta ilegalidade da ordem de cessação da utilização, conforme parecer jurídico emitido por esses serviços municipais.

3. Assim, e pelas razões que melhor se alcançam da informação n.º4/CV/2005 que se junta em anexo, e cujo teor obteve a minha aprovação, dignar-se-á V. Ex.^a informar-nos se pretende vir a reponderar a decisão tomada, no sentido de ser determinada a cessação da utilização controvertida — como ginásio — da fracção identificada.

4. No mais, e tendo em especial atenção o desfasamento no cômputo das áreas coberta e descoberta — cfr. n.º 4 e n.º 5 da informação em anexo — queira V. Ex.^a informar-nos se ocorre, quanto a este aspecto, desconformidade na execução do projecto.



5. Por fim, dignar-se-á V. Ex.^a esclarecer, em concreto, de que modo considera cumprido o Regulamento Municipal de Edificações Urbanas e o Regulamento do Plano Director Municipal, no que diz respeito à construção do ginásio e ao número de lugares de estacionamento ali exigidos. Para melhor apreciação da nossa parte, seria útil enviar-nos cópia da informação técnica em que foram aferidos estes parâmetros.

Inf.º 4/CV/2005

I — Da queixa

1. Foi solicitada a intervenção da Provedoria de Justiça junto da Câmara Municipal do Porto, em virtude de, na fracção DQ de prédio, funcionar um ginásio cujos utentes invadem de uma forma permanente e abusiva o acesso às garagens e lugares de estacionamento existentes na envolvente do prédio.

2. Afirmam que os acessos a viaturas de bombeiros ou ambulância, previstos por lei, estão bloqueados, sem que possam fazer algo para o impedir.

II — Antecedentes

3. Em 27.12.1998, a empresa construtora do edifício efectua a escritura de propriedade horizontal no 1.º cartório notarial de Santa Maria da Feira, através da mera exibição do projecto de construção aprovado pela Câmara Municipal e sua alteração.

4. Naquele documento, descreve-se que se trata de um prédio “destinado a aparcamento, piscina e balneários e habitação”, com a área coberta de 5730 m² e descoberta de 2620 m². Posteriormente, em 12.09.2000, efectua--se uma alteração da propriedade horizontal para rectificação da área descoberta do prédio que terá sido reduzida em 1000 m² passando a ser descrita como tendo 1620 m². No total, tem-se a área de 7350 m².

5. Segundo informação do Director de Departamento Municipal de Gestão Urbanística, a área total do prédio, como se pode observar da consulta do AL 9/89 ou da certidão junta ao projecto inicial é de 7350 m², sendo, apro-

ximadamente, a área coberta de 2530 m² e a área descoberta de 4820 m². Alega desconhecer qualquer alteração a estas áreas.

6. Em 19.01.1999 foi emitida a licença de construção.

7. Em 22.02.1999, efectuou-se, na Conservatória de Registo Predial, o registo da constituição da propriedade horizontal.

8. Em 07.09.1999, foi emitida a licença de utilização n.º 680.

9. Em 27.03.2003, a empresa “*Premier — Club — Health Center, Lda*”, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 380/99, de 18 de Setembro, requer o licenciamento da instalação de um ginásio, bem como de um conjunto de serviços integrados na fracção autónoma designada pelas letras DQ.

10. Esta fracção estará registada na 2.ª Conservatória de Registo Predial do Porto, como estabelecimento multi-usos na cave e rés-do-chão, com logradouro. Trata-se de uma descrição e uso diferentes do apresentado na constituição do título de propriedade horizontal. Neste título, o uso descrito é comércio e a fracção é descrita como sendo composta por rés-do-chão onde se encontram dois vestíbulos, três sanitários, seis divisões, uma delas com espaço para piscina e ainda um logradouro com a área de 1560 m².

11. Estranhamente, na licença de utilização, aquele espaço foi licenciado como área social comum.

12. Em 19.12.2003, o Director Municipal de Licenciamento, Salubridade e Fiscalização, determina a notificação da requerente do ginásio quanto à intenção de indeferir o pedido de licenciamento 6370/03 e de ordenar a cessação da utilização. Afirmar que a utilização como health club implicará mudança da finalidade na medida em que engloba, no mesmo estabelecimento, um conjunto de serviços integrados que, para a segurança e bem estar dos seus utentes exigem um conjunto de instalações próprias e adequadas, tal como resulta do Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro. Ademais, dado que não terá sido apresentada autorização dos condóminos, propõe a rejeição do pedido por ilegitimidade do requerente e a cessação da actividade. Afirmar ainda que, mesmo que fosse legítimo deveria o pedido ser indeferido por violação do art. 38.º do RMEU.

13. Após a audiência prévia dos interessados, foi emitido parecer jurídico onde se considerou a parte como legítima, assim como inválida a ordem de cessação de actividade, por infracção ao disposto no art. 32.º do Decreto-Lei n.º 370/99.

14. No mesmo, refere-se expressamente que “a narrativa que se seguirá não irá fundamentar *à posteriori* as opções municipais e os actos administrativos praticados. Pretende-se tão somente, tornar inteligíveis os procedimentos adoptados, de forma a permitir uma correcta qualificação dos factos que a Provedoria necessariamente terá de fazer.”

15. Importa esclarecer desde já que, entre as competências constitucional e legalmente cometidas ao Provedor de Justiça, não se compreende a prestação de consulta jurídica.

16. Com efeito, a este órgão do Estado cabe assegurar, na sequência de queixas apresentadas pelos particulares e mediante o exercício das competências que lhe estão confiadas, em particular, pela emissão de recomendação aos órgãos competentes, a correcção de ilegalidades ou injustiças detectadas no exercício dos poderes públicos. Tem assim uma função activa de resolução de conflitos — embora sem vincular os poderes públicos sindicados — mas não consultiva.

17. Ademais, nos termos do disposto no art. 2.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça), a intervenção deste órgão de Estado é limitada, como regra, às situações em que estão em causa actuações ou omissões dos poderes públicos, sempre que as mesmas se possam qualificar como injustas ou ilegais.

18. Uma vez exposto o assunto às entidades competentes, a intervenção deste órgão do Estado apenas reveste utilidade acrescida no caso de aquela não dar resposta satisfatória às queixas, já que o Provedor de Justiça não se substitui à Administração Pública no exercício das competências e poderes que estão primariamente cometidos aos seus órgãos.

III — Análise jurídica

19. Como acima verificámos, a licença de utilização emitida para a fracção *DQ* autoriza o “*uso social comum*”.

20. Através de uma pesquisa breve, nomeadamente em projectos de construção similares, confirmámos o que já ressalta da própria letra daquela expressão. Um espaço destinado a uso social comum, integrado num conjunto urbanístico, é assumido como um espaço destinado ao uso comum dos seus moradores (caso dos edifícios de habitação) ou utilizadores (caso dos hotéis, complexos turísticos, *etc*).

21. Aliás, na proposta n.º .../D, da Câmara Municipal do Porto, onde se confirmou o deferimento do pedido de informação prévia afirma-se, inequivocamente, que a piscina e balneários constituirão um equipamento da zona.

22. Novamente, na memória descritiva do projecto de arquitectura aprovado refere-se — a fls. 3 — que a “área comum onde se desenvolve o equipamento (piscina coberta) criará uma zona adequada de vivência social e lazer”; a fls. 4 refere-se “o equipamento colectivo da piscina”.

23. A propriedade horizontal terá sido, de acordo, aliás, com as próprias informações prestadas pela Câmara Municipal do Porto, constituída com base na mera exibição do projecto de construção aprovado por esta autarquia local e sem o seu prévio conhecimento, o que poderá explicar que aquele espaço não tenha sido descrito como parte comum do edifício construído.

24. Não tendo a Câmara Municipal tido qualquer intervenção na constituição da propriedade horizontal não pode agora, contudo, eximir-se das suas responsabilidades.

25. Com efeito, para efeitos de licenciamento municipal, foi considerado que aquela fracção apenas estaria apta a desempenhar a função de “*uso social comum*”.

26. Ora, qualquer que seja o significado que se pretenda atribuir a esta expressão não caberá na sua extensão polissémica o uso daquele espaço como ginásio. Em primeiro lugar, porque um ginásio não comporta um uso meramente social, de convívio, mas sim um uso lucrativo associado a uma prestação de serviços.

27. Por outro lado, a expressão “*comum*” reporta-se aos utilizadores do edifício onde se integra aquele espaço. De outro modo, não teria de ser referido expressamente. Com efeito, não se utiliza a expressão “ginásio de utilização comum”, ou “restaurante de uso comum” quando se trata de estabelecimentos de carácter lucrativo que, por natureza, visam uma utilização pela generalidade das pessoas, salvo algumas excepções.

28. O facto de ter sido prevista uma piscina, no projecto aprovado, também não legitima a ocupação como ginásio. Em primeiro lugar, porque uma piscina é apenas um equipamento, que pode ser utilizado, quer para efeitos meramente lúdicos — como seria pretendido no projecto inicial ao integrá-la na área social comum — quer para fins desportivos, inserida ou não num complexo desportivo ou ginásio.

29. Assim, a existência de uma piscina numa determinada área não legitima, por si só, o funcionamento de um ginásio, para efeitos de legalidade da ocupação.

30. Ademais, no título constitutivo da propriedade horizontal, a fracção destina-se a uso comercial que também não comporta a utilização como ginásio. Esta actividade é acima de tudo, um conjunto de serviços integrados.

31. Constatada a divergência entre o título constitutivo da propriedade horizontal e a licença de construção quanto à fracção *DQ*, teremos de concluir pela nulidade parcial daquele título, nos termos dos arts. 1418.º, n.º 3 e 292.º do Código Civil, por duas razões:

- i)* a fracção *DQ* deveria estar afecta ao uso comum dos condóminos, constituindo parte comum do edifício;
- ii)* a fracção *DQ* está licenciada para “*uso social comum*” e não para “*comércio*” conforme consta do título constitutivo da propriedade horizontal.

32. Por outro lado, a simples autorização do senhorio não legitima o locatário a realizar as obras adequadas ao funcionamento de um ginásio no local reclamado, caso consubstanciem alguma inovação no prédio. Estas, nos termos do art. 1425.º do Código Civil, dependem da aprovação da maioria dos condóminos, sendo que, nas partes comuns, as inovações não podem prejudicar a utilização, por parte de alguns condóminos, tanto das coisas próprias como das partes comuns.

33. Além do mais, a alteração ao uso da fracção, por si só, necessitaria sempre da autorização dos condóminos.

34. Assim, sendo a ilegitimidade do requerente de conhecimento oficioso, a todo o tempo, poderá este ser convidado a suprir esta deficiência sem o que o pedido não poderá ser decidido.

35. Também não podemos concordar com a alegada ilegalidade da ordem de cessação de actividade.

36. Por um lado, não parece legítimo concluir, conforme alegado pela Câmara Municipal do Porto, que aquela ordem de cessação seria ilegítima porque “*o controlo das normas que presidiram à construção, foi efectuado pela emissão do respectivo alvará que titula a utilização da edificação*”.

37. Com efeito, como verificámos, a licença de utilização — uso social comum — não estará a ser cumprida e, por essa razão, assiste legitimidade ao presidente da câmara municipal para ordenar a cessação da actividade.

38. Ademais, sempre a utilização dos estabelecimentos comerciais e outros esteve sujeita à titularização por alvará de licença de utilização. O Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro veio para além disso, fixar requisitos especiais, a serem observados em certos estabelecimentos que, na perspectiva do legislador, envolvem riscos para a saúde e segurança das pessoas (cfr. art. 1.º), nomeadamente os ginásios, como estabelecimentos de prestação de serviços (cfr. Portaria n.º 33/2000, de 28 de Janeiro).

39. Por outro lado, é certo que o Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, não estabelece qualquer sanção para a violação dos prazos fixados no art. 32.º, quer para requerer a licença de utilização, quer para proceder às adaptações exigidas. Contudo, não podemos perder de vista que, nos termos do art. 3.º deste diploma, se determina que os processos respeitantes à instalação dos estabelecimentos abrangidos regulam-se, em termos gerais, pelo regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares — Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro. O Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro, limita-se a estabelecer algumas especificidades no licenciamento de obras particulares.

40. Assim, este último diploma não afasta as medidas de polícia e o regime sancionatório previsto naquele primeiro, quando os titulares dos estabelecimentos visados não cumpram as medidas ali previstas, nomeadamente, a inobservância dos prazos fixados no art. 32.º.

41. Assim, não parece correcto afirmar que não é fixada qualquer sanção para a inobservância destes prazos. Esta situação seria, aliás, inaceitável porque pressuporia que o legislador compactuaria, *sine die*, com o funcionamento daqueles estabelecimentos, em desrespeito pelas regras por si fixadas.

R-2182/02
Assessora: Carla Vicente

Entidade visada: Município de Vila do Conde

Assunto: Urbanismo — obras de edificação — condições — alinhamentos — princípio da igualdade.

1. Procedemos à audição do município superiormente representado por V. Ex.^a, para apreciarmos queixa relativa ao assunto identificado em epígrafe.

2. A queixa resultava da oposição ao alinhamento consentido a determinada edificação, por se mostrar bastante mais favorável do que anteriores imposições para o mesmo local, facto que indiciaria um tratamento privilegiado.

3. Por outro lado, desta circunstância resultariam inconvenientes para o tráfego, em especial, para a segurança rodoviária no entroncamento de acesso à Rua Alberto Castro, em Guilhabreu.

4. Houve oportunidade de expormos, através do ofício, de 6.08.2003, desta Provedoria, algumas considerações sobre a imposição de alinhamentos por via dos denominados ónus de renúncia. Importa, contudo, reiterar o nosso entendimento acerca da desconformidade entre este procedimento e o Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, nomeadamente, nos seus artigos 24.º e 25.º. A imposição de cedências para alinhamentos deve resultar de plano urbanístico, como aponta o Supremo Tribunal Administrativo, no Acórdão da 1.ª Subsecção de 9.03.1989 (Rec. 26.373).

5. No que diz respeito à conveniência e oportunidade da solução encontrada para o tráfego na zona em questão, não pode o Provedor de Justiça tomar posição senão na medida em que o consinta a lei e os princípios gerais de direito público. Como tal, importa saber, não tanto da qualidade da ponderação entre os diferentes interesses públicos relevantes, mas se essa ponderação se mostra efectuada de modo coerente e objectivo.

6. Verificamos terem sido adoptadas providências, nomeadamente, a instalação de um espelho parabólico, encontrando-se em curso obras de fomento na pavimentação e na rede de saneamento, providências essas que decerto contribuirão para melhorar as condições de segurança, no local.

7. Com a advertência assinalada, relativamente à imposição de alinhamentos, determinei o arquivamento do processo, em conformidade com o disposto no artigo 31.º, alínea c), do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril), prevalecendo-me da oportunidade para agradecer a cooperação facultada a este órgão do Estado.

Entidade visada: Freguesia de Passos (São Julião)

Assunto: Urbanismo — urbanização — operação de loteamento — iniciativa paroquial — venda de lotes — selecção dos adquirentes — interesse público.

1. Como é do conhecimento de V. Ex.^a, de resto, ouvido pessoalmente, em 13.03.2003, foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça, arguindo-se irregularidades na alienação dos lotes constituídos pelo alvará de loteamento identificado em epígrafe, assim como nas obras de edificação levadas a cabo nos lotes n.º 4 e n.º 5, no tocante à sua implantação.

2. Analisada a motivação da queixa e os elementos carreados para o processo durante a sua instrução, reuniram-se indícios da invalidade da decisão adoptada quanto à atribuição dos lotes, pelas razões que melhor se alcançam da informação que se junta em anexo, e cujo teor obteve a minha aprovação.

3. Assim, da instrução do processo foi possível concluir que a aquisição do terreno a lotear decorreu sem que tivesse sido devidamente fundamentada, nomeadamente, quanto aos fins de interesse público a prosseguir.

4. Por seu turno, a alienação dos lotes ocorreu sem que, previamente, tivessem sido definidas as condições de venda. Optou-se pela venda directa a empresas, aleatoriamente seleccionadas, apenas porque o procedimento de hasta pública não permitiria obter, de forma atempada, a receita necessária para adquirir o terreno.

5. Além do mais, não foram estipulados condicionalismos à alienação e à construção nos lotes que garantissem a realização de fins de interesse público e a eventual reversão do terreno, em caso de incumprimento desses condicionalismos.

6. Por fim, a alienação dos lotes foi realizada sem ter sido devidamente publicitada. Assim, apenas concorreram as empresas escolhidas por alguns dos membros da Junta de Freguesia, sem prévia definição de critérios — objectivos ou mesmo subjectivos — de qualificação ou selecção.

7. Trata-se de um procedimento de concurso completamente *sui generis*, com clara violação de várias normas legais e princípios jurídicos, já

enunciados na informação interna anexa ao ofício enviado a V. Ex.^a em 24.09.2003.

8. Contudo, verifica-se que a ordem jurídica vigente sanciona as ilegalidades observadas apenas com a anulabilidade dos actos, o que levou à sua consolidação, pelo decurso do tempo.

9. Não posso, no entanto, deixar de advertir que a Junta de Freguesia se encontra vinculada à observância da lei e que futuramente deverá obter aconselhamento jurídico antes de empreender outra operação congénere. Poderá valer-se, designadamente, do apoio concedido pela Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte, pela Direcção-Geral da Administração Local ou até, eventualmente, pela Associação Nacional de Freguesias (ANAFRE).

Cumpria à Junta de Freguesia lançar dos mecanismos legais adequados para que a alienação dos lotes fosse realizada com vista à prossecução de fins de interesse público e com observância dos princípios da igualdade e da transparência, de modo a não suscitar reparo algum.

10. E se o desconhecimento da lei não aproveita a ninguém (segundo o princípio geral enunciado no art. 6.º do Código Civil), não poderá, por maioria de razão, desculpabilizar a actuação de poder público que, dada a sua natureza, se encontra especialmente vinculado.

11. Vejo-me, assim, Senhor Presidente, no dever de chamar a atenção de V. Ex.a. para a necessidade da adopção de um maior rigor na interpretação e aplicação da lei, por forma a prosseguir o interesse público no escrupuloso respeito pelos direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos dos particulares.

12. Certo de que a Junta presidida por V. Ex.^a não deixará de tomar em devida conta as observações formuladas, determinei o arquivamento do processo, nos termos do disposto no artigo 33.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

§ 1.º — Da queixa

1. O presente processo teve origem na queixa apresentada pelo Sr. ..., quanto a alegadas irregularidades na execução das obras de construção de dois

imóveis, nos lotes de terreno n.^{os} 4 e 5, do alvará de loteamento referido em epígrafe.

2. Afirmava-se na queixa que, apesar do alvará de loteamento prescrever a distância mínima de 3mts, entre os referidos imóveis e os prédios vizinhos, a obra em curso apenas garantia a distância de 1mt.

§ 2.º — Dos factos

(A)

3. A Junta de Freguesia de Passos adquiriu, à Sr.^a ..., o terreno objecto de loteamento, denominado “Campo da Tia Antónia” e outros dois prédios urbanos cujas edificações se encontravam em ruínas.

4. Apenas um dos prédios urbanos — art. 70.º da matriz predial — foi integrado na operação de loteamento.

5. Numa carta dirigida ao Presidente da Câmara Municipal de Braga, datada de 10.08.1998, o Presidente daquela Junta de Freguesia justificava a aquisição face à necessidade de se dispor de um terreno para construção e apoio a eventos, que originassem grande aglomerado de automóveis.

6. Encontrando-se disponível para venda um terreno sito no centro daquela localidade, a Junta de Freguesia pretendia proceder a uma operação de loteamento, para o que solicitou um parecer prévio à Câmara Municipal de Braga.

7. Face à viabilidade desta operação, a Junta de Freguesia apresentou um projecto de loteamento para o local.

8. Este projecto previa a constituição de seis lotes de terreno e a cedência, para o domínio público municipal, da área de 682 m².

9. Na acta da reunião extraordinária da Assembleia de Freguesia, de 07.10.1998, foi configurada a hipótese de os lotes de terreno serem alienados mediante a realização de um concurso público ou através do convite a três ou mais empresas de construção civil que apresentariam propostas de aquisição.

10. Contudo, chegou-se apenas a acordo quanto à aquisição do terreno, com a prévia celebração de contrato-promessa com a proprietária do mesmo.

11. Nessa data, foi apresentado, para apreciação, um esboço do projecto de arranjo do Largo do Cruzeiro.

12. Por sua vez, o alargamento do “Caminho do Taxeiro” seria efectuado, em toda a sua extensão, no âmbito da operação de loteamento, caso os proprietários concordassem com o alargamento. Caso contrário, ficaria apenas como intenção.

13. Este alargamento veio a ser efectuado com o acordo dos proprietários confinantes, nomeadamente do reclamante.

14. No dia 23.11.1998 (acta n.º ...), a Assembleia de Freguesia voltou a reunir-se, extraordinariamente. Nesta data, foram apresentadas quatro propostas de empresas de construção civil para aquisição do referido terreno, embora se aluda que a Junta de Freguesia havia enviado convites a cinco empresas. Uma das empresas contactadas não apresentou qualquer proposta.

15. Um dos membros da Junta de Freguesia terá proposto que os lotes de terreno fossem alienados em hasta pública, o que não foi aprovado porque, desse modo, não se conseguiria reunir o valor necessário para proceder ao pagamento do terreno à proprietária, aquando da celebração da escritura.

16. Com efeito, a Junta de Freguesia estaria dependente do pagamento imediato do valor da alienação porque não disporia da quantia necessária à aquisição. A Câmara Municipal de Braga terá, inclusivamente, recusado conceder um subsídio extraordinário para o efeito.

17. Além do mais, alegadamente, urgia adquirir os prédios por forma a evitar a sua aquisição por um particular, o que poderia inviabilizar o projecto que se pretendia executar.

18. Assim, como a maioria se pronunciou a favor da venda dos terrenos às empresas consultadas, foram apreciadas as quatro propostas apresentadas.

19. Desta feita, foram excluídas duas empresas “pelos valores apresentados em comparação com as outras duas empresas”, sem apreciação de qualquer outro factor.

20. Uma das empresas admitidas terá apresentado uma proposta de aquisição do terreno, no valor de cerca de € 65.000, a liquidar no acto da realização da escritura pública de compra e venda. Conjuntamente, e no prazo de dois anos, cederia um imóvel à Junta de Freguesia. Por seu turno, a empresa EFIJOL, Construções, Lda., terá apresentado uma proposta no valor de total de € 150.000. Pagaria desde logo € 25.000, no acto da celebração do contrato--promessa com a proprietária do imóvel, € 75.000 no acto da celebra-

ção da escritura pública de aquisição do terreno e o remanescente no acto da entrega do alvará de construção.

21. A proposta da EFIJOL, Construções, Lda, incluiria as obras projectadas para o Largo do Cruzeiro (actualmente, Largo Padre Mário César Marques).

22. Todas as empresas concorrentes exigiram que a Junta de Freguesia executasse as infra-estruturas necessárias, nomeadamente, as relativas ao abastecimento de água, electricidade e saneamento básico.

23. Depois de analisadas as duas propostas, foi decidido alienar os lotes à empresa EFIJOL, Construções, Lda.

24. Em 29.11.1998, foi celebrado o contrato-promessa com a proprietária do terreno, pelo valor de € 102.500. Na data da celebração do contrato-promessa foi entregue a quantia de € 20.000, tendo sido determinado que a quantia em falta seria entregue na data da celebração da escritura pública, que deveria ser outorgada até 31.01.1999.

25. Em 21.07.1999, a Assembleia de Freguesia reuniu-se, novamente, a título extraordinário, tendo deliberado, por unanimidade, autorizar a Junta de Freguesia a adquirir o terreno reclamado.

26. Contudo, a escritura viria a ser outorgada apenas em 15.03.2000, e pelo valor de € 100.000, após a aprovação da operação de loteamento e das obras de urbanização.

27. Em 19.06.2001, foi emitido o alvará de loteamento n.º 22/2001, para a constituição de seis lotes de terreno, destinados à construção de moradias unifamiliares, em nome da Junta de Freguesia de Passos, S. Julião.

28. Nesta operação, terá sido cedida a área total de 665 m², para os seguintes fins: 211 m² para alargamento do caminho, 77 m² para passeios, 55m² para baías de estacionamento, 160m² para espaços verdes e de utilização colectiva e 162 m² para equipamento público.

29. Os trabalhos de infra-estruturas viárias terão sido executados pela Câmara Municipal, aquando do arranjo urbanístico do Largo do Cruzeiro.

30. Em 27.07.2002, a Assembleia de Freguesia deliberou conceder poderes ao Presidente da Junta de Freguesia para representar a Freguesia na escritura pública de compra e venda de lotes de terreno para construção, designados pelos números um a cinco, à EFIJOL, Construções, Lda.

31. Em 18.09.2002, foi celebrada a escritura pública de alienação dos lotes de terreno, identificados com os n.º 4 e 5, pelo preço global de € 44.910.

32. Não foi fixado qualquer condicionalismo aquando da venda dos referidos lotes de terreno.

(B)

33. Quanto à ilegalidade das obras foi informado, pela Câmara Municipal de Braga, que existiria desconformidade entre as obras executadas e o alvará de loteamento, em virtude de ter sido ampliada a área de implantação dos imóveis e, nessa sequência, reduzido o afastamento em relação ao terreno vizinho.

34. Por tal motivo, as obras terão sido embargadas em 23.10.2002 e terá sido instaurado o devido processo contra-ordenacional. Do mesmo passo, foram indeferidos os pedidos de licenciamento das obras de construção. Nessa data, as estruturas dos edifícios já se encontrariam praticamente concluídas.

35. Em ordem a possibilitar a legalização das obras reclamadas, a Junta de Freguesia de Passos, S. Julião, terá submetido à apreciação da Câmara Municipal de Braga, um projecto de alteração ao alvará de loteamento para regularizar os afastamentos.

36. Nesta sequência, a área dos lotes n.º 4 e n.º 5 foi reduzida, respectivamente, de 197m² para 191 m² e de 152 m² para 149 m².

37. Do mesmo passo, foi solicitado o aumento de área de implantação das construções, de 76,32 m² para 96,44 m² e a área de construção de 228,96 m² para 262,32 m², nos lotes n.ºs 1 a 5, assim como o aumento da área de implantação de 76,32 m² para 78,08 m² e de construção de 228,96 m² para 234,24 m² no lote n.º 6.

38. Este pedido de alteração terá sido deferido e encontrar-se-á em curso o procedimento de legalização das obras executadas.

39. Aquando da apresentação do pedido de alteração do alvará de loteamento, terá sido apresentado um esboço das alterações a introduzir nos projectos de construções por forma a aferir-se do cumprimento do art. 73.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas em relação ao imóvel do reclamante.

§ 3.º — Dos esclarecimentos prestados pela Junta de Freguesia de Passos (S. Julião)

40. A Junta de Freguesia, constatando a inexistência, na área territorial da Freguesia, de locais adequados a cerimónias oficiais e a festividades decidiu adquirir um terreno, que se encontrava ao abandono, no centro da freguesia de Passos.

41. Acordado o preço com a sua proprietária, foi celebrado o contrato-promessa e, posteriormente a escritura de alienação. Entre os valores consignados nos dois documentos, existe uma diferença de cerca € 2.500, que os representantes da Junta de Freguesia justificam por problemas relacionados com o registo provisório de um dos prédios urbanos. Esta situação levou a que a escritura de aquisição deste prédio não fosse realizada em simultâneo com a escritura de aquisição dos outros dois.

42. Depois de garantir a viabilidade da operação de loteamento deste terreno, a Junta de Freguesia contactou cinco empresas, originárias não só da Freguesia de Passos, mas também de outras freguesias limítrofes, que lhes garantiriam, à partida, melhores garantias para a execução da obra.

43. Não foi dada qualquer outra publicidade a esta operação imobiliária.

44. Discutiu-se ainda a possibilidade de alienação dos lotes apenas a particulares residentes na Junta de Freguesia, mas, dado o elevado preço que atingiriam, considerou-se que a opção não teria muita aceitação por parte daquela população. Esta situação veio a confirmar-se, na opinião dos representantes da Junta de Freguesia dado que o preço e as condições oferecidas pela empresa vencedora dificilmente seriam atingíveis por um qualquer residente.

45. Inclusivamente, houve vários residentes que se manifestaram interessados em adquirir os lotes de terreno, objecto de concurso, mas apenas poderiam pagar o seu valor em várias prestações. Esta solução não permitiria que a Junta de Freguesia obtivesse, de imediato, o valor necessário à aquisição do terreno, no prazo previsto no contrato promessa.

46. No concurso realizado não ficou definida qualquer preferência para a aquisição dos lotes, por residentes na Freguesia de Passos, apesar desta situação ser, segundo afirmações daqueles responsáveis, a que mais conviria.

47. Da operação de loteamento, resultaram seis lotes de terreno, cinco dos quais seriam alienados à empresa que apresentou a melhor proposta. O lote remanescente, não identificado, ficou afecto à construção das futuras instalações da Junta de Freguesia.

48. Desta operação resultou ainda um lucro, para a Junta de Freguesia, que lhe permitiu executar um largo no centro da Freguesia, com espaço de lazer, obras estas que orçaram em cerca de € 15.000.

49. Ademais, ainda existe um depósito de caução no valor de cerca de € 500, com vista a garantir-se a execução dos passeios adjacentes.

50. Até à data da reunião, apenas haviam sido celebradas escrituras de alienação dos lotes n.^{os} 4 e 5, apesar da empresa adquirente já ter entregue o preço devido por todos os lotes.

51. Encontram-se em fase de construção, as edificações previstas para os lotes n.^{os} 4 e 5. Os mesmos estão em toco.

52. A edificação do lote n.º 5 estará a ser construída com prejuízo para o logradouro do reclamante. Assim, configura-se a possibilidade de alteração do alvará de licença de construção, através da rectificação da área de uma das varandas, por forma a serem cumpridos os distanciamentos legais.

53. A Junta de Freguesia, como titular do alvará de loteamento, propôs-se requerer, à Câmara Municipal de Braga, as alterações necessárias de modo a legalizar as obras executadas.

§ 4.º — Do direito

54. Face aos factos expostos, importa clarificar se a Junta de Freguesia poderia alienar, nas condições descritas, os lotes de terreno reclamados.

55. Em primeiro lugar, deparamo-nos com a dificuldade de verificar se os fins prosseguidos com esta operação cabiam nas atribuições da Freguesia porquanto, das actas consultadas, não resulta a indicação de qualquer fundamento, nem para a aquisição do terreno, nem para a sua alienação, nos moldes acima descritos. Tem-se presente, no entanto, que as Juntas de Freguesia podem adquirir e alienar terrenos com vista ao cumprimento das suas atribuições. Neste sentido, são atribuídos aos seus órgãos poderes de gestão e de administração do seu património (cf. Artigos 15.º e 27.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro).

56. Para dilucidar aquela dúvida, apenas dispomos de uma carta dirigida ao Presidente da Câmara Municipal de Braga e das declarações prestadas pelo Presidente da Junta de Freguesia, em reunião ocorrida na Provedoria de Justiça, já relatadas.

57. Contudo, ainda que desta forma se entendesse o objectivo que se pretendeu alcançar com aquelas operações imobiliárias, a falta de fundamentação assinalada não seria suprida. Diga-se, no entanto, que este vício é sancionado apenas com a mera anulabilidade dos actos, o que, face ao período de tempo decorrido, já não é passível de ser invocado.

58. De todo o modo, daquela carta e das declarações prestadas pelo Presidente da Junta de Freguesia, resulta apenas que se pretenderia garantir a disponibilidade de um local, para a ocorrência de eventos oficiais e outras festividades, assim como de terrenos para construção.

59. Ora, estes objectivos seriam igualmente alcançáveis, caso o terreno tivesse sido adquirido por qualquer outra entidade ou por um particular, porquanto, no âmbito da operação de loteamento a realizar, sempre aqueles estariam obrigados a efectuar cedência de terrenos para o domínio público municipal, que poderiam ser utilizados para garantir a execução daquele projecto, de que a Freguesia, alegadamente, tanto careceria.

60. Assim, não se vislumbra a necessidade impreterível da Junta de Freguesia adquirir o terreno objecto de reclamação.

61. Contudo, ainda que não existisse qualquer dúvida quanto à finalidade das operações imobiliárias realizadas, sempre permaneceriam por dilucidar algumas questões quanto ao procedimento adoptado pela Junta de Freguesia.

62. Com efeito, a Junta de Freguesia deliberou convidar algumas empresas de construção civil, por si seleccionadas, a adquiri-los, ao invés de alienar em hasta pública ou através de concurso público, os lotes de terreno.

63. Em primeiro lugar importa referir, que não foi, previamente, explicitado qualquer critério objectivo, ou mesmo subjectivo, para a escolha das empresas a contactar, com vista à apresentação de propostas para a aquisição do terreno.

64. Aliás, as actas da reunião da Junta de Freguesia, mais uma vez, são totalmente omissas quanto a este aspecto. Referiu o Presidente da Junta de

Freguesia que as empresas contactadas seriam as que propiciariam maiores garantias de fiabilidade em termos de execução de obra.

65. Contudo, não é apresentado qualquer critério que fundamentasse esta escolha e não outra qualquer. Além do mais, a escolha foi, aparentemente, efectuada com base nos conhecimentos que algum ou alguns elementos da Junta de Freguesia teriam ao nível deste sector empresarial, sem que fosse garantida uma maior amplitude de candidatos. Além deste critério, subjectivo e injustificável, a escolha também terá incidido apenas sobre empresas que operariam naquela freguesia ou em freguesias limítrofes, ficando assim reduzido, por um critério territorial injustificável, o universo dos potenciais candidatos.

66. Por outro lado, ao cingir-se a escolha de futuros adquirentes dos lotes a empresas de construção civil, impediu-se que quaisquer outros interessados, nomeadamente particulares, em especial residentes na Junta de Freguesia, beneficiassem directamente desta operação imobiliária.

67. Assim, permitiu-se a interposição de um terceiro, a empresa de construção civil com prejuízo, naturalmente, para o preço final dos imóveis.

68. Esta situação contradiz a justificação apresentada pelo Presidente da Junta de Freguesia, quanto à venda directa dos lotes a empresas privadas. Com efeito, se a população residente não se disporia a adquirir o lote de terreno, dado o seu preço elevado, também não se disporia, certamente, a adquirir a edificação ali construída cujo preço reflectiria, necessariamente, o preço do lote.

69. Não se visa defender que a Junta de Freguesia não poderia, de todo, proceder a uma limitação do universo dos adquirentes. Contudo, esta limitação sempre teria de ser efectuada com base em critérios objectivos e devidamente ancorados nas disposições legais aplicáveis.

70. A Junta de Freguesia poderia, por exemplo, e de modo legítimo, ter limitado o universo dos adquirentes dos lotes por exemplo, a jovens, residentes no local.

71. A própria Constituição — cfr. art. 70, n.º 1, alínea c) viabiliza o reconhecimento de direitos especiais aos jovens, no quadro das incumbências públicas de fomento do Estado Social, o que tem sido objecto de intervenção por parte do legislador (veja-se, por exemplo, o caso do crédito bonificado à habitação e os incentivos ao arrendamento urbano por jovens).

72. Por outro lado, há ainda que ter em consideração que a Lei das Autarquias Locais vigente ao tempo ⁶³ previa que a oneração de bens imóveis da freguesia competia às juntas de freguesia mediante hasta pública — art. 27.º, n.º 1, alínea j) — muito embora carecesse de autorização da assembleia de freguesia quando de bens com valor superior a € 12.500, se tratasse — arts. 15.º n.º 1, alínea o) e 27.º, n.º 1, alínea i) ⁶⁴.

73. Contudo, caso a alienação em hasta pública decorresse da execução do plano de actividades, o que não foi o caso, e a respectiva deliberação fosse aprovada por maioria de 2/3 dos membros da junta de freguesia em efectividade de funções, não careceria de autorização da assembleia de freguesia, independentemente do valor da transacção (art. 27.º, n.º 1, alínea j) daquele diploma).

74. Nos casos de autorização pela assembleia de freguesia, encontrava-se prevista a possibilidade de dispensar a hasta pública, conquanto a assembleia de freguesia, fixasse as condições gerais de alienação, podendo determinar, nomeadamente, o recurso à hasta pública. Poderia, no entanto, estipular uma outra modalidade que melhor satisfizesse a prossecução de interesses próprios das populações respectivas, no estrito respeito pelos princípios que regem a actividade administrativa — prossecução do interesse público, respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade, e boa-fé ⁶⁵.

75. Neste plano, poderia opor-se a desnecessidade de recurso a hasta pública, em caso de competência da assembleia de freguesia para deliberar a oneração, cabendo a este órgão estipular o modo de escolha do co-contratante, ainda que sem prejuízo do cumprimento dos aludidos princípios gerais de direito administrativo.

76. Entende-se que a necessidade de se prever, nas deliberações da assembleia de freguesia, o modo de escolha do co-contratante resulta, não apenas de um imperativo ético de boa administração, como também de um dever jurídico.

⁶³ Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, na redacção conferida pela Lei n.º 25/85, de 12 de Agosto e pela Lei n.º 18/91, de 12 de Junho.

⁶⁴ É o caso, tendo em conta os valores da aquisição e da alienação dos lotes de terreno.

⁶⁵ Neste sentido, v. Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 7/99, de 8 de Novembro, *in* DR, II.ª Série, 03.12.1999.

77. Assim, deve ter-se presente que os arts. 15.º e 27.º da Lei das Autarquias Locais fixam normas de competência e não a disciplina da formação dos negócios jurídicos que envolvam a oneração de bens imóveis do domínio privado municipal.

78. Para além das normas citadas, importa ter presente que, a Lei dos Solos,⁶⁶ que ocupa a posição de lei especial face à Lei das Autarquias Locais, prevê regras muito restritas para a alienação do património da Administração Pública, em geral, quanto a terrenos já pertencentes à Administração ou que por ela venham a ser adquiridos, desde que destinados a finalidades urbanísticas circunscritas ou a operações de renovação urbana. Desconhecendo-se, formalmente, a finalidade para a qual foram adquiridos os terrenos, conjecturaremos sobre a aplicação daquele diploma, ao caso concreto⁶⁷.

79. Assim, no art. 5.º, n.º 1, determina-se que, naqueles terrenos, só poderá ser cedido o direito à utilização mediante a constituição do direito de superfície, salvo se as transmissões forem feitas a pessoas colectivas de direito público ou a empresas públicas.

80. No n.º 2, estabelece-se que poderá ser autorizada a cedência dos terrenos, em propriedade plena, a entidades de direito privado, desde que aqueles se integrem em áreas abrangidas por planos de urbanização legalmente aprovados.

81. Por seu turno, no n.º 3, determina-se que a cedência dos terrenos, em propriedade plena, referida no número anterior, efectuar-se-á por acordo directo ou por concurso, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 29.º, para a cedência em direito de superfície.

82. Ora, nos termos desta disposição, o acordo directo apenas é permitido caso se trate de terrenos destinados a edifícios ou instalações de interesse público; a empreendimentos relativos a habitação social ou a edifícios para habitação própria, ainda que em regime de propriedade horizontal.

⁶⁶ Decreto-Lei n.º 794/76, de 5 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 313/80, de 19 de Agosto.

⁶⁷ Serão as regras ali previstas as aplicáveis à aquisição e alienação do património imobiliário das autarquias locais. Para a alienação do património imobiliário do Estado também rege, entre outros, o Decreto-Lei n.º 34050, de 21 de Outubro de 1944.

83. Por seu turno, prevê-se a realização de concurso para terrenos destinados a edifícios cujos fogos fiquem sujeitos a fixação ou controle dos valores das rendas ou preços de venda, dada a finalidade da alienação.

84. Como se pode ver, a regra, para particulares, é a cedência do direito de superfície, autorizando-se a alienação da propriedade plena apenas quando existam planos de urbanização, legalmente aprovados.

85. É claramente constatável que, mesmo se os terrenos alienados pela Freguesia se integrassem em área abrangida por plano de urbanização legalmente aprovado, não se encontrariam preenchidos os restantes requisitos, previstos no art. 29.º, n.ºs 1 e 2 da Lei dos Solos, que permitiriam a alienação dos mesmos em propriedade plena a particulares.

86. Além do mais, também não teria sido observado o art. 5.º, n.º 4, da Lei dos Solos, nos termos do qual, a escritura pública de transmissão deveria ter fixado um prazo máximo para o início das construções a erigir, o qual não poderia ser ultrapassado, sob pena de reversão dos terrenos à titularidade da Administração e à perda, por parte do proprietário, de 30% das quantias entregues a título de pagamento.

87. Por outro lado, ainda que, fora dos casos previstos na Lei dos Solos, a assembleia de freguesia, ao autorizar a alienação do terreno, pudesse excluir o recurso à hasta pública, sempre teria, nestes casos, como já foi referido, de fixar as condições gerais da alienação, estipulando uma outra modalidade que melhor satisfizesse a prossecução de interesses próprios das populações respectivas, no estrito respeito pelos princípios que regem a actividade administrativa — prossecução do interesse público, respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade, e boa fé.

88. Recorde-se que não foi o que sucedeu pois, como constatámos, foi a Junta de Freguesia que enviou às empresas de construção civil os convites para concorrerem sem que, previamente, se tivessem fixado quaisquer condições gerais de alienação. Aliás, na reunião anterior à discussão das propostas, o procedimento de alienação havia sido discutido mas não se chegara a qualquer decisão.

89. Dos factos descritos, claramente se constata que não foi realizada qualquer forma pública de alienação dos imóveis. Tão-pouco o procedimento usado respeitou os princípios da informação, igualdade e imparcialidade.

Aquilo que se observa é um procedimento verdadeiramente atípico e, por isso, contrário aos princípios da confiança e da segurança jurídica ⁶⁸.

90. Em concreto, nada se estabeleceu quanto a aspectos essenciais como quanto aos critérios de ordenação dos candidatos. Note-se que esta ausência de fixação de critérios tanto se verifica antes de recolhidas as candidaturas, como aquando da apreciação das mesmas.

91. Inclusivamente, o critério que fundamentou a escolha do candidato apenas baseado, aparentemente, nas contrapartidas oferecidas, não foi sequer explicitado e aprovado em qualquer acta.

92. Em conclusão, a Junta de Freguesia, longe de adoptar um procedimento adequado, optou por seguir um método de escolha que, de modo algum, garantiu a igualdade de oportunidades e de informação, a transparência e imparcialidade, a confiança e a segurança jurídicas dos interessados.

93. Do mesmo passo, constitui uma clara violação do princípio da publicidade, porquanto nem o concurso nem as suas condições foram devidamente publicitadas.

94. A violação destes princípios gerais, em especial, o da igualdade, inquina de ilegalidade o concurso.

95. Aliás, pode-se questionar se o procedimento adoptado pela Junta de Freguesia de Passos ainda se pode reconduzir à categoria de concurso público ou outra forma equivalente — porquanto nem sequer se aproxima da forma de hasta pública — o que, em caso negativo, poderá ancorar a sanção de nulidade ⁶⁹.

⁶⁸ De todo o modo, sempre se poderá dizer que o procedimento adoptado se aproximou do previsto no art. 182.º, n.º 1, alínea c) e n.º 4, Código de Procedimento Administrativo (concurso limitado sem apresentação de candidaturas). Contudo, esta disposição não é extensiva ao caso concreto, por força do art. 182.º, n.º 1 deste diploma e do princípio geral aplicável, dada a existência de lei especial.

⁶⁹ MARCELO REBELO DE SOUSA defende que, se o vício que inquina o concurso — neste caso o concurso público ou equivalente — põe em causa a essência da forma legal de concurso, o acto é nulo, in “O concurso publico na formação do contrato administrativo”, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1994, pág. 82.

§ 5.º — Conclusões

- I — Conclui-se que a Junta de Freguesia não deveria ter alienado os lotes de terreno através de um mero convite a empresas aleatoriamente pré-seleccionadas.
- II — Refira-se ainda que, a atitude da Junta de Freguesia, perante a execução das obras de construção, em desconformidade com as prescrições do alvará de loteamento aprovado, é censurável. Ao pretender, através da alteração ao alvará de loteamento, aumentar a área de construção licenciada, impede que sejam aplicadas, pela Câmara Municipal de Braga, todas as medidas adequadas a sancionar aquele comportamento irregular dando-se cobertura às ilegalidades, cometidas por uma empresa privada.
- III — Aliás, pode-se conjecturar que a alteração da capacidade construtiva dos lotes alienados constitui uma violação do princípio da igualdade e da confiança legítima concursais, e uma alteração ilegítima das condições do concurso, infringindo, desta feita, o que, MARCELO REBELO DE SOUSA ⁷⁰, define como princípio da estabilidade das regras concursais.

R-3249/02

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada Município de Alcobaça

Assunto: Urbanismo — obras de edificação — afastamentos — cércneas — direitos dos administrados — interesse de vizinhança urbanística — direito à informação.

1. No processo referenciado, estava em análise a legalidade do licenciamento da edificação identificada, designadamente, no que respeita aos seguintes aspectos:

- a) Cumprimento do regime estabelecido no art. 48.º, n.º 4, aplicável às construções no interior dos aglomerados urbanos de nível IV por

⁷⁰ MARCELO REBELO DE SOUSA, cit., pág. 69.

força do art. 51.º, n.º 1, do regulamento do Plano Director Municipal de Alcobaça;

- b) Cumprimento das regras sobre afastamentos de muros e fachadas a vãos de compartimentos de habitação estabelecidas no RGEU, designadamente, no seu art. 73.º.

2. Analisados os elementos coligidos no decurso da instrução do processo, e na sequência da reunião com os técnicos da Câmara Municipal de Alcobaça e da visita efectuada ao local, em 7 de Junho de 2005, conclui-se o seguinte:

- a) A edificação reclamada respeita as condições estabelecidas no art. 48.º, n.º 4, do regulamento do PDM, que lhe são aplicáveis, porquanto:
 - i) O seu alinhamento é recuado em relação ao existente no arruamento (e, designadamente, ao alinhamento da edificação contígua, pertencente à queixosa);
 - ii) A cércea da edificação é de 2 pisos, o que corresponde à cércea dominante naquele aglomerado (e é idêntica à da edificação contígua, embora seja ligeiramente mais elevada que esta última).
- b) No que respeita ao RGEU, haverá que ter presente, antes de mais, a Jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Administrativo, no sentido de que a norma do art. 73.º é relacional, ou seja, não se aplica apenas à abertura de vãos numa edificação nova, mas igualmente à construção de muros diante de vãos existentes em edificação oposta (cfr. Acórdão do STA, 1.ª Subsecção, de 08.07.1999, Proc. n.º 44785);
- c) Na inspecção realizada ao local, não viria a ser possível realizar a medição exacta das fachadas, mas, confrontada a planta da construção licenciada com o levantamento apresentado pela queixosa e com os dados relativos ao processo de licenciamento da moradia da reclamante, entretanto fornecidos pelo Arq. ..., constata-se que a altura da fachada lateral da edificação reclamada, medida a partir do nível estimado do pavimento em que se situa a janela em questão (c. 2,5 m. do chão), poderá exceder os 5 m. Sendo de 2,37 m.

- a distância entre as fachadas, a altura máxima admissível seria de 4,74 m. (o dobro da distância entre fachadas), poderá ter havido violação do art. 73.º do RGEU;
- d) Em todo o caso, a violação de tal regra originaria a mera anulabilidade da licença de construção, nos termos do art. 135.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), uma vez que não se verifica uma lesão extrema da salubridade, em condições que implicassem uma violação do conteúdo essencial do direito fundamental à qualidade de vida, na dimensão de protecção da dignidade pessoal e da saúde, em que reveste natureza análoga à dos direitos liberdades e garantias constitucionais (caso em que haveria nulidade, nos termos do art. 133.º, n.º 2, alínea d), do CPA, e dos arts. 66.º, n.º 1 e 17.º, da Constituição);
 - e) Ora, a anulabilidade dos actos administrativos pode ficar sanada caso esses actos não sejam impugnados ou revogados dentro do prazo legalmente estabelecido para o efeito;
 - f) Remontando a licença de construção a 06.12.1999 (com alteração deferida por despacho de 24.09.2000), e não tendo sido impugnada dentro do prazo legal máximo de um ano (para o Ministério Público), então estabelecido no art. 28.º da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, a anulabilidade por violação do art. 73.º do RGEU encontra-se sanada;
 - g) Não pode, por outro lado, ser revogada a licença de construção com esse fundamento, uma vez que, nos termos do disposto no art. 141.º, n.º 1, do CPA, esta deveria ter lugar dentro do prazo de impugnação contenciosa;
 - h) Acresce que a violação do art. 73.º do RGEU acabou por ser reforçada pela própria lesada, no momento em que ergueu um muro diante da janela em questão, a distância inferior à distância mínima estabelecida naquele preceito legal (3 m.).

3. Por outro lado, foi exposto pela queixosa que lhe terá sido exigida a apresentação de certidão da Conservatória do Registo Predial para que lhe fosse deferido o pedido de consulta do processo de licenciamento da construção reclamada.

4. Tal exigência afigura-se excessiva, porquanto:

- a) Tratando-se de um procedimento concluído, qualquer pessoa, ao abrigo do regime estabelecido pela Lei de Acesso aos Documentos da Administração, poderia consultar o processo, com exclusão dos documentos nominativos, (artigos 7.º e 12.º da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, na redacção introduzida pela Lei n.º 94/99, de 16 de Julho);
- b) Os proprietários da edificação vizinha podem assumir a condição de interessados no procedimento de licenciamento da construção reclamada, ao abrigo do art. 53.º, n.º 1, do CPA, tendo, na qualidade de interessados, direito de acesso à informação constante desse procedimento (arts. 61.º do CPA, e 110.º, do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação);
- c) É a própria Câmara Municipal de Alcobaça que atesta que os proprietários da edificação contígua, vinham intervindo no procedimento (tendo, apresentado certidão da Repartição de finanças para prova da sua qualidade);

5. Não se vê, por isso, razão para a Câmara Municipal ignorar essa condição — e a presunção derivada da certidão da Repartição de Finanças — exigindo a apresentação de uma certidão do Registo Predial (condição que viria a ser satisfeita, embora à custa de dilações e incómodos desnecessários).

6. Importa, pelo contrário, que o acesso à informação seja facultado, nos termos e nos prazos estabelecidos no art. 110.º do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação (nas modalidades de consulta do processo, da reprodução de documentos ou da prestação de informações e passagem de certidões, conforme venha a ser requerido).

7. Por fim, observou-se, na instrução do presente processo, uma considerável demora na prestação das informações solicitadas pela Provedoria de Justiça.

8. Uma cooperação mais expedita, não apenas evitaria o agravamento dos prejuízos eventualmente sofridos pelos queixosos, como seria proveitosa para a própria autarquia, que assim poderia ver mais rapidamente esclarecidas as situações expostas nas queixas que contra ela são dirigidas.

9. Nestes termos, ao abrigo do disposto no art. 33.º, do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, comunico a V. Ex.^a ter determinado o arquivamento do presente processo de reclamação, permitindo-me, contudo, dirigir a V. Ex.^a uma chamada de atenção para os seguintes aspectos:

- a) Para a observância, nos procedimentos de licenciamento, das regras legais de afastamento aos vãos de compartimentos de habitação (incluindo os das fachadas laterais dos edifícios);
- b) Para o dever de facultar à queixosa, sem entraves injustificados, o acesso à informação relativa ao procedimento de licenciamento da edificação reclamada;
- c) Para que, futuramente, se diligencie por uma cooperação mais expedita com o Provedor de Justiça.

R-3324/02
Assessora: Carla Vicente

Entidade visada: Município de Gondomar

Assunto: Urbanismo — urbanização — operação de loteamento — cedências — domínio público — destinação.

1. Como é do conhecimento de V. Ex.^a, foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça a respeito de supostas irregularidades no licenciamento de uma operação de loteamento, para o local identificado em epígrafe.

2. Afirmava-se que a Câmara Municipal de Gondomar não autorizara, quando do licenciamento da URBANIZAÇÃO DE ENTRECANCELAS, em 1986 — alvará de loteamento n.º 15/86, de 6 de Março — a ligação da RUA DE ENTRECANCELAS à RUA DAS TULIPAS, permitindo preservar o local de um forte fluxo de trânsito.

3. Contudo, recentemente, os reclamantes tomaram conhecimento do licenciamento de uma nova urbanização confinante, cujo projecto, prevê a ligação da RUA DE ENTRECANCELAS à RUA DAS TULIPAS.

4. Esta situação seria tanto mais controversa quanto os terrenos que permitiriam a ligação, teriam sido cedidos ao município de Gondomar para

equipamentos gerais, nomeadamente, para construção de infra-estruturas, quando do licenciamento da URBANIZAÇÃO DE ENTRECANCELAS.

5. O projecto de loteamento URBANIZAÇÃO DE ENTRECANCELAS previra, inicialmente, a ligação da rede viária à Rua das Túlipas. No entanto, o requerente daquela operação terá, ainda no decurso da apreciação do pedido de licenciamento, apresentado uma alteração ao projecto em que eliminaria a ligação. Note-se que esta alteração não decorreu de qualquer parecer negativo, proferido pela Câmara Municipal, devendo-se, exclusivamente, à iniciativa do requerente da operação de loteamento.

6. No âmbito dessa operação de loteamento, e para cumprimento do disposto na Portaria n.º 678/83, de 9 de Outubro, foi doada ao município, por escritura pública outorgada em 17.02.1986, uma parcela de terreno com a área de 3.200 m².

7. Porém, e segundo nos é informado, a parcela de terreno reclamada não terá sido afectada, na escritura pública de doação, a qualquer finalidade específica.

8. No alvará de loteamento n.º 15/86, determinara-se, todavia, que a realização do loteamento ficaria sujeita a várias prescrições, entre as quais, a cedência de 3.200 m² de terreno para equipamentos gerais.

9. Tais doações eram legalmente exigidas, em termos genéricos, para a instalação de equipamentos, destinados, segundo o art. 19.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de Junho, a servirem os loteamentos.

10. Segundo a Câmara Municipal presidida por V. Ex.^a, o projecto de loteamento, ora reclamado, não altera a estrutura viária da URBANIZAÇÃO DE ENTRECANCELAS, dado que apenas se limita a dar continuidade ao arruamento existente e que, actualmente, termina em *cul-de-sac*.

11. Nesta sequência, foi proposta a afectação, ao domínio público municipal, da área de 177,60 m², com vista a permitir a abertura do arruamento, por proposta da Câmara Municipal de 23.08.2001, publicada em edital de 23.08.2001 e ainda pela deliberação de 13.06.2002, publicada em edital de 20.06.2002. A Assembleia Municipal veio a aprovar esta proposta em 27.09.2002.

12. A alteração obteve o acordo de todos os proprietários dos lotes que integram a operação de loteamento municipal, entretanto realizada no local, em 1992.

13. A Câmara Municipal fez ainda saber que o projecto de loteamento reclamado ainda não se encontra aprovado. De acordo com o Plano Director Municipal de Gondomar, a zona, objecto de reclamação, insere-se em área residencial de nível 3, para a qual se prevê um índice máximo de utilização de 0,7m_ e uma cércea máxima de três pisos.

14. Em face do exposto, e tendo presente que a parcela de terreno cedida quando da operação de loteamento da URBANIZAÇÃO DE ENTRECANCELAS se destinaria a equipamentos gerais ao serviço do loteamento, nomeadamente a construção de infra-estruturas, considera-se que, a alteração da rede viária local projectada, não constituirá um desvio da finalidade do terreno cedido, não procedendo a reclamação apresentada.

15. Contudo, a Câmara Municipal de Gondomar informou-nos de que, em parte da parcela de terreno cedida, tivera sido deliberado, em 30.11.1992, realizar uma operação de loteamento municipal, cujos lotes, na sua maioria, terão sido alienados em hasta pública, à excepção do lote n.º 4, afecto ao património municipal.

16. Este procedimento terá constituído uma alteração ao alvará de loteamento n.º 15/86, devido a alteração da finalidade da parcela cedida.

17. Com efeito, a parcela de terreno terá sido cedida para a instalação de equipamentos, destinados a servir a URBANIZAÇÃO DE ENTRECANCELAS, e não para realização de uma nova operação de loteamento e construção de novas edificações.

18. A afectação das cedências operadas por força do licenciamento de uma operação de loteamento, resulta das prescrições do alvará de loteamento e, conforme já foi referido, da própria legislação aplicável ao tempo.

19. À data desta alteração ilegal já se encontrava em vigor o Decreto-Lei n.º 448/91, de 29.11.1991, cujo art. 72.º dispunha que as alterações emitidas ao abrigo do Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de Junho, reger-se-iam pelo disposto naquele diploma.

20. Nos termos do art. 37.º do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29.11.1991, a Câmara Municipal só estaria legitimada a proceder a alterações às condições de licenciamento de operações de loteamento e de obras de urbanização, desde que tal alteração fosse necessária à regular execução do plano regional ou municipal de ordenamento do território, área de desenvolvimento urbano prioritário, área de construção prioritária ou área crítica de recuperação e reconstrução urbanística. A deliberação da Câmara Municipal que aprovasse tais

alterações teria de ser devidamente fundamentada e implicaria a emissão de novo alvará, a sua publicitação e registo na Conservatória de Registo Predial.

21. Esta deliberação teria de ser precedida de notificação ao titular do alvará e demais interessados, os quais disporiam de 30 dias para se pronunciarem.

22. No mais, esta situação conferiria, aos interessados, o direito a uma indemnização, aplicando-se o disposto no Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967. Contudo, no caso concreto, ainda que a Câmara Municipal tivesse seguido este procedimento, o dever de indemnizar já prescrevera, perante o decurso do prazo de três anos previsto no art. 498.º, n.º 1, do Código Civil.

23. A Câmara Municipal transmitiu-nos não encontrar nos arquivos referência alguma à adopção deste procedimento nem à sujeição da alteração a prévio parecer da Comissão de Coordenação Regional, considerado obrigatório pelo facto da área não se encontrar abrangida por plano municipal de ordenamento do território.

24. Perante o acima exposto, ocorrem indícios não despidiendos de ter a Câmara Municipal de Gondomar não ter procedido validamente à alteração do alvará de loteamento, conforme previsto legalmente.

25. Contudo, apenas com a alteração legislativa ocorrida em 1995 (Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro) se estabeleceu a sanção de nulidade para os actos administrativos que decidissem pedidos de licenciamento de operações de loteamento, com violação de alvará de loteamento em vigor pelo que, à data, a aprovação da alteração do alvará de loteamento seria apenas sancionada com a anulabilidade, já tendo sido ultrapassado o prazo para a sua impugnação ou revogação.

26. Não obstante, o alvará de loteamento será nulo devido à falta de emissão de parecer da CCR, exigível por força do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, desde a sua versão originária.

27. Mas a evolução legislativa veio ditar que esta sanção poderia revelar-se excessiva, motivo por que, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro, e com a alteração promovida pela Lei n.º 26/96, de 1 de Agosto, a sanção fixada no nosso ordenamento jurídico para a preterição de consulta a entidades cujos pareceres seja legalmente exigível cingiu-se à anulabilidade.

28. Sustenta-se na doutrina — FERNANDA PAULA OLIVEIRA/PEDRO GUIMARÃES, *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Ano II, 1, 1999, p. 20 — entre outros argumentos, que a aplicação da sanção originariamente prevista — nulidade — já não corresponde ao interesse público actual na medida em que o legislador sanciona o mesmo vício com anulabilidade.

29. De resto, seria desproporcional aplicar a sanção de nulidade a um alvará de loteamento emitido há mais de cinco, dez anos — no caso concreto há treze anos — quando um alvará de loteamento emitido há menos de um ano será sancionado apenas com a anulabilidade.

30. Naquele primeiro caso, a situação jurídica de terceiros (na sua maior parte de boa fé) exigirão ainda mais protecção jurídica, dado o maior lapso de tempo decorrido.

31. Parece-me que estes e os outros argumentos seguem uma lógica jurídica consistente, embora contra a regra do *tempus regit actus* e dos próprios diplomas que regem esta matéria, e que poderá ser adoptada no caso concreto.

32. Não obstante, e face ao exposto, não posso deixar de formular um reparo ao município superiormente representado por V. Ex.^a pela indiciada ilegalidade cometida, advertindo para a necessidade de adoptar as providências adequadas para que esta situação de grave lesão para o interesse público não se repita.

33. Tudo visto e apreciado, julgo não proceder a reclamação apresentada, não se justificando, em face dos elementos apurados, a adopção de qualquer procedimento, motivo pelo qual determinei o arquivamento do processo, nos termos do disposto no art. 31.º, alínea b), do Estatuto do Provedor de Justiça.

R-4005/02
Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Município de Figueiró dos Vinhos

Assunto: Urbanismo — urbanização — operação de loteamento — obras de urbanização — inacabamento — execução em substituição do loteador.

1. Temos vindo a interpelar V. Ex.^a a respeito de situação descrita a queixa por inacabamento das infra-estruturas na operação de loteamento, de par com a oposição à localização de um denominado Pólo de Formação em área confinante.

2. Dos elementos carreados e ainda dos antecedentes coligidos em anterior processo (n/ref.^a R-2963/01), pode observar-se o seguinte:

- a) no alvará da licença da operação de loteamento não se encontra prevista a execução de obras de urbanização que estariam previstas, limitando-se a estipular que «quanto à taxa de compensação pela realização de infra-estruturas será definida futuramente»;
- b) a taxa referida não veio a ser liquidada em tempo oportuno;
- c) por considerar que a execução das obras de urbanização constitui encargo do promotor, o município intentou contra este acção judicial, a qual continua a correr termos nos tribunais;
- d) o município apenas executou as infra-estruturas consideradas prioritárias, considerando não dispor de recursos para executar integralmente as obras de urbanização necessárias, relegando a questão para a solução judicial;
- e) os terrenos afectos à operação de loteamento não são comprometidos pelo projecto do Pólo de Formação, até por este contemplar lugares próprios de estacionamento e admitir ainda um aumento do seu número.

3. Do que fica visto, parece resultar que, na falta de estipulação de um concreto dever de urbanizar, e na previsão de ser liquidada uma taxa de compensação, o encargo com as necessárias infra-estruturas foi assumido pelo município.

4. Nem o facto de a taxa ter deixado de ser liquidada, em tempo, nos parece que isente o município do cumprimento do dever que assumiu, mal ou bem, como seu.

5. Não pode ignorar-se, é certo, que o promotor terá obtido um enriquecimento injustificado, pois nem suportou os custos da urbanização nem pagou a taxa de compensação. Ao invés obteve todos os proventos que lhe permitiu a operação, alienando onerosamente os lotes.

6. Mas, de qualquer modo, os terceiros adquirentes, esses não podem nem devem ser os lesados pela conduta pouco avisada do município e pela atitude relapsa do promotor.

7. As considerações expostas em nada diminuem a decisão jurisdicional que vier a ser proferida pelo tribunal, para cuja intervenção entende V. Ex.^a relegar a solução definitiva da questão controvertida.

8. Todavia, não podia o Provedor de Justiça deixar de chamar a atenção para a escassa diligência, menor prudência e reduzido zelo com que a questão foi tratada desde 1993, ora pelas condições estipuladas no alvará, ora pela inércia na liquidação e cobrança da taxa de compensação que, segundo tudo leva a crer, o promotor nunca veio a prestar sem que a Câmara Municipal reagisse prontamente.

9. Arquivado o processo, pela nossa parte, solicito que sejam tomadas em boa nota as precedentes observações, quanto mais não seja para obviar à ocorrência de situações análogas.

R-2001/04
Assessora: Carla Vicente

Entidade visada: Município do Funchal

Assunto: Urbanismo — obras de edificação — ilícito de mera ordenação social — princípio da legalidade.

1. Como é do conhecimento de V. Ex.^a, foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça por oposição a obras ilegais executadas no local identificado em epígrafe.

2. Tendo presente que V. Ex.^a informou aguardar a apresentação do pedido de legalização das obras e que estas não apresentarão risco para a segurança, determinei o arquivamento do processo nos termos do art. 31.º alínea b) e c), do Estatuto do Provedor de Justiça.

3. Na eventualidade de não ser promovido o licenciamento das obras e de nada ser providenciado pelas autoridades municipais injustificadamente, poderá ser requerida, de novo, a intervenção do Provedor de Justiça.

4. Neste sentido não posso, uma vez mais, deixar de sugerir a V. Ex.^a que pondere a aplicação, atempada, de medidas sancionatórias adequadas às

infracções detectadas, com vista a obter-se, nomeadamente, um efeito dissuasor perante comportamentos similares.

5. Com efeito, e tendo V. Ex.^a concluído pela existência de obras ilegais, algumas das quais executadas recentemente, poderia ter instaurado procedimento contra-ordenacional e haveria de tê-lo feito, em nome do interesse público.

6. Ademais, verifico que não recorreu aos diversos meios que a ordem jurídica proporciona para que a ordem de embargo fosse eficaz. Perante a dificuldade em notificar pessoalmente o responsável pela obra ou o seu proprietário, não teve lugar notificação edital.

7. Isto, apesar de se ter tentado, infrutiferamente, a notificação pessoal desde 28.05.2004, ou seja, durante mais de um ano.

8. Esta situação, para além cativar recursos humanos que poderiam estar afectos a outras tarefas, poderá descredibilizar a actuação da Câmara Municipal do Funchal e a autoridade que lhe é reconhecida.

9. Em face do exposto, queira V. Ex.^a ponderar da necessidade de serem advertidos os serviços municipais quanto ao comportamento a adoptar perante infracções similares.

10. As características orográficas do concelho, de resto parecem impor uma actuação mais enérgica face a comportamentos adoptados à revelia do legalmente prescrito que poderão colocar em causa a segurança de pessoas e bens e danificar irreversivelmente a paisagem.

R-2162/04
Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Município de Tomar

Assunto: Urbanismo — obras de edificação — condições — afastamento — estradas e caminhos municipais.

1. Na queixa que justificou a organização do processo identificado e as preliminares interpelações ao órgão presidido por V. Ex.^a, era deduzida oposição ao condicionamento imposto para licenciar um muro de vedação de uma bolsa de estacionamento com a largura de 30 metros, estabelecendo, nessa parte, uma distância ao eixo da via de seis metros, o que excederia o afasta-

mento previsto no art. 12.º do Regulamento do Plano Director Municipal de Tomar (quatro metros).

2. De acordo com a última comunicação de V. Ex.^{as}, o muro (construído a uma distância inferior à imposta) veio a ser voluntariamente derrubado pelo proprietário.

3. Em todo o caso, cumpre-me levar a V. Ex.^a o sentido de algumas considerações formuladas sobre os elementos precedentemente coligidos:

- a) O art. 12.º, alínea *d*), do Regulamento do PDM de Tomar impõe uma distância mínima de afastamento dos muros ou vedações de quatro metros ao eixo da via dos caminhos vicinais (como parece ser o caso);
- b) A Câmara Municipal impôs o recuo para a distância de seis metros ao eixo da via numa faixa de 20 metros, frente ao portão, de modo a permitir o estacionamento de duas viaturas;
- c) Tal recuo resulta de instruções genéricas deliberadas pela Câmara Municipal de Tomar em 12.07.2004;
- d) Ao contrário do que sucede com a alínea *e*) do art. 12.º do Regulamento do PDM (que, ao estabelecer os afastamentos mínimos a respeitar pelas edificações prevê a possibilidade de aplicação de afastamentos superiores), na alínea *d*) do mesmo artigo, aplicável ao caso em análise, a aplicação de afastamentos superiores aos mínimos não vem expressamente prevista;
- e) É certo que o disposto no art. 61.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas pode fundamentá-lo, quando prevê expressamente que “*as câmaras municipais poderão estabelecer a obrigatoriedade, generalizada ou circunscrita apenas a arruamentos ou zonas determinadas em cada localidade, da construção de edificações recuadas em relação aos limites do arruamento, qualquer que seja a largura deste, e fixar também quer a profundidade mínima deste recuo, quer a natureza do arranjo e o tipo da vedação dos terrenos livres entre o arruamento e as fachadas*”;
- f) O recuo imposto, no presente caso, corresponde a um critério generalizado, delineado por deliberação da Câmara Municipal, de 12.07.2004, sem, no entanto, citar a norma habilitante — o art. 61.º do RGEU;

- g) Para além da generalidade de tal prática, não se pode ignorar o propósito visado com o estabelecimento de tal recuo, de evitar o congestionamento das vias e promover a segurança nos acessos aos terrenos;
- h) Observa-se, no entanto, que o exercício do poder conferido pelo art. 61.º do RGEU, bem como o estabelecimento de quaisquer outras regras de edificação, deverá ficar enquadrado nas formas específicas do poder regulamentar próprio dos municípios, neste domínio, designadamente, em plano municipal de ordenamento do território ou em regulamento municipal de edificação e urbanização (art. 65.º, n.º 4, da Constituição, art. 3.º, n.º 2, do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial e art. 3.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação).

4. Assim, embora tenha determinado o arquivamento do processo identificado, cumpre-me advertir contra a forma e procedimento adoptados com a deliberação de 12.07.2004, cujas normas, por falta de indicação da norma legislativa habilitante e por aparente incumprimento das pertinentes prescrições sobre formação e publicidade dos regulamentos e posturas (artigos 114.º e segs. do Código do Procedimento Administrativo) deverão ser revistas, logo que possível.

R-4217/04
Assessora: Carla Vicente

Entidade visada: Município do Funchal

Assunto: Urbanismo — obras de edificação — oposição de terceiros — petição — taxa — direitos dos administrados — princípio da legalidade.

I — Analisados os esclarecimentos transmitidos por V. Ex.^a, a coberto de ofício, justifica-se, neste momento, solicitar que nos dê conta da evolução do assunto.

II — Devo porém chamar a atenção para a liquidação e cobrança de uma taxa sobre a vistoria realizada com base em reclamação particular.

III — O munícipe particular que expõe a situação à Câmara Municipal presidida por V. Ex.^a não se limita a protagonizar um interesse de natureza privada, muito embora seja a defesa deste que psicologicamente possa explicar a sua iniciativa. Mas, do mesmo passo, estamos perante a averiguação de factos que podem revelar-se ilícitos e lesivos do interesse público confiado ao município do Funchal. A sua fiscalização tem lugar em nome precisamente desse interesse público e não como um serviço prestado ao requerente. Vistoriar a obra de cuja ilegalidade se reclama é não apenas um poder, como também um dever funcional da Câmara Municipal e dos seus serviços.

IV — A execução de obras de construção sem um prévio controlo municipal (licença, autorização, não oposição à comunicação prévia) representa a infracção da legalidade urbanística, competindo às câmaras municipais verificar os factos indiciados e instaurar, sendo caso disso, os procedimentos contra-ordenacionais próprios, de par com providências de reposição da legalidade (artigos 93.º e segs. do REGIME JURIDICO DA URBANIZAÇÃO E DA EDIFICAÇÃO).

V — O princípio da legalidade administrativa não apenas limita como também exige dos órgãos competentes a execução das tarefas que lhes estão cometidas, não podendo este dever ficar condicionado pelo pagamento de taxas por parte dos munícipes.

VI — Veja-se, de resto, que independentemente dos motivos pessoais que possam justificar a reclamação, o particular que se queixa ou denuncia um facto ilícito está a colaborar com a Administração Pública, suprimindo a impossibilidade de os serviços de fiscalização procederem oficiosamente ao levantamento de todos os factos ilícitos na área do município.

VII — Se bem que a estipulação de uma tal taxa possa servir de condicionante a reclamações desprovidas de fundamento, o certo é que pode decisivamente comprometer o exercício de um direito que a CONSTITUIÇÃO expressamente prevê, consagra e protege (artigo 52.º, n.º 1).

VIII — Diga-se ainda que se o procedimento administrativo é tendencialmente gratuito (artigo 11.º, n.º 1, do CODIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO) então as excepções têm de encontrar-se devidamente fundamentadas, o que não parece ser o caso.

IX — Por fim, queira V. Ex.^a considerar que a criação de taxas municipais não é inteiramente livre. Pelo contrário, há-de encontrar-se credenciada expressamente na lei.

X — Apenas o disposto no artigo 19.º, n.º 1, alínea d), da LEI DAS FINANÇAS LOCAIS poderia constituir arrimo para a sua criação. Contudo, vendo bem, ali requer-se um determinado benefício, uma concreta e individual utilidade auferida pelo requerente de uma actividade levada a cabo pelo serviço público. A taxa apresenta-se no citado preceito como uma contrapartida devida pelo onerado que vai retirar do serviço público uma vantagem própria e pessoal.

XI — Não entra neste campo a fiscalização de actos ilícitos urbanísticos. Esta actividade destina-se, *prima facie*, a servir o interesse público, a satisfazer necessidades colectivas de segurança, estética e salubridade que a lei confiou às autoridades municipais, a título de atribuições e competências dos seus órgãos.

XII — Em face do exposto, dignar-se-á V. Ex.^a ponderar a restituição do valor indevidamente recebido a título de taxa ou — caso se trate de execução de norma contida em postura ou regulamento municipal — equacionar, em conjunto com a verificação a que preside, a revisão da prescrição em causa por se revelar injusta e contrária à lei.

R-415/05
Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Município da Figueira da Foz

Assunto: Urbanismo — edificação — termo de responsabilidade — infracção disciplinar.

1. Da informação prestada através do ofício acima identificado resulta, em síntese, que:

- a) A ampliação licenciada conforma-se com o regulamento do Plano de Urbanização aplicável;
- b) Todavia, no seu interior, foram executadas obras em desconformidade com o projecto aprovado, designadamente, no que respeita à sua estrutura e à chaminé;
- c) O técnico responsável pela direcção técnica da obra — que é também o técnico autor do projecto de estabilidade — emitiu declara-

- ção atestando que a obra fora executada em conformidade com o projecto provado, motivo pelo qual foi proposta a instauração de procedimento contra-ordenacional, ao abrigo do art. 98.º, n.º 1, alínea f), do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação;
- d) As alterações carecem de ser legalizadas, o que implicará a apresentação de novo projecto de estabilidade;
 - e) O facto de a chaminé se encontrar na parede meeira e os conflitos entre proprietários vizinhos daí resultantes transcendem a competência da Câmara Municipal.

2. Analisadas estas informações conclui-se que o assunto foi objecto de fiscalização, tendo sido determinada a legalização das alterações efectuadas, prevendo-se, assim, que fique reposta a legalidade urbanística.

3. Já no que respeita aos conflitos entre proprietários suscitados pela abertura de uma chaminé na parede meeira, concorda-se com a posição assumida pela Câmara Municipal, no sentido de se tratar de uma questão de direito privado entre particulares que cumpre aos tribunais comuns resolver. Isto, naturalmente, sem prejuízo do dever de legalização da chaminé enquanto alteração exterior, sujeita a licenciamento.

4. Observa-se, contudo, a especial gravidade das falsas declarações prestadas pelo responsável pela direcção técnica da obra, não apenas por se tratar de obras estruturais, como pela circunstância de ser a mesma pessoa que havia elaborado o projecto de estabilidade.

5. Encontrando-se prevista, no art. 100.º, n.º 2 do Regime Jurídico da Urbanização, a responsabilidade criminal por tal comportamento, não se compreende que a Câmara Municipal tenha limitado a sua actuação à instauração de procedimento contra-ordenacional, em lugar de efectuar a devida participação ao Ministério Público.

6. Atento o exposto, comunico a V. Ex.^a ter determinado o arquivamento do presente processo, nos termos do art. 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril), permitindo-se dirigir a V. Ex.^a uma especial chamada de atenção no sentido de que fique assegurada a reposição da legalidade urbanística — designadamente, no que respeita à observância das normas legais e regulamentares aplicáveis à estrutura da edificação — e de que seja efectuada a devida participação criminal.

B — Ambiente e recursos naturais

R-830/99

Assessora: Isabel Canto

Entidade visada: Instituto de Conservação da Natureza

Assunto: Ambiente — fauna — espécies protegidas — cativoiro ilícito — medidas de polícia — sanções administrativas.

I — Através do ofício, de *16.03.2005*, tomei posição junto de V. Ex.^a acerca da necessidade de uma pronta e firme acção de reintegração da legalidade junto do detentor — identificado anteriormente — de um leão (*felis ero*), em cativoiro particular, sem condições e em infracção manifesta aos compromissos assumidos por Portugal internacionalmente.

II — Desde então, não obtive da parte de V. Ex.^a informação alguma que me revelasse as providências adoptadas.

III — Ao cabo de seis anos de intervenção do Provedor de Justiça junto do Instituto de Conservação da Natureza não foi apreendido o animal (nem os demais três que originariamente partilhavam o cativoiro ilícito), não foi aplicada sanção ao infractor nem tão-pouco criadas condições para obstar à continuada incomodidade provocada aos moradores nas imediações que justamente solicitaram a nossa intervenção. O ICN resignou-se perante a dificuldade em encontrar alojamento para o animal e perante sucessivos — mas não inultrapassáveis — obstáculos à notificação do arguido, de resto, sujeito a termo de residência por força de um outro processo (penal) o qual, em tempo, referenciámos aos serviços dirigidos por V. Ex.^a.

IV — Para mais, o ICN chegou a receber uma oferta para alojamento do animal, em 17.10.2001, por telecópia do *Department Environmental Affairs and Tourism, de Bloomfontein*, Província do Estado Livre de Orange, a que não respondeu por desconhecer a que país pertenceria. A consulta de um compêndio de geografia elementar ou de um simples atlas permitiria revelar tratar-se da República da África do Sul, mas de qualquer modo, interrogo-me por que motivo não foi solicitada a colaboração do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

V — Apenas a presumida morte do leão viria a dar como ultrapassada a situação reclamada, com evidente quebra de autoridade, eficiência e dever de boa administração por parte dos poderes públicos, a começar pelo instituto presidido por V. Ex.^a.

VI — É com elevada preocupação que o Provedor de Justiça verifica a incapacidade de os serviços do ICN darem resposta a uma situação como a reclamada. É com elevada perturbação que registo o silêncio de V. Ex.^a, nada retorquindo sequer quanto ao que pondera promover a fim de poder actuar sobre situações que venham a observar-se futuramente.

VII — O Estado e os demais poderes públicos encontram-se investidos de poderes de autoridade para prosseguirem o interesse público em termos tais que o isentam da necessidade de recorrer aos tribunais para agir coercivamente perante comportamentos ilegais dos particulares. Deixando o ICN por reprimir o infractor, contribui decerto para fomentar as expectativas de impunidade no comércio ilícito de espécies protegidas e deixa em claro valores de relevante interesse público: a defesa do ambiente, a preservação da saúde pública e a autoridade legítima dos poderes que se encontram confiados aos seus órgãos.

VIII — Neste sentido, e embora determinando o arquivamento do processo, perante a superveniente inutilidade em prosseguirmos a nossa intervenção, cumpre-me deixar o presente reparo formulado, o qual farei constar do Relatório a apresentar à Assembleia da República.

R-4876/00
Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Câmara Municipal de Oliveira do Hospital

Assunto: Ambiente — actividade industrial — poluição — localização — legalização — responsabilidade civil extracontratual — gestão pública.

1. Na queixa que deu origem à organização do processo referenciado em epígrafe, era deduzida oposição ao licenciamento de um estabelecimento industrial de fabrico de produtos de betão, em contravenção ao Plano Director Municipal de Oliveira do Hospital.

2. Posteriormente, no decurso da instrução do processo, viria a ser alegada a prática de outras irregularidades, designadamente:

- a) A criação, dentro do perímetro do estabelecimento reclamado e ao abrigo de autorização por parte da Câmara Municipal, de um espaço para depositar resíduos, cuja ilegalidade é suscitada por contrariedade da proibição de depor resíduos no solo (art. 7.º do Decreto-Lei n.º 239/97, de 9 de Setembro);
- b) A laboração do estabelecimento reclamado, antes e após o período da licença provisória concedida pela Direcção Regional da Economia do Centro para a realização de testes;
- c) A emissão de ruído intolerável para os moradores das imediações;
- d) A descarga de águas com cimento no meio envolvente do estabelecimento;
- e) O reiterado alagamento de terrenos, a jusante do estabelecimento reclamado, imputado à desflorestação indevida.

3. Analisadas as informações prestadas por V. Ex.^a, através do ofício identificado em epígrafe, e tendo presentes os demais elementos coligidos no decurso da instrução do processo, considera-se o seguinte:

- a) O licenciamento originário do estabelecimento, a autorização de localização e a licença de construção infringiram o Plano Director Municipal de Oliveira do Hospital, o que importa a sua nulidade;
- b) Todavia, o licenciamento veio a ser ulteriormente renovado, já ao abrigo da suspensão do PDM (Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2003, de 19.02.2003) e sob nova autorização de localização pela ex-Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território do Centro (Certidão n.º 11/2003, de 10.04.2003);
- c) Observadas as condições estipuladas nas medidas preventivas adoptadas pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2003, nada parece obstar à legalização do estabelecimento.
- d) Por outro lado, as infracções ambientais imputadas ao estabelecimento — depósito de resíduos, descarga de águas residuais, afectação da paisagem e, sobretudo, ruído, encontram-se sob fiscalização e correcção, nos termos das informações obtidas.

4. Conclui-se, que a invalidade do licenciamento inicial do estabelecimento perdeu relevância, afigurando-se mais importante, actualmente, a legalização do estabelecimento, através da renovação do seu licenciamento em conformidade com as regras de uso, ocupação e transformação do solo aplicáveis, e, sobretudo, a correcção das irregularidades respeitantes ao desempenho ambiental do estabelecimento, acima apontadas.

5. Importa, por isso, que fique completamente assegurada a correcção destas irregularidades, sendo de destacar as que se apresentam mais prejudiciais para o meio envolvente, como o ruído, a descarga de águas residuais e a afectação da paisagem.

6. Por esta razão, determinei o arquivamento do presente processo de reclamação, ao abrigo do disposto no art. 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril), permitindo-se dirigir a V. Ex.^a uma especial chamada de atenção para o dever de, nos procedimentos de licenciamento de estabelecimentos industriais, ser devidamente acautelado o cumprimento das regras de ordenamento do território e, no que respeita ao estabelecimento identificado, para a necessidade de conclusão efectiva das medidas de correcção das irregularidades detectadas.

7. Por último, não posso deixar de observar que, embora a legalização do estabelecimento torne inútil a impugnação judicial do seu licenciamento, os titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos lesados pela prática desse acto, não perdem o direito de serem indemnizados pelos prejuízos que daí possam ter resultado, nos termos do regime jurídico da responsabilidade civil por actos de gestão pública, (Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967).

R-159/02

Assessora: Cristina Sá Costa

Entidade visada: Município de Felgueiras

Assunto: Ambiente — urbanismo — alojamento de animais — cessação da utilização — infracção continuada — ilícito de mera ordenação social.

1. Junto envio a V. Ex.^a Informação interna versando o assunto em epígrafe, cujo teor merece a minha concordância.
2. Solicito, assim, que V. Ex.^a se digne pronunciar sobre o conteúdo da mesma.

Anexo: Cópia da Informação n.º 22/CSC/2005.

i) Despejo administrativo da edificação

1. Em 2002, foi dirigida queixa ao Provedor de Justiça contra o funcionamento de um estábulo, na propriedade do Senhor ..., fundamentada na ilegalidade de tal exploração pecuária, por ausência dos adequados títulos de licenciamento e na incomodidade gerada pelas respectivas condições de exploração.
2. Reclamava o queixoso contra a inação da Câmara Municipal de Felgueiras (CMF), após ter verificado que existia uma desconformidade entre a utilização conferida às mencionadas instalações e o uso previsto na licença de utilização emitida para o local.
3. A CMF, em 12/09/2001, fixou um prazo ao infractor para cessar a utilização indevida, sem que tal ordem viesse a ser cumprida.
4. Questionada a Câmara sobre a hipótese de ordenar o despejo administrativo da edificação, sob pena de execução coerciva, a CMF informou a Provedoria de Justiça da *“impossibilidade prática de criar condições legais”* para ordenar o despejo administrativo da edificação, por desconhecer qual o procedimento concreto a seguir relativamente ao gado existente no estábulo.
5. Sobre a hipótese de remover os animais, alojando-os em instalações arrendadas para o efeito, a expensas do infractor, a autarquia deu-nos conta das dificuldades que tal solução levantaria, quer pela falta de legislação específica, quer do ponto de vista prático: seria difícil encontrar instalações devidamente licenciadas cujos proprietários aceitassem a recolha e o tratamento de animais, por se desconhecer “por quanto tempo deveria permanecer estabulado o gado em causa”.
6. Finalmente, fez notar a existência de um vazio legal nas situações em que é necessário dar destino aos bens resultantes dos despejos ordenados pelos municípios.

7. Questões semelhantes têm-se suscitado noutros processos organizados na Provedoria de Justiça, o que levou à abertura de um processo de iniciativa oficiosa para, após audição das entidades competentes, se ponderar uma solução que permita dar cumprimento efectivo às ordens de remoção dos animais.

8. Assim sendo, quanto a esta questão, parece-me que nada mais haverá a diligenciar junto da CMF, no âmbito deste processo.

ii) Procedimento contra-ordenacional

9. Prevê o artigo 4.º n.º 3, alínea f), do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Fevereiro que a utilização dos edifícios ou suas fracções está sujeita a licença ou autorização administrativa, a qual se destina a verificar a conformidade da obra com o projecto aprovado e com as condições do licenciamento ou autorização (artigo 62.º, n.º 2, do mesmo diploma legal).

10. De acordo com informações recentemente transmitidas pelo reclamante, a actividade ilícita em causa — utilização como estábulo de um anexo licenciado para a instalação de apoio agrícola — não cessou desde o momento em que o infractor foi notificado para o efeito, o que remonta a 2002.

11. Por outro lado, segundo se apurou informalmente junto da CMF, também não foi apresentado pelo proprietário, ao abrigo do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 1 de Fevereiro, pedido de alteração ao uso fixado no alvará de licença de utilização.

12. Perante esta situação de ilegalidade, deverão ser utilizados todos os meios legalmente previstos para prossecução do interesse público subjacente à necessidade de fiscalização da utilização atribuída às edificações, designadamente o de impedir que através da modificação objectiva do uso sejam defraudadas as regras respeitantes à natureza ou à densidade das construções admitidas numa zona determinada (FERNANDO ALVES CORREIA, *As Grandes Linhas da Reforma do Direito do Urbanismo Português*, Coimbra, 1993, p. 119), seja por razões de índole exclusivamente urbanística de política de ocupação e uso do solo, seja, reflexamente, para fins de tutela de valores ambientais e de salubridade.

13. A ordem jurídica sanciona a ocupação de edifícios em desacordo com o uso fixado no respectivo alvará, a qual é punível como contra-ordena-

ção (artigo 98.º n.º 1, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Fevereiro).

14. As sanções administrativas são um meio destinado a compelir ou a induzir o destinatário do acto ao seu cumprimento. Embora não esteja em causa a procura de um meio para obter dos particulares o cumprimento de obrigações legais ou decorrentes de acto administrativo, mas sim a aplicação de uma medida repressiva autónoma (que tem por pressuposto o não cumprimento dessas obrigações), algumas delas podem, no entanto, acompanhar a execução coactiva do acto, quando seja intenção da ordem jurídica não só a imposição de uma sanção ao administrado, mas também a produção de um resultado material correspondente ao acto administrativo desrespeitado (MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e Outros, Código do Procedimento Administrativo, Vol. II, Coimbra, 1998, p. 712).

iii) Posição da CMF

15. Em 20.02.2004, foi-nos transmitido pela CMF que havia sido levantado auto de notícia, em 16.10.2000, mas que “*por qualquer razão que não foi possível determinar*” o processo contra-ordenacional não chegou a ser instruído (ofício n.º ...).

16. Interrogada a mesma autarquia sobre se haviam sido efectuadas averiguações com vista a esclarecer tal ocorrência (ofício, de 24.08.2004) tal questão não mereceu qualquer resposta.

17. Mais tarde, tendo o reclamante informado a Provedoria de Justiça de que persistia a actividade desconforme com o uso licenciado, foi solicitado à CMF que nos informasse se, entretanto, instaurara um processo contra-ordenacional.

18. Em resposta, foi-nos transmitido que a Câmara não iria instruir tal procedimento, por considerar que a eventual contra-ordenação estaria prescrita, visto não se tratar de contra-ordenação de carácter permanente.

19. A CMF sustentava tal entendimento em parecer da assessoria jurídica, o qual, embora antecipando que as suas conclusões não eram definitivas, desenvolvia, em traços gerais, a seguinte argumentação:

- a) A doutrina mais significativa, quanto ao conceito de crime permanente, põe o acento tónico na existência do não cumprimento de

- um comando que impõe ao agente o dever de fazer cessar um estado antijurídico (p. 3);
- b) Existe jurisprudência do Tribunal de Pequena Instância Criminal do Porto no sentido de a construção sem licença ou em desconformidade com a licença constituir uma infracção de consumação instantânea e não permanente, consumando-se no momento em que a obra se concluiu e admitindo que até possa consumir-se logo no início da obra (p. 3);
 - c) Nas contra-ordenações por ocupação ilegal de edifícios ou por construção ilegal as normas sancionatórias não contêm elementos de onde se extraia um dever jurídico ou moral de fazer cessar o estado antijurídico concreto, atentos os valores em causa que se afiguram de segunda ordem” (p. 5);
 - d) Nestes casos, a ordem jurídica administrativa fornece meios adequados a fazer cessar a situação ilegal, quer através da demolição total ou parcial da obra, quer através do despejo forçado do edifício ou sua parte (p. 5);
 - e) Finalmente, repugna ao ordenamento jurídico português que uma contra-ordenação possa ser sancionada a todo o tempo (p. 5);
 - f) A Constituição da República consagra como direito fundamental do cidadão o direito à habitação e ao alojamento e este direito prevalece sobre o direito do urbanismo e da edificação (p. 5).

20. Analisado tal parecer, discorda-se do entendimento ali defendido, tanto quanto à natureza jurídica da infracção em causa como em relação às consequências que dali se retiram.

21. O regime geral das contra-ordenações (Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro)⁷¹ é omissivo quanto à determinação do início da contagem do prazo da prescrição. Por isso, e de acordo com o seu artigo 32.º, aplicam-se as normas do Código Penal relativas à prescrição do procedimento criminal.

22. Prevê o artigo 119.º do Código Penal que o prazo de prescrição do procedimento criminal corre desde o dia em que o facto se tiver consumado

⁷¹ Alterado pelos Decretos-Lei n.º 356/89, de 17 de Outubro, n.º 244/95, de 14 de Setembro, n.º 323/2001, de 17 de Dezembro e pela Lei n.º 169/2001, de 24 de Dezembro).

(n.º 1). Porém, tratando-se de crimes permanentes, o prazo de prescrição só corre desde o dia em que cessar a consumação [n.º 2, alínea b)].

23. Importa, assim, com vista à apreciação do decurso do prazo prescricional, determinar previamente se estamos, ou não, perante uma contra-ordenação permanente.

24. Na noção de EDUARDO CORREIA (Direito Criminal, I, p. 309), frequentemente citada na jurisprudência, crimes permanentes são aqueles em que o evento se prolonga por mais ou menos tempo, distinguindo-se na sua estrutura duas fases: uma, que se analisa na produção de um estado antijurídico, que não tem, aliás, nada de característico em relação a qualquer outro tipo de crime e, outra, esta propriamente típica, que corresponde à permanência ou, vistas as coisas de outro modo, à manutenção desse evento, e que para alguns autores consiste no não cumprimento do comando que impõe a remoção pelo agente dessa compressão de bens ou interesses jurídicos em que a lesão produzida pela primeira conduta se traduz.

25. Prevê o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro que “*o facto considera-se praticado no momento em que o agente actuou ou, no caso de omissão, deveria ter actuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido*” revelando que o legislador foi sensível à ideia de que a omissão corresponde a um dever de fazer cessar o estado antijurídico ininterrupta e independentemente do resultado (Vd. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8/02/2000, CJ, Ano XXV, Tomo I, 2000).

26. Nas infracções permanentes a violação dos valores jurídicos protegidos só cessa com o desaparecimento da situação lesiva que pode ocorrer por iniciativa do agente ou com a efectiva intervenção das autoridades repressivas. Só uma ou outra destas actuações terá a virtualidade de cicatrizar a lesão causada nos valores protegidos pela norma e fazer cessar o estado antijurídico causado pela consumação inicial da infracção (Vd. Ac. STA, de 14.03.89, publicado no BMJ 385, de Abril de 1989).

27. Ora, não se pode concordar com a afirmação de que nos casos de ocupação de edificações sem licença não existe o dever de cessar o estado antijurídico concreto.

28. Por outro lado, a natureza de tal infracção afigura-se distinta daquela que decorre da realização de obras de construção sem licença de construção.

29. Sobre a natureza da última, é conhecida jurisprudência que defende que o comportamento do infractor não se prolonga no tempo, pois a infracção consuma-se no momento em que os trabalhos de construção terminam (vd. Acórdão do TR de Lisboa, de 25.03.2003, CJ, n.º 165, Ano XXVII, Tomo II, 2003).

30. Já a ocupação de edifícios sem licença municipal não se consuma no primeiro momento em que o arguido ocupou as instalações em causa, pois também abrange a manutenção da ocupação, ou seja a omissão de a suprir.

31. Por outras palavras, a ocupação de edificações sem licenciamento ou autorização municipal prévia é formada por uma acção e uma omissão que integram a figura da infracção permanente. Esta compreende um primeiro momento que é a ocupação das instalações e um segundo momento que é constituído pela omissão de obter a licença camarária, a qual se prolonga no tempo. Isto porque recaía sobre o infractor o dever cessar a utilização indevida.

32. No caso em apreço, entende-se que a contra-ordenação configura-se como permanente, pois corresponde à manutenção do estado antijurídico, que consistirá no não cumprimento da determinação de cessação da utilização devida.

33. Situação semelhante, em que a contra-ordenação se configura como permanente, parece ser a da afixação de reclames publicitários, na via pública, sem a licença camarária devida.

34. Sobre aquelas infracções, tem entendido o Tribunal da Relação de Lisboa estarmos perante contra-ordenações de carácter permanente, pois correspondem à manutenção de um estado antijurídico que consistirá no não cumprimento do comando que impôs a remoção, pelo agente, das afixações das inscrições publicitárias não autorizadas.

35. Assim sendo, o ilícito contra-ordenacional em causa persiste enquanto o reclame não seja retirado ou licenciado, pelo que só a partir da data em que tal suceda se iniciará o prazo de prescrição do respectivo procedimento contra-ordenacional (Vd. Acórdão n.º 4926, 5.ª secção, de 11/05/1993 e Acórdão de 8/02/2000, CJ, Ano XXV, Tomo I, 2000).

36. O argumento utilizado no parecer da assessoria jurídica da CMF quanto à prevalência do direito constitucional à habitação não merece quaisquer comentários, visto estarmos perante uma situação de alojamento de animais.

37. Pelo exposto, e caso se confirme que a situação se mantém inalterada, deveria a CMF instaurar procedimento contra-ordenacional pela prática do ilícito previsto no artigo 98.º n.º 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro.

iv) Participação da desobediência ao Ministério Público

39. Em virtude da desobediência à ordem de despejo, foi solicitado à CMF que informasse a Provedoria de Justiça se havia apresentado queixa aos competentes serviços do Ministério Público, para efeitos de instauração de procedimento criminal, uma vez que o desrespeito dos actos administrativos que determinam qualquer das medidas de tutela da legalidade urbanística constitui crime de desobediência, nos termos do artigo 348.º do Código Penal (artigo 100.º n.º 1, do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro).

40. Apurou-se que, por deliberação de 6.05.2002, a Câmara determinou participar a desobediência ao Ministério Público.

41. Consultados os autos (processo n.º.../02.4TAFLG, do 3.º Juízo do Tribunal Judicial da Comarca de Felgueiras), verificou-se que o arguido não foi pronunciado por não estar preenchido o elemento objectivo do crime. Isto, resumidamente, porque:

- a) Resulta do artigo 348.º n.º 1 do Código Penal serem elementos objectivos do tipo a falta de obediência a ordem ou mandado legítimo, regularmente comunicados e emanados de autoridade competente.
- b) Analisados os pressupostos necessários à aprovação do auto de vistoria efectuada pelos técnicos da Câmara Municipal de Felgueiras e pelo Delegado de Saúde, aprovada pela Presidente da Câmara, ao abrigo do disposto no artigo 68.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, concluiu-se pela inexistência de circunstâncias excepcionais e urgentes que justificassem a aprovação pela Presidente da Câmara do auto de vistoria, não decorrendo do despacho de aprovação do auto de vistoria que não tivesse sido possível reunir extraordinariamente a Câmara.

- c) Conclui-se, pois, que não tinha a Presidente da Câmara competência para o acto administrativo em análise, sendo este, portanto, inválido (anulável).
- d) Consequentemente, o arguido foi objecto de uma ordem ilegítima para efeitos da lei penal aplicável.

42. A participação da desobediência ao Ministério Público embora não seja uma medida de execução do acto é, certamente, um dos mais efectivos meios de compulsão psicológica para a sua execução e acatamento. (MÁRIO ESTEVES de OLIVEIRA e Outros, Código do Procedimento Administrativo, Vol. II, Coimbra, 1998, p. 712).

43. Mantendo-se a situação reclamada, justificar-se-á decretar nova ordem de cessação da utilização do anexo como estábulo, em termos legais e, caso a mesma não seja cumprida, participar a desobediência ao Ministério Público.

v) Conclusões

44. Em face do exposto, parece-me ser de solicitar à CMF nova vistoria ao local. Importaria, ainda, verificar se as instalações em causa estão ou não conformes com as disposições sobre alojamento de animais previstas no Regulamento Geral das Edificações Urbanas. Isto porque, em 27.2.2004, informou-nos o Delegado de Saúde Concelhio que as mesmas não cumpriam tal regulamento, nomeadamente o artigo 118.º. Acresce que, ao que parece, desde a vistoria de 2001 até esta última deslocação da autoridade de saúde, terá aumentado o número de bovinos alojados nas instalações.

45. Caso se venha a concluir que a situação reclamada permanece inalterada, parece-me que deveria a Provedoria de Justiça apurar se autarquia se dispõe a:

- a) Instaurar procedimento contra-ordenacional ao Senhor ...;
- b) Notificar o infractor para, num prazo a determinar, cessar a utilização do anexo como estábulo, dando ao mesmo a utilização licenciada, ou seja, instalação de apoio agrícola;
- c) Participar a desobediência ao Ministério Público, em caso de incumprimento de tal determinação.

R-2417/03

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Município da Moita

Assunto: Ambiente — ruído — estabelecimento de bebidas — medidas de polícia.

1. Temos vindo a interpelar V. Ex.^a a respeito de situação descrita na queixa por demasiada indulgência para com a actividade do estabelecimento de bebidas identificado, cujo ruído produzido se revelaria excessivo e sem que dispusesse da pertinente licença de utilização.

2. Do teor da última comunicação de V. Ex.^a, retira-se estar em curso procedimento de legalização, o qual há-de compreender projecto de insonorização, com o que é de prever uma redução da incomodidade para terceiros.

3. Cumpre-me solicitar de V. Ex.^a que determine um controlo continuado do estabelecimento até que se encontre devidamente observado o limiar de ruído admitido como tolerável pelo Decreto-Lei n.º 292/2000, de 14 de Novembro, fazendo ver ao responsável que, em bom rigor, a actividade deveria ter sido cessada até se encontrarem repostas as condições legais e regulamentares de abertura ao público.

R-1699/04

Assessor: Miguel Feldmann

Entidade visada: MAIAMBIENTE, Empresa Municipal do Ambiente, E.M.

Assunto: Ambiente — resíduos solos urbanos — contentores — condições de utilização.

1. Com base em queixa apresentada a este órgão do Estado a respeito do assunto referenciado em epígrafe, foi organizado o presente processo.

2. Contestava-se que, em caso de furto dos contentores distribuídos para recolha de resíduos sólidos urbanos, a MAIAMBIENTE imputasse aos utilizadores o custo da sua substituição. Aliás, no folheto informativo onde se divulgava o Projecto Piloto de Distribuição e Identificação de Contentores, distri-

buído pelos munícipes, referia-se que “*Em caso de roubo, a reposição do contentor é da responsabilidade do utilizador*”- cfr. norma n.º 5.

3. Solicitados esclarecimentos sobre o assunto, dignou-se V. Ex.^a informar que, nas situações de furto que se haviam verificado, os contentores tinham sido substituídos gratuitamente pela MAIAMBIENTE.

4. Isto, porque, nos termos do disposto no art. 16.º, n.º 2, do Regulamento de Resíduos Sólidos do concelho da Maia, a substituição de recipientes e contentores só é efectuada a expensas dos utilizadores quando motivada por razões que lhes sejam imputáveis.

5. Comunicou-nos também V. Ex.^a que os utentes têm vindo a ser alertados no sentido de manterem o bom estado de conservação dos recipientes, providenciando pela sua retirada da via pública após a passagem do veículo de recolha.

6. Conforme se apurou por meio de diligências que os nossos serviços levaram a cabo junto dessa empresa municipal, em algumas zonas urbanas a recolha de resíduos termina às 02:00 horas.

7. Parece, assim, excessivo pretender que a essa hora, e após a passagem do veículo de recolha, os munícipes procedam à guarda dos recipientes, de modo a evitar actos danosos.

8. Acresce que, conforme disposto n.º art. 17.º, n.º 1, do Regulamento de Resíduos Sólidos do Concelho da Maia, os horários de colocação dos equipamentos de deposição de resíduos na via pública são definidos através de edital.

9. Como também nos transmitiu a autarquia, tais períodos não foram ainda estipulados.

10. Em face do exposto, e não obstante ter determinado o arquivamento do processo organizado para apreciação deste assunto, permito-me exortar V. Ex.^a no sentido de:

- a) Providenciar para que, em eventuais acções de divulgação dos serviços dessa empresa, fique inequivocamente esclarecida a responsabilidade dos utentes, em conformidade com o que se estabelece no art. 16.º, n.º 2, do Regulamento de Resíduos Sólidos;
- b) Diligenciar junto da Câmara Municipal da Maia com vista à determinação do horário de permanência na via pública dos equipamentos de recolha de resíduos e sua posterior publicitação em edital.

C — Ordenamento do território

R-1464/03

Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: Município da Guarda

Assunto: Ordenamento do território — domínio público — via pública — uso privativo — licença.

1. Como resulta de anteriores interpelações, foi pedida a intervenção do Provedor de Justiça contra a recusa, por parte da Câmara Municipal presidida por V. Ex.^a, em permitir a instalação de uma grade, de modo a preservar a entrada e condições de salubridade da casa de habitação contígua, ao que parece, frequentemente conspurcada por transeuntes e utentes de um estabelecimento de bebidas próximo.

2. Com esta pretensão visava a queixosa impedir o acesso de transeuntes à porta de sua casa, situada num impasse do arruamento.

3. Objecta a Câmara Municipal não ser possível licenciar a obra, por se tratar da via pública e não de propriedade privada.

4. No decurso da instrução do processo, viríamos a solicitar que ponderasse o executivo municipal deferir uma licença para uso privativo da referida parcela da via pública ou mesmo a desafecção ao domínio público a deliberar pela Assembleia Municipal sobre proposta fundamentada.

5. A Câmara Municipal presidida por V. Ex.^a recusa-se, porém, a admitir tal possibilidade, considerando-a ilegal, sem porém deixar claras as razões do seu entendimento, abstendo-se de aprofundar o tratamento jurídico dos bens do domínio público e do seu uso privativo — e precário — pelos particulares, ora à luz do Regulamento das Estradas e Caminhos Municipais, aprovado pela Lei n.º 2.110, de 19 de Agosto de 1961, ora, no mais, pela aplicação analógica do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro.

6. Não se vislumbra qualquer impedimento jurídico à realização de obras abrigo de uma licença de ocupação da via pública, para uso privativo (frequente, por exemplo, na instalação de estruturas em esplanadas de estabelecimentos de restauração e bebidas), ou, mesmo, à própria desafecção de

parcelas do domínio municipal disponível (art. 53.º, n.º 4, alínea *b*), da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro).

7. Decerto não faltarão oportunidades à Câmara Municipal da Guarda para obter, querendo, o apoio jurídico da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Centro, o que lhe permitirá alcançar uma melhor compreensão das questões controvertidas.

8. Jamais deixámos de reconhecer tratar-se de uma deliberação eminentemente discricionária, e é nesse sentido que nos eximimos de insistir junto do órgão presidido por V. Ex.^a. Louvando-se em razões de oportunidade e conveniência podem as câmaras municipais, não apenas recusar o deferimento de licenças para uso privativo da via pública, como até revogá-las a todo o tempo, sem terem de indemnizar os seus titulares.

9. Determinei, por isso, o arquivamento do presente processo de reclamação, ao abrigo do disposto no art. 31.º, alínea *b*), segunda parte, do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

10. Não posso porém deixar de assinalar que a posição adoptada pela Câmara Municipal constitui o município num dever acrescido de zelar pela salubridade do local, procedendo regularmente à sua fiscalização e limpeza.

R-3639/03
Assessor: José Luís Cunha

Entidade visada: REFER, Rede Ferroviária Nacional E.P.E..

Assunto: Ordenamento do território — obras públicas — rede ferroviária — restrições de interesse público — Reserva Agrícola Nacional — Reserva Ecológica Nacional — pareceres obrigatórios — prece-dência.

1. Na queixa que levou à instrução do processo identificado em epí-grafe, é contestado o projecto ferroviário, eram apontadas algumas objecções sobre o que procedemos à audição de V. Ex.^a.

2. Analisada a resposta que nos facultou, por ofício recebido em 14.09.2005, pudemos concluir a nossa apreciação, considerando carreados todos os elementos necessários para formularmos uma conclusão.

3. No essencial, não encontramos motivo para recomendar ou sugerir a adopção de outro procedimento, salvo no que toca à utilização de solos classificados na Reserva Agrícola Nacional, na Reserva Ecológica Nacional ou situados em área do domínio hídrico. O interesse público do projecto não afasta a necessidade de serem obtidos tempestivamente os pareceres e autorizações obrigatórios das competentes autoridades.

4. Tenho em conta estarem em curso as diligências apropriadas para suprir tal falta, mas não posso deixar de observar que a prolação de tais pareceres ou o deferimento de tais autorizações depois de o projecto se encontrar em execução dificilmente deixam de ser condicionantes da margem de autonomia de que devem dispor a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional, a Comissão da Reserva Ecológica Nacional e a Comissão Regional da Reserva Agrícola.

5. Cumpre-me, pois, advertir a empresa superiormente dirigida por V. Ex.^a para a necessidade de, em futuros projectos congêneres, observar estritamente tais procedimentos na fase do estudo prévio.

6. Mais informo ter determinado o arquivamento do processo, prevalecendo-me da oportunidade para agradecer a colaboração dispensada.

R-2564/04

Entidade visada: Santa Casa da Misericórdia de Freixo de Espada à Cinta, IPSS

Assunto: Ordenamento do território — obras públicas — concurso público — empreitada — acesso aos elementos — custos e preços.

1. Analisámos o teor das explicações prestadas por V. Ex.^a a respeito do valor estipulado como preço das reproduções de elementos próprios do concurso para adjudicação da empreitada de construção de uma unidade de internamento de estadia média e prolongada e concluímos não ter sido devidamente observado o disposto no artigo 62.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

2. Isto, por ser aplicável este regime jurídico — das empreitadas de obras públicas — às instituições particulares de solidariedade social, por via do artigo 3.º, n.º 1, alínea *d*), na parte em que se reporta à generalidade das

entidades sujeitas a tutela administrativa, como é o caso das associações constituídas na ordem jurídica canónica com o objectivo de satisfazer carências sociais (artigos 33.º e segs. e 68.º e segs. do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro).

3. Com efeito, no preço das cópias V. Ex.^{as} imputaram os honorários liquidados ao gabinete técnico a quem foi confiada a elaboração dos documentos, quando o citado preceito legal determina, sem ressalva, que o valor há-de cingir-se aos custos de reprodução.

4. Contudo, como há muito se encontra consolidado na ordem jurídica o acto de abertura do concurso, limitamo-nos a chamar a atenção de V. Ex.^a e da digníssima Mesa a que preside, para a necessidade de em futuros concursos a lançar ser limitado o cálculo aos custos técnicos de reprodução dos elementos

5. De outro modo, poderá a Santa Casa da Misericórdia de Freixo de Espada à Cinta ver-se confrontada com o recurso aos tribunais por parte dos interessados em concorrer sem que lhe seja lícito contrapor os encargos com a preparação dos documentos do concurso. Estes poderão impugnar parcialmente o acto de abertura ou requerer a restituição do pagamento de quantia indevidamente liquidada.

6. Certo de que V. Ex.^a tomará boa nota das considerações expostas, informo ter determinado o arquivamento do processo, nos termos do disposto no artigo 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

R-4004/04

Entidade visada: Município do Seixal

Assunto: Ordenamento do território — domínio público — licença — uso privativo — via pública — esplanada — taxa — aumento — princípio da protecção da confiança — regime transitório.

I — Analisámos a resposta prestada pelo município representado por V. Ex.^a às questões controvertidas suscitadas pelo aumento das taxas municipais por uso privativo da via pública e que em reclamação apresentada ao Provedor de Justiça foram descritos como excessivos e, principalmente, súbitos.

II — Sem prejuízo da extensa margem de discricionariedade que o poder regulamentar municipal contém e que o disposto no artigo 18.º, alínea c), da Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto, conferem, sem prejuízo de se mostrar atendível o valor irrisório a que se sujeitava o licenciamento e a consequente necessidade de o actualizar, sem prejuízo, por fim, de a Câmara Municipal do Seixal ter admitido o pagamento faseado, consideramos que o princípio da protecção da confiança aconselharia à adopção de um regime transitório.

III — A elevação dos valores das taxas para o décuplo — embora não pareça pôr em causa o princípio da proporcionalidade — importa para os comerciantes que exploram esplanadas algumas adaptações a um novo custo na prestação dos serviços de restauração e bebidas.

IV — Fazê-lo em dois anos económicos sucessivos teria decerto constituído um factor de menor agravamento para pequenas empresas, como julgo ser a generalidade dos casos.

V — Assim, embora determinando o arquivamento do processo, nos termos do disposto no artigo 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril) não posso deixar de formular uma chamada de atenção para a conveniência em instituir regimes transitórios nos aumentos significativos das taxas municipais, de modo a permitir aos interessados providenciar pelas necessárias adaptações do aparelho empresarial.

R-838/05
Assessora: Carla Vicente

Entidade visada: Comissão Regional do Alentejo da Reserva Agrícola Nacional

Assunto: Ordenamento do território — restrições de interesse público — Reserva Agrícola Nacional — prédio — qualificação tributária — qualificação urbanística.

I

1. F..., apresentou-nos reclamação, expondo ser proprietário de uma parcela de terreno sita na freguesia de Trigaches, concelho de Beja, descrito na

Conservatória de Registo Predial de Beja e inscrito na matriz predial como prédio urbano.

2. A parcela encontra-se em zona que dispõe de infra-estruturas urbanas, confrontando a norte, em quase toda a sua extensão com a Rua Vitória Mendes Palma e a poente com edificações já existentes.

3. Afirma que desde 1957 a parcela de terreno se destinaria ao aproveitamento edificatório, pois, sempre se situou no perímetro urbano de Trigaches.

4. Todavia, quando da aprovação do PDM de Beja, a parcela de terreno terá sido excluída da mancha de solo urbano.

5. Isto, muito embora o impetrante tenha liquidado a contribuição autárquica da parcela como prédio urbano.

6. A Câmara Municipal de Beja opõe que o solo veio a ser classificado na Reserva Agrícola Nacional e que, por conseguinte, não teve como deixar de o incluir fora dos solos urbanos.

7. Com efeito, por imperativo do disposto no art. 33.º do Decreto-Lei n.º 196/89, de 14 de Junho, os solos integrados na RAN são obrigatoriamente identificados em todos os instrumentos que definem a ocupação física do território, nomeadamente nos planos directores municipais e nos planos de urbanização.

8. Assim, a responsabilidade da classificação de uma parcela de terreno como Reserva Agrícola Nacional não é, contrariamente ao afirmado pelo reclamante, da responsabilidade, das autarquias locais. Ela resulta inexoravelmente da Portaria n.º 1111/90, de 8 de Novembro, a qual aprovou parte substancial da RAN na zona a sul do Tejo.

II

9. Afirma o reclamante, de pois, ter requerido à Comissão Regional presidida por V. Ex.^a que se pronunciasse favoravelmente à utilização não agrícola do solo, ao que opôs V. Ex.^a encontrar-se fora do alcance deliberar sobre a utilização de um prédio classificado como urbano para efeitos tributários, de registo predial e de delimitação administrativa do perímetro urbano (Ofício, de 23.06.2003).

10. Pondero que esta posição é indevida, o que justifica da minha parte a formulação da presente chamada de atenção.

11. Com efeito, a identificação de um prédio como rústico ou como urbano, na matriz e na conservatória do registo predial em nada afastam a sua classificação na Reserva Agrícola Nacional.

12. A contradição — explicável pelos diferentes interesses públicos presentes — há-de resolver-se por alteração da inscrição e da descrição matricial e registral e não com sacrifício da Reserva Agrícola Nacional.

13. Para esta classificação interessará apenas se o terreno apresenta maior ou menor aptidão agrícola, garantindo-se, naquele caso, a sua afectação à agricultura, de modo a contribuir para o desenvolvimento da agricultura portuguesa, para a salvaguarda dos recursos naturais e para o ordenamento do território.

14. No Código do Imposto Municipal sobre Imóveis estipula-se que os terrenos para construção e, conseqüentemente, urbanos, são aqueles que tenham sido declarados no título aquisitivo como tal. Isto, independentemente da sua utilização ser rústica e de o terreno se localizar fora de perímetro urbano.

15. Este critério, que se manifesta como uma porta aberta para a reclassificação de terrenos rústicos para urbanos no seio da matriz, e por consequência no registo predial — pois, no registo predial a descrição reflecte a da matriz (artigo 82.º, n.º 1, alínea *b*), do Código do Registo Predial — não pode transpor-se para o ordenamento agrário, dados os diferentes fins e interesses públicos relevantes.

16. Por um lado, o interesse público tributário e o interesse na publicidade oficial dos titulares de direitos reais sobre imóveis. Por outro lado, o correcto ordenamento do território e a preservação dos solos com melhores características agrárias.

17. Não podemos deixar de concluir que a multiplicidade de critérios existentes, pode criar equívocos nos administrados. Um mesmo solo pode ser tributado como prédio urbano, estar descrito no registo predial com esta qualidade, mas não poder dele obter-se aproveitamento edificatório. Ao invés, também há prédios classificados como urbanos, pelos mesmos critérios, fora dos perímetros urbanos.

18. Mas, a solução destes equívocos passa pela alteração da inscrição na matriz predial e na conservatória territorialmente, não pelo sacrifício dos solos classificados na Reserva Agrícola Nacional.

III

19. Vejo-me, assim, Senhor Presidente, no dever de chamar a atenção de V. Ex.^a para a necessidade da adopção de maior rigor na interpretação e aplicação da lei, de modo a prosseguir o interesse público no devido respeito pelo interesse público agrário e pelos interesses legalmente protegidos dos particulares.

20. Assim, deverá a Comissão Regional presidida por V. Ex.^a abster-se futuramente de recusar a pronúncia sobre solos classificados, independentemente da natureza rústica ou urbana enunciada no registo predial ou na matriz predial.

R-3451/05

Assessora: Manuela Barreto

Entidade visada: EMEL — Empresa Municipal de Estacionamento em Lisboa, EM

Assunto: Ordenamento do território — domínio público — via pública — estacionamento — tarifa — isenção — caducidade — notificação prévia.

1. Ouvimos V. Ex.^a acerca da remoção e aplicação de coima ao proprietário da viatura de matrícula ... , por ter estacionado em lugar demarcado em zona de estacionamento tarifado, quando caducara já o dístico de isenção que se encontrava afixado no vidro pára-brisas.

2. Do teor da resposta de V. Ex.^a resulta, no essencial, que a remoção do veículo teve lugar em conformidade com o disposto no Código da Estrada e, ainda, que o auto de contra-ordenação de que foi notificado o arguido, no acto de levantamento da viatura do parque de estacionamento para onde foi removida, explica, no verso, o procedimento a adoptar no caso de eventual

impugnação da coima, motivo por que não se justifica alegar o desconhecimento dos pertinentes direitos e garantias.

3. Ponderados os esclarecimentos prestados, julgo não proceder a reclamação, no essencial.

4. Com efeito, nos termos do Código da Estrada, é proibido o estacionamento nas zonas de estacionamento de duração limitada quando não for cumprido o respectivo regulamento, sendo sancionado com coima de € 30,00 a € 60,00 quem infringir esta regra (artigo 50.º, n.º 1, alínea *h*) e n.º 2 do citado Código).

5. E, de acordo com o disposto no Regulamento Municipal das Zonas de Estacionamento de Duração Limitada, cuja redacção actual foi aprovada pela deliberação n.º 2/99, da Assembleia Municipal publicada no BOLETIM MUNICIPAL n.º 259, de 4/2/1999, estão isentos do pagamento da taxa de estacionamento os residentes que sejam titulares do cartão de residente válido (artigo 11.º, n.º 2 e 12.º, n.º 1, n.º 2). Os utilizadores não isentos ou que não sejam detentores de cartão de residente só podem estacionar nas zonas de estacionamento de duração limitada se forem detentores de título de estacionamento válido (artigo 9.º, n.º 1).

6. Na situação em apreço o dístico de residente encontrava-se caducado. Por conseguinte, o veículo não estava isento do pagamento da respectiva tarifa de estacionamento.

7. Observa-se, ainda, que de acordo com as pertinentes disposições legais do Código da Estrada, podem ser bloqueados ou removidos da via pública por reboque, os veículos que se encontrem estacionados indevida ou abusivamente, presumindo-se estacionamento indevido ou abusivo o do veículo, em área de estacionamento tarifado, quando esta não tiver sido paga ou tiverem transcorrido duas horas para além do período de tempo pago (art. 163.º, alínea *c*), art. 164.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 3, ambos do citado Código).

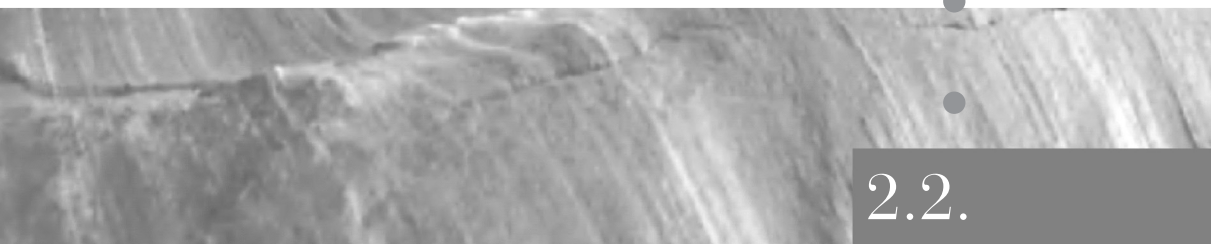
8. Conclui-se, do exposto, ter a EMEL — EMPRESA PUBLICA MUNICIPAL DE ESTACIONAMENTO DE LISBOA, na situação em apreço, agido de acordo com as pertinentes disposições legais e regulamentares.

9. Pondero, contudo, que o conhecimento da caducidade dos títulos que atestam a isenção de tarifa em benefício dos residentes nem sempre é de fácil acesso, até porque o perecimento dos dísticos — por acção do calor e da exposição à luz solar — torna impraticável a sua leitura.

10. Por este motivo, dignar-se-á V. Ex.^a ponderar a notificação prévia dos interessados cujo dístico se encontre na iminência de caducar, a fim de adotarem as providências necessárias, advertindo-os para a consequência da sua inércia e, bem assim, que repondere a aplicação de coima aos casos em que o dístico se revele absolutamente ilegível, na parte respeitante ao prazo de validade do mesmo.

11. A referida notificação postal teria a vantagem de enunciar os elementos a apresentar pelos interessados, podendo ser eventualmente acompanhada do formulário a preencher.

12. Em face do exposto, determinei o arquivamento do processo, nos termos do disposto no art. 33.º, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).



2.2.

Assuntos económicos
e financeiros, fiscalidade,
fundos europeus,
responsabilidade civil,
jogo, contratação
pública e direitos
dos consumidores

Provedor-Adjunto de Justiça:

Pereira Coutinho (até 15 de Setembro)

Conselheiro Macedo de Almeida (desde 19 de Setembro)

Coordenador:

João Manuel Gonçalves (até 17 de Março)

Elsa Dias (desde 14 de Abril)

Assessores:

Elsa Dias (até 13 de Abril)

Ana Pereira

Mariana Vargas

Alexandra Iglésias

António Gomes da Silva

André Barata

Ana Cruz (desde 21 de Abril)

2.2.1. Introdução

I — Considerações gerais

A Área 2 tem a seu cargo os processos instruídos na Provedoria de Justiça sobre assuntos económicos e financeiros, fiscalidade, fundos europeus, responsabilidade civil, jogo, contratação pública e direitos dos consumidores. As queixas sobre estas matérias representaram, em 2005, 17,6% dos processos distribuídos pelas áreas funcionais deste órgão do Estado.

O número de processos entrados nesta área em 2005 foi praticamente igual ao do ano anterior (876 em 2005, contra 874 em 2004), embora os parciais que compõem a parcela “processos entrados”⁷² sejam ligeiramente distintos: em 2005 foram abertos mais 20 processos novos sobre assuntos económico-financeiros (3 dos quais de iniciativa do Provedor de Justiça) tendo, em contrapartida, sido reaberto um menor número de processos nesta área.

Já o número de “processos saídos”⁷³ se afastou um pouco mais dos números do ano anterior: de 803 processos em 2004 passámos para 896 em 2005, indo assim ao encontro de um dos objectivos estabelecidos para este ano: controle da pendência processual, com a coluna dos processos saídos acima da coluna dos processos entrados.

O ano de 2005 terminou com uma pendência de 309 processos nesta área (menos 20 do que no final do ano anterior) e com a redução a zero do número de processos apensos, outro dos objectivos estabelecidos para este ano.

De referir ainda que 69,6% dos processos entrados na Área em 2005 foram concluídos nesse mesmo ano, num esforço constante de aproximação do momento em que o cidadão solicita a intervenção do Provedor de Justiça e do momento em que lhe é comunicada a decisão que recaiu sobre o seu pedido.

⁷² Por “*processos entrados*” designa-se o somatório de processos novos + processos reabertos + processos recebidos de outras Áreas.

⁷³ Por “*processos saídos*” designa-se o somatório de processos arquivados + processos rearquivados + processos redistribuídos a outras Áreas.

Quanto à representatividade, dentro da Área, de cada um dos assuntos aqui tratados, mantém-se a proporção do ano anterior: cerca de 50% dos processos instruídos versaram sobre fiscalidade e 30% sobre consumo. De entre os 20% restantes, destaque para as queixas referentes a fundos europeus, assuntos bancários e responsabilidade civil.

Mais adiante se abordará com maior detalhe cada um destes grandes grupos em que se subdividem os processos instruídos na Provedoria de Justiça sobre matérias económico-financeiras. Fica no entanto, desde já, a referência à manutenção da Administração Fiscal no topo da tabela das entidades mais visadas pelos cidadãos nas queixas que dirigem ao Provedor de Justiça e que são afectas à Área 2. Como se constata noutro capítulo do presente Relatório (“Dados Estatísticos”), o Ministério das Finanças é, na Administração Central, a entidade que mais leva os cidadãos a dirigir-se ao Provedor de Justiça e ainda que de entre essas queixas algumas versem sobre assuntos extra fiscalidade, grande parte delas tem, de facto, na sua origem, os já habituais “desacertos” entre o fisco e os contribuintes.

Em matéria de instrução processual acentuou-se o recurso, sempre que possível, a meios informais e expeditos, modo de actuação por excelência do Provedor de Justiça. Sempre que o tipo de queixa e as diligências instrutórias o permitem, a assessoria vem substituindo o típico (até há pouco tempo quase exclusivo) contacto através de ofício pelos contactos via fax, telefone ou correio electrónico, em especial na solicitação de esclarecimentos — e muito em particular na insistência por resposta a tais pedidos — às entidades visadas nas queixas. Procura-se desta forma agilizar a instrução, diminuir o tempo de pendência de cada processo e facultar ao cidadão a resposta a que tem direito no mais curto prazo possível.

Decorreu ao longo de 2005 a instrução do processo aberto em finais de 2004 no âmbito do qual foi determinada, pelo Provedor de Justiça, a realização de uma inspecção à Divisão de Justiça Administrativa da Direcção de Finanças de Santarém: a inspecção decorreu na primeira quinzena de Fevereiro, tendo de seguida sido elaborado o respectivo Relatório, o qual foi enviado ao Director de Finanças de Santarém e ao Director-Geral dos Impostos. A cada um destes dirigentes foram sugeridas medidas tendentes à melhor e mais célere decisão dos processos pendentes na Divisão inspeccionada. Embora o processo ainda não se encontrasse findo no final do ano, as entida-

des visadas já haviam dado mostras de bom acolhimento das sugestões formuladas.

Dos três processos abertos este ano na Área 2 por iniciativa do Provedor de Justiça, um versa sobre direito a juros por parte dos contribuintes nos casos em que os seus reembolsos são pagos tardiamente, tendo havido alteração de elementos inicialmente declarados pelo sujeito passivo ⁷⁴, outro sobre a forma como a DGCI procede à compensação de dívidas fiscais e também sobre a desactualização do sistema informático da DGCI e consequente exigência — não raro em processo de execução fiscal — de dívidas já há muito pagas e um terceiro processo versa sobre a questão da diminuição do valor das portagens pagas por alguns monovolumes.

A questão das portagens dos monovolumes desde cedo chamou a atenção do Provedor de Justiça pelas dúvidas que suscitou à população em geral (v. g.: Porquê esta redução? Porquê o benefício aos monovolumes e porquê apenas a alguns deles? Porquê a obrigatoriedade de adesão à “Via Verde” como condição de concessão do benefício?), dúvidas que a instrução do processo procurou esclarecer. Se é certo que algumas respostas foram obtidas ainda durante o ano de 2005, certo é também que outras permanecem sem resposta, nomeadamente no que toca a saber quais os critérios — e porquê estes e não outros — que presidiram à indicação das características que os monovolumes devem possuir para que o benefício lhes seja concedido: ouvido o Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, a Direcção-Geral de Viação e a Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, constatou-se um conflito negativo de competências, cada uma das entidades rejeitando a responsabilidade pela definição de tais critérios. A instrução do processo prossegue para esclarecimento desta questão e subsequente tomada de posição.

Quanto à abertura, por iniciativa do Provedor de Justiça, dos dois outros processos acima referidos, diga-se que a mesma resultou da constatação, ao longo da análise de inúmeros casos objecto de queixa, de erros frequentes — dir-se-ia mesmo erros sistemáticos — dos serviços da DGCI e teve

⁷⁴ Está em causa, essencialmente, a interpretação e aplicação da norma constante do artigo 16.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro.

como objectivo conhecer melhor a origem de tais erros, a fim de poder sugerir à Administração medidas que evitem a constante repetição dos mesmos.

O processo referente à compensação de dívidas fiscais e à exigência de pagamento, em execução fiscal, de dívidas inexistentes foi instaurado no final do ano, esperando-se que ao longo de 2006 possam alcançar-se conclusões relevantes.

Já quanto ao processo sobre o direito dos contribuintes aos juros indemnizatórios previstos no artigo 16.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro, a respectiva instrução iniciou-se bastante cedo em 2005 e ainda decorre. A experiência mostra-nos que nesta matéria — garantias dos contribuintes em geral e direito a juros indemnizatórios em especial — a celeridade na instrução dos processos é difícil de alcançar: trata-se de questões cuja resolução apresenta dificuldades simultaneamente de natureza teórica e prática. Em primeiro lugar, é essencial estabelecer as bases jurídicas do comportamento que se deseja ver adoptado pela Administração e, uma vez alcançado este objectivo, é indispensável assegurar que os funcionários e serviços a quem compete aplicar diariamente a lei passem, efectivamente, a aplicá-la de acordo com a sua melhor interpretação.

No último trimestre de 2005 foi formulada uma Recomendação sobre a prescrição extintiva semestral de créditos periódicos por prestação de serviços públicos essenciais, a qual foi integralmente acatada ainda no decurso do mesmo ano.

II — Algumas reflexões sobre a actividade processual da Área 2 em 2005

No quadro “Área 2 — *Distribuição dos processos por assunto*” (v. final da presente Introdução) os processos entrados nesta Área em 2005 apresentam-se agrupados por assunto. Uma análise comparativa com idêntico quadro do ano anterior⁷⁵ permite concluir que a distribuição de queixas pelos principais grupos de assuntos se mantém idêntica a anos anteriores: a fiscalidade origina cerca de 50% queixas, o consumo cerca de 30% e as restantes matérias 20%.

⁷⁵ V. Págs. 294-295 do Relatório de 2004.

A. Fiscalidade

a) IRS

No capítulo da fiscalidade o IRS continua a ocupar o primeiro lugar no número de queixas. Os atrasos nos reembolsos devidos aos sujeitos passivos, em especial quando ocorrem acções de fiscalização, a dificuldade na obtenção de esclarecimentos claros e atempados sobre a sua situação tributária, a incapacidade da máquina fiscal (e do seu famigerado sistema informático) para dar resposta satisfatória às solicitações dos contribuintes, são assuntos que, ano após ano, marcam presença constante nas queixas dirigidas ao Provedor de Justiça. O ano de 2005 não foi excepção.

A retenção na fonte de IRS sobre rendimentos pagos retroactivamente continua a suscitar dúvidas aos cidadãos e às entidades pagadoras de rendimentos (em especial de pensões), levando a que, também este ano, a Provedoria interviesse nesta matéria (v. *infra*, sumário do processo R-173/05 em “processos anotados”).

b) Impostos sobre o património

Quanto às queixas sobre fiscalidade do património⁷⁶, depois da subida registada em 2004 (devida, como então se referiu, à entrada em vigor da Reforma da Tributação do Património), voltaram aos números habituais, perfazendo este ano 21,77% do total de queixas sobre fiscalidade (em 2004 a percentagem foi de 33,80% e em 2003 havia sido de 20,79%). A distribuição das queixas pelos vários impostos sobre o património acompanha a evolução do sistema fiscal: diminuem as queixas sobre impostos já revogados (Autárquica e Sisa) e vai-se tornando mais claro que, de entre os novos impostos, é o Imposto Municipal sobre Imóveis (tal como era antigamente a Contribuição Autárquica) o que mais motivos de queixa fornece aos cidadãos, aí incluídas as questões relativas à fixação/actualização do valor patrimonial dos imóveis.

⁷⁶ Aqui se incluem as queixas sobre: Contribuição Autárquica + Imposto Municipal sobre Imóveis + Reforma da Tributação do Património + Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis + Sisa.

Os erros que, caso a caso, foram sendo detectados em matéria de actualização dos valores patrimoniais de imóveis ou fracções (o mais frequente dos quais é, sem dúvida, o de considerar como ano de inscrição do prédio na matriz aquele em que foi apresentada a declaração para o efeito e não, como devia, o ano em que findou o processo de avaliação) deram origem a sugestões de correcção dirigidas a vários Serviços de Finanças, não só no sentido de corrigirem os casos detectados pela Provedoria no âmbito da apreciação de queixas aqui apresentadas, mas de corrigirem, também, todos os restantes casos análogos (V., por todos, resumo do processo R-1935/05 no capítulo “processos anotados”, *infra*). As entidades visadas revelaram, em regra, pronta disponibilidade para aceitar este tipo de sugestão, excepção feita ao Serviço de Finanças da Mealhada em processo cuja instrução prossegue até que o assunto possa considerar-se definitiva e satisfatoriamente resolvido.

Procurando aprofundar o conhecimento global de alguns dos aspectos que mais queixas têm motivado em matéria de tributação do património, dirigiu o Provedor de Justiça ao Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais um pedido detalhado de informações sobre, nomeadamente, o estado das avaliações e das subsequentes operações de actualização das matrizes e de apreciação de pedidos de isenção pendentes. A resposta, reveladora de dados positivos relativamente às primeiras avaliações, gerou apreensão relativamente ao estado das segundas avaliações, situação tanto mais grave quanto é certo que só depois de findo o processo avaliativo (*i.e.*, a segunda avaliação, quando exista) é possível fixar definitivamente os dados matriciais.

c) Direito a juros

A questão da concretização prática do direito do contribuinte a juros indemnizatórios é desde sempre acompanhada pela Provedoria de Justiça com especial atenção, dada a sua relevância e a frequente inobservância de preceitos legais extremamente garantísticos mas não raro “esquecidos” pela Administração e desconhecidos do cidadão comum.

Foi por isso com especial regozijo que no âmbito de um processo aberto já em 2003, por iniciativa do Provedor de Justiça (P-13/03, adiante sumariado em “processos anotados”) se assistiu em 2005 ao reconhecimento, pela DGCI, da bondade da tese há muito defendida pela Provedoria de Justiça sobre a interpretação e aplicação das normas sobre juros indemnizatórios cons-

tantes do artigo 43.º, n.º 3, alíneas *b*) e *c*) da Lei Geral Tributária⁷⁷. Como acima se disse, a propósito de outro processo de iniciativa do Provedor de Justiça aberto no corrente ano também sobre direito dos contribuintes a juros indemnizatórios,⁷⁸ a instrução dos processos sobre esta matéria é, em regra, mais demorada do que seria desejável, fruto, não só de alguma complexidade técnica da questão mas também da dificuldade prática de assegurar que a melhor interpretação é efectivamente aplicada pelos vários serviços da DGGI e concretizável através das aplicações informáticas que estes têm ao seu dispor.

d) Outras questões de Fiscalidade

De notar um aumento — que vem sendo ligeiro mas constante — dos casos em que a Provedoria intervém por ter encontrado falhas ao nível da tramitação dos processos de execução fiscal, nomeadamente no que toca a penhoras de saldos de contas bancárias (v. adiante sumário dos processos R-1937/05 e R-4706/05 em “Censuras, Reparos e Sugestões à Administração Pública”).

Foi aberto em 2005 e mantém-se em instrução um processo que, pelo número de queixas já recebidas acerca do assunto, não pode deixar de aqui ser mencionado. Trata-se de processo que versa sobre a cobrança da Taxa Municipal de Direitos de Passagem (TMDP) prevista na Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro. As dúvidas suscitadas junto do Provedor de Justiça sobre a legalidade da TMDP, bem como sobre a regularidade do respectivo processo de cobrança levaram já à formulação de pedidos de esclarecimento a um elevado número de entidades, a saber: Portugal Telecom, ICP-Autoridade Nacional de Comunicações, Associação Nacional de Municípios, Associação dos Operadores de Telecomunicações, Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações e, por remissão deste, Ministério da Administração Interna.

⁷⁷ Juros devidos quando a revisão do acto tributário tenha sido oficiosamente efectuada sem que a correspondente nota de crédito haja sido processada no prazo de 30 dias posteriores a tal decisão (artigo 43.º, n.º 3, alínea *b*)) e quando revisão da liquidação seja efectuada na sequência de pedido do contribuinte sem que este veja efectivado, no prazo de um ano a contar da data do pedido, o seu direito à restituição do imposto pago em excesso (artigo 43.º, alínea *c*)).

⁷⁸ Agora já não no âmbito da Lei Geral Tributária mas sim ao abrigo do disposto no artigo 16.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro).

B. Consumo

O segundo maior grupo de queixas recebidas na Área 2 é, tradicionalmente, o que versa sobre direitos dos consumidores. Este ano registou-se mesmo uma ligeira subida da percentagem deste tema no total de queixas distribuídas à Área: de 30,02% em 2004 para 31,96% em 2005.

Se é certo que os subgrupos em que se divide esta matéria no quadro “Área 2 — Distribuição dos processos por assunto” apresentam dados sensivelmente idênticos aos do ano anterior, não poderá deixar de referir-se que dentro do subgrupo “telecomunicações” se registou uma assinalável subida do número de queixas sobre Internet, enquanto as queixas sobre telefones móveis e, em especial, telefone fixo, abrandaram. O crescente número de cidadãos com acesso à Internet poderá justificar esta situação e a instrução dos processos sobre este assunto tem revelado que existem, de facto, motivos de queixa no que toca ao acesso e qualidade do serviço prestado, não tendo sido constatados sinais, por parte da entidade reguladora, de uma atitude tão activa quanto seria desejável nesta área.

Foi sobre matéria de consumo que versou a Recomendação n.º 5/A/2005 (v. texto integral infra, no capítulo “Recomendações”). Estava em causa a interpretação do artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, que estabeleceu a prescrição extintiva semestral dos créditos periódicos por prestação de serviços públicos essenciais. Não obstante a norma se encontre em vigor há quase uma década, subsistem ainda situações de deficiente interpretação e aplicação da Lei. Daí que a Recomendação tenha visado, não só o reconhecimento da razão que assistia ao interessado no caso concreto que originou a abertura do processo, mas também a adopção, para futuro, pela entidade visada, do entendimento perfilhado pela Provedoria de Justiça e plasmado em tal Recomendação a qual, como acima se disse, foi imediata e integralmente acatada.

Nem sempre, porém, a resolução de problemas de consumo exige o recurso à formulação de Recomendação. Muito pelo contrário: a intervenção da Provedoria nesta matéria é, numa percentagem elevadíssima de casos, concretizada através de meios informais e expeditos que se traduzem em contactos directos (não raro pessoais) entre o assessor que tem o processo a seu cargo, um representante da entidade visada e o próprio interessado. Estando em

causa — como muitas vezes estão — questões relacionadas com a prestação de serviços de extrema importância para o consumidor (telefone, água, luz, internet), a actuação da Provedoria, para que possa ser útil, não pode deixar de ser célere. Para o bom resultado deste tipo de intervenção tem contribuído, como adiante se referirá, a boa colaboração de algumas entidades visadas que se prontificam a resolver ou esclarecer os assuntos objecto de queixa também de modo expedito e desburocratizado.

C. Fundos Europeus, responsabilidade civil e outros

Fundos Europeus

De entre as restantes matérias afectas à Área 2, as queixas referentes a fundos europeus, assuntos bancários e responsabilidade civil representam habitualmente a maior fatia. Em 2005 também assim foi, embora possa constatar-se um aumento das queixas sobre fundos europeus que, dentro deste capítulo, surgem este ano em primeiro lugar. Tal poderá ter ficado a dever-se ao aproximar do fim do III Quadro Comunitário de Apoio, situação geradora de maiores contenções orçamentais, as quais, por sua vez, provocam maior grau de exigência na verificação dos requisitos de atribuição das ajudas, com as consequentes reclamações dos interessados.

A par desta situação conjuntural vem também sendo constatado algum acréscimo de visibilidade da Provedoria de Justiça nesta área, algumas vezes, curiosamente, por iniciativa dos serviços locais do IFADAP e do INGA no contacto directo que mantêm com os interessados.

Responsabilidade civil

As queixas sobre questões de responsabilidade civil, mormente decorrente de acidentes de viação, continuam a dar entrada com regularidade.

Se é certo que a apreciação destas queixas passa necessariamente pelo seu enquadramento jurídico e pela discussão de temas controversos como sejam a presunção de culpa e a repartição do ónus da prova, certo é, também, que não raro estão em causa diferentes versões — do reclamante e da entidade visada — sobre a matéria de facto relevante para apreciação da questão objecto de queixa. Quando assim é, dificilmente podem alcançar-se conclusões

seguras, circunstância agravada pela postura de algumas entidades visadas (em especial, câmaras municipais) que insistem em declinar responsabilidades não com base em qualquer construção jurídica mais ou menos sólida mas com o simples argumento de que, sem decisão judicial condenatória, não assumirão qualquer culpa. É uma situação que não pode deixar de merecer forte reparo, por variadas razões: pela ausência de disponibilidade para uma composição amigável do litígio, pelo dispêndio de fundos públicos com acções judiciais evitáveis, pelo contributo para o aumento da pendência de processos em tribunal e, sobretudo, pela péssima mensagem que transmite aos cidadãos, de uma Administração prepotente e “inimiga”.

Nos casos em que, por irredutibilidade da entidade visada ou por dificuldades probatórias, não é alcançada a composição amigável do litígio, procura a Provedoria esclarecer o cidadão, não só quanto aos motivos pelos quais a sua intervenção não é viável mas sobretudo sobre os meios ao seu dispor para fazer valer os seus direitos e sobre os prazos de que dispõe para o fazer.

III — As entidades visadas nas queixas

Pela diversidade de temas a cargo da Área 2, é também muito variado o universo de entidades visadas nos processos aqui instruídos. Não pode deixar de destacar-se o lugar ocupado pelos órgãos e serviços da Administração Fiscal, objecto de metade das queixas instruídas. A colaboração prestada à Provedoria pela DGCÍ não facilita, em regra, a célere conclusão dos processos, ora porque as respostas são demoradas, ora porque são tecnicamente pobres, sendo que não é de todo raro que ocorram ambos os problemas, cumulativamente.

Quanto à Direcção de Serviços de Reembolsos, muito solicitada pela Provedoria (em especial a sua Divisão de Imposto sobre o Rendimento) vinha sendo nos últimos anos, a par da Divisão de Cobrança, uma das entidades que menor capacidade de resposta revelava, sendo que as solicitações que lhe são habitualmente dirigidas não exigem, na grande maioria dos casos, apreciação técnica ou jurídica relevante, mas tão só consultas ao sistema informático e justificação de erros ou atrasos revelados pelo mesmo. Em meados de 2005, porém, registou-se uma melhoria considerável na colaboração prestada pela Direcção de Serviços de Reembolsos, após mudança do respectivo Director de

Serviços e a subsequente implementação de um esquema de colaboração informal com interlocutores privilegiados, sistema que produziu efeitos positivos.

Procurou implementar-se idêntico sistema com a Direcção de Serviços de Cobrança e também com a Direcção de Finanças de Lisboa mas os resultados não se revelaram tão positivos. Em 2006 se cuidará de reanalisar a situação a fim de aferir se justifica novas conversações ou outras medidas.

A colaboração dos Serviços de Finanças não prima, de todo, pela celeridade (o Serviço de Finanças de Oeiras-3 (Algés) não pode deixar de ser apontado como um dos mais lentos) e a qualidade nas respostas deixa bastante a desejar, salvo poucas e honrosas excepções.

Embora não muitos processos distribuídos à Área 2 tenham como entidade visada a Câmara Municipal de Lisboa, quando tal acontece a colaboração obtida também merece reparo, sobretudo pela sua lentidão. Tal parece ser, aliás, problema comum a quase todas as câmaras municipais, com a agravante de a (má) qualidade das respostas quase nunca justificar a demora verificada.

É pouco compreensível — mas frequente — a constatação de que as entidades a quem a Provedoria de Justiça se dirige não cuidem de controlar se os colaboradores em quem delegam a obrigação de dar resposta o fazem em tempo útil e com qualidade razoável.

Neste quadro genericamente mau, não pode deixar de destacar-se, pela positiva, a colaboração prestada pela Direcção de Serviços do IRS: respostas prestadas em tempo razoável, cujo conteúdo denota preocupação em esclarecer o que é questionado, seja quando estão em causa questões jurídicas, seja quando se trata de encaminhar, esclarecer ou apontar vias possíveis de resolução de problemas.

Continua igualmente a merecer referência positiva a colaboração prestada por algumas entidades que, na área dos direitos dos consumidores, disponibilizam interlocutores válidos e empenhados em resolver os assuntos que a Provedoria lhes coloca. Nesse grupo se encontram a Portugal Telecom, a EDP e os CTT.

Mantém-se uma diferença acentuada no tipo de colaboração prestada pelas entidades privadas (v. g. banca e seguros) e na prestada pelo sector público, com grande vantagem para as primeiras, que revelam esquemas de organização mais funcionais e perspectivas mais pragmáticas de resolução das questões.

Assuntos económicos e financeiros...

Ano 2005																
	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ	TOTAL	% do assunto	% do total	
Fiscalidade	46	28	40	36	32	24	28	41	40	47	50	29	441	100,00	50,34	
IRS	25	14	19	13	11	7	13	15	19	24	26	13	199	45,12	22,72	
Contr. Autárquica	10	2	3	4	2	2	1	4	1	1			30	6,80	3,42	
IMI	2	2	7	6	8	2	3	2	8	5	4	8	57	12,93	6,51	
RTP		2				1							3	0,68	0,34	
IMT				1									1	0,23	0,11	
IVA	3	1	1	1		1	3	6	2	4	5	1	28	6,35	3,20	
Taxas	1			1	1	1	2		1				7	1,59	0,80	
Imp. de Sisa			2	1	2								5	1,13	0,57	
IRC	3	4	4	2	2		2	3	3	4	1		28	6,35	3,20	
Imp. Automóvel	1		2	1					1	1	2		8	1,81	0,91	
Imp. Sucessório	1	1		1				1		2	1		7	1,59	0,80	
Imp. s/ veículos			1		1		1						3	0,68	0,34	
Direitos aduaneiros													0	0,00	0,00	
Impostos esp. s/ cons.													0	0,00	0,00	
Contr. Segurança Social							1				1		2	0,45	0,23	
Imp. de Selo								2	2		1		5	1,13	0,57	
Vários			2	6	5	10	2	8	3	6	9	7	58	13,15	6,62	
Consumo	24	26	27	27	18	19	35	15	22	22	25	20	280	100,00	31,96	
Taxa/tarifa		1						2					3	1,07	0,34	
Água	4	1		4	2	2	5	1	3	5	1	1	29	10,36	3,31	
Seguros	1	5	1		2	2	1		2	1	1		16	5,71	1,83	
Transportes		2		3	2		3	1	3	2	1	5	22	7,86	2,51	
Vias de comunicação	3		3		1	1		2			1		11	3,93	1,26	
Televisão	2		2	1	2	2	3	4	4	3	1	1	25	8,93	2,85	
Saneamento	4	4	3	3	1		1		2	1	1		20	7,14	2,28	
Electricidade	1			3	1	2	5	1		1	6	5	25	8,93	2,85	
Telecomunicações:	7	8	10	3	5	6	9	1	6	5	6	5	71	25,36	8,11	
Telefone fixo	5	1	4		1	3	2	1	4	1	5	1	28	10,00	3,20	
Telefone móvel		1		1			1		1			1	5	1,79	0,57	
Internet	2	6	6	2	4	3	6		1	4	1	3	38	13,57	4,34	

Ano 2005																
Gás		1	2	3		1	3	2		2	3		17	6,07	1,94	
Bancos	1	2	2	1							1		7	2,50	0,80	
Correios		2	1	2	1	1	5		1	1	1	1	16	5,71	1,83	
Publicidade				2	1								3	1,07	0,34	
Turismo			1	1				1					3	1,07	0,34	
Outros	1		2	1		2			1	1	2	2	12	4,29	1,37	
Assuntos bancários	2	3	2	1	2	4	4	8	1	2	1	4	34	100,00	3,88	
Responsabilidade civil	1	4	4	1	7	2	3	1	5	3	1	1	33	100,00	3,77	
Assuntos financeiros	1	2	1	1	3	4	1			2			15	100,00	1,71	
Fundos Europeus	1	4	6	2	3	2	1	3	2	2	6	3	35	100,00	4,00	
Emprego					1	1				2	1		5	14,29	0,57	
Agricultura		3		1	2	1	1	2	1		5	2	18	51,43	2,05	
Educação			2					1				1	4	11,43	0,46	
Empresas	1	1	4	1					1				8	22,86	0,91	
Acesso e exercício de actividades económicas	1	3	1	1	1		2	1	1		1		12	100,00	1,37	
Habituação	1									1			2	100,00	0,23	
Concursos públicos	1	1	1				1		1	1	1	2	9	100,00	1,03	
Mercado de capitais									1				1	0,00	0,11	
Jogo			1	1		1			1				4	100,00	0,46	
Comércio		1	1			1		1					4	100,00	0,46	
Concorrência										1			1	0,00	0,11	
Transportes													0	0,00	0,00	
Agricultura				1	1					1			3	100,00	0,34	
Descolonização				1							1		2	100,00	0,23	
Total	78	72	84	72	67	57	75	70	74	82	86	59	876	100,00	100,00	

2.2.2. Recomendações

Ex.^{mo} Senhor
Presidente da Câmara Municipal do Barreiro

R-4454/03
Rec. n.º 5/A/2005
Data: 28-10-2005
Assessor: André Barata

I — Enunciado

1. Encontra-se pendente na Provedoria de Justiça processo instaurado com base em queixa de munícipe e que tem por objecto a análise da posição da Câmara Municipal do Barreiro que está na base de tal queixa: o entendimento de que os créditos emergentes de consumos efectuados no âmbito da prestação do serviço de fornecimento de água prescrevem no prazo de cinco anos, previsto na alínea g) do art. 310.º do Código Civil.

2. Para facilidade de exposição, começarei por efectuar uma breve cronologia das principais vicissitudes do processo:

- a) Em Maio de 2002, a Câmara Municipal do Barreiro procedeu ao envio de avisos para pagamento de facturas/recibos de consumos de água emitidos em 1993, 1994, 1998, 2000 e 2002, com advertência de que a falta de pagamento implicaria a instauração de processo de execução fiscal;
- b) Em 3 de Junho de 2003, após proceder ao pagamento das facturas referentes a 1993, 1994, 1998 e 2002, o munícipe reclamante, invocando o decurso do prazo prescricional previsto no n.º 1 do art. 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, recusou o pagamento das facturas de 2000 e requereu a devolução do montante já pago à autarquia;

- c) Do mesmo passo, o queixoso informou o Centro de Informação Autárquico ao Consumidor (CIAC) do procedimento tomado pela Câmara Municipal do Barreiro;
- d) Em 11 de Março de 2003, chamando a atenção para a existência de várias reclamações com idêntico objecto — de acordo com os elementos recolhidos pela Provedoria de Justiça foram em número de quarenta e cinco as reclamações telefónicas e escritas ali apresentadas em 2002 — o CIAC considerou o procedimento da autarquia contrário ao disposto no n.º 1 do art. 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, e exortou à recolha dos processos relativos a créditos prescritos, bem como à devolução das quantias já pagas;
- e) Em 27 de Outubro de 2003, o munícipe queixoso transmitiu ao CIAC que a Câmara Municipal voltara a reclamar o pagamento das facturas/recibos de 2000;
- f) Novamente interpelado nos dias 3, 11 e 17 de Novembro de 2003, o munícipe reclamante acedeu à pretensão da autarquia, procedendo ao pagamento das facturas emitidas em 2000;
- g) Instada a pronunciar-se sobre a situação objecto de queixa, essa autarquia comunicou a este órgão do Estado que, de acordo com o disposto no n.º 1 do art. 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, tem seis meses para exercer o direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado, o que significa que, decorrido tal prazo, prescreve o direito de exigir tal pagamento, mas não a dívida em si, a qual prescreve no prazo de cinco anos, previsto na alínea g) do art. 310.º do Código Civil;
- h) Por outro lado, foi ainda salientado que a Câmara Municipal tem dado cumprimento integral ao estatuído no citado n.º 1 do art. 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, já que procede sempre à entrega das facturas nos seis meses que se seguem à prestação do serviço;
- i) Reconhecendo-se, porém, que, mesmo considerando o prazo fixado na alínea g) do art. 310.º do Código Civil (cinco anos), os créditos consubstanciados nas facturas de 1993 e 1994 haviam já prescrito em 2002, foi o reclamante reembolsado desses quantitativos.

II — Apreciação

3. De tudo quanto se descreveu, inequivocamente advém que a questão central a tratar prende-se com a interpretação a dar ao normativamente disposto no n.º 1 do art. 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, diploma que veio criar mecanismos de protecção do utente de serviços públicos essenciais.

4. Com efeito, não subsistindo qualquer dúvida de que os contratos para fornecimento de água estão submetidos à disciplina da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, cabe verificar se, como tem vindo a ser sustentado por V. Ex.^{as}, o prazo de prescrição aplicável aos créditos deles emergentes é o previsto na alínea g) do art. 310.º do Código Civil (cinco anos) ou, como vem defendendo o queixoso e o CIAC, o estabelecido no n.º 1 do art. 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho (seis meses).

5. Ora, pela importância que tais contributos encerram, começo por salientar que a questão colocada tem sido frequentemente apreciada nos planos doutrinário e jurisprudencial, onde correntemente se tem concluído no sentido de que, com a entrada em vigor da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, a prescrição como facto extintivo de obrigação que o utente do serviço público essencial haja assumido já não carece do decurso do prazo de cinco anos do art. 310.º do Código Civil, bastando-se com os seis meses estabelecidos no n.º 1 do art. 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho.

6. Por outras palavras, dir-se-á que, para conferir um maior grau de protecção ao utente do serviço, o sistema jurídico deixou de aplicar a estas situações o prazo consagrado no Código Civil, que passaram a reger-se pelo n.º 1 do art. 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho.

7. Ora, tudo sopesado, também creio ser esta a via que mais adequadamente se compagina com o escopo da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, com a qual indubitavelmente se pretendeu não só salvaguardar o utente das entidades com as quais se vê obrigado a contratar, mas também a defendê-lo de si próprio relativamente à possibilidade de sobreendividamento por consumo de bens que visam a satisfação de necessidades primárias, básicas e essenciais dos cidadãos.

8. Na verdade, reclamando a especial natureza dos serviços em causa a adopção de soluções que, de modo eficaz, permitam prevenir e impedir um

excessivo avolumar de pagamentos, que o utente não raras vezes encontrará dificuldade em regularizar, foi entendido impor ao respectivo prestador, *in casu* do serviço público essencial previsto no art. 1.º, n.º 2, alínea a), da Lei n.º 23/96, a obrigação de exercer o seu direito de crédito no prazo de seis meses, contado a partir do momento em que o possa fazer, ou seja, do termo de cada período da relação mensal obrigacional duradoura e de execução continuada.

9. Por outro lado, cabe igualmente dizer que, para ter por exercido o direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado, a que se reporta o n.º 1 do art. 10.º da Lei n.º 23/96, não basta ao prestador do serviço proceder à emissão e entrega da factura/recibo no prazo de seis meses ali fixado, já que tal interpelação, não suspendendo nem interrompendo o prazo de prescrição, apenas releva para efeitos de determinação do momento da constituição do utente em mora, nos termos do art. 805.º do Código Civil.

10. É que, como foi já solidamente sustentado pelo Prof. Calvão da Silva em anotação a Acórdão da Relação do Porto de 28 de Junho de 1999 (*in* RLJ, Ano 132.º, págs. 135 e segs.), em clara oposição ao defendido pela Câmara Municipal do Barreiro, “não pode pensar-se que o n.º 1 do art. 10.º da Lei n.º 23/96 valha (só) para a liquidação da dívida, enquanto para o crédito assim apurado ou liquidado se continuaria a aplicar a al. g) do art. 310.º do Código Civil”.

11. Com efeito, conforme salienta o mesmo autor, “semelhante interpretação não tem fundamento válido, consistente, constituiria um *nonsense* e seria mesmo *contra legem*.”⁷⁹.

12. É, pois, manifesto que a norma sob apreciação operou uma redução substancial do prazo de prescrição dos créditos periódicos provenientes da prestação de serviços públicos essenciais, como o é o serviço de fornecimento

⁷⁹ Também no sentido de que com a entrada em vigor da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, os créditos resultantes da prestação de serviços públicos essenciais passaram a prescrever no prazo de seis meses, cfr., entre outros, Acórdão da Relação do Porto, de 20.03.2000, *in* Colectânea de Jurisprudência, 2000, Tomo II, pág. 207; Acórdão da Relação de Évora, de 15.03.2001, *in* Colectânea de Jurisprudência, 2001, Tomo II, pág. 250; Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, de 10.10.2001 e de 10.12.2003, *in*, respectivamente, apêndice ao D.R. de 13.10.2003 e 17.09.2004, e Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 06.12.2001 e 05.06.2003, *in*, respectivamente, Colectânea de Jurisprudência, 2001, Tomo III, pág. 133, e em www.dgsi.pt/jstj.nsf/9.../.

de água, cujo decurso, em razão da natureza extintiva ou liberatória da prescrição⁸⁰, confere ao utente a possibilidade de recusar o cumprimento da prestação ou de se opor, de qualquer modo, ao exercício do direito prescrito.

13. Com efeito, tendo por objectivo sancionar a indiferença e a inércia do credor em fazer prevalecer ou exigir o seu direito, a prescrição extintiva semestral converte a obrigação civil em obrigação natural.

14. A conclusão a que chego, em boa medida plasmada nas decisões judiciais e no estudo a que me referi, é a de que, com a Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, o legislador quis estabelecer um prazo prescricional novo e mais curto do que o previsto no Código Civil, dentro do qual cumpre à entidade gestora não só proceder à apresentação da factura como, não sendo voluntariamente paga a obrigação pecuniária, praticar qualquer acto com eficácia suspensiva ou interruptiva do decurso do prazo de prescrição, como seja *“a citação ou notificação judicial [sublinhado meu] de qualquer acto que exprima, directa ou indirectamente, a intenção de exercer o direito”* (cfr. artigo 323.º, n.º 1, do Código Civil).

Pelas motivações expostas, e ao abrigo da disposição compreendida no art. 20.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a V. Ex.^a que:

- a*) reconheça que o n.º 1, do art. 10.º, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, veio estabelecer a prescrição extintiva semestral dos créditos periódicos por prestação de serviços públicos essenciais e que a suspensão ou interrupção de tal prazo prescricional apenas ocorre com a verificação de algum dos factos a que a lei civil confere eficácia suspensiva ou interruptiva da prescrição (cfr. artigos 318.º e seguintes do Código Civil).
- b*) à luz desta interpretação, e usando do mesmo critério que presidiu à devolução do valor referente às facturas/recibos de 1993 e 1994,

⁸⁰ A natureza extintiva ou liberatória da prescrição é também amplamente sufragada nos elementos doutrinários e jurisprudenciais atrás elencados.



Recomendações

ordene a restituição dos valores pagos pelo utente reclamante relativamente aos anos de 1998 e 2000.

Solicito a V. Ex.^a que, em cumprimento do dever consagrado no art. 38.º, n.º 2, do Estatuto aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, se digne informar sobre a sequência que o assunto venha a merecer.

Acatada.



2.2.3. Processos anotados

A — Fiscalidade

R-3559/00

Assessora: Mariana Vargas

Assunto: Fiscalidade — processo tributário — venda de imóvel em processo de execução fiscal — diminuição do património de empresa com processo de falência em curso.

Objecto: Anulação da venda efectuada. Procedimento disciplinar contra os responsáveis pela venda. Adopção de medidas preventivas de irregularidades futuras, na venda por negociação particular.

Decisão: Determinada a anulação judicial da venda efectuada no processo de execução fiscal e avocado este ao processo de falência, para satisfação dos direitos dos credores da empresa executada/falida, procedeu-se ao arquivamento dos autos.

Síntese:

1. A abertura do processo em referência teve na origem a queixa apresentada ao Provedor de Justiça no interesse dos trabalhadores da empresa executada, que contra esta detinham créditos por salários em atraso e por indemnizações pela cessação dos seus contratos individuais de trabalho, de satisfação impossível em face do diminuto valor arrecadado com a venda do imóvel de que aquela era proprietária e em que laborava o estabelecimento comercial onde tinham o seu local de trabalho.

2. Efectivamente, embora o imóvel tivesse sido avaliado em mais de 1.000.000 de contos, na moeda antiga, e não tivesse sido anunciada a sua venda, mas sim a do estabelecimento comercial que ali funcionava, como se concluía da alusão aos direitos dos trabalhadores, nos termos do artigo 37.º do anterior Código do Trabalho (D. L. n.º 49408, de 24/11/1969), acabaria por ser efectuada a venda do próprio imóvel, por um valor equivalente a cerca de



9% do valor da avaliação, preço que incluiu ainda os elementos do estabelecimento, integrados com o imóvel numa verba única.

3. Várias foram as questões colocadas aos dirigentes da Administração Fiscal, em especial quanto à questão genérica do controlo das vendas de bens penhorados nas execuções fiscais, por negociação particular, com intermediação de sociedades imobiliárias, desde o processo de escolha da entidade interveniente até à aceitação da proposta de venda por esta apresentada e à emissão da autorização para, em representação da Direcção-Geral dos Impostos, outorgar na escritura pública de venda de imóveis.

4. Quanto à questão concreta dos autos, solicitaram-se esclarecimentos ao Director-Geral dos Impostos e, posteriormente, ao Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, relativamente às medidas adoptadas tendo em vista a efectivação da responsabilidade disciplinar ou criminal dos funcionários envolvidos na publicitação e autorização da venda e o estudo da possibilidade legal de anulação da mesma, a requerer pelo Representante da Fazenda Pública junto do Tribunal Tributário competente, com fundamento no seu valor diminuto e no prejuízo daí decorrente para todos os credores da executada, incluindo o credor tributário.

5. Na sequência do Parecer n.º 42/2000, de 23/10, do Centro de Estudos de Apoio às Políticas Tributárias, viria o Representante da Fazenda Pública a requerer a anulação da venda ao Tribunal Tributário de 1.ª Instância de Lisboa que nesse sentido decidiu, decisão confirmada pelo Tribunal Central Administrativo, no recurso deduzido pelo adquirente.

6. Em execução da decisão judicial de anulação da venda, viriam o preço da venda e os impostos de transmissão a ser restituídos ao adquirente, a ser cancelado o registo da aquisição e a remeter-se o processo de execução fiscal ao tribunal da falência, para prosseguimento do processo até à excussão da massa falida, integrada pelo prédio cuja venda havia sido anulada.

7. Em paralelo, foram instaurados processos disciplinares a três dos funcionários da Direcção-Geral dos Impostos envolvidos no processo e aplicadas as penas respectivas, tendo sido feita participação criminal contra um outro funcionário com maior responsabilidade no âmbito da instrução da execução fiscal.

8. Foi ainda constituído um grupo de trabalho, na extinta AGT (Administração-Geral Tributária), para estudo das seguintes questões:

- a) Avaliação de bens imóveis a alienar em processos de execução fiscal e passagem da modalidade de venda por proposta em carta fechada para a venda por negociação particular;
- b) Escolha e designação de entidades para proceder à venda por negociação particular;
- c) Relações contratuais entre a pessoa designada para intermediar a venda e a Administração Fiscal.

9. As conclusões daquele grupo de trabalho desembocaram na produção de normas administrativas que criaram as seguintes regulamentações, até então inexistentes, e que viriam a ser divulgadas por todos os serviços regionais e locais da Administração Fiscal:

- a) Do clausulado de um “contrato de mediação imobiliária” a celebrar entre a Administração Fiscal e a entidade encarregue de proceder à venda de imóveis penhorados, por negociação particular, entidade que deverá ser detentora de licença AML, emitida pelo IMOPI (Instituto de Mercados e Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário);
- b) Da admissão e exclusão de listas de mediadores na compra e venda de bens no âmbito dos processos de execução fiscal;
- c) Das formalidades de avaliação dos bens imóveis a vender naqueles processos;
- d) Dos procedimentos a observar na venda por negociação particular de bens imóveis e dos direitos que sobre eles incidem.

10. Tendo em vista uma maior publicidade e transparência do procedimento de venda de bens no processo de execução fiscal, viria a ser emitida a Portaria n.º 352/2002, de 3 de Abril, (Publicada no Diário da República, I Série B, de 3/04/2002) que, em regulamentação do disposto no artigo 249.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário, determinou a divulgação antecipada das vendas no site oficial da Direcção-Geral dos Impostos (www.dgci.min-financas.pt), independentemente da sua modalidade, com a

referência legal expressa sobre o modo de concorrer e com a indicação das formalidades a cumprir pelos eventuais concorrentes.

11. Tendo sido obtida a satisfação da pretensão do reclamante, com a anulação da venda efectuada na execução fiscal e sua integração na massa falida, para prosseguimento do processo de falência, a punição disciplinar dos responsáveis pelas irregularidades da venda e a maior transparência do procedimento das vendas, em especial das vendas por negociação particular, com intervenção de pessoas estranhas à Direcção-Geral dos Impostos, foi determinado o arquivamento do processo.

P-13/03

Assessora: Mariana Vargas

Assunto: Fiscalidade — direito dos contribuintes a juros indemnizatórios.

Objecto: Definição das situações em que são devidos juros indemnizatórios, independentemente de pedido dos interessados, ao abrigo do disposto no artigo 43.º, n.º 3, alíneas *b)* e *c)* da Lei Geral Tributária.

Decisão: Por despacho do Director-Geral dos Impostos, de 06-07-2005, proferido sobre o Parecer n.º 54/05, do Centro de Estudos Fiscais, foi acolhida a interpretação defendida pela Provedoria de Justiça. Posteriormente, a Administração Fiscal viria a transmitir aos seus serviços as instruções necessárias à execução prática da decisão.

Síntese:

Na sequência de diversas queixas dirigidas ao Provedor de Justiça sobre a recusa da Administração Fiscal no reconhecimento do direito a juros indemnizatórios, nos casos previstos nos normativos legais identificados, apesar da vigência dos mesmos desde 1 de Janeiro de 1999, a abertura do processo em referência teve por objectivo obter a sua interpretação uniforme, por parte da Direcção-Geral dos Impostos, de acordo com o espírito e a letra da lei e com a jurisprudência firmada pelos tribunais administrativos e fiscais de escalão superior.

As situações passíveis de enquadramento na previsão do artigo 43.º, n.º 3, alíneas *b)* e *c)* da Lei Geral Tributária, constituíam inovações relativa-

mente ao anterior regime legal do direito a juros indemnizatórios, regulado pelo artigo 24.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário, que, injustificadamente, ainda não tinham sido assimiladas pelos serviços destinatários e aplicadores daquelas normas, a saber:

Quanto ao artigo 43.º, n.º 3, alínea *b*), englobando as situações em que a revisão do acto tributário de liquidação tenha sido oficiosamente efectuada pelos serviços da Administração Fiscal, sem que a correspondente nota de crédito seja processada nos trinta dias posteriores à decisão anulatória;

Quanto ao artigo 43.º, n.º 3, alínea *c*), aplicável às situações em que a revisão do acto de liquidação seja da iniciativa do sujeito passivo, no prazo da reclamação graciosa, sem que, no prazo de um ano a contar da data do pedido, veja efectivado o seu direito à restituição do imposto pago em excesso, excepto se o atraso não for imputável à Administração Tributária.

Em ambas as normas se pretende responsabilizar a Administração Fiscal pelos danos decorrentes da morosidade na apreciação das situações tributárias dos sujeitos passivos, independentemente dos factos que tenham estado na origem da quantificação e pagamento excessivos da prestação tributária.

Pretendia-se, por outro lado, o reconhecimento do carácter automático do direito a juros indemnizatórios nas situações supracitadas, independentemente de pedido dos interessados, na ausência de norma expressa que imponha tal ónus.

Como corolário da intervenção do Provedor de Justiça junto da Administração Fiscal, viria a ser sancionado, por despacho do Director-Geral dos Impostos, de 6 de Julho de 2005, exarado sobre o Parecer n.º 54/05 do Centro de Estudos Fiscais, o entendimento desde sempre perfilhado por este órgão do Estado sobre a matéria em apreço.

Contudo, o reconhecimento automático de um direito não se traduz, por si só e de imediato, na produção dos seus efeitos factuais, se não forem observados procedimentos de execução que permitam a sua efectivação: sem que os destinatários da norma interpretanda tenham conhecimento da sua correcta interpretação, ela não passará de “letra morta”; sem a implementação dos mecanismos informáticos adequados à execução de actos de massa (como são, reconhecidamente os actos de liquidação/anulação de impostos), a interpretação acolhida verá tolhida a sua eficácia.

Colocadas estas novas questões ao Director-Geral dos Impostos, viria a ser transmitido o teor do despacho em que foi decidido:

- promover a divulgação, pelos serviços da DGCI, do entendimento sancionado pelo seu anterior despacho de 6 de Julho de 2005, com indicação de que iria ser estudada e implementada a solução informática para a sua execução;
- transmitir à Direcção de Serviços de Cobrança a necessidade do estudo e implementação da referida aplicação informática.

Em face das medidas anunciadas e na convicção de que a sua adopção permitirá uma melhoria substancial nas relações entre a Administração Fiscal e os cidadãos contribuintes, foi comunicado o arquivamento dos autos à entidade visada e responsável pela sua implementação, sem prejuízo do acompanhamento casuístico que o Provedor de Justiça não deixará de exercer relativamente às novas situações concretas de que venha a ter conhecimento.

P-24/04

Assessores: Mariana Vargas
António Gomes da Silva

Assunto: Fiscalidade — Processo tributário — reclamações — demora na instrução e conclusão dos processos.

Objecto: Inspecção para aferir da diligência da Divisão de Justiça Tributária da Direcção de Finanças de Santarém no cumprimento dos seus deveres de decisão.

Decisão: Do relatório da inspecção foi dado conhecimento ao Director-Geral dos Impostos e ao Director de Finanças de Santarém, tendo o Provedor de Justiça sugerido a estes dirigentes a adopção de medidas concretas tendentes a melhorar o funcionamento dos serviços inspeccionados. As respostas obtidas revelaram, no essencial, boa receptividade às sugestões formuladas.

Síntese:

O processo foi instaurado por despacho de 30.11.2004, do Provedor de Justiça, a fim de se aferir o estado dos processos de reclamação graciosa

pendentes na Divisão de Justiça Tributária da Direcção de Finanças de Santarém.

Da inspecção realizada foi elaborado o respectivo relatório, na sequência do qual foram feitas sugestões ao Director de Finanças de Santarém, visando:

1. O reforço das medidas de recuperação da situação relativa ao Serviço de Finanças de Benavente, cujo número — 151 — de reclamações gratuitas pendente na Direcção de Finanças, representava cerca de 43% dos processos do distrito, afectando toda a estatística;
2. A adopção de medidas que permitissem reduzir a zero as pendências de processos dos impostos de 1989 a 1996 ou diminuir substancialmente os saldos dos anos de imposto nos restantes casos;
3. Uma actuação mais enérgica no sentido de debelar o elevado número de processos — 123 —, pendentes na Direcção de Finanças à data da inspecção sem que, no respectivo âmbito, tivesse sido efectuada qualquer diligência naquele órgão periférico regional;
4. A procura de soluções — v.g. através de insistências menos espaçadas no tempo — que permitissem a resolução definitiva e célere dos processos decididos e deferidos, os quais, na maior parte dos casos se encontravam, inadmissivelmente, a aguardar dos Serviços Centrais o processamento de documentos de correcção ou a emissão do reembolso manual. Ascendia a 136 o número total de reclamações que, embora total ou parcialmente deferidas, continuavam pendentes por motivos imputáveis à Administração Tributária — Serviços Centrais da DGCI;
5. Uma maior celeridade na conclusão das reclamações gratuitas que, normalmente, não apresentam dificuldades de maior na instrução (casos do IRS e dos impostos sobre o património);
6. O encurtamento da duração da instrução das reclamações gratuitas, por forma a reduzir, significativamente, os casos que excedam os seis meses, encurtando-se o prazo de informação da reclamação gratuita, pelos Serviços de Inspecção Tributária, a fim de permitir uma mais célere decisão;
7. A realização de uma correcta análise das situações em que deva ser reconhecido o direito dos reclamantes a juros indemnizatórios, nos

- termos do artigo 43.º n.º 1 ou n.º 3 alínea c), da Lei Geral Tributária, com indicação do prazo inicial da respectiva contagem, no documento de correcção da liquidação reclamada;
8. A emissão da ficha de controlo de reembolso manual para pagamento dos juros indemnizatórios que se mostrarem devidos nos casos em que a reclamação graciosa tenha sido deferida antes do prazo previsto pelo artigo 43.º, n.º 3, alínea c), da Lei Geral Tributária — um ano após a data do pedido, por facto não imputável ao sujeito passivo —, sem que tenha sido efectuada a liquidação correctiva pelos Serviços Centrais. A ficha de controlo de reembolso manual deve ser emitida logo que conhecido o valor do reembolso pago ao sujeito passivo, cujo direito a juros nasce automaticamente na sua esfera jurídica como compensação pela inércia da Administração Fiscal;
 9. A restituição oficiosa do acrescido da execução nos casos em que o valor a restituir ao sujeito passivo em consequência do deferimento da reclamação graciosa tenha sido objecto de pagamento em execução fiscal. Com efeito, extinta esta por anulação, também não são devidos quaisquer custas ou juros de mora pela sua instauração.

Considerando que o aspecto focado no ponto 5. *supra*, ultrapassava as competências e atribuições da Direcção de Finanças, foi, também, solicitado ao Director-Geral dos Impostos que diligenciasse no sentido de serem encetadas alterações, ao nível dos Serviços Centrais, que permitissem uma mais célere e eficaz concretização das decisões tomadas ao nível local e regional.

Em resposta às sugestões formuladas, remeteu a Direcção de Finanças de Santarém à Provedoria de Justiça uma informação onde se procede à apreciação de todos os aspectos analisados no relatório da inspecção, sendo apresentadas diversas explicações para a situação analisada e onde se conclui que: “*No limite das possibilidades técnicas e humanas esta Direcção de Finanças atenta a todas as sugestões do Ex.^{mo} Senhor Provedor irá seguir as prioridades definidas nas sugestões n.º 2 e 7, seguindo as sugestões n.º 1 (a qual segue as regras das prioridades) 3, 6, 8, 4 e 5, respectivamente*”. Saliente-se, ainda, o propósito expresso do Director de Finanças, no despacho exarado sobre a informação antes referida, de tudo ser feito para que *em 31.12.2005, não exis-*

tam em saldo PRG^a instaurados há mais de 6 meses, orientação de resto sublinhada pelo Ex.^{mo} Senhor Director-Geral.

Em resposta às sugestões do Provedor de Justiça, pelo Director-Geral dos Impostos foi:

1. informado que a maioria das guias modelo 41/42 já tinha sido objecto de correcção, tendo a Direcção de Finanças de Santarém sido devidamente esclarecida dos motivos em que aquela operação não foi possível;
2. apresentada a listagem de processos da Direcção de Finanças de Santarém, pendentes na Área da Cobrança, e respectivo ponto da situação: em 34 processos apenas 11 se encontravam findos;
3. esclarecido que um número significativo de processos originário daquela Direcção de Finanças foi remetido à Direcção de Serviços de Reembolsos, por se tratar de anulações reportadas a pagamentos indevidos ou duplicados, a fim de serem processados os respectivos reembolsos;
4. acrescentado que estão em curso de finalização da sua implementação, diversas aplicações informáticas que permitirão, em breve, uma mais célere e eficaz concretização das decisões tomadas ao nível local e regional.

A conclusão do processo aguarda o resultado das diligências efectuadas junto do Director de Finanças de Santarém e do Director-Geral dos Impostos, tendo em vista a actualização da informação anteriormente apresentada.

R-38/04

Assessora: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade — IRS — suspensão de reembolso — direito a juros — dever de resposta.

Objecto: Apurar da legitimidade da DGCJ para suspender reembolsos de IRS do agregado familiar com base na existência de dívidas fiscais de apenas um dos cônjuges e para manter tal suspensão mesmo depois de a dívida em causa ser paga.

Decisão: O processo foi arquivado por satisfação da pretensão da reclamante. No entanto, foi dirigido reparo à Direcção de Finanças de Lisboa com o objectivo de relembrar os procedimentos a adoptar sempre que um elemento do agregado familiar tem dívidas de imposto contraídas em data anterior ao casamento e a Administração pretende aplicar reembolsos do casal no pagamento daquelas dívidas.

Síntese:

1. A Sr.^a A. apresentou queixa na Provedoria de Justiça invocando omissão de resposta por parte da Administração Fiscal relativamente a reclamação e pedido de informação que lhe dirigira.

2. As diligências efectuadas no âmbito da instrução do processo aberto com base nesta queixa visaram, não só apurar o estado da resposta em falta, como também conhecer o teor de tal resposta, dada a relevância da matéria sobre a qual a reclamante havia questionado a Administração Fiscal: a suspensão de reembolso de IRS do casal, alegadamente por força da pendência de dívida de imposto contraída pelo cônjuge marido em data anterior ao casamento⁸¹. Acresce que, segundo a reclamante, a suspensão do reembolso do casal manteve-se muito para além da data em que tal dívida foi paga.

3. Solicitados esclarecimentos à Direcção de Finanças de Lisboa, e após diversas insistências por ofício e fax, esta deu conhecimento à Provedoria de Justiça de que prestara entretanto a resposta em falta, tendo da mesma sido remetida cópia a este órgão do Estado.

4. Analisada tal resposta constatou-se que o assunto havia sido resolvido em sentido favorável à interessada, isto é, a Administração Fiscal reconheceu que a suspensão do reembolso de IRS do seu agregado familiar fora indevida uma vez que a dívida que alegadamente lhe dera origem já se encontrava paga. Foi por isso determinado o pagamento de juros indemniza-

⁸¹ Sobre a questão dos bens que podem responder por dívidas fiscais contraídas por um dos cônjuges em data anterior ao casamento já a Provedoria de Justiça havia tomado posição no âmbito do processo R-4815/01 (A2) — cfr. Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República do ano de 2003, págs. 348-349.

tórios relativamente ao período em que o reembolso do agregado se encontrou suspenso indevidamente.

5. Muito embora esta decisão da Administração Fiscal fosse ao encontro do pretendido pela interessada, considerou a Provedoria de Justiça justificar-se um reparo à Direcção de Finanças de Lisboa, já que as considerações por esta tecidas na resposta que prestara à contribuinte revelavam que a Direcção de Finanças desconhecia — ou, pelo menos, não aplicava correctamente — os procedimentos a adoptar sempre que um elemento do agregado familiar tem dívidas de imposto contraídas em data anterior ao casamento e a Administração pretende aplicar reembolsos do casal no pagamento (compensação) daquela dívida.

6. Através desse reparo à Direcção de Finanças de Lisboa ⁸², quis a Provedoria de Justiça deixar claro que, não obstante a Administração Fiscal possa utilizar os reembolsos de IRS de um agregado familiar para pagamento de dívidas de imposto contraídas por apenas um dos cônjuges em data anterior ao casamento, está a mesma Administração obrigada, nesse caso, a determinados procedimentos, nomeadamente a citar o cônjuge não devedor para, querendo, requerer a separação judicial de bens, só depois podendo ser penhorado o cheque de reembolso do casal para pagamento de uma dívida que é apenas de um dos cônjuges.

7. À reclamante foi comunicado o arquivamento do processo por satisfação da sua pretensão (obteve a resposta em falta e viu serem-lhe pagos juros pela indevida suspensão do reembolso de IRS do seu agregado familiar), tendo a mesma sido também elucidada quanto às circunstâncias em que a Administração Fiscal tem legitimidade para suspender e utilizar os reembolsos de IRS do agregado familiar para pagamento de dívidas fiscais de um dos cônjuges. Este esclarecimento considerou-se necessário pois a interessada, na sua queixa, revelava estar equivocada quanto a tal questão, julgando ser de todo impossível a compensação de dívidas fiscais de um dos cônjuges à custa de reembolsos de imposto do agregado familiar.

⁸² O qual pode ser lido, na íntegra, noutro capítulo do presente Relatório, com a referência de processo R-38/04.

R-3343/04

Assessor: António Gomes da Silva

Assunto: Fiscalidade — IRS — doação de imóvel — correcção do valor da declaração — donativos de interesse público — Lei do Mecenato.

Objecto: Determinação do valor a atribuir, para efeitos de dedução à colecta de IRS, a um bem imóvel doado.

Decisão: Foi arquivado o processo após a Administração Fiscal ter revisto a sua posição e ter sido determinado que, na situação em apreço, o valor a atribuir ao donativo para efeitos dos aproveitamento do benefício fiscal, será o valor patrimonial que o prédio tinha à data da doação.

Síntese:

1. Em 27.02.2002, os reclamantes, em conjunto com outros familiares, num total de seis, doaram à Câmara Municipal um prédio urbano. Em 2003, inscreveram no Anexo H à declaração Modelo 3 de IRS referente ao ano fiscal de 2002, o valor de € 33.253,19, correspondente a 1/6 do valor do imóvel inscrito na escritura de doação, € 199.519,16.

2. No âmbito das suas competências inspectivas, a Administração Fiscal analisou os suportes documentais em poder dos reclamantes, bem como os elementos quantitativos declarados para efeitos de IRS de 2002 e, por considerar que o valor correcto a inscrever no Anexo H corresponderia a 1/6 do valor patrimonial do imóvel à data da doação, o Serviço de Finanças de Portimão convidou os sujeitos passivos a procederem à regularização da situação mediante a apresentação de uma declaração de substituição, o que não foi aceite.

3. Assim, o serviço periférico local deu conhecimento da situação à Direcção de Finanças que decidiu colocar o problema à Direcção de Serviços do IRS (DSIRS).

4. Por despacho de 15.06.2004, da Directora de Serviços de IRS, foi determinado que o valor a considerar para efeitos das deduções, nos termos do artigo 88.º do CIRS e do Estatuto do Mecenato, seria de 1/6 do valor de aquisição do imóvel, apurado da seguinte forma:

- a) No caso de aquisição gratuita, o valor de aquisição corresponderia àquele que tivesse sido considerado para efeitos de liquidação do

imposto sobre as sucessões e doações. Na falta de liquidação daquele imposto, deveriam ser considerados os valores que lhe serviriam de base, caso fosse devido, determinados de acordo com as regras próprias do imposto sobre as sucessões e doações (artigo 45.º do CIRS);

- b) No caso de aquisição onerosa, o valor de aquisição corresponderia àquele que tivesse sido considerado para efeitos de liquidação da sisa. Na falta de liquidação daquele imposto, deveriam ser considerados os valores que lhe serviriam de base, caso fosse devido, determinados de acordo com as regras próprias do imposto municipal da sisa (artigo 46.º, n.ºs 1 e 2, do CIRS);

5. Em consequência daquele entendimento e do disposto no n.º 2 do artigo 76.º do CIRS, foi promovida a correcção oficiosa da declaração, tendo sido considerado para efeitos da dedução o montante de € 149,79.

6. Da decisão antes referida interpuseram os reclamantes recurso hierárquico e, paralelamente, solicitaram a intervenção da Provedoria de Justiça.

7. Analisada a situação e sendo certo que a pretensão dos reclamantes, de ver considerado o valor atribuído ao imóvel pela donatária, não se afigurava juridicamente fundamentada, nem se revelava razoável pelas incerteza, carência de rigor e subjectividade que apresentava, também não parecia aceitável nem justificada a posição fixada no Despacho de 15.06.2004, da Directora de Serviços do IRS, uma vez que não estava em causa o apuramento de uma mais-valia, onde é imprescindível o confronto entre o valor de aquisição e o de alienação.

8. Por assim entender, foi pela Provedoria de Justiça dirigido novo ofício à DSIRS, no qual se solicitou a reapreciação da posição assumida. Em resposta, informou a DSIRS que o assunto havia sido enviado à Direcção de Serviços Jurídicos e de Contencioso (DSJC) para consulta.

9. Com base no parecer subsequentemente proferido pela DSJC — a que a DSIRS aderiu, decidindo o recurso dos reclamantes em conformidade — foi fixado em definitivo que o valor de um bem imóvel doado para efeitos de determinação do benefício fiscal a conceder por força da doação, corresponde ao seu valor patrimonial à data da doação, apurado nos termos previstos no, então vigente, Código do Imposto Municipal da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações, para efeitos de tributação de doações.

10. Analisada esta tomada de posição, concluiu a Provedoria de Justiça que a mesma era razoável e legal, uma vez que o valor patrimonial dos imóveis, inscrito nas respectivas matrizes, deveria corresponder ao seu efectivo valor. Aliás, mesmo admitindo que a matriz do imóvel doado estivesse desactualizada, sempre poderiam os proprietários do prédio ter lançado mão do mecanismo previsto no n.º 3 do artigo 32.º do Código da Contribuição Autárquica, então em vigor, tendo em vista a correcção/actualização do valor patrimonial do prédio antes da sua transmissão.

R-3417/04

Assessor: André Barata

Assunto: Fiscalidade — IVA — reembolso.

Objecto: Caducidade do direito ao reembolso de crédito de imposto existente na conta corrente do IVA, apresentado com fundamento na cessação da actividade pelo sujeito passivo.

Decisão: Arquivamento do processo depois de a Administração Fiscal ter decidido deferir a pretensão do contribuinte, processando o reembolso do crédito, no valor de € 3.872,28.

Síntese:

1. No presente processo foi solicitada a intervenção deste órgão do Estado relativamente ao facto de a Administração Tributária ter indeferido um pedido de reembolso no valor de € 3.872,28, correspondente ao crédito de imposto existente na conta corrente do sujeito passivo à data da cessação da actividade.

2. Realizadas as necessárias diligências instrutórias, verificou-se que, através de requerimento datado de 28.02.2003, dirigido à Direcção de Serviços de Cobrança do IVA, o sujeito passivo solicitara o reembolso do crédito de imposto existente na conta corrente do IVA, na medida em que cessara o exercício da respectiva actividade em 31.03.1998.

3. Ainda que a análise efectuada viesse confirmar a existência do crédito solicitado, foi o pedido do contribuinte indeferido, por se ter considerado

que tinha sido ultrapassado o prazo de quatro anos fixado no n.º 2 do art. 91.º do Código do IVA.

4. Verificando, porém, que à apresentação extemporânea do referido requerimento não era alheia a actuação da Administração Tributária, que, pelo serviço periférico local, não havia atempadamente informado o sujeito passivo do conteúdo de um ofício da Direcção de Finanças do Porto, de 27.11.2000, referente aos procedimentos de que dependia o processamento do reembolso, foi por este órgão do Estado solicitada à Direcção de Serviços de Cobrança do IVA a reapreciação da situação tributária do contribuinte.

5. Concluindo que a falta de informação ao sujeito passivo, por parte dos vários serviços intervenientes no processo, levava a que, por desconhecimento, o contribuinte viesse a apresentar o requerimento para além do prazo legal, a DGCII comunicou à Provedoria de Justiça que, por despacho de 19.05.2005, decidira proceder ao reembolso do referido crédito.

R-4146/04

Assessora: Mariana Vargas

Assunto: Direito a juros indemnizatórios.

Objecto: Reconhecimento do direito a juros indemnizatórios, pelo pagamento de liquidação anulada em processo de impugnação judicial deduzida antes do pagamento do imposto, com fundamento na sua caducidade.

Decisão: Embora a decisão judicial se não tenha pronunciado sobre o direito a juros indemnizatórios, a Administração Fiscal viria a reconhecer o referido direito, após intervenção do Provedor de Justiça.

Síntese:

1. O reclamante cuja queixa deu origem à abertura dos autos, dirigiu-se ao Provedor de Justiça solicitando a sua intervenção junto da Administração Fiscal, tendo em vista o reconhecimento do seu direito a juros indemnizatórios sobre o valor do imposto que lhe havia sido restituído, na sequência de decisão judicial anulatória da liquidação adicional de IRS e juros compensatórios do ano de 1990.

2. A liquidação, emitida com base na apresentação de uma declaração de substituição pelo sujeito passivo, na sequência das correcções técnicas propostas pela Administração Fiscal, viria a ser objecto de notificação em 16-01-1996, já depois de decorrido o prazo de caducidade de cinco anos, então estabelecido pelo artigo 33.º, n.º 1, do Código de Processo Tributário.

3. Em 16 de Abril de 1996, o contribuinte deduziu impugnação judicial com fundamento na caducidade do direito à liquidação, tendo pedido o reconhecimento do direito a juros indemnizatórios sobre o valor do imposto que viesse ulteriormente a pagar.

4. O tribunal tributário de 1.ª instância julgou a impugnação improcedente, por considerar que, sendo a notificação efectuada em 16-01-1996 consequência da anterior notificação expedida para o seu domicílio fiscal e devolvida pelos CTT sem ser reclamada, a falta de notificação não era imputável à Administração Fiscal, mas sim à recusa do seu recebimento pelo notificando.

5. Inconformado, o sujeito passivo deduziu recurso jurisdicional da sentença da 1.ª instância, tendo transitado em julgado a decisão segundo a qual foi concedido provimento ao recurso, revogada a decisão recorrida e julgada procedente a impugnação “com as legais consequências”.

6. Na pendência da impugnação, o sujeito passivo, que não havia prestado garantia para suspensão da execução fiscal instaurada, procedeu ao pagamento do imposto liquidado, em 27-05-1997, nos termos do regime excepional de regularização de dívidas fiscais instituído pelo Decreto-Lei n.º 124/96, de 10-08, beneficiando da dispensa de pagamento dos juros compensatórios incluídos na liquidação.

7. O acórdão que anulou a liquidação controvertida transitou em julgado em 21-05-2002 e, em sua execução, viria a ser efectuada a restituição do imposto pago pelo impugnante, em 09-07-2003, em singelo.

8. Questionado o Director de Finanças da área do domicílio fiscal do impugnante, viria este a proferir despacho no sentido de serem liquidados juros indemnizatórios a seu favor, com prazo inicial no dia seguinte ao termo do prazo para execução espontânea do julgado, até à data da restituição do imposto indevidamente pago.

9. Esta decisão fundamentou-se nas seguintes razões:

- a) o acórdão a executar não faz qualquer alusão a juros indemnizatórios;
- b) as legais consequências ali referidas reconduzir-se-iam tão só à restituição do imposto pago;
- c) os juros a liquidar a favor do sujeito passivo constituíam indemnização pelo atraso na execução do acórdão, por força do disposto na parte final do artigo 100.º, da Lei Geral Tributária;
- d) que, embora admitindo que o artigo 100.º da Lei Geral Tributária possa incluir os juros indemnizatórios a que se refere o artigo 43.º, n.º 1, do mesmo diploma normativo, a Administração Fiscal não foi condenada ao seu pagamento, tanto mais que o pedido foi formulado antes de o imposto ter sido pago.

10. Porém, atendendo a que a causa da anulação foi, comprovadamente, a falta de notificação da liquidação antes do decurso do prazo de caducidade, o Provedor de Justiça considerou que tal facto foi da exclusiva responsabilidade dos serviços da Direcção-Geral dos Impostos, gerador de responsabilidade civil extracontratual.

11. O pedido de reapreciação da decisão anterior, dirigido ao Director de Finanças, teve como resultado o reconhecimento do direito a juros indemnizatórios nos termos propostos, embora dependente de confirmação pelo seu superior hierárquico, o Subdirector-Geral dos Impostos para a Área da Justiça Tributária.

12. No entanto, o dirigente em questão viria a infirmar a decisão que o Director de Finanças havia colocado à sua consideração.

13. A nova insistência do Provedor de Justiça na defesa do direito do reclamante, viria a dar origem ao Parecer n.º 54/2005, emitido pelo Centro de Estudos Fiscais em 28-06-2005, com base no qual, aceite a interpretação dada às citadas normas da Lei Geral Tributária, acabaria por ser reconhecido o direito a juros indemnizatórios nos termos propostos, desde a data do pagamento indevido, até à data da restituição do imposto.

14. Obtida a decisão e confirmado o pagamento dos juros devidos, nos termos peticionados pelo reclamante, procedeu-se ao arquivamento dos autos.

R-4497/04

Assessora: Alexandra Iglésias

- Assunto:** Fiscalidade — IRS — suspensão de reembolsos — juros indemnizatórios — juros de mora.
- Objecto:** Suspensão de reembolsos de IRS dos anos de 2000, 2001 e 2002. Pagamento de reembolso de IRS de 2003. Pagamento de juros indemnizatórios. Anulação de juros de mora indevidamente cobrados.
- Decisão:** No seguimento da satisfação integral das pretensões do reclamante, em consequência da intervenção da Provedoria de Justiça, foi determinado o arquivamento do processo.

Síntese:

1. Em Novembro de 2004 foi solicitada a intervenção da Provedoria de Justiça, a fim de esclarecer os motivos da suspensão dos reembolsos de IRS referentes aos anos de 2000, 2001, 2002 e 2003, a situação tributária correspondente ao mesmo período, bem como a origem de uma dívida que teria sido invocada pela Administração Fiscal, como estando na base daquela suspensão.

2. Na sequência da referida queixa, este órgão do Estado efectuou diligências junto do Serviço de Finanças de Vila Nova de Gaia 4, visando tal desiderato.

3. Em consequência das mesmas, apurou-se que a dívida em análise respeitava a liquidação oficiosa de IRS de 1997, que teve como base a fixação de rendimento global nos termos do art. 66.º, n.º 2 do Código do IRS, devido à inclusão de rendimento que nos termos do art. 64.º do mesmo Código, foi imputado à mulher do reclamante por motivos de aceitação de uma herança, e que por falta de pagamento voluntário, passou a ser exigida em processo de execução fiscal.

4. No que toca aos reembolsos de IRS dos anos de 2000, 2001 e 2002, que apresentaram liquidações com reembolso, foram os respectivos reembolsos cativados para pagamento daquela dívida e acrescido, no total de € 841,17, tendo o remanescente do reembolso do ano 2000, no montante de € 83,55, sido restituído ao contribuinte.

5. Relativamente ao reembolso de IRS de 2003, foi emitido o respectivo cheque em 05.01.05, no valor de € 873,23, onde se incluíram juros de retenção poupança no montante de € 8,25 e juros indemnizatórios de € 11,98.

6. Quanto à dívida de 1997, foi deduzida oposição no âmbito do processo de execução fiscal, sem que fosse prestada garantia.

7. Segundo invocou, num primeiro momento, o Serviço de Finanças de Vila Nova de Gaia 4, por um lado, a Administração Tributária não poderia proceder à aplicação dos reembolsos antes de ter conhecimento da decisão da oposição, que apenas teria sido recebida naquele serviço a 28.01.05 e por outro, não haveria direito ao pagamento de juros indemnizatórios, no caso, face ao disposto no art. 20.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 492/88, de 30 de Dezembro.

8. Não pôde a Provedoria de Justiça concordar com a argumentação do Serviço de Finanças, desde logo pelos seguintes motivos:

- a) Em primeiro lugar porque, tendo as liquidações de IRS dos anos de 2000, 2001 e 2002 apurado reembolso a favor do contribuinte, a compensação da sua dívida de IRS/97 (resultante da liquidação adicional n.º ... de 30.08.00), deveria ter operado, nos termos do art. 89.º n.º 1 do CPPT, assim que os créditos foram gerados, ou seja, na data da liquidação daqueles reembolsos e não vários anos depois, como viria a acontecer (apenas em 10.03.2004);
Como adiante se verá, não colhe o argumento de que a compensação não poderia operar mais cedo em virtude de o Serviço de Finanças não conhecer ainda a decisão do incidente de oposição à execução;
- b) Conforme se apurou junto do Serviço de Finanças, a liquidação do IRS de 2000 ocorreu em 18.06.01, tendo apurado um reembolso de € 924,72, o qual teria desde logo sido suficiente para compensar a dívida de 1997⁸³. Vale isto por dizer que apenas a diferença entre o valor do reembolso de IRS/2000 e o valor que a dívida de IRS/97 e acrescido somava à data em que tal compensação se tornou possível (Junho de 2001) não deve ser acompanhada do pagamento de juros indemnizatórios, por aplicação do disposto no artigo 20.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 492/88, de 30 de Dezembro;
- c) O mesmo não acontece com os reembolsos dos anos de 2001 e 2002 uma vez que, caso a compensação tivesse sido correcta e oportuna-

⁸³ Recorde-se que, à data em que foi compensada (10.03.2004), a dívida de IRS/97 perfazia, com os acréscimos legais, € 841,17.

- mente efectuada com o reembolso de 2000, aqueles outros não teriam ficado retidos. Se o ficaram, tal deve-se única e exclusivamente a facto imputável aos serviços e nesse caso não se verifica qualquer exclusão do direito do contribuinte ao pagamento de juros indemnizatórios pelo atraso com que tais reembolsos foram pagos (cfr. artigo 43.º, n.º 3, alínea *a*), da Lei Geral Tributária);
- d) Por seu turno, a oposição à execução fiscal, deduzida em 01.10.2001, apenas suspenderia o andamento do respectivo processo se o contribuinte tivesse prestado garantia, de acordo com as disposições conjugadas dos artigos 212.º e 169.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT), o que não aconteceu;
 - e) Ora, a compensação de dívidas de tributos por iniciativa da Administração, nos termos do art. 89.º do CPPT — que não deixa de consubstanciar uma forma de cobrança coerciva —, não só podia assim operar, como devia ter ocorrido, uma vez que não houve sustação do processo de execução fiscal e uma vez, também, que a referida norma não confere à Administração um mero direito ou possibilidade de compensar os créditos do executado, antes lhe impondo essa compensação. Nesse sentido, veja-se a letra do n.º 1 do referido artigo 89.º do CPPT: “*Os créditos do executado resultantes de reembolso (...) são obrigatoriamente [sublinhado nosso] aplicados na compensação das suas dívidas à mesma administração tributária, salvo se pender (...) oposição à execução da dívida exequenda ou esta esteja a ser paga em prestações*, devendo a dívida exequenda mostrar-se garantida [sublinhado nosso] *nos termos deste Código*”;
 - f) Face ao exposto, concluiu a Provedoria de Justiça que não seriam devidos juros de mora pelo contribuinte relativamente à dívida de IRS de 1997, a partir do momento em que a Administração Fiscal ficou em condições de efectuar a compensação (isto é, a partir do momento em que a liquidação de IRS/2000 apurou valor suficiente para compensar a dívida exequenda e acrescido).

9. Solicitou este órgão do Estado ao Serviço de Finanças em causa, que ponderasse a revisão da posição anteriormente assumida quanto ao mesmo assunto, desencadeando o processo de anulação da liquidação dos juros de mora cobrados indevidamente ao contribuinte e providenciando,

ainda, pelo pagamento dos juros indemnizatórios devidos relativamente ao atraso com que foram pagos os reembolsos de IRS dos anos de 2001 e 2002.

10. O referido Serviço de Finanças, após proceder à reanálise do assunto, veio a acolher a posição invocada pela Provedoria de Justiça, comprometendo-se a proceder de imediato em conformidade, ou seja, a promover as operações necessárias à anulação dos juros cobrados em excesso, bem como ao apuramento e pagamento de juros indemnizatórios relativos aos reembolsos de IRS dos anos de 2001 e 2002, nos termos descritos.

11. Satisfeitas integralmente as pretensões do reclamante, no seguimento da intervenção do Provedor de Justiça, foi determinado o arquivamento do processo, sem prejuízo da sua reabertura, mediante solicitação do interessado, caso as referidas operações não se concretizem dentro de prazo razoável.

R-4788/04

Assessor: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade — IRS — retenção na fonte — retroactivos de pensões.

Objecto: Prejuízos resultantes da tributação conjunta, num só ano, de rendimentos de pensões referentes a vários anos.

Decisão: Tendo a instrução do processo revelado que a liquidação efectuada pela DGCJ com base em declaração correctamente preenchida pela contribuinte estava conforme com as disposições legais que regem a matéria, foi o processo arquivado, tendo a reclamante sido elucidada acerca dos motivos pelos quais o Provedor de Justiça considerava não existir motivo bastante para recomendar a alteração das referidas disposições legais.

Síntese:

1. Em queixa análoga a outras que já haviam sido dirigidas ao Provedor de Justiça, veio a reclamante queixar-se dos prejuízos que suportou, em sede fiscal, por força da tardia atribuição da sua pensão de reforma definitiva e do consequente pagamento, num só ano, de rendimentos referentes a esse ano e ao ano anterior.

2. A análise desta queixa, tal como a de queixas análogas, não pôde deixar de passar pela ponderação da actuação da Direcção-Geral dos Impostos (DGCÍ) face à legislação vigente, a qual determina que os rendimentos da categoria H (pensões) ficam sujeitos a tributação “*desde que pagos ou colocados à disposição dos respectivos titulares*” (artigo 11.º, n.º 3, do Código do IRS). Daí que os retroactivos de 2002, pagos apenas em 2003, tenham sido tributados conjuntamente com os rendimentos de 2003. À luz do direito fiscal não poderia ser de outra forma: a reclamante estava obrigada a declarar todos estes rendimentos na sua declaração anual de IRS/2003 e a DGCÍ estava obrigada a tributá-los a partir desse momento (e impedida de os tributar anteriormente).

3. A fim de atenuar as desvantagens resultantes da tributação, em ano posterior, de rendimentos referentes a anos anteriores, o artigo 74.º do Código do IRS dispõe que: “*Se forem englobados rendimentos das categorias A ou H que, comprovadamente, tenham sido produzidos em anos anteriores àquele em que foram pagos ou colocados à disposição do sujeito passivo, e este fizer a correspondente imputação na declaração de rendimentos, o respectivo valor é dividido pelo número de anos ou fracção a que respeitem, com máximo de quatro, aplicando-se à globalidade dos rendimentos a taxa correspondente à soma daquele quociente com os rendimentos produzidos no ano*”.

4. Neste processo, tal como nos anteriormente instruídos na Provedoria de Justiça sobre a mesma questão, procurou apurar-se, por um lado, se a contribuinte tinha beneficiado da aplicação do disposto no supra transcrito artigo 74.º do Código do IRS, isto é, se no preenchimento da sua declaração anual de IRS do ano em que recebeu os retroactivos havia expressamente indicado o número de anos a que se reportavam tais retroactivos e procurou também apurar-se, por outro lado, se a liquidação final efectuada pela DGCÍ havia levado em conta tal situação.

5. No caso objecto do presente processo concluiu-se que a reclamante tinha preenchido correctamente a sua declaração de IRS e que a liquidação da DGCÍ era isenta de reparo face às disposições legais vigentes.

6. Não obstante, há que reconhecer — e isso mesmo foi dito à reclamante quando lhe foi comunicado o arquivamento do processo — que o actual sistema de tributação de retroactivos não é perfeito já que o facto de os rendimentos de vários anos serem tributados conjuntamente, num só ano, leva à perda de abatimentos e deduções de carácter anual. O supra transcrito artigo 74.º do Código do IRS, embora permita atenuar essa desvantagem, não

repõe a situação tributária exactamente no mesmo estado em que se encontraria se não tivesse ocorrido o pagamento tardio de rendimentos. Poderia, por isso, ponderar-se uma alteração legislativa tendente a aperfeiçoar o sistema de tributação de retroactivos em sede de IRS.

7. Certo é, porém, que o Código do IRS já consagrou, no início da sua vigência, uma solução que, em teoria, estava mais perto de reconstituir exactamente a situação que teria existido se os retroactivos tivessem sido pagos no ano a que se reportam. Tal solução, porém, implicava a apresentação de declarações de substituição referentes a cada um dos anos a que se reportavam os retroactivos e a consequente realização de liquidações substitutivas das anteriores e de outros tantos acertos nos montantes de imposto devidos. Na prática, esta solução acabou por revelar-se algo burocratizante e complexa, pelo que foi substituída pela actualmente vigente, a qual, sendo teoricamente menos perfeita, é mais fácil de executar, tornando menos pesada a máquina fiscal e simplificando as obrigações declarativas dos sujeitos passivos.

8. Tudo ponderado, concluiu o Provedor de Justiça não se justificar qualquer alteração da legislação vigente. Tendo esta sido correctamente aplicada pela DGCI no caso concreto objecto de queixa, foi o processo arquivado por falta de fundamento da queixa.

R-173/05

Coordenadora: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade — IRS — retenção na fonte — cálculo de imposto sobre retroactivos.

Objecto: Retenção na fonte de imposto sobre retroactivos pagos pela Caixa Geral de Aposentações. Cálculo e arredondamentos.

Decisão: Arquivamento do processo em virtude de a Administração Tributária ter sancionado o entendimento de que o imposto a reter (deviadamente arredondado uma única vez) deverá corresponder à aplicação da taxa apurada à totalidade do rendimento, incluindo o rendimento relativo a anos anteriores, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 5.º e n.º 2 do artigo 6.º, ambos do Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro.

Síntese:

1. Em alguns processos abertos na Provedoria de Justiça foi sendo detectada disparidade de critérios quanto à forma como as entidades pagadoras de rendimentos da categoria A e H procediam ao cálculo do imposto a reter.

2. No caso deste processo em concreto, tratava-se do pagamento por parte da Caixa Geral de Aposentações, em Dezembro de 2004, de retroactivos referentes aos meses de Julho de 1995 a Dezembro de 2003, pagos juntamente com a pensão precisamente do mês de Dezembro de 2004.

3. Uma vez que estavam em causa rendimentos referentes a anos anteriores ao do pagamento, a retenção na fonte aplicada foi a correspondente à soma dos referidos retroactivos com a pensão do mês e de acordo com a situação pessoal do pensionista (titular deficiente, casado, dois titulares) — foi, consequentemente, aplicada, àqueles rendimentos, a taxa de 14% de acordo com a Tabela VIII, anexa ao Despacho n.º 44260/2004, de 19 de Fevereiro, da Ministra de Estado e das Finanças.

4. A questão colocou-se, apenas, quanto à forma como a Caixa Geral de Aposentações aplicou aquela taxa aos rendimentos em causa. Para o efeito, aquela entidade apurou, mês a mês, o valor dos retroactivos pagos, aplicando a taxa de 14% a cada parcela mensal de retroactivos e arredondando, também mensalmente, tal retenção na fonte para a unidade de euros inferior — procedendo de igual modo para a pensão do mês de Dezembro de 2004.

5. O valor de retenção na fonte assim encontrado ascendeu a € 436.

6. Os cálculos levados a efeito pela Provedoria de Justiça levaram à conclusão que se aquela mesma taxa de retenção tivesse sido aplicada, ao invés, ao total dos rendimentos em causa com um arredondamento único, o valor de retenção na fonte seria de € 489,25.

7. A Caixa Geral de Aposentações, confrontada com o problema, fundamentou a sua actuação na circunstância de aquela ser «a forma estipulada pela Administração Fiscal».

8. Considerando que importava uniformizar procedimentos das entidades pagadoras, por um lado e, por outro, sancionar aquele que melhor se conformasse com o disposto no Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro, foi solicitada à Direcção de Serviços de IRS informação quanto à posição que assumia perante o assunto.

9. Em resposta, aquela Direcção de Serviços de IRS transmitiu ter sido sancionado pelo Subdirector-Geral dos Impostos, a sua Informação

n.º 1714/05, de 15 de Setembro de 2005, no sentido de que o imposto a reter (devidamente arredondado uma única vez) deveria corresponder à aplicação da taxa apurada à totalidade do rendimento, incluindo o rendimento relativo a anos anteriores, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 5.º e n.º 2 do artigo 6.º, ambos do Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro, e ainda que esse entendimento deveria ser devidamente divulgado.

10. Perante a clarificação definitiva da questão pela Administração Tributária em sentido coincidente com o defendido pela Provedoria de Justiça, foi entendido não se justificar nova intervenção deste órgão do Estado e, consequentemente, determinado o arquivamento do processo.

R-514/05; R-3887/04
Assessora: Elsa Dias

Assunto: Fiscalidade — IRS — obrigações declarativas — anexo J.

Objecto: Obrigatoriedade de entrega do Anexo J da declaração anual de informação contabilística e fiscal (119.º, n.º 1, alínea c), do Código do IRS).

Decisão: Arquivamento dos processos por falta de fundamento das queixas dada a correcção da actuação da Administração Tributária.

Síntese:

1. Foram apresentadas na Provedoria de Justiça duas queixas sobre a questão genérica da obrigatoriedade de entrega do Anexo J da declaração anual de informação contabilística e fiscal de IRS, destinado a comunicar rendimentos pagos e retenções na fonte efectuadas por entidades pagadoras de rendimentos sujeitos a IRS.

2. Numa primeira queixa, a reclamante considerava que deveria estar dispensada da entrega de tal declaração porque os rendimentos por si pagos tinham sido de montante inferior ao mínimo a partir do qual é obrigatória a retenção na fonte. Concluía a interessada que, não tendo feito retenção na fonte, não estaria obrigada à entrega da referida declaração.

3. Ouvida a Direcção de Serviços do IRS (DSIRS), veio esta a (re)afirmar a necessidade/obrigatoriedade de entrega de tal declaração, mesmo nos casos em que os rendimentos pagos não dessem lugar a retenção na fonte. Sus-

tentou a DSIRS que o facto de os rendimentos pagos serem de valor inferior ao mínimo a partir do qual é efectivamente retido imposto significa apenas que são rendimentos sujeitos à taxa “0” de retenção na fonte, não significando, porém, que sejam rendimentos isentos ou dispensados de tal retenção.

4. Apreciada a questão, a Provedoria concluiu que assistia razão à Administração Tributária. Com efeito, as próprias tabelas de retenção na fonte mencionam “0%” como sendo a taxa de retenção na fonte dos escalões mais baixos, situação que não se confunde com a de real dispensa de retenção na fonte, a que se refere o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro. Nos casos aí previstos não há, de facto, obrigatoriedade de retenção pois a dispensa resulta do regime de tributação (e não do montante) dos rendimentos pagos.

5. Entendeu ainda a Provedoria de Justiça que a obrigatoriedade de entrega da declaração em causa apresenta vantagens em termos de certeza e segurança das próprias entidades pagadoras dos rendimentos, já que lhes bastará ter presente que, uma vez pagos rendimentos que, por natureza, são sujeitos a retenção na fonte, devem apresentar o Anexo “J”, independentemente do montante de tais rendimentos e da efectiva existência de retenção na fonte. Nem se diga que, nestes casos, a entrega de declaração se revela inútil pois a mesma não serve apenas para sistematizar e reportar montantes retidos, antes se destinando também a sistematizar e declarar rendimentos pagos.

6. Acrescem a esta tese, por último, as inegáveis vantagens que resultam do facto de o Anexo “J” ser um bom instrumento para a realização das chamadas fiscalizações cruzadas, facilitando a comparação dos valores (rendimentos e, sendo caso disso, retenções) declarados pela entidade pagadora de rendimentos e dos valores declarados pelos titulares de tais rendimentos.

7. Na segunda queixa apresentada a respeito desta questão era defendida a tese de que não se justificaria que “*os pequenos comerciantes e empresários, reformados ou de idade muito avançada, doentes e dependentes...*” estivessem obrigados a entregar a declaração de rendimentos por si pagos e respectivas retenções, já que essa obrigação adicional seria um ónus difícil de cumprir por tais contribuintes.

8. Analisado este aspecto da questão, concluiu a Provedoria que também neste caso não se justificava intervir junto da Administração Tributária, desde logo por considerar que qualquer pessoa ou entidade que paga rendimentos da categoria A a terceiros deve estar apta a cumprir as obrigações de retenção na fonte e de declaração dos valores pagos e retidos, seja pelos seus

próprios meios, seja através de representante ou gestor de negócios, sob pena de se abrirem nichos em que a fiscalização do cumprimento das obrigações de pagamento do imposto se torna impossível: se não existe contabilidade ou escrita organizada e se não há qualquer controlo dos rendimentos pagos, abre-se a porta a situações de fuga ao fisco que a entrega do anexo J pode evitar, já que permite realizar as chamadas fiscalizações cruzadas.

9. Em suma, entendeu-se que o “sacrifício” imposto aos que pagam tais rendimentos, de entrega do modelo “J”, é justificado pelo interesse público subjacente à melhoria das condições de fiscalização e cumprimento dos deveres fiscais por todos os cidadãos.

Ambos os processos foram arquivados após elucidação dos reclamantes sobre os fundamentos de tal decisão.

R-1378/05

Assessora: Mariana Vargas

Assunto: Fiscalidade — revisão oficiosa de liquidação de IRS do ano de 2001.

Objecto: Extinção da execução fiscal instaurada para cobrança coerciva da liquidação emitida, por negligência dos serviços.

Decisão: Revisto o acto tributário, foi determinada a extinção do processo executivo e reposta a legalidade da situação tributária da reclamante.

Síntese:

1. A Senhora A., de nacionalidade húngara, estabeleceu residência em Portugal, em Fevereiro de 2001, tendo iniciado a sua actividade de trabalhadora doméstica, por conta de outrem, em Abril do mesmo ano, auferindo um salário mensal da quantia de 64.300\$00, conforme contrato de trabalho formalizado sob a forma escrita.

2. Aquando da apresentação da sua declaração de rendimentos para aquele ano, por desconhecimento da alteração cambiária devida à introdução do Euro, e porque o seu contrato de trabalho havia sido formalizado em escudos, declarou rendimentos de trabalho no valor de € 450.100,00 e contribuições obrigatórias para a Segurança Social, da quantia de € 892,90, não tendo declarado qualquer valor referente a retenções na fonte de IRS.

3. Porém, os rendimentos de trabalho auferidos tinham sido apenas de 450.100\$00 (€ 2.245,09), valor inferior ao do salário mínimo nacional mais elevado para 2001, e isentos de retenção na fonte.

4. A liquidação emitida com base nos elementos declarados, da quantia de € 174.130,49, com data limite de pagamento voluntário em 09/09/2002, não chegou ao conhecimento do sujeito passivo, que, entretanto alterara o seu domicílio fiscal.

5. Porém, a Administração Fiscal, tem o dever de proceder à alteração dos elementos declarados pelos sujeitos passivos, desde que devam ser efectuadas correcções de erros evidenciados nas próprias declarações, conforme vem disposto no artigo 65.º, n.º 4 do Código do IRS.

6. O erro declarativo era por demais evidente, em função dos valores declarados, devendo ter suscitado dúvidas sobre a sua veracidade.

7. A Administração Fiscal tem ainda o dever de notificar os sujeitos passivos para esclarecimento das dúvidas sobre as suas declarações ou documentos, no âmbito do dever de colaboração recíproca consagrado no artigo 59.º da Lei Geral Tributária e, mais especificamente sobre este aspecto, no n.º 3, alínea *d*) do mesmo artigo.

8. Deveres que, tendo sido cumpridos, teriam evitado a emissão da liquidação pelo montante acima mencionado, emissão que nunca ocorreria se, em vez de imposto a pagar, o resultado da liquidação tivesse apurado reembolso de imposto, do mesmo quantitativo.

9. Não obstante a falta de diligência inicial, na apreciação e correcção dos elementos declarados, também o pedido de revisão oficiosa da liquidação, formulado e devidamente documentado pela reclamante em Março de 2005, ainda não tinha sido objecto de apreciação à data da queixa.

10. A morosidade no cumprimento do dever de anular oficiosamente a liquidação emitida, que apenas ocorreu em 07/10/2005, deu lugar à suspensão do pagamento do reembolso de IRS do ano de 2004, que deveria ter ocorrido até ao final do mês de Agosto de 2005.

11. O fundamento apontado pela Administração Fiscal para a revisão oficiosa da liquidação foi o que consta do artigo 78.º, n.º 4, da Lei Geral Tributária — o de injustiça grave ou notória decorrente de uma tributação manifestamente exagerada e desproporcionada com a realidade, fundamento não aduzido pela reclamante.

12. Assim, a Administração Fiscal não assumiu o erro dos serviços, por incumprimento do dever de colaboração para com o sujeito passivo, que serviria de fundamento à revisão oficiosa do acto tributário, nos termos do artigo 78.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária.

13. Recebida a comunicação da anulação oficiosa da liquidação de IRS do ano de 2001, voltou a questionar-se a Administração Fiscal sobre o direito do sujeito passivo a juros indemnizatórios sobre o valor do reembolso de IRS do ano de 2004, forma de indemnização prevista no artigo 43.º, n.º 3, alínea *a*) da Lei Geral Tributária, sempre que não seja cumprido o prazo legal de restituição dos tributos, por facto não imputável ao seu titular.

14. Apesar de o reconhecimento de tal direito ter sido automático, tal como decorre da disposição legal referida em último, traduzindo-se no pagamento de juros indemnizatórios no valor de € 12,06, não deixou de ser emitido reparo à entidade responsável pela visualização e recolha da declaração de rendimentos que esteve na origem da liquidação objecto do pedido de revisão oficiosa, responsável também pela apreciação deste pedido e pela prática dos actos executórios da decisão (elaboração e recolha de documento de correcção para recolha informática e emissão de liquidação correctiva).

R-1935/05

Assessor: António Gomes da Silva

Assunto: Fiscalidade — Reforma da tributação do património — Imposto Municipal sobre Imóveis — ano de inscrição de prédio na matriz.

Objecto: Actualização do valor patrimonial tributário de prédios urbanos não arrendados.

Decisão: Foi arquivado o processo após os serviços locais da Direcção-Geral dos Impostos terem revisto a sua posição e terem corrigido o valor patrimonial tributário das fracções que compõem o edifício em causa.

Síntese:

1. O reclamante veio solicitar a intervenção do Provedor de Justiça junto do Serviço de Finanças de Almada-3 pelo facto de considerar que, nos termos do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro,

tinham sido indevidamente actualizados os valores patrimoniais tributários das fracções ... e ... do artigo ..., da matriz predial urbana da freguesia de ..., na medida em que foi considerado como ano de inscrição do prédio na matriz, o ano em que foi apresentada a declaração para aquele efeito — 1999, e não o ano em que findou o processo avaliativo — 2003.

2. Apreciada a questão e considerando:

- a) quer as instruções administrativas veiculadas pelo Ofício-Circulado n.º 40025, de 11 de Agosto de 2000, da Direcção de Serviços da Contribuição Autárquica (DSCA), que no seu ponto 3. determina que “... a data da inscrição do prédio na matriz é a data em que findou o processo de avaliação (primeira ou segunda avaliação) e a partir da qual é possível elaborar a matriz...”;
- b) quer os despachos do Subdirector-Geral dos Impostos para a Área do Património, de 08.10.2004 e de 19.04.2005, exarados sobre as Informações n.º 765/04 e n.º 542/05, ambas da DSCA, que confirmaram o entendimento referido na alínea anterior, no âmbito de outros processos já apreciados na Provedoria de Justiça, foi o Serviço de Finanças visado convencido a corrigir, não só o valor patrimonial tributário das fracções propriedade do reclamante, mas também de todas as outras daquele artigo, bem como, ainda, de todos os outros imóveis em que aquele erro tivesse ocorrido.

De notar a boa disponibilidade manifestada pelo Serviço de Finanças para seguir a sugestão formulada pela Provedoria de Justiça, de resolução, não só do caso concreto em apreço, mas de todos os casos idênticos que viessem a ser detectados. Por esse motivo, foi o processo arquivado.

R-2390/05

Assessor: Ana Guerreiro Pereira

Assunto: Fiscalidade — execuções fiscais — convocação de credores — venda dos bens penhorados — publicações de anúncios na imprensa regional e local do Algarve.

Objecto: Opção entre a imprensa nacional e a imprensa regional ou local para efeitos de publicação dos anúncios relativos aos actos de citação edital dos credores desconhecidos e sucessores não habilitados dos preferentes e de venda de bens penhorados (arts. 242.º e 249.º do Código do Procedimento e de Processo Tributário).

Decisão: A intervenção do Provedor de Justiça junto da Direcção de Finanças de Faro permitiu que fosse dada prioridade aos órgãos de comunicação social locais e regionais para efeitos de publicação dos referidos anúncios.

Síntese:

1. Na queixa apresentada na Provedoria de Justiça veio contestar-se o procedimento seguido pelos Serviços de Finanças do Algarve quanto à forma de publicação dos anúncios para efeitos de citação de credores e de efectivação da venda de bens penhorados, uma vez que tais anúncios deixaram de ser mandados publicar nos jornais locais (e regionais) da Região, para passarem a ser publicados apenas em determinados jornais nacionais.

2. Essa mudança de procedimento terá determinado a perda de receita por parte dos jornais locais da região, alegando-se também que prejudicou a própria prossecução da finalidade de publicitação desses actos, uma vez que, pelo formato de reduzidas dimensões utilizado pelos jornais nacionais na publicação desses anúncios, ficaria prejudicado o seu conhecimento alargado pelo público a que se destinam.

3. Tratando-se de um assunto que abrangia vários serviços de finanças, optou-se por questionar a Direcção de Finanças de Faro sobre as razões subjacentes a essa alteração na escolha dos jornais encarregues de proceder à publicação daqueles actos.

4. Em resposta, aquela Direcção de Finanças veio explicar que, com a publicação da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, no Código de Procedimento e de Processo Tributário passou a exigir-se apenas que os anúncios em causa fossem publicados num dos jornais mais lidos no lugar da execução ou no da localização dos bens, independentemente de se tratar de jornais de âmbito nacional, regional ou local.

5. Por esse motivo, e considerando os dados fornecidos pela Associação Portuguesa para o Controlo de Tiragens, alguns Serviços de Finanças

optaram por publicar os anúncios no jornal nacional mais lido na região, preferindo assim a imprensa regional e local do Algarve.

6. Não obstante não se colocar em causa a conformidade legal dessa actuação, entendeu no entanto a Direcção de Finanças de Faro dever divulgar junto dos serviços de finanças da sua área orientações no sentido de, na medida do possível, e sempre que tal se mostre compatível com os interesses em presença, ser dada prioridade na designação dos órgãos de comunicação social locais, para efeitos da publicação dos anúncios previstos no n.º 2 do art. 242.º e no n.º 4 do art. 249.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário.

7. Tais orientações resultaram de uma informação elaborada pela Direcção de Serviços de Justiça Tributária na qual se admitiu o papel preponderante da comunicação social regional e local, resultante, designadamente, da sua maior proximidade com os cidadãos e de uma maior capacidade de penetração em zonas geográficas mais isoladas.

8. Concluindo que esta medida permitirá, na medida do que será razoável e legalmente defensável, preservar a função até agora desempenhada pela imprensa regional e local no âmbito dos processos de execução fiscal, foi determinado o arquivamento do processo aberto com base nesta queixa.

B — Consumo

R-4583/04

Assessor: Ana Guerreiro Pereira

Assunto: Turismo — Centro de Lazer do Cofre de Previdência dos Funcionários e Agentes do Estado — empreendimentos turísticos — falta de condições legais de funcionamento — exigência da devolução do valor pago pela reserva.

Objecto: Exigência da devolução do valor pago pela reserva de uma estadia num empreendimento turístico que não se encontrava licenciado e que não dispunha de condições para funcionar dentro da legalidade.

Decisão: A intervenção do Provedor de Justiça junto do Cofre de Previdência dos Funcionários e Agentes do Estado e, posteriormente, junto

do Ministério das Finanças, permitiu a devolução do valor cobrado pela estadia e, simultaneamente, o compromisso de evitar a repetição de casos análogos no futuro.

Síntese:

1. Versava a queixa apresentada sobre a falta de condições de um determinado empreendimento turístico da região do Algarve para funcionar enquanto tal, sendo entidade demandada o Cofre de Previdência dos Funcionários e Agentes do Estado, já que se tratava de um dos centros de férias disponibilizado por essa instituição aos respectivos associados.

2. Pretendia o reclamante obter a devolução do valor que havia suportado com a reserva do alojamento junto daquela instituição.

3. De facto, conforme informação obtida junto da Direcção-Geral do Turismo, através de uma vistoria realizada ao empreendimento em causa confirmou-se, efectivamente, a existência de diversas situações irregulares e ilegais do empreendimento em questão, o que determinou, quer a instauração de um processo de contra-ordenação, quer a devida participação à autarquia competente para os fins previstos no regime jurídico da urbanização e edificação, atento o perigo que representava para o público em geral o funcionamento da unidade hoteleira nas condições referidas no auto de vistoria.

4. Nos contactos promovidos pela Provedoria de Justiça junto daquele Cofre de Previdência, foi por este reiterada a decisão de indeferimento do pedido de devolução formulado pelo reclamante com a argumentação de que, nos termos regulamentares, o sócio que desista da estadia com uma antecedência inferior a 15 dias está obrigado ao pagamento da totalidade do seu custo, ao mesmo tempo que se defendeu que, pelo facto de esse empreendimento se encontrar em pleno funcionamento, “(...) *partiu-se do princípio que estava em situação regular* (...)”.

5. Perante essa decisão, e face ao disposto no acordo de cooperação celebrado entre o Cofre de Previdência dos Funcionários e Agentes do Estado e a Aliança Nacional das ACM'S de Portugal para a cedência temporária do empreendimento, e no próprio Regulamento de Ocupação, voltou a Provedoria de Justiça a solicitar ao Presidente da Direcção do Cofre de Previdência em causa que revisse a posição adoptada.

6. Não obstante, uma vez mais se manteve a decisão de não reembolsar o reclamante.

7. Entendeu então a Provedoria de Justiça, que, sem prejuízo da autonomia administrativa e financeira de que goza o Cofre de Previdência dos Funcionários e Agentes do Estado, haveria que prosseguir com a instrução do processo junto do Ministério das Finanças.

8. É que, tratando-se de uma instituição de previdência social destinada a proporcionar aos respectivos associados — trabalhadores da função pública e funcionários das empresas públicas —, apoio em diversos sectores, nomeadamente no que toca a viagens de turismo e de lazer, estaria inequivocamente obrigado a verificar que os empreendimentos com os quais estabelece parcerias para este efeito revestem condições de segurança, higiene e comodidade, de forma a corresponder à publicitação que faz dos mesmos.

9. Em resultado dos contactos promovidos junto do Gabinete do Ministro de Estado e das Finanças, o Cofre de Previdência em causa reviu a sua posição no sentido de vir a restituir ao reclamante a quantia desembolsada pela reserva de uma estadia de que nunca chegou a usufruir.

10. Mais se comprometeu, também, a verificar a existência das necessárias condições de licenciamento e de legalidade das entidades com as quais celebra acordos para efeitos de promoção dos respectivos empreendimentos turísticos junto dos seus associados.

11. Atingidos os objectivos propostos com a instrução do processo, foi determinado o respectivo arquivamento.

R-675/05

Assessora: Ana Guerreiro Pereira

Assunto: Transportes — Metropolitano de Lisboa — títulos de transporte — bilhetes magnéticos, simples, pré-comprados — prazo de validade e trocas.

Objecto: Indicação de um prazo de validade nos bilhetes pré-comprados emitidos pelo Metropolitano de Lisboa, independente das alterações tarifárias e impeditivo do sistema legal de trocas.

Decisão: Na sequência da intervenção do Provedor de Justiça junto da Direcção-Geral de Transportes Terrestres e Fluviais e do Ministério

das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, o Metropolitano de Lisboa eliminou a indicação do prazo de validade de noventa dias impressa nos seus bilhetes pré-comprados e retomou o sistema legal de trocas destes títulos de transporte.

Síntese:

1. Recebeu o Provedor de Justiça uma queixa em que se veio contestar o facto de o Metropolitano de Lisboa ter passado a emitir os seus bilhetes magnéticos, simples, pré-comprados, com a indicação impressa de um prazo de validade de noventa dias.

2. Tal sistema implicou, por um lado, a perda de validade desses títulos de transporte pelo mero decurso do tempo, isto é, independentemente da manutenção dos preços dos títulos de transporte ou da introdução de alterações tarifárias, inviabilizando, por outro lado, o sistema legal de trocas.

3. De facto, nos termos do disposto no n.º 1 do ponto 5.º da Portaria n.º 951/99, de 29 de Outubro, na redacção que lhe foi dada pela Portaria n.º 102/2003, de 27 de Janeiro, os bilhetes simples, pré-comprados, quando adquiridos na vigência de determinados preços, continuam válidos por um período suplementar de quinze dias para além da data de entrada em vigor dos novos preços, ou seja, apenas se faz depender a validade destes títulos da entrada em vigor de um novo tarifário.

4. Ao abrigo do preceituado no n.º 2 daquele dispositivo legal, admite-se ainda que o valor dos bilhetes pré-comprados possa ser descontado na aquisição de outros bilhetes emitidos de acordo com os novos preços, durante um período de trinta dias a contar da data da entrada em vigor do novo tarifário.

5. Por ter considerado que este novo regime estabelecido pelo Metropolitano de Lisboa não respeitava as normas tarifárias em vigor, o Provedor de Justiça determinou a realização de diligências instrutórias junto do Conselho de Gerência dessa empresa, que procurou justificar a implementação desse sistema com a necessidade de simplificação do regime de validade dos títulos de transporte, que deixou assim de ficar dependente das alterações de preços resultantes das revisões tarifárias.

6. Face a esta posição, prosseguiu-se com a instrução do processo junto da Direcção-Geral de Transportes Terrestres e Fluviais — entidade à qual compete a fiscalização do cumprimento das regras legalmente previstas quanto à emissão de títulos de transporte —, que viria a confirmar a ilegalidade do novo sistema tarifário.

7. Com vista à resolução efectiva deste assunto e havendo que providenciar pela reposição da legalidade no sistema de bilhetes pré-comprados, o Provedor de Justiça dirigiu-se ao Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, no sentido de que, no quadro das suas competências de tutela e superintendência, instasse o Metropolitano de Lisboa a rever as condições de emissão daqueles títulos.

8. Em resposta, o Provedor de Justiça foi informado de que o Metropolitano de Lisboa iria recuar na alteração que introduziu no respectivo tarifário, devendo eliminar a indicação do prazo de validade constante dos bilhetes magnéticos e aceitar, até à próxima alteração tarifária, a troca dos títulos cuja data de validade tenha entretanto caducado.

9. O Metropolitano de Lisboa deverá ainda retomar o sistema legal de aceitação dos bilhetes pré-comprados dentro de um prazo de quinze dias a contar da data da nova revisão tarifária, bem como o sistema de trocas dos bilhetes pré-comprados, cujo valor é descontado na aquisição de novos títulos durante um período de trinta dias a contar da data da entrada em vigor dos novos preços.

10. Uma vez reposta a legalidade no sistema tarifário instituído pelo Metropolitano de Lisboa, foi o processo arquivado.

R-1470/05

Assessora: Ana Guerreiro Pereira

Assunto: Obrigações de serviço público no transporte aéreo para regiões periféricas ou em desenvolvimento — regime de subsídio ao preço do bilhete público — direito ao desconto — nacionalidade estrangeira.

Objecto: Apreciação do direito ao benefício do subsídio ao preço do bilhete público por uma cidadã de nacionalidade romena casada com um cidadão português.

Decisão: Após diligências promovidas pela Provedoria de Justiça junto do Instituto Nacional de Aviação Civil, foi o reclamante esclarecido sobre o expediente legal adequado à obtenção do reconhecimento do direito pretendido.

Síntese:

1. A queixa apresentada diz respeito à aplicação do regime jurídico da obrigação de serviço público no transporte aéreo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 138/99, de 23 de Abril, cujo art. 11.º permite a concessão de um subsídio ao preço do bilhete aos passageiros de serviços aéreos de nacionalidade portuguesa ou de outro Estado da União Europeia.

2. O episódio relatado pelo reclamante (cidadão nacional) remonta ao mês de Abril de 2005, quando foi informado ao balcão da TAP da Ilha Terceira (Arquipélago dos Açores) que a sua mulher, de nacionalidade romena e residente nos Açores, não poderia beneficiar daquele subsídio.

3. Feita uma primeira apreciação da queixa apresentada, solicitou a Provedoria de Justiça ao Instituto Nacional de Aviação Civil que se pronunciasse relativamente às restrições introduzidas por aquele preceito, em matéria da nacionalidade dos utentes do transporte aéreo, para efeitos de concessão do benefício do subsídio ao preço do bilhete.

4. Respondeu aquele Instituto que, face à legislação nacional e comunitária vigentes, a esposa do reclamante não poderia auferir desse benefício, porquanto, muito embora resida na Região Autónoma dos Açores e seja casada com um cidadão português, não adquiriu a nacionalidade portuguesa ou de outro Estado-membro da União Europeia.

5. Procedeu então a Provedoria de Justiça ao arquivamento do processo, na convicção de que a empresa de transporte aéreo havia agido de forma consentânea com a legislação vigente, que reserva o benefício para os cidadãos nacionais do espaço europeu.

6. Informou-se no entanto o reclamante de que, caso a sua esposa venha a adquirir a nacionalidade portuguesa, nos termos do art. 3.º da Lei da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 25/94, de 19 de Agosto), nenhum outro obstáculo se deverá colocar ao reconhecimento do direito ao subsídio do bilhete do preço público.

R-1507/05

Assessor: André Barata

Assunto: Consumo — publicidade — correspondência não endereçada.

Objecto: Enquadramento legal da distribuição de publicações periódicas de conteúdo informativo.

Decisão: Arquivamento do processo por falta de fundamento da queixa, ao abrigo do art. 31.º, alínea *b*), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

Síntese:

1. Na queixa que originou o presente processo era visado o facto de uma empresa do grupo CTT, especializada na distribuição de correio não endereçado, proceder à distribuição da publicação “InterEconómico”, apesar de o particular ter manifestado a sua oposição à entrega de publicidade não endereçada, afixando na respectiva caixa de correio o dístico a que se refere o artigo 3.º da Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro.

2. Realizadas as necessárias diligências, foi possível esclarecer que a distribuição do jornal “InterEconómico” não integra o âmbito de aplicação da Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro, que regula a publicidade domiciliária por telefone e por telecópia, em virtude de o mesmo preencher os requisitos na Lei de Imprensa (Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro) exigidos para as publicações periódicas, designadamente no que se refere à identificação do proprietário, do director e da tiragem, e à menção da gratuitidade e periodicidade da distribuição.

3. Com efeito, tratando-se o periódico em causa, registado no Instituto da Comunicação Social sob o n.º 124314, de uma publicação quinzenal que contém artigos informativos de carácter geral, encontra-se o mesmo submetido à disciplina contida na Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro, a qual integra no conceito de imprensa todas as reproduções impressas de textos ou imagens disponíveis ao público, quaisquer que sejam os processos de impressão e reprodução e o modo de distribuição utilizados (cfr. art. 9.º, n.º 1).

4. Atendendo, pois, à sua natureza, não pode a distribuição da referida publicação ser impedida pela aplicação da Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro, tanto mais que o direito à liberdade de imprensa tem consagração constitucional, integrando mesmo a categoria dos direitos fundamentais.

5. Já no que se refere à publicidade divulgada naquele jornal, está sujeita às regras do Código da Publicidade, por aplicáveis a qualquer forma de publicidade, independentemente do suporte utilizado.

6. Depois de constatada a boa sequência dada às reclamações apresentadas junto dos CTT e do Instituto do Consumidor, foi o queixoso informado das conclusões obtidas no âmbito do processo pendente na Provedoria de Justiça, cujo arquivamento veio a ser determinado.

R-2317/05

Assessor: André Barata

Assunto: Pagamento contra recibo — exigência de recibo antes de efectuado o pagamento.

Objecto: Pedido de intervenção relativamente à exigência, pelo Instituto Português do Livro e das Bibliotecas, de emissão e entrega de recibo previamente ao pagamento do serviço prestado.

Decisão: Arquivamento do processo após o Instituto Português do Livro e das Bibliotecas ter comunicado à Provedoria de Justiça que deixara de exigir aos prestadores de serviços a entrega antecipada do recibo.

Síntese:

1. Em Junho de 2005, foi recebida na Provedoria de Justiça uma queixa relativa ao facto de o Instituto Português do Livro e das Bibliotecas (IPLB) fazer depender o pagamento de serviços da prévia emissão e entrega do competente recibo pelo respectivo prestador.

2. Analisada a queixa, foram solicitados esclarecimentos ao IPLB, que, justificando a adopção de tal medida na necessidade de acautelar a sua posição relativamente a pagamentos efectuados por transferência bancária — que, de outro modo, poderiam ficar sem qualquer comprovativo da sua realização até que o respectivo emissor deles decidisse dar quitação — entendeu manter o procedimento tomado face aos prestadores de serviços.

3. Tal argumento não veio a merecer a adesão deste órgão do Estado, desde logo porque, contrariamente ao invocado pelo IPLB, a prova da realização de um pagamento por transferência bancária se apresenta consideravelmente fácil e segura, mesmo no caso das transferências efectuadas pelas formas mais simples e desburocratizadas, como aquelas que são efectuadas

através das caixas de pagamento automático (que emitem o respectivo talão) ou do sistema de *home banking* (que permite a extracção de “prints” comprovativos das operações efectuadas).

4. Assim, e sem deixar de reconhecer que o recurso à modalidade de transferência bancária comporta a impossibilidade de entrega do recibo no acto do pagamento, nem por isso se pode entender tal facto como bastante para justificar a adopção do procedimento seguido pelo IPLB, que, como é patente, nem sequer fica numa situação de desprotecção manifesta.

5. E mesmo admitindo que tal medida colocava o Instituto a salvo de uma indesejável incerteza quanto à entrega do recibo (que não quanto à prova do pagamento, como já se viu), certo é que a referida prática implicava que o credor (prestador de serviços) declarasse o devedor (*in casu* o IPLB) livre da respectiva obrigação, sem que esta tivesse sido cumprida.

6. Impondo, assim, o referido procedimento a emissão de uma declaração destituída do necessário suporte factual, não poderia a mesma assumir-se como opção a tomar em conta, tanto mais quando uma das partes se trata de um ente público.

7. Por outro lado, criando a emissão do recibo determinadas obrigações de natureza fiscal na esfera do prestador de serviços, cumpre a este, também por esse motivo, acautelar convenientemente a sua posição.

8. É que se é indiscutível que a emissão do recibo é uma obrigação do prestador de serviços, não é menos certo que ela só nasce após o recebimento da importância respectiva.

9. Após ponderar sobre os argumentos expostos por este órgão do Estado, o IPLB acabou por rever a sua posição, reconhecendo que o prestador de serviços apenas fica obrigado à emissão do recibo depois de concluído o respectivo pagamento.

R-2801/05

Assessor: André Barata

Assunto: Consumo — electricidade — serviço público essencial — atraso no pagamento de facturas — interrupção da prestação do serviço.

Objecto: Pedido de apoio para regularização de dívida de consumo de energia eléctrica e restabelecimento do respectivo serviço.

Decisão: Arquivamento do processo após satisfação da pretensão aduzida pelo particular.

Síntese:

1. Através da exposição recepcionada pela Provedoria de Justiça em Julho de 2005, era solicitada a promoção de diligências conducentes ao restabelecimento do fornecimento de energia eléctrica à habitação da utente subscritora, suspenso desde Maio, em resultado da falta de pagamento de factura emitida pela EDP Distribuição, SA no mês precedente, no montante de € 63,92, tido como excessivo pelo facto de a consumidora viver só e apenas dispor de um rendimento líquido mensal de € 164,20.

2. Não obstante algumas tentativas, a interessada não lograra resolver a questão, por si só, junto da EDP.

3. Efectuados contactos com a entidade visada, foi possível a este órgão do Estado assegurar o diálogo entre a mesma e a utente, que entre si estabeleceram um acordo para pagamento faseado do débito acumulado entre Abril e Julho de 2005, bem como garantir a imediata reposição do fornecimento de energia, com dispensa do pagamento da respectiva taxa de religação.

4. Complementarmente, foi ainda confirmado pela Provedoria de Justiça que o corte efectuado pela EDP Distribuição, SA havia sido precedido da advertência a que se referem os números 2 e 3 do Artigo 5.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho (diploma que veio consagrar mecanismos de protecção do utente dos serviços públicos essenciais).

5. Tendo a instrução do processo permitido, de modo célere e informal — forma de actuação por excelência do Provedor de Justiça —, aproximar as partes em litígio e levar a que alcançassem um acordo satisfatório para ambas, foi determinado o respectivo arquivamento.

R-2803/05

Assessor: André Barata

Assunto: Consumo — telecomunicações — telefone móvel — facturação.

Objecto: Exigência de pagamento de serviço de dados e envio de correspondência para morada não coincidente com o endereço de facturação constante do contrato.

Decisão: Arquivamento do processo depois de a Vodafone Portugal, S.A. ter decidido cobrar ao consumidor o montante que este admitia dever, bem como apresentar um pedido de desculpas pelo lapso cometido ao nível da morada de facturação.

Síntese:

1. Um cidadão pediu a intervenção do Provedor de Justiça pelo facto de a Vodafone Portugal, S.A. (Vodafone) lhe exigir o pagamento de montante tido por indevido, bem como remeter a respectiva correspondência para uma morada de facturação distinta da indicada no respectivo contrato de prestação de serviços, celebrado em 27 de Agosto de 2004.

2. Alegava o queixoso que, uma vez informado de que as condições de utilização compreendiam o pagamento de uma verba fixa mensal não superior a 40 EUR para um volume de *downloads* inferior ao que pretendia realizar no período de férias, adquirira à Vodafone um cartão telefónico para envio de dados.

3. Ora, não obstante houvesse apenas utilizado o cartão por um período de quinze dias, a Vodafone exigia-lhe o pagamento de serviços no valor 126,53 EUR.

4. Por outro lado, referia ainda nunca ter recebido qualquer correspondência no endereço constante do contrato celebrado em Agosto de 2004, já que toda a documentação fora remetida para morada associada a um outro contrato celebrado com a operadora, desde há muito rescindido e sem qualquer conexão com aquele.

5. Analisada a queixa, procedeu a Provedoria de Justiça à realização de diligências instrutórias de carácter informal, tendentes a esclarecer a situação e, acima de tudo, assegurar uma composição amigável do litígio.

6. Assim, e uma vez que, à data da instauração do processo, a Vodafone já havia mandatado advogada para cobrança da dívida reclamada, foi esta telefonicamente contactada pela Provedoria de Justiça.

7. Dada a receptividade encontrada para a obtenção de um entendimento com o reclamante, prosseguiu a instrução do processo com a realização de contactos directos com a Vodafone, que culminaram no envio de uma carta ao consumidor, para apresentação de um pedido de desculpas pelo lapso veri-

ficado ao nível do endereço de facturação e, bem assim, comunicação da conformação do débito ao montante que o reclamante se propunha pagar.

8. Em face desta decisão, considerou-se ter sido plenamente atingido o objectivo das diligências efectuadas no âmbito do processo e, como tal, foi determinado o respectivo arquivamento.

C — Responsabilidade Civil

R-4459/04

Assessora: Ana Guerreiro Pereira

Assunto: Responsabilidade civil — pedido de indemnização — acidente de viação — deficiências na colocação de sinais de trânsito.

Objecto: Ressarcimento dos danos causados num veículo automóvel em consequência da incorrecta colocação de sinais de trânsito.

Decisão: O processo foi arquivado por se ter concluído que só pela via judicial seria possível apreciar a prova necessária à demonstração do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil e apurar a medida das responsabilidades da autarquia e, eventualmente, do próprio reclamante, na produção do acidente.

De todo o modo, a insuficiência da fundamentação utilizada pela autarquia da Covilhã para afastar a sua responsabilidade pelo sinistro motivou a formulação de um reparo, no qual foram salientadas as exigências de procedimento inerentes à ilisão da presunção de culpa constante do art. 493.º, n.º 1 do Código Civil.

Síntese:

1. Destinava-se a queixa à obtenção do ressarcimento dos danos causados num veículo automóvel, em consequência de um acidente de viação que teve lugar no dia 5.06.2004 numa artéria da cidade da Covilhã e que terá ocorrido, conforme foi alegado na queixa, em virtude da colocação incorrecta

dos sinais de trânsito existentes no local, responsável pela indução em erro quanto aos sentidos de trânsito nessa via.

2. Em resposta aos pedidos de esclarecimento que lhe foram dirigidos pela Provedoria de Justiça, a Câmara Municipal da Covilhã admitiu efectivamente que, quer a sinalização vertical de proibição, quer a que indicava o sentido único da via, existentes no local, se encontravam indevidamente colocadas, sendo certo que essas anomalias só foram corrigidas após a ocorrência e participação deste sinistro.

3. Porém, na sua perspectiva, tal facto não poderá gerar qualquer responsabilidade para a autarquia, porquanto tais sinais de trânsito foram inicialmente colocados de forma correcta e em tempo oportuno pelos serviços camarários, sendo assim de imputar a terceiros a prática dos actos de vandalismo em que se poderá ter consubstanciado a alteração dessa sinalética, que ocorreu à revelia e com completo desconhecimento desses serviços.

4. Mais defendeu o município da Covilhã que observou todos os procedimentos de vigilância e manutenção deste tipo de equipamento municipal a que estava obrigado.

5. Considerando o carácter controvertido da matéria factual atinente ao acidente e os pressupostos de que a lei faz depender a imputação de responsabilidade civil, considerou-se que só pela via judicial poderia o reclamante vir a obter a satisfação do seu pedido de indemnização.

6. De facto, essa seria a sede própria para, em função da prova — sobretudo ao nível testemunhal e pericial — que só nessa instância poderia vir a ser devidamente produzida e avaliada, aferir a medida da responsabilidade da Câmara Municipal da Covilhã e, eventualmente, do próprio reclamante, pela produção deste acidente.

7. De todo o modo, a insuficiência da fundamentação utilizada por parte dessa edilidade para recusar a imputação de responsabilidades motivou uma chamada de atenção por parte da Provedoria de Justiça, na qual se sublinhou que constitui entendimento da jurisprudência portuguesa que os danos produzidos em veículos automóveis pela não sinalização das vias públicas ou pela sua sinalização incorrecta fazem incorrer as entidades que têm a seu cargo o dever de colocação e de vigilância dos sinais de trânsito em culpa presumida, nos termos da presunção constante do art. 493.º, n.º 1 do Código Civil.

8. Assim, não bastaria a mera invocação em abstracto do cumprimento daqueles deveres, pois que a ilisão da presunção de culpa exige a demonstração de que, de acordo com os recursos disponíveis, foram asseguradas todas as acções de vigilância possíveis no exacto troço onde ocorreu o acidente, de forma a que se pudesse afirmar, de acordo com critérios de razoabilidade e face a padrões de conduta medianos, em termos de diligência e zelo, ter sido afastada a responsabilidade da edilidade.

9. Perante um pedido de indemnização desta natureza devem assim as autarquias demonstrar que cumpriram todos os deveres de vigilância, conservação e manutenção dos equipamentos sob a sua jurisdição, assegurando, designadamente, a realização de acções de fiscalização com a cadência e a regularidade necessárias a garantir a segurança de pessoas e bens, independentemente de eventuais acções de terceiros.

R-1164/05

Assessora: Ana Guerreiro Pereira

Assunto: Responsabilidade civil — pedido de indemnização — acidente de viação — deficiências no pavimento — falta de sinalização.

Objecto: Ressarcimento dos danos causados num veículo automóvel em consequência de buracos existentes numa via de circulação concessionada.

Decisão: Apesar de se ter concluído que só pela via judicial poderia o reclamante ter obtido a satisfação do seu pedido de indemnização, a instrução do processo revelou uma fundamentação insuficiente e desadequada da parte da empresa concessionária que foi objecto de reparo, destinado a acautelar, em eventuais situações futuras, o cumprimento dos deveres de resposta e de fundamentação.

Síntese:

1. Procurando obter o ressarcimento dos danos causados no seu veículo automóvel em consequência de um acidente de viação ocorrido em 27.10.2001 no IC1, o reclamante interpelou a “Euroscut Norte — Sociedade

Concessionária da SCUT do Norte Litoral, S.A.” no sentido de vir a obter o ressarcimento desses danos.

2. Fundamentou o reclamante o seu pedido de indemnização no facto de a via onde ocorreu o acidente, concessionada àquela empresa, se encontrar com vários buracos e outras deformações não sinalizadas.

3. Decorridos mais de dois anos sobre a data em que foi formulado esse pedido, respondeu a empresa concessionária que declinava qualquer responsabilidade pelos danos, pelo facto de não dispor de qualquer registo do alegado buraco do pavimento à data em que ocorreu o acidente.

4. No âmbito do processo a que deu origem a queixa do reclamante, a “Euroscut Norte” manteve o mesmo entendimento perante a Provedoria de Justiça, limitando-se apenas a descrever em abstracto o procedimento de rotina que instituiu para os casos em que as vias de circulação automóvel sob a sua jurisdição não se encontram em bom estado de conservação.

5. Considerando o carácter controvertido da matéria factual atinente ao acidente, os pressupostos de que a lei faz depender a imputação de responsabilidade civil e a controvérsia ainda não ultrapassada pela jurisprudência e pela doutrina em torno da qualificação da relação que se estabelece entre as empresas concessionárias e os respectivos utentes para efeitos dessa responsabilidade (responsabilidade civil extra-contratual ou contratual), com imediata repercussão na repartição do ónus da prova daqueles pressupostos, considerou-se que só pela via judicial poderia o reclamante — caso tivesse exercido o seu direito de indemnização no prazo legal previsto para o efeito —, ter obtido a satisfação do seu pedido de indemnização.

6. De todo o modo, o facto de a “Euroscut Norte” ter demorado mais de dois anos a comunicar ao reclamante a sua decisão final quanto ao pedido de ressarcimento dos danos, e de ter utilizado uma fundamentação insuficiente e desadequada para recusar a imputação de responsabilidades, motivou uma chamada de atenção a essa empresa.

7. Procurou-se, assim, não só garantir, em eventuais situações futuras, maior celeridade ao processo de decisão, mas também que seja feita uma análise casuística das concretas circunstâncias de tempo e de lugar em que possam ocorrer acidentes desta natureza e de todos os elementos de prova disponíveis, pois só dessa forma estará garantido o devido cumprimento dos deveres de resposta e de fundamentação, sendo certo que uma resposta fundamentada não

pode deixar de passar, também, pela demonstração de que foram observados os deveres de manutenção, conservação e de vigilância das vias sob concessão.

R-1727/05

Assessora: Ana Guerreiro Pereira

Assunto: Incêndios ocorridos nos meses de Verão do ano de 2004 — medidas excepcionais de apoio — indemnização aos agricultores pela perda de animais de espécies pecuárias e colónias de abelhas.

Objecto: Forma de apresentação de uma candidatura às medidas excepcionais de apoio instituídas pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 126/2004, de 28 de Agosto. Pagamento de uma indemnização pela perda de enxames.

Decisão: A intervenção do Provedor de Justiça junto da Direcção Regional de Agricultura do Algarve e, posteriormente, junto do Ministério da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas, permitiu que fosse reconhecido ao reclamante o direito ao processamento da ajuda requerida.

Síntese:

1. O reclamante apresentou um pedido de apoio no âmbito das medidas excepcionais aprovadas pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 126/2004, de 28 de Agosto, destinadas a fazer face às consequências dos incêndios verificados durante os meses de Junho, Julho e Agosto de 2004.

2. Para o efeito, preencheu e entregou na Zona Agrária de Loulé, em 13 de Outubro de 2004, uma declaração de prejuízos relativa à Medida 5 — Prevenção e Restabelecimento do Potencial de Produção Agrícola do Programa AGRO (Programa Operacional Agricultura e Desenvolvimento Rural), no qual mencionou a perda de colmeias, cortiços e enxames de abelhas.

3. Ao reclamante foi negado o direito a uma indemnização pela perda das abelhas, com a argumentação de que o impresso de candidatura que havia entregue contemplava exclusivamente pedidos de apoio à Medida 5 do Programa AGRO, pelo que deveria ter autonomizado esse pedido noutro impresso de candidatura.

4. Considerando que competia aos Serviços Agrários que receberam a candidatura do reclamante adverti-lo para a necessidade de vir a apresentar um outro pedido de apoio para obter o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela perda dos animais, ao invés de confirmar a exactidão dos danos declarados no formulário, como terá acontecido, a Provedoria de Justiça solicitou à Direcção Regional de Agricultura do Algarve que esclarecesse o procedimento seguido na apreciação desta candidatura.

5. Em resposta, aquela Direcção Regional admitiu, efectivamente, que, quer no caso do reclamante, quer no de outro agricultor, se verificou que não procederam à declaração dos prejuízos decorrentes da perda dos animais no impresso próprio, sendo certo que o *“(...) técnico receptor, talvez um tanto ou quanto inadvertidamente também não se apercebeu da anomalia, rectificando, como de certo o terá feito noutras ocasiões, que a perda dos animais deveria ser efectuada noutro impresso (...)”*.

6. Acrescentou, no entanto, que, uma vez que a perda de animais deveria ter sido obrigatoriamente declarada em impresso próprio até ao dia 31 de Outubro de 2004, nos termos do Despacho Normativo n.º 40-A/2004, de 18 de Outubro, já não poderia ser deferido o pedido de apoio apresentado pelo reclamante.

7. Ponderada esta posição, entendeu a Provedoria de Justiça dever prosseguir com a instrução do processo junto do Ministério da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas, chamando a atenção para o facto de não dever o reclamante ser penalizado por um lapso de procedimento da parte dos serviços tutelados por esse Ministério.

8. Sublinhou então a Provedoria de Justiça que o técnico da Zona Agrária que recebeu a candidatura do reclamante estava obrigado a proceder à confirmação do correcto preenchimento dos impressos e a indicar eventuais anomalias que devessem ser objecto de correcção, de modo a que não se perdessem apoios devido à incorrecta formalização das candidaturas.

9. Sensível aos argumentos apresentados pela Provedoria de Justiça, o Secretário de Estado Adjunto, da Agricultura e das Pescas determinou à Direcção Regional de Agricultura do Algarve que providenciasse pela confirmação da veracidade da perda dos enxames de abelhas declarada pelo reclamante, para subsequente processamento da indemnização que lhe será devida.

10. Atingidos os objectivos propostos com a instrução do processo, foi determinado o respectivo arquivamento.

C — Comércio

R-4519/04

Assessora: Ana Guerreiro Pereira

Assunto: Venda de um veículo automóvel em hasta pública — chassis falsificado — anulação da venda — reembolso do valor pago.

Objecto: Exigência da devolução do valor pago pela compra em hasta pública promovida pela Direcção-Geral do Património de uma viatura na qual se veio a detectar mais tarde uma viciação do quadro do motor.

Decisão: A reiterada intervenção do Provedor de Justiça junto da Direcção-Geral do Património permitiu que fosse anulada a venda do veículo com a consequente devolução das verbas despendidas pelo particular no processo aquisitivo.

Síntese:

1. O Senhor A... apresentou uma queixa na Provedoria de Justiça contestando o procedimento adoptado pela Direcção-Geral do Património no âmbito da venda em hasta pública de um veículo automóvel, cujo auto de venda foi formalizado em 3.01.2002.

2. Efectivamente, só em 13.07.2003 — data em que o veículo foi submetido a uma inspecção obrigatória — é que foi denunciado o vício que afectava essa viatura e que se prendia com a falsificação do respectivo chassis.

3. Instada pela Provedoria de Justiça a explicitar os fundamentos pelos quais se havia recusado, a pedido do reclamante então comprador, a proceder à anulação da venda e a devolver o valor cobrado por essa alienação, a Direcção-Geral do Património veio defender que, tratando-se de uma venda de coisa defeituosa que se rege pelo disposto nos arts. 913.º e ss. do Código Civil, o facto de não ter sido denunciado esse defeito dentro dos prazos legalmente prescritos para o efeito não permitia deferir a reclamação apresentada.

4. De todo o modo, manifestou-se a Direcção-Geral do Património disponível para vir a colaborar com o interessado na legalização da viatura, admitindo, designadamente, poder vir a suportar o custo da gravação do novo quadro.

5. Por se considerar que a posição defendida pela referida Direcção-Geral era merecedora de vários reparos sob o ponto de vista jurídico e que a solução que havia proposto não acautelava os direitos do reclamante, insistiu a Provedoria de Justiça para que fosse determinada a anulação da venda.

6. Sustentou-se, assim, que a falsificação do chassis de um veículo automóvel, enquanto componente essencial e sinal identificativo, não pode considerar-se um “mero defeito da coisa vendida” para efeitos da aplicação do regime das coisas defeituosas previsto no Código Civil.

7. Por outro lado, estaria a Direcção-Geral do Património obrigada, em momento prévio à promoção da venda em hasta pública, à verificação dos pressupostos legais desse acto, confirmando, designadamente, a regularização de todos os documentos da viatura e da sua correspondência com as respectivas componentes identificativas, em que se incluirá a conformidade do chassis.

8. Aceitando a argumentação expendida pela Provedoria de Justiça, o Director-Geral do Património determinou a anulação da venda da viatura, acompanhada da devolução de todas as verbas despendidas pelo reclamante no processo aquisitivo.

9. Considerando o sucesso alcançado com a instrução do processo, procedeu-se ao respectivo arquivamento.

D — Concorrência

R-1541/03

Assessora: Ana Guerreiro Pereira

Assunto: Concorrência — mercado das inspecções das redes, ramais de distribuição e instalações de gás.

Objecto: Actuação do Instituto Tecnológico do Gás no mercado das inspecções das redes, ramais de distribuição e instalações de gás. Legalidade do processo de certificação e de reconhecimento como entidade inspectora.

Decisão: Considerando o teor da Recomendação dirigida pela Autoridade da Concorrência ao Ministério da Economia e da Inovação no sentido

de vir a ser revisto e anulado o processo que havia certificado o Instituto Tecnológico do Gás como entidade inspetora no mercado do gás, e porque tal Recomendação foi ao encontro da posição que a Provedoria de Justiça considerava ser a mais adequada, foi o processo arquivado.

Síntese:

1. Foi o Provedor de Justiça chamado a pronunciar-se sobre a legalidade da actuação do ITG – Instituto Tecnológico do Gás enquanto entidade inspetora das redes, ramais de distribuição e instalações de gás, cujas principais associadas são empresas concessionadas para a distribuição de gás natural no país.

2. Procurando reunir os elementos necessários à tomada de posição sobre esse assunto, solicitou a Provedoria de Justiça à Direcção-Geral de Energia que esclarecesse os termos em que havia decorrido o processo de certificação e de reconhecimento do ITG.

3. Questionou então a Provedoria de Justiça a conformidade desse processo relativamente ao art. 10.º do Anexo II da Portaria n.º 362/2000, de 20 de Junho, de acordo com o qual as entidades inspectoras não podem, ainda que por interposta pessoa, exercer qualquer actividade relacionada com a montagem, instalação ou distribuição de gás.

4. Não obstante, essa Direcção-Geral veio defender que o ITG constitui uma entidade inspetora de referência, e que a sua certificação respeitou a legislação vigente, designadamente a Portaria n.º 362/2000, de 20 de Junho, e a Norma EN45004/1997, “(...) *porquanto é composto por um conjunto de entidades muito diversas e desenvolve um leque de actividades muito variadas que o colocam, claramente, fora da possibilidade de captura associativa ou empreendedora, capaz de o desviar do seu núcleo essencial (...)*”.

5. Por entender que essas explicações seriam insuficientes para afastar a aplicação do regime de incompatibilidades legalmente previsto, prosseguiu a Provedoria de Justiça com a instrução do processo junto da Autoridade da Concorrência, entidade à qual compete, nos termos dos respectivos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, velar pelo cumprimento das normas legais destinadas à defesa da concorrência.

6. Após analisar o assunto à luz do regime jurídico da concorrência, entendeu a Autoridade da Concorrência dirigir uma Recomendação ao Ministro da Economia e da Inovação, na qual se concluiu que:

- a) O facto de os principais associados do ITG serem empresas produtoras/distribuidoras de gás coloca em causa a sua imparcialidade enquanto entidade inspectora;
- b) Na verdade, *“(...) o Estado, ao atribuir à esfera privada a responsabilidade destas inspecções, procurou acautelar, por um lado, a independência e imparcialidade das entidades inspectoras e, por outro lado, a sua capacidade técnica e idoneidade (...)”*;
- c) *“(...) Assim, não parece razoável que seja o próprio Estado (através do IPQ e da DGE) a criar desvios aos objectivos da legislação, potenciando distorções de concorrência no mercado, ao permitir que o ITG actue como entidade inspectora em paralelo com operadores privados constituídos segundo os requisitos legais (...)”*.

Nessa sequência, recomendou que *“(...) os organismos responsáveis pela certificação e reconhecimento do ITG como entidade inspectora, respectivamente, IPQ e DGE, deverão reavaliar o respectivo processo de certificação e reconhecimento no sentido de o mesmo ser anulado, enquanto se mantiverem os impedimentos do ITG anteriormente descritos (...)”*.

Recomendou, também, tendo em vista assegurar a transparência e simetria de informação no mercado, que fosse promovida uma adequada divulgação, através dos meios de comunicação social, das obrigações dos utentes/proprietários das instalações de gás natural, e através da publicitação no *website* da DGE, da listagem e contactos completos das empresas inspectoras e reparadoras.

7. Considerando que o teor desta Recomendação correspondia à posição que a Provedoria de Justiça havia assumido no âmbito do processo, procedeu-se ao respectivo arquivamento, por não se mostrar necessária qualquer outra medida, em ordem à reposição da legalidade no mercado das entidades inspectoras de gás.

2.2.4. Pareceres

A — Consumo

R-3671/05

Assessora: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Serviços Municipalizados de Água e Saneamento de Oeiras e Amadora

Assunto: Tarifa de conservação de esgotos — determinação do responsável pelo pagamento da tarifa.

Analisada uma queixa apresentada na Provedoria de Justiça relativamente aos critérios utilizados na determinação do responsável pelo pagamento da tarifa de conservação de esgotos cobrada pelos Serviços Municipalizados de Água e Saneamento de Oeiras e Amadora, foi elaborada a Informação que se transcreve, procedendo-se em seguida ao arquivamento do processo:

- “1.º No art. 64.º, n.º 4 do Regulamento de Drenagem de Águas Residuais (cfr. fls. 6), apenas se diz que a tarifa de conservação de esgotos incidirá sobre o valor patrimonial dos prédios urbanos ou fracções dos prédios, sendo devida pelos proprietários ou usufrutuários dos mesmos.
- 2.º Depois, presumem-se proprietários, aqueles que para efeitos fiscais, no dia 31 de Dezembro do ano civil da liquidação da tarifa de conservação de esgotos, figurem ou devam figurar na matriz predial do imóvel, nos termos do Código Municipal sobre Imóveis, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12.11.
- 3.º Inexiste, por conseguinte, norma que preveja que a tarifa em causa é devida pelo proprietário do imóvel a 31 de Dezembro, sendo o Regulamento de Drenagem de Águas Residuais dos Serviços Municipalizados de Oeiras e Amadora, omissivo quanto a este aspecto.

- 4.º Conforme se concluiu em processos semelhantes, estando em causa matéria de parafiscalidade, e existindo uma lacuna respeitante à delimitação temporal da incidência tributária, não pode haver recurso à analogia. Desde logo, porque sendo a tarifa de conservação um tributo nos termos do art. 3.º, n.º 2 da LGT, saber quem é o devedor é matéria de incidência tributária submetida aos princípios da legalidade e da tipicidade, de acordo com o art. 103.º, n.º 2 da CRP, e art. 8.º da LGT, insusceptível de integração analógica (cfr. art. 11.º, n.º 4 da LGT). Também Lima Guerreiro assim o entende na sua LGT Anotada (p. 88), “por imporem encargos aos particulares, as normas criadoras de taxas”, como também se encontra assinalado naquele processo.
- 5.º De um dos processos a que se vem fazendo referência (R-2758/02 (A2)), retiraram-se aos factores assinalados, duas consequências: a de que o valor da taxa deveria ser devolvido ao reclamante, e a de que o Regulamento Municipal teria que ser alterado, acabando no decorrer da instrução por se deixar cair a questão da interpretação jurídica relacionada com a legalidade do recurso à analogia.
- 6.º Sem os SMAS em causa terem procedido à devolução da tarifa ao reclamante, nem terem alterado o Regulamento, conseguiu-se, não obstante, uma melhoria, passando os SMAS a fazer constar das facturas, quem deve ser considerado sujeito passivo.
- 7.º Aquele processo foi arquivado pelo Provedor-Adjunto, sem prejuízo de nova ponderação, se situações duvidosas como a que ali foi debatida, se voltassem a repetir, o que acontece inequivocamente no caso sub judice.
- 8.º Questão diversa, é a de saber se poderá considerar-se adequado e socialmente justo, liquidar a tarifa de conservação de esgotos ao proprietário do imóvel em nome de quem se encontra o mesmo inscrito na matriz, à data de 31 de Dezembro e independentemente do momento temporal em que adquiriu aquele, obrigando-o a pagar a totalidade dos meses do ano a que respeita a tarifa, ainda que como no caso em análise, não fosse o proprietário do imóvel, senão durante uma parte do ano.

Recordo que no âmbito do mencionado R-2758/02 (A2), considerou a signatária que deveria ser consagrado um regime mais justo em detrimento de orientações que atendam apenas a critérios de economia e simplicidade administrativa, sem olhar à penalização excessiva que se traduz em liquidar integralmente a tarifa de conservação de esgotos, em nome de um proprietário, que adquiriu o imóvel, por ex., já no segundo semestre do ano civil.

Parece que solução adequada seria, a de instituir um regime de duodécimos nos termos do qual a responsabilidade do pagamento passasse a ser quer do adquirente, quer do vendedor, em função dos duodécimos da sua propriedade.

Ali se propôs a abertura de um processo “P” para estudo desta questão, temendo-se apenas, as implicações financeiras que um sistema como o preconizado pudesse reflectir.

No processo R-3667/04 (A2), também distribuído à signatária, foi efectuada nova ponderação do assunto, no seguimento das preocupações manifestadas pelo Provedor-Adjunto, acima referidas (cfr. ponto 7), tendo-se concluído que, se é certo que esse regime pode gerar situações de injustiça, a verdade é que sempre que um município é prejudicado, pagando a taxa anual por um serviço de que, no limite, pode ter beneficiado por um só dia, outro município será beneficiado na mesma exacta proporção, havendo assim neste sistema uma certa forma de compensação.

Concluiu-se ainda que não seria exequível um procedimento que passasse por um sistema de duodécimos na repartição do valor da taxa de conservação pelos municípios que exerceram a propriedade sobre os imóveis ou que dos mesmos usufruíram ao longo do ano a que a mesma respeita.

Por último, considerou-se que seria preferível que os regulamentos municipais indicassem expressamente a data de referência para a identificação do devedor das taxas ou tarifas, dissipando assim quaisquer dúvidas a este respeito.

Nesta conformidade, a Provedoria de Justiça solicitou aos Serviços Municipalizados (também de Oeiras e Amadora), no âmbito do último dos processos referidos, que logo que promovessem alterações ao respectivo Regulamento de Drenagem de Águas

Residuais, clarificassem o regime instituído mediante a expressa indicação da data relevante para a incidência da tarifa.

Termos em que se propõe o arquivamento do processo...”.

B — Fundos europeus

R-2104/05

Assessora: Ana Guerreiro Pereira

Entidade visada: Ministério da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas

Assunto: Programa de novas plantações de olival. Despacho Normativo n.º 6/2005, de 18 de Janeiro. Revogabilidade de actos administrativos. Actos constitutivos de direitos.

A) Objecto da queixa

1. O Reg. (CE) n.º 1636/98, do Conselho, de 20.07, previu no seu art. 4.º que Portugal pode excepcionalmente beneficiar de 30 000 ha de novas plantações de olival, com direito à ajuda à produção de azeite, mediante a apresentação de um programa à Comissão Europeia.

2. Esse novo programa foi aprovado pela Decisão da Comissão n.º 2000/406/CE, de 9.06. Aí se refere então que as oliveiras suplementares no quadro da reconversão de um antigo olival ou as novas plantações em superfícies previstas nesse programa podem ser tomadas em consideração para efeitos da ajuda aos produtores de azeitonas no âmbito da organização comum de mercado no sector das matérias gordas em vigor a partir de 1 de Novembro de 2001.

3. Nos termos do disposto no art. 4.º, n.º 2 do Reg. (CE) n.º 2366/98, de 30.10, da Comissão, os olivicultores que pretendam obter uma ajuda à produção de azeitona estão obrigados à apresentação de uma declaração prévia da intenção de plantar (DPIP) sobre a qual deve o Estado-membro pronun-

ciar-se no sentido de atestar se as plantações pretendidas podem ou não integrar-se no programa aprovado pela Comissão.

4. No caso em apreço, o reclamante apresentou as respectivas DPIP's — cfr. fls. 34 e 35 — sobre as quais recaíram despachos idênticos atestando a possibilidade de integração das plantações no referido programa.

5. Tais despachos foram emitidos pela Direcção Regional de Agricultura do Alentejo também ao abrigo do disposto no ponto 4.º do Despacho Normativo n.º 1/2002, de 29.11, diploma em que também se consagra a validade de 2 anos das DPIP's.

6. Sucede, porém, que, após terem sido proferidos aqueles despachos sobre as DPIP'S apresentadas pelo reclamante, de este ter sido notificado da recepção do projecto de candidatura e de já ter iniciado uma parte substancial do projecto, suportando despesas de considerável montante, foi publicado o Despacho Normativo n.º 6/2005, cuja aplicação implicou uma redução da área candidata à ajuda de 100 ha para 12,315 ha.

7. Questiona assim o reclamante a legalidade daquele Despacho Normativo, já que teria operado a revogação dos despachos emitidos sobre as DPIP'S que considera constitutivos de direitos e, como tal, sujeitos ao regime de revogação dos actos administrativos previsto no art. 140.º, n.º 1, alínea *b*) do CPA, ou seja, não havendo acordo dos destinatários, não podem ser objecto de livre revogação pela Administração.

B) Posição do MADRP

8. Ouvido o MADRP, confirmou este a legalidade do referido despacho, argumentando que os despachos que recaíram sobre as DPIP'S não podem ser considerados constitutivos de direitos, porquanto:

- a*) Versam sobre uma mera intenção de plantar que poderia ou não vir a concretizar-se no futuro;
- b*) Os próprios despachos traduzem uma mera susceptibilidade de virem a ser concedidas ajudas à produção de azeite relativamente à área declarada;
- c*) Esses despachos traduzem-se em meros actos preparatórios, porquanto, para que fosse concedida a ajuda pretendida seria ainda

necessário que fosse efectivamente plantado o olival, fosse apresentada uma declaração de cultura correspondente às oliveiras em produção e à situação dos olivais em exploração e fosse efectivamente formulado o pedido de ajuda devidamente instruído nos termos do art. 12.º do Reg. (CE) n.º 2366/98;

- d) Esses despachos revestem também a natureza de actos condicionados, uma vez que a respectiva eficácia estava dependente, desde logo, dos imperativos de cumprimento do programa aprovado pela Comissão — de acordo com o qual a área global de novas plantações de olival não poderia exceder os 30 000 ha —, e depois, da própria realização efectiva das plantações.

9. A essa informação do MADRP foi anexa cópia do Acórdão do STA de 6.06.2002, no qual se concluiu, a propósito de um despacho, cujo teor, caso viesse a confirmar-se no decurso do processo instrutório, acabaria por conferir direitos de exploração a uma determinada empresa, que se tratou de um acto administrativo cuja eficácia estava suspensa por uma condição, sendo certo que “ (...) *a expectativa jurídica de que beneficia o destinatário do acto condicionado não se pode equiparar, para efeitos de revogação, a um autêntico direito subjectivo ou interesse legalmente protegido (...)*”.

C) Conclusões: proposta de decisão a adoptar pela Provedoria de Justiça

10. Analisados os fundamentos da queixa em conjunto com o entendimento defendido pelo MADRP, à luz da legislação aplicável e da doutrina e jurisprudência que foi possível recolher a propósito julgo que podemos dar por assente que a resolução do assunto, apesar da sua aparente complexidade técnica, passa por dar resposta a uma só questão: Devem os despachos que recaíram sobre as DPIP’S apresentadas pelo reclamante ser considerados ou não actos constitutivos de direitos?

11. Se a resposta a essa questão for positiva, ter-se-á que considerar ilegal o Despacho Normativo n.º 6/2005, pois que, nesse caso, não poderia ter operado a revogação daqueles despachos cuja revogabilidade estaria vedada nos termos do art. 140.º do CPA.

12. Se, pelo contrário, se concluir que tais despachos não podem ser considerados constitutivos de direitos, então, nada há a opor à sua revogação, até porque, como se referiu essa revogação serviu propósitos de natureza jurídica, no sentido de que se tornou necessário adaptar as regras internas às determinações definidas pela Comissão (máximo de 30 000 ha de novas plantações de olival).

13. Deve assim começar-se por fixar o conceito de “actos constitutivos de direitos”:

a) Quanto à eficácia (actos constitutivos de direitos/actos condicionados):

Como se refere no Acórdão do STA junto pelo MADRP, a constituição de direitos supõe uma eficácia actual e não apenas potencial, sendo certo que um acto cujos efeitos só se desencadeiam após a verificação do evento a que corresponde a condição tem uma eficácia meramente potencial;

- “A eficácia jurídica dos actos administrativos traduz-se no complexo de poderes e deveres jurídicos a que o acto dá lugar” — cfr. Dr. Robin de Andrade *in* “A revogação dos actos administrativos”.
- Porém, no Acórdão do STA de 20.10.2004, defendeu-se que “só pode ser qualificado de acto sujeito a condição aquele em cujo texto haja referência, expressa e clara, a essa circunstância ou aquele em que a lei, igualmente de forma clara e expressa, prescreva que o mesmo está sujeito a condição e isto porque a reserva ou a condição não podem ser implícitas, têm de ser expressas” (na mesma esteira, vd., também o Acórdão do STA de 24.10.2001).

b) Quanto ao momento (actos constitutivos de direitos/ actos provisórios):

Os actos provisórios supõem sempre uma decisão posterior e por isso se distinguem dos actos constitutivos de direitos que devem ser actos horizontalmente definitivos, porque põem fim ao procedimento administrativo (Prof. Freitas do Amaral — Direito Administrativo III);

- “(...) Os actos provisórios são praticados quando o órgão administrativo competente tem de tomar imediatamente uma decisão, mas não dispõe ainda de todos os elementos (factuais ou normativos) necessá-

rios para formular um juízo negativo da situação a regular. Apesar da incerteza quanto ao preenchimento dos pressupostos do tipo legal do acto, o órgão, com base num juízo de probabilidade da verificação dos mesmos — assente na averiguação sumária dos factos relevantes — fixa a regulação da situação individual e concreta em causa, com eficácia jurídica externa (...)” — cfr. Estudo da Dr.^a Filipa Calvão “Os Actos Precários e os Actos Provisórios no Direito Administrativo”.

— De onde se concluiu que “(...) o acto provisório implica sempre e necessariamente a emanção de uma decisão ulterior, que tanto pode repetir a mesma decisão, agora com carácter definitivo, como corrigir o resultado a que conduziu o acto provisório (...)” — Prof. Sérvulo Correia *in* “Noções de Direito Administrativo”.

c) Quanto ao conteúdo (actos constitutivos de direitos/meras expectativas):

O acto constitutivo de direitos abrange não apenas a noção técnico-jurídica de direito subjectivo, mas todas aquelas situações ou posições jurídicas que, por serem protegidas por lei, devem ser respeitadas pela Administração. Um acto administrativo é constitutivo de direitos se conferir, ampliar ou consolidar direitos ou interesses juridicamente tutelados na esfera jurídica das pessoas jurídico-administrativamente relacionadas com o Estado. (cfr. Acórdão do STA de 26.02.1991).

- “O acto de concessão de ajudas comunitárias é um acto constitutivo de direitos, pois é a resolução final do pedido de ajuda, não estando previsto qualquer outro momento decisório no respectivo procedimento.” — cfr. Acórdão do STA de 20.10.2004.
- “É acto constitutivo de direitos, e não acto precário ou provisório que corresponda a um mero adiantamento de verbas, o que atribuiu ao agricultor determinada ajuda a culturas arvenses, em função de certa área de cultivo” — cfr. Acórdão do STA de 24.10.2001.
- “O critério da distinção teórica entre direitos e meras faculdades traduz-se portanto no carácter absoluto ou condicionado (pelo interesse público) da protecção jurídica dos interesses dos administrados” — cfr. Dr. Robin de Andrade *in* “A revogação dos actos administrativos”.

14. À luz dos ensinamentos que antecedem, e embora não possa deixar de reconhecer a dificuldade inerente à qualificação dos despachos que recaíram sobre as DPIP'S apresentadas pelo reclamante, julgo que não dispõe a Provedoria de Justiça de elementos capazes de contrariar o entendimento defendido pelo MADRP no sentido de que não se está perante actos constitutivos de direitos, havendo assim que reconhecer que tais despachos poderiam ser objecto de revogação.

15. Na verdade, se é certo que nos despachos em causa não foi prevista qualquer condição para que a respectiva eficácia se pudesse operar, não pode deixar de se reconhecer que tais despachos, por si só, não outorgavam ao reclamante quaisquer direitos no que ao recebimento da ajuda diz respeito.

16. Repare-se que, no ofício em que a DRAAL comunicou a recepção do projecto de candidatura se teve o cuidado de advertir para o facto de que tal não implicava, sequer, que se considerasse ter sido a mesma correctamente formulada e, naturalmente, muito menos poderia esse ofício ser interpretado como uma aprovação do projecto.

17. Como se tem vindo a referir no âmbito de outras queixas que incidem sobre fundos comunitários no sector agrícola (e outros), o facto de os programas de investimento admitirem que possam ser consideradas elegíveis despesas realizadas em função da execução desse investimento em momento anterior à data da aprovação do projecto, não significa que se gere aí um direito à *aprovação* da candidatura, pois que, em rigor, apenas se pode falar no direito à respectiva *apreciação* em tempo útil.

18. Por esse motivo, não pode deixar de se afirmar que só o reclamante poderá ser responsabilizado pelo facto de os trabalhos de execução do projecto terem sido iniciados com base nesse ofício e em instruções verbais colhidas junto dos Serviços Regionais de Agricultura.

19. Atente-se, também, que os despachos em causa apenas referem que as plantações constantes das DPIP'S se integram no conceito de plantações definidas na Decisão da Comissão, podendo assim beneficiar de ajuda.

20. Aí não se refere que beneficiam já dessa ajuda ou que lhes será efectivamente concedida uma ajuda proporcional às áreas declaradas, nem tal seria possível face à legislação vigente que exige, como se viu, vários outros procedimentos, para além da apresentação das DPIP'S, para a formalização do pedido de ajuda (cfr. supra, ponto 8, alínea c)).

21. Por esse motivo, se dúvidas poderiam subsistir quanto ao facto de tais despachos consubstanciarem actos condicionados ou com eficácia suspensa (cfr. supra pontos 13.º, alínea *a*) e 15.º), parece-me que poderiam ser qualificados como meros actos preparatórios, porque constituem apenas a fase inicial do procedimento administrativo, cujo prosseguimento pode, por isso, vir a determinar a sua correcção, o que, no caso, se veio a traduzir na redução da área elegível para efeitos da ajuda a conceder.

22. Muito embora essa qualificação (como actos preparatórios) possa ser suficiente, por si só, para afirmar que tais despachos não podem considerar-se constitutivos de direitos, poderia ainda explorar-se a possibilidade de tais despachos consubstanciarem, também, meras expectativas.

23. É que, como é bom de ver, tais despachos não traduzem a concessão de qualquer ajuda comunitária ou, sequer, o mero adiantamento de verbas, mas apenas um procedimento preliminar na apresentação de candidaturas ao programa de novas plantações de olival, que assume, no actual contexto comunitário, manifesto carácter excepcional ⁸⁴.

24. A todo o exposto acresce também o facto de a redução das áreas obedecer a imperativos comunitários, designadamente à necessidade de dar cumprimento à Decisão da Comissão que fixou o limite dos 30 000 ha, ou seja, não se trata de uma decisão arbitrária, mas antes motivada pelo interesse público subjacente.

25. Nestes termos, não haveria como sustentar as restrições invocadas pelo reclamante quanto à revogabilidade daqueles despachos, pelo que proponho o arquivamento do processo.

⁸⁴ Decorre do texto da Decisão n.º 2000/406/CE que, regra geral, não é possível conceder ajudas aos produtores de azeitona com base em oliveiras suplementares ou em superfícies plantadas depois de 1 de Maio de 1998.

2.2.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

A — Fiscalidade

R-4262/99

Assessora: Elsa Dias

Entidade visada: Director de Serviços do Imposto Municipal sobre Imóveis
Assunto: Fiscalidade — contribuição autárquica — juros indemnizatórios.

Agradeço a V. Ex.^a os esclarecimentos prestados através da vossa comunicação e informo ter sido determinado o rearquivamento do processo aberto na Provedoria de Justiça para estudo da questão em epígrafe, tendo o interessado sido informado dos motivos pelos quais o valor de juros indemnizatórios que recebeu ficou abaixo do valor que esperava receber, tudo nos termos da vossa Informação n.º 616/02 e da informação complementar à mesma, remetida a este órgão do Estado a coberto de ofício.

Não posso, porém, deixar de manifestar a preocupação da Provedoria de Justiça com o afirmado nos pontos 13.º e 14.º da referida informação complementar, nos termos dos quais o caminho a seguir para concretizar o pedido de pagamento de juros indemnizatórios deve ser o da sua formulação no âmbito — e em dependência — do pedido de anulação do acto tributário através de reclamação graciosa, sendo que, quando o pedido de juros não for formulado na dependência de reclamação graciosa ou impugnação judicial, deve ser formulado no âmbito de uma acção para obter o reconhecimento de um direito ou interesse tributário, nos termos do disposto no artigo 145.º do CPPT.

Sobre este entendimento, diga-se, desde logo, que não se afigura justo forçar o contribuinte a recorrer à via judicial para corrigir erros que a Administração tem a obrigação de evitar e a possibilidade de corrigir oficiosamente.



Acresce que este entendimento contraria o que, com frequência, vem sendo comunicado a este órgão do Estado, por diferentes serviços da DGCI que, não raro, informam que os juros indemnizatórios devem ser pedidos “*junto do Serviço de Finanças, que instaurará o competente processo de reclamação, de harmonia com o artigo 94.º do CIRS*”⁸⁵ e *artigo 43.º conjugado com o artigo 100.º da LGT*”, tese que contraria a defendida na informação complementar a que me venho reportando.

No entanto, e uma vez que a questão genérica da interpretação da norma contida no artigo 43.º da Lei Geral Tributária e da concretização do direito a juros que a mesma consagra está sendo objecto de estudo em processo autónomo aberto na Provedoria de Justiça, considerou-se não ser justificado o prosseguimento da instrução do presente processo, cujo rearquivamento, por isso, determinei.

R-3706/02
Assessora: Mariana Vargas

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Oeiras 3

C/C ao Director de Serviços de Justiça Tributária

Assunto: Apreciação da caducidade e/ou prescrição de liquidações oficiosas de IVA dos anos de 1988 e de 1989, em execução fiscal de que foi deduzida oposição ainda não decidida.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio muito agradeço, assim como toda a colaboração prestada no âmbito da instrução do processo.

Não posso, no entanto, deixar de lamentar que as conclusões agora alcançadas sobre a forma da notificação para pagamento voluntário das liquidações exequendas e sobre a alteração do domicílio fiscal do reclamante, assim como as que respeitam à prescrição das mesmas, se bem que em data poste-

⁸⁵ Geralmente é esse o imposto em causa, enquanto nos presentes autos se trata de Contribuição Autárquica, mas este aspecto da questão não releva pois o artigo 94.º do CIRS apenas remete para a LGT e esta é aplicável de igual modo ao IRS, à Contribuição Autárquica e a todos os outros impostos.

rior à da introdução da oposição em juízo, tenham sido transmitidas tão tardiamente, com inegáveis reflexos na economia processual, tanto mais que os sobreditos esclarecimentos têm vindo a ser solicitados desde o início da instrução dos autos, reportado ao ano de 2002.

Da mesma forma se lamenta o atraso em actos processuais tão relevantes para a defesa do contribuinte, como sejam a remessa ao tribunal competente dos processos de oposição ou de embargos de terceiro, deduzidos pelo cônjuge do executado, na ausência da citação para a execução.

Embora grande parte dos atrasos registados não possa ser imputada a V. Ex.^a, mas sim aos seus antecessores no cargo, não posso deixar de para eles chamar a devida atenção, para que se possa vir a evitar a repetição de casos análogos no futuro.

R-4162/03

Assessora: Mariana Vargas

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Matosinhos-2

Assunto: Fiscalidade — processo tributário — execução fiscal — reversão.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio muito agradeço, bem como toda a colaboração prestada no âmbito da instrução do processo.

Pese embora as irregularidades da reversão efectuada, informo V. Ex.^a de que, face à posição definitivamente assumida pelos Serviços Centrais da DGCI e perante a inércia do reclamante, que não fez valer judicialmente os seus direitos, foi determinado o arquivamento do referido processo.

Não posso, porém, deixar de salientar que não se antevê qualquer justificação para que não tivesse sido revogado o despacho de reversão da totalidade das dívidas da empresa contra o ex-sócio-gerente, sem que ao menos este tivesse sido notificado para proceder ao aperfeiçoamento do requerimento apresentado em 17.03.2003, mediante junção da cópia da escritura de cessão de quota ocorrida em 03.11.1992 e mencionada nesse mesmo requerimento. Tal cópia poderia também ter sido pedida oficiosamente ao 1.º Cartório Notarial de Matosinhos, dada a identificação pormenorizada que era feita no

requerimento, o qual continha indicação da data, do livro de registo e respectivas páginas em que se encontrava registada a escritura.

Saliente-se que, apesar de tal despacho de reversão ter sido proferido já na vigência da Lei Geral Tributária, em cujo artigo 103.º vem consagrada a natureza judicial do processo de execução fiscal, os actos nele praticados pelo órgão da execução fiscal seguem o regime dos demais actos administrativos, não carecendo de anulação judicial para que possam ser revogados pela entidade que os praticou, como recentemente foi reconhecido em Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul ⁸⁶.

A decisão de arquivamento do processo pendente neste órgão do Estado foi tomada na convicção de que V. Ex.^a não deixará de ponderar o arquivamento dos processos de execução fiscal instaurados contra a “... Ld.^{as}”, por julgamento em falhas, caso não seja possível localizar os responsáveis subsidiários pelas dívidas posteriores à cessão da quota que o Senhor A. ... nela deteve, tanto mais que este ficou indevidamente privado do património que possuía, no âmbito de uma execução que padeceu das irregularidades já referidas em matéria de reversão.

R-38/04
Assessora: Elsa Dias

Entidade visada: Director de Finanças de Lisboa

Assunto: Fiscalidade — IRS — suspensão de reembolso do agregado familiar por dívida fiscal de um dos cônjuges, contraída em data anterior ao casamento.

A coberto de fax da Divisão de Justiça Administrativa dessa Direcção de Finanças, foi remetida à Provedoria de Justiça cópia da informação proferida acerca de assunto exposto à Administração Tributária pela contribuinte supra identificada, tendo a mesma, posteriormente, apresentado queixa na Provedoria de Justiça por não ter logrado obter resposta à sua exposição.

⁸⁶ Acórdão de 16.12.2004, proc.º n.º 370/04, in www.dgsi.pt.

A informação agora produzida, sancionada por despacho de 06.12.2004 e entretanto notificada à interessada, revela ter sido satisfeita a pretensão da reclamante, de obter resposta às questões que dirigira à administração tributária e revela, também, que lhe foi reconhecida razão quanto ao direito a juros que lhe assiste por força do prolongamento da suspensão do IRS/2001 do seu agregado familiar para além da data em que foi extinta a dívida de IRS/96 do seu marido, que estivera na origem a suspensão do reembolso do casal.

Congratula-se este órgão do Estado com a constatação de que, embora com algum atraso, quer a questão do direito a juros, quer a questão do direito de resposta da interessada, se encontram resolvidas.

Não posso, porém, deixar de dar a conhecer a V. Ex.^a a posição assumida pela Provedoria de Justiça, há já algum tempo, acerca da questão dos efeitos das dívidas de IRS contraídas por um dos cônjuges antes do casamento, sobre os reembolsos devidos a ambos os cônjuges, referentes a liquidações de imposto de anos posteriores ao casamento.

É convicção de alguns contribuintes que os reembolsos do casal não podem ser afectados pelas dívidas de IRS contraídas por um dos cônjuges antes do casamento. Não é assim, como adiante se justificará. Porém, para que os cheques de reembolso do casal possam ser utilizados para compensação de dívida de um dos cônjuges, é necessário que a Administração respeite determinados procedimentos, sob pena de invalidade dos seus actos. Vejamos os passos a dar para chegar a tal conclusão:

I — Responsabilidade por dívida de IRS contraída pelo cônjuge-marido em data anterior a casamento celebrado em regime de comunhão de adquiridos

Atente-se, em primeiro lugar, no regime geral do Código Civil (CC), para depois aferir se existe norma especial de direito fiscal que se lhe sobreponha.

Dos artigos 1691.º (dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges) e 1692.º (dívidas da responsabilidade de um dos cônjuges), ambos do CC, resulta que a dívida de IRS/96 aqui em análise é da exclusiva responsabilidade do cônjuge-marido.

Com efeito, a dívida foi contraída antes do casamento, não parecendo provável que o tenha sido “*com o consentimento do outro*” ou “*para ocorrer aos encargos normais da vida familiar*”, casos em que, apesar de anterior ao casamento, a dívida poderia responsabilizar ambos (artigo 1691.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), respectivamente).

Afastada assim a possibilidade de aplicação do artigo 1691.º, a situação em apreço cai na previsão do artigo 1692.º, alínea *a*), que considera serem da exclusiva responsabilidade do cônjuge a que respeitam “*as dívidas contraídas, antes ou depois da celebração do casamento, por cada um dos cônjuges sem o consentimento do outro...*”

Não existem, no direito fiscal em geral, nem no Código do IRS em especial, normas específicas que contrariem o essencial do supra sumariado regime geral de responsabilidade por dívidas dos cônjuges, pelo que o mesmo é plenamente aplicável aos casos como o aqui em análise.

A dívida de IRS/96 do cônjuge marido reporta-se a um ano em que apenas ele era sujeito passivo de imposto. O facto de o devedor ter posteriormente contraído matrimónio não torna a sua mulher sujeito passivo do imposto que por ele é devido desde 1996.

Em conclusão: por aplicação do regime geral de dívidas dos cônjuges previsto no Código Civil, a dívida de IRS/96 do cônjuge marido é da sua exclusiva responsabilidade, uma vez que é anterior ao casamento e não foi contraída com o consentimento da actual cônjuge nem para acorrer aos encargos da vida familiar que ambos encetaram apenas a partir de 2001.

II — Bens que respondem por dívida de IRS da responsabilidade exclusiva de um dos cônjuges

A questão objecto de queixa não se resolve com a mera definição da titularidade da dívida. Com efeito, aquilo de que a reclamante se queixa é de ter sido suspenso um crédito comum (o reembolso a que ambos os cônjuges tiveram direito em 2001, por ser resultante da liquidação de IRS de ano em que já vigorava a sociedade conjugal), por força da dívida que considera ser só do seu marido.

Já se viu que quanto à titularidade da dívida de IRS/96, assiste razão à reclamante: é apenas do seu marido. Porém, isso não impede que por ela respondam bens comuns.

Uma vez mais convirá atentar no regime geral e nas normas especiais: de acordo com o artigo 1696.º, n.º 1, do CC “*pelas dívidas da responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns*”.

Porém, o artigo 220.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT) permite a penhora imediata de bens comuns do casal mesmo quando a dívida é apenas de um deles, impondo, nesse caso, que o outro cônjuge seja citado para, querendo, requerer a separação judicial de bens.

Quer isto dizer que, por força da regra geral (artigo 1696.º, n.º 1, do CC), a Administração Fiscal estaria obrigada a liquidar a dívida de IRS/96 do cônjuge marido através dos seus bens próprios e, apenas se estes se revelassem insuficientes, através da sua meação nos bens comuns do casal. Porém, a norma especial constante do artigo 220.º do CPPT sobrepõe-se àquela regra geral e legitima a decisão da Administração Fiscal de penhorar, de imediato, bens comuns do casal (nomeadamente o cheque de reembolso de IRS/2001) para se fazer pagar da dívida de IRS/96 da exclusiva responsabilidade do cônjuge marido.

No entanto, e como resulta do artigo 220.º do CPPT, a penhora de bens comuns para pagamento de dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges impõe que o cônjuge não devedor seja citado para, querendo, requerer a separação judicial de bens. Se este o não fizer no prazo fixado para o efeito, a execução prossegue então sobre os bens comuns, mas a concretização de tal citação é essencial para que o cônjuge não devedor tenha a possibilidade de fazer sair os seus bens da comunhão conjugal e assim obviar a que respondam por dívida da exclusiva responsabilidade do outro cônjuge.

A falta de citação do cônjuge do executado, quando possa prejudicar a defesa do interessado, constitui nulidade insanável — cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea a), do CPPT —, facto que revela a importância que o legislador quis atribuir à necessidade de dar ao cônjuge não devedor a possibilidade de se eximir às consequências da dívida do seu cônjuge.

Em conclusão: o cheque de reembolso de IRS/2001, enquanto bem comum do agregado familiar, podia ter sido penhorado para pagamento da dívida exequenda, de IRS/96, apesar de esta não ser comum mas sim apenas

do cônjuge marido. Porém, a reclamante deveria ser previamente citada para, querendo, requerer a separação judicial de bens.

III — Suspensão de reembolsos vs. compensação de dívidas de tributos por iniciativa da administração tributária

O que acima ficou dito traduz o enquadramento genérico da questão da responsabilidade dos cônjuges por dívidas fiscais de um deles e dos bens que podem responder por essas dívidas. É à luz deste enquadramento que a Administração Tributária deve abordar todos os casos em que queira utilizar reembolsos do casal para satisfazer dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos seus membros.

No caso vertente, a Administração não terá chegado a penhorar o cheque de reembolso de IRS/2001, tendo apenas mantido o referido reembolso suspenso, até que, finalmente, foram os próprios interessados que puseram fim ao assunto liquidando a dívida exequenda de 1996 e libertando assim o reembolso de 2001.

Esta inércia da Administração Tributária — que manteve por cobrar, até 2002, uma dívida de 1996 — é extremamente prejudicial aos contribuintes e ao Erário Público: aos primeiros porque vêm a sua situação tributária futura afectada durante mais tempo do que o necessário e ao segundo porque, evidentemente, cobra anos mais tarde o que poderia ter cobrado mais cedo, sendo ainda por vezes obrigado a pagar juros por “desacertos” como o ocorrido no presente caso.

Na informação produzida nessa Direcção de Finanças a respeito do caso em apreço é invocado — e bem — o artigo 89.º do CPPT para justificar a suspensão do reembolso de 2001 e a subsequente compensação da dívida de 1996. A suspensão do reembolso é legítima, de facto, mas o processo não pode ficar por aí, havendo necessidade de retirar as consequências devidas de tal suspensão e de passar à fase seguinte, ou seja, à concretização da compensação. Como? Penhorando o cheque de IRS/2001 do casal, desde logo com respeito pelo disposto no artigo 226.º do CPPT, cuja alínea d) impõe ao órgão da execução fiscal que, em primeiro lugar, aplique o valor do crédito no pagamento da dívida exequenda (não esquecendo que, em casos como o presente, essa aplicação só é possível depois de notificar o cônjuge do executado para,

querendo, requerer a separação de bens) e que, seguidamente, proceda de modo a fazer chegar ao executado as eventuais sobras.

Assim se põe fim, com maior celeridade, aos processos de execução fiscal pendentes e à suspensão de reembolsos de IRS.

Certo de que V. Ex.^a verá, nestas reflexões, um contributo para a melhoria dos serviços prestados por essa Direcção de Finanças e pelos Serviços de Finanças da respectiva área geográfica, permito-me sugerir que dê instruções a esses serviços locais para que, futuramente, actuem de forma mais correcta e expedita quando se trate de utilizar reembolsos suspensos na compensação de dívidas que se encontrem em fase de execução fiscal.

Nada mais havendo a diligenciar relativamente ao caso concreto que motivou a abertura do presente processo, determinei o respectivo arquivamento, sem prejuízo do interesse deste órgão do Estado em conhecer o seguimento que V. Ex.^a entenda dar à sugestão de actuação aqui formulada.

R-534/04

Assessor: Mariana Vargas

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Palmela

Assunto: Fiscalidade — IRS — erro na declaração — declaração de substituição — conversão em reclamação graciosa — demora na apreciação e decisão — demora na regularização da situação tributária — suspensão de reembolsos.

Acuso a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio muito agradeço.

Concordando com o sentido da decisão comunicada, não posso, porém, deixar de exprimir dúvidas à correcção dos factos objecto deste processo.

Por um lado, é certo que a lei não indica prazo para a convalidação das declarações de substituição em reclamação graciosa, como viria a acontecer com uma declaração de substituição apresentada em 27 de Agosto de 2002, apenas convalidada naquele meio gracioso em 17 de Fevereiro de 2004, após intervenção do Provedor de Justiça.

Cabe assim questionar qual o efeito a que se destina a apresentação da declaração de substituição, se não à reclamação da liquidação efectuada com

base na declaração substituída. Aliás, nem faria sentido que tal declaração de substituição pudesse produzir efeitos de reclamação graciosa, se viesse a ser apresentada depois de decorrido o prazo da reclamação. Assim, a declaração de substituição equivale ao pedido inicial da reclamação graciosa.

Também se não entende que a reclamação graciosa não tenha em vista a revisão da liquidação anterior, se a nova liquidação vier a produzir menos imposto do que o liquidado inicialmente. Se assim não fosse, também não faria sentido a expressão contida no artigo 78.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária, segundo o qual “A revisão dos actos tributários (...) pode ser efectuada por iniciativa do sujeito passivo, no prazo de reclamação administrativa (reclamação graciosa) e com fundamento em qualquer ilegalidade (...)” (cfr. os artigos 68.º e 99.º, do Código de Procedimento e de Processo Tributário).

Por outro lado, não obstante a imposição legal contida no artigo 20.º, do Decreto-Lei n.º 492/88, de 30/12, segundo o qual não poderão ser pagos reembolsos se existirem dívidas em execução fiscal ou a ser pagas em prestações e que, se houver remanescente de reembolso, pelo seu pagamento fora do prazo legal não são devidos juros indemnizatórios a favor do sujeito passivo, o certo é que tais dívidas só existiram por inércia dos próprios serviços, porquanto:

- o pedido de isenção da Contribuição Autárquica, apresentado em 16 de Maio de 2000, apenas viria a ser deferido, ao que se supõe, em 2003 ou em 2004, com emissão das liquidações dos anos que se mostravam devidos, para cuja cobrança coerciva foram instauradas execuções em 2004;
- daí que a justificação para a suspensão do reembolso de IRS do ano de 2002 não tivesse sido a existência de dívidas de Contribuição Autárquica ainda não liquidadas;
- se essa justificação assenta na existência da dívida de IRS do ano de 2001, também ela se não afigura aceitável, pois à data da liquidação daquele reembolso (8/07/2003) já a reclamação graciosa deveria ter sido deferida há muito.

Face ao exposto, permito-me solicitar a V. Ex.^a, na qualidade de dirigente da Administração Fiscal, que se digne diligenciar no sentido de procurar futuramente evitar situações semelhantes à dos autos.

Mais informo que determinei o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado.

Entidade visada: Director de Finanças de Lisboa

Assunto: Fiscalidade — IRS — declaração de rendimentos — fiscalização — reembolso — demora — juros indemnizatórios — indeferimento — erro na aplicação da lei.

Agradeço os esclarecimentos prestados através de ofício, que permitiram avançar no conhecimento do estado da situação tributária do reclamante relativamente aos anos de 2001 e 2002.

A afirmação constante do último parágrafo daquela vossa comunicação leva-me a dirigir a V. Ex.^a a presente chamada de atenção, já que tal afirmação contém um erro grave cuja correcção se impõe.

Com efeito, questionada sobre o direito a juros indemnizatórios do contribuinte, informou essa Direcção de Finanças que *“uma vez que as referidas declarações de substituição são devidas a erros da responsabilidade do sujeito passivo, e não sendo por isso imputáveis à administração fiscal, não terá o mesmo direito a juros indemnizatórios”*.

Não desconhece V. Ex.^a, seguramente, o disposto no artigo 16.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro, que, acerca do direito a juros indemnizatórios em caso de liquidação efectuada com base em declaração de rendimentos em que tenha sido verificado erro, inexactidão ou omissão de elementos, dispõe:

«... os juros (...) são devidos a partir do fim do segundo mês seguinte àquele em que tiver ocorrido a regularização dos elementos declarados por iniciativa do contribuinte ou, não tendo havido essa regularização, a partir do terceiro mês seguinte àquele em que os serviços tenham apurado os factos...»

Difícilmente se compreende, pois, que essa Direcção de Finanças possa afirmar com certeza que o contribuinte em referência não terá direito a juros: quanto ao IRS/2002, tendo a declaração de substituição sido entregue em 05.11.2004, tal direito a juros nascerá *automaticamente* se o reembolso decorrente do tratamento da declaração de substituição não for pago até ao fim do corrente mês de Janeiro. Quanto ao IRS/2001, tudo está ainda em aberto, já

que a correcção dos elementos declarados poderá vir a ocorrer por iniciativa do contribuinte ou por iniciativa da Administração Tributária, mas sempre havendo lugar à aplicação do supra citado artigo 16.º, n.º 5, do DL n.º 42/91, de 22 de Janeiro.

Encontrando-se a Provedoria de Justiça a analisar, actualmente, a questão da aplicação prática do supra mencionado artigo 16.º, n.º 5, do DL n.º 42/91, solicito a V. Ex.^a que informe qual a interpretação que essa Direcção de Finanças e os Serviços de Finanças da área de Lisboa partilham acerca da norma contida no citado artigo, nomeadamente quais os casos em que a mesma é considerada geradora do direito a juros indemnizatórios e quais os procedimentos adoptados pelos serviços locais e regionais para concretizar o pagamento de tais juros quando sejam devidos.

R-1580/04
Coordenadora: Elsa Dias

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Santa Maria da Feira-1
Assunto: Deficiências na instrução de processo de isenção de contribuição autárquica.

Terminada a instrução do processo aberto na Provedoria de Justiça acerca do assunto em epígrafe, não posso deixar de dirigir a V. Ex.^a uma chamada de atenção relativamente à forma como foi instruído, nesse Serviço de Finanças, o processo de isenção de Contribuição Autárquica acima referenciado.

Conforme certamente terá presente, este órgão do Estado revelou, desde cedo, alguma estranheza quanto à forma como aquele processo de isenção havia sido instruído nesses serviços. Permito-me recordar o teor do nosso ofício de 2 de Agosto de 2004, remetido a V. Ex.^a após ter sido aqui analisada a cópia integral daquele vosso processo.

As questões então levantadas não foram cabalmente esclarecidas pela resposta dada através do vosso ofício sem data. Com efeito, mesmo após a leitura dessa resposta, continuou a Provedoria de Justiça sem saber:

- a) Por que motivo as dívidas do ex-cônjuge da actual mulher do requerente da isenção de Contribuição Autárquica foram invocadas como fundamento da recusa de isenção;

- b) Se esse Serviço de Finanças tinha presente o seu dever de fundamentação, de facto e de direito, dos actos que pratica e por que motivo tal dever parecia ter sido ignorado neste caso;
- c) Se esse Serviço de Finanças conhecia os objectivos da consagração legal do dever de audição prévia e se, na tomada das suas decisões, os argumentos expendidos pelos interessados em sede de audição prévia eram ou não efectivamente ponderados, o que também parecia não ter acontecido no caso em apreço;
- d) Se dos processos instruídos nesse Serviço de Finanças não constam, habitualmente (como não constavam do processo de isenção de Contribuição Autárquica em apreço), os comprovativos das notificações efectuadas e respectivas datas.

Para esclarecimento destas dúvidas, foi ouvida a Direcção de Finanças de Aveiro, cuja resposta permitiu, finalmente, compreender o raciocínio que levou ao indeferimento do pedido de isenção de Contribuição Autárquica. Permitindo-me ainda salientar o seguinte, em jeito de conclusões finais e de pontos a reter para evitar que, no futuro, os processos instruídos no Serviço de Finanças de Santa Maria da Feira-1 — sejam eles de isenção, de reclamação, recurso hierárquico ou outros — padeçam das graves deficiências registadas nos autos em análise:

1. Quanto ao dever de fundamentação

Nos termos do disposto no artigo 77.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária “*A decisão de procedimento é sempre fundamentada por meio de sucinta exposição das razões de facto e de direito que a motivaram...*”. Essencial para melhor compreensão dos contornos deste importante dever da Administração é também a leitura dos artigos 124.º e 125.º do Código do Procedimento Administrativo, que V. Ex.^a seguramente não desconhece.

A fundamentação dos actos administrativos não é dispensável nem, tão pouco, pode ser suprimida com base na presunção de que o seu destinatário saberá do que se fala. Independentemente do conhecimento que o particular tenha da situação, a administração está obrigada a fazer chegar até ele os motivos, *de facto e de direito*, pelos quais decidiu num sentido e não noutro.

No caso vertente, era essencial ter esclarecido o interessado por que motivo as dívidas que o sistema informático apresentava em nome do ex-marido da sua actual mulher eram impeditivas do reconhecimento da isenção de C. A. pretendida: não basta exhibir um “print” para provar que as dívidas existem, nem comunicar que “a dívida é devida”, como se lê a fls. 19 do processo de isenção em apreço.

Perante estes elementos, não era, de todo, exigível que o interessado compreendesse tudo aquilo que, mais tarde, a Direcção de Finanças de Aveiro veio explicar em resposta à Provedoria de Justiça, nomeadamente: que embora as dívidas surgissem em nome do ex-marido da actual mulher do interessado, eram dívidas que também responsabilizavam esta; que, por isso, tais dívidas impediam o reconhecimento da isenção pretendida, já que a mesma dizia respeito a prédio de que esta é comproprietária e, por força do disposto no artigo 11.º-B do EBF, as dívidas fiscais pendentes impedem o reconhecimento de benefícios fiscais; que não existem isenções de quotas indivisas de prédios habitacionais pelo que o requerente era inevitavelmente prejudicado pelas dívidas da sua actual mulher.

Só depois de elencados estes motivos de facto e de direito é possível dizer que se deu ao interessado a possibilidade de conhecer o porquê da decisão tomada, permitindo-lhe conformar-se com a mesma ou, caso contrário, rebater os seus fundamentos, com conhecimento de causa.

No caso em apreço, se o interessado compreendeu alguns dos motivos de indeferimento do pedido foi seguramente por esforço próprio e algum raciocínio hipotético, já que, manifestamente, o dever de fundamentação do acto de indeferimento não foi cumprido.

2. Quanto à audiência prévia

Conforme V. Ex.^a certamente também não desconhece, o direito de audiência que assiste aos contribuintes antes do indeferimento total ou parcial dos seus pedidos, reclamações, recursos ou petições é uma forma de concretização do princípio da participação desses mesmos contribuintes na formação das decisões que lhes digam respeito (cfr. artigo 60.º, n.º 1, alínea *b*), da Lei Geral Tributária).

Como é evidente, a concretização desse princípio só acontece se aquilo que os contribuintes entenderem dizer em sede de audição prévia for, *efectivamente*, lido, ponderado e, sendo caso disso, expressa e pontualmente rebatido.

Ora, da leitura da cópia do processo de isenção que nos foi remetida não resulta que tal tenha sido feito: o sentido do projecto de decisão foi mantido na decisão final mas nada se avançou em termos de fundamentação da mesma, nem nada foi dito que revelasse, sequer, que o alegado pelo interessado em sede de audição prévia foi lido antes da conversão do projecto de decisão de indeferimento em decisão final.

Não pode, pois, deixar de concluir-se que também o modo como foi concretizado o direito de audição prévia do interessado ficou muito aquém do exigido pelo legislador na disposição legal supra citada.

3. Quanto à organização do processo

Para além das questões de fundo acima elencadas, registaram-se igualmente falhas graves em matéria de organização do processo de isenção, circunstância que, podendo parecer menos relevante por traduzir irregularidades meramente formais, acaba por se revelar importante pois agrava a falta de clareza e transparência no processo de tomada da decisão final.

A respeito deste aspecto, lê-se no ponto 7.º da informação da Direcção de Finanças de Aveiro que: *“a motivação foi revelada pelo sistema informático e o Chefe do Serviço de Finanças não fez mais do que aglutinar os elementos extraídos e que não pareciam ostentar erros ou vícios”*.

É sabido que nem sempre o sistema informático da DGCI tem sido um instrumento facilitador do trabalho dos serviços da Administração Tributária: entre as dificuldades de entrada em funcionamento de novas aplicações e as deficiências de funcionamento de algumas aplicações antigas, não raro são os serviços de finanças que, embora alheios a tais deficiências, têm de as assumir perante os contribuintes e são também esses serviços, com frequência e injustamente, os primeiros destinatários do descontentamento dos cidadãos. É uma situação a que a Provedoria de Justiça está atenta, procurando evitar sobre-carregar os serviços de finanças com reparos que não lhes devem ser dirigidos.

Porém, no caso em apreço, o reparo à actuação do Serviço de Finanças de Santa Maria da Feira-1 é inevitável: é que o sistema informático, neste

caso concreto, revelou a informação correcta, mas esta não foi devidamente trabalhada pelos serviços, os quais se limitaram a elaborar um “processo” através do simples aglomerar dos “prints” mais relevantes. Com efeito, para além das peças processuais elaboradas pelo interessado, nada mais consta do processo a não ser “prints” com informações lacónicas.

O sistema informático, mesmo quando funcione na perfeição, não pode substituir o trabalho intelectual mas tão só ser um seu auxiliar: no caso, o sistema revela a existência de dívidas mas não dispensa o funcionário de esclarecer em que medida aquelas dívidas relevam na decisão tomada; o sistema pode revelar que foi feita uma notificação mas do processo não pode deixar de constar o comprovativo da mesma, sob pena de, como aconteceu neste caso, ninguém poder extrair conclusão nenhuma a partir da análise da cópia integral do processo.

O processo deve falar por si, no interesse de todos: do contribuinte porque, ao consultá-lo, deve poder confirmar que os seus direitos foram respeitados e do próprio serviço porque o processo também deve ser revelador de que foram cumpridos todos os deveres da Administração. E a questão não é meramente formal: a falta de prova da realização de certos actos pode conduzir à invalidade ou à ineficácia das decisões tomadas, podendo assim fazer ruir todo o trabalho dos serviços.

4. Conclusão

Tudo para concluir que, perante a gravidade das irregularidades constatadas, o principal motivo pelo qual a Provedoria de Justiça não tomou uma posição mais acutilante relativamente à satisfação da pretensão do interessado é a convicção de que tal pretensão carece de fundamento, sendo que os objectivos de justiça e rigor que norteiam a actuação deste órgão do Estado impõem que, em matéria fiscal, se procure sempre ver implantada a solução que melhor respeite a verdade tributária. No caso, os elementos disponíveis — na sua quase totalidade obtidos através da Direcção de Finanças de Aveiro — revelam que existem, de facto, dívidas de um dos proprietários do imóvel que obstem ao reconhecimento da isenção de Contribuição Autárquica pretendida.

Por esse motivo, e também porque se confia em que o despacho exarado pelo Director de Finanças de Aveiro na informação traduza a realidade do que ocorreu (a instrução do processo terá ocorrido em período de grande afluxo de trabalho por via da reforma da tributação do património) e revele o caminho que será seguido no futuro (atentar, com mais rigor, no respeito pelo dever de fundamentação e pelo princípio da participação do contribuinte nas decisões da Administração), entendi nada mais haver a diligenciar e determinei o arquivamento do presente processo.

Esperando que situações como a aqui analisada não se repitam futuramente, informo ainda que dei conhecimento do teor do presente ofício ao Director de Finanças de Aveiro e ao reclamante.

R-1819/04

Assessora: Elsa Dias

Entidade visada: Director de Serviços de Justiça Tributária (DGCI)

Assunto: Fiscalidade — IRS — rendimentos obtidos no estrangeiro — prestação de informação — erro — execução fiscal — custas — juros — deveres de competência, de qualidade e de responsabilidade na prestação do serviço público.

Agradeço a V. Ex.^a, antes de mais, a resposta prestada à Provedoria de Justiça acerca do assunto em epígrafe.

Analisado o ofício de 13.01.2005, cuja fotocópia acompanhou a vossa comunicação e que contém os fundamentos do indeferimento do pedido do interessado de lhe ser restituído o valor dos juros de mora e custas referentes ao processo de execução fiscal instaurado para cobrança do seu IRS/2000, não posso deixar de formular algumas breves considerações que este órgão do Estado espera venham a ser objecto de ponderação.

Diga-se, antes de mais, que o enquadramento legal constante do vosso ofício de 13.01.2005, não merece reparo. Não pode, porém, deixar de se lamentar a atitude formalista que tal ofício reflecte.

À Provedoria de Justiça — e a V. Ex.^{as} também, seguramente — são expostas com alguma frequência situações reveladoras de dificuldades de entendimento entre contribuintes e funcionários dos serviços da Administração Tri-

butária. As habituais dificuldades de prova quanto ao que realmente se passa aos balcões de atendimento impedem, na quase totalidade dos casos, que se alcancem certezas quanto aos factos de que poderíamos extrair conclusões em matéria de responsabilização de uns ou de outros, pois seguramente que em alguns casos são os contribuintes que interpretam deficientemente as explicações que lhe são dadas e noutros casos serão estas que padecem de algum erro.

O que distingue o presente caso dos demais é que as posições assumidas pelo contribuinte e pelo Serviço de Finanças não são reveladoras de qualquer litígio, constatando-se mesmo uma certa desculpabilização mútua, ao contrário do que é habitual. Com efeito, na exposição que dirigiu ao Director-Geral dos Impostos o reclamante salienta que os funcionários que lhe prestaram as informações alegadamente incorrectas são os mesmos que *“foram sempre prestáveis e eficientes ao longo dos vinte anos em que somos contribuintes...”* e em informação prestada pelo Serviço de Finanças visado pode ler-se que os sujeitos passivos em causa são pessoas *“com reais preocupações pelo cumprimento e respeito das suas obrigações tributárias (...) e que no presente caso indiciam estarem a ser penalizados por uma situação em que manifestamente nunca desejaram estar envolvidos”*.

Porque a postura das partes era, à partida, conciliatória, estavam reunidas todas as condições para que pudessem ser desenvolvidas algumas diligências que permitissem aprofundar melhor o que de facto ocorreu e por que motivo aconteceu o “desencontro” entre os contribuintes e a Administração num caso em que, ao que tudo indica, aqueles pretendiam cumprir as suas obrigações e esta pretendia ajudá-los na prossecução desse objectivo.

Não foi esse, porém, o caminho seguido pela Direcção de Serviços de Justiça Tributária na apreciação da exposição do reclamante. Como acima se disse, a postura adoptada peca por demasiado formalista e por não ter sido precedida de um olhar mais interessado sobre o que aqui está verdadeiramente em causa.

Uma atitude reveladora de maior interesse e de uma real vontade de melhorar os serviços e de os aproximar do contribuinte cumpridor passaria, nomeadamente, por:

- a) ouvir os funcionários envolvidos;
- b) reconhecer que as alterações introduzidas, quer nas declarações de IRS, quer nas notas demonstrativas da liquidação, dão algum crédito à tese do interessado (é verdade que o imposto pago no estran-

- geiro era inicialmente incluído no campo “retenções na fonte” das notas demonstrativas da liquidação de IRS, só depois tendo passado a aparecer no campo “deduções à colecta”);
- c) apurar que formação e que instruções (se algumas) foram dadas aos funcionários dos Serviços de Finanças sobre a questão específica da declaração de rendimentos auferidos e imposto pago no estrangeiro (ao que a Provedoria de Justiça tem apurado, esta é uma área em que, não raro, surgem mal-entendidos entre os serviços e os contribuintes).

O que choca na posição da Administração Tributária neste caso, mais do que a decisão tomada, é a perspectiva com que aborda a questão, pouco empenhada em conhecer o que realmente se passa nos seus serviços e, por isso, pouco propensa a melhorá-los.

Reconhece-se que nem sempre os serviços da DGCJ podem conciliar legalidade e justiça e não se ignora o esforço que é exigido aos seus funcionários para acompanhar a evolução legislativa e responder às solicitações dos cidadãos. Mas deve igualmente ser ponderado o esforço que é exigido ao cidadão comum para conhecer e cumprir pontualmente as suas obrigações fiscais, área em que os próprios funcionários e especialistas têm dúvidas e dificuldades.

Esperando que, de futuro, a DGCJ, nomeadamente através da Direcção de Serviços que V. Ex.^a dirige, revele uma atitude mais dinâmica e mais interessada na melhoria dos serviços que tem o dever de prestar aos contribuintes, informo ter determinado o arquivamento do presente processo, sem prejuízo de a questão genérica que lhe está subjacente vir a ser objecto de intervenção futura, se justificada.

R-3256/04

Assessora: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Amarante

Assunto: IRC/98 — juros indemnizatórios.

Com referência ao assunto em epígrafe, venho comunicar a V. Ex.^a o arquivamento do processo em análise, tendo sido os reclamantes informados

de que, caso pretendam ver reconhecido o direito ao pagamento de juros indemnizatórios na situação concreta, por forma a não ficarem prejudicados, se deverão dirigir ao Serviço de Finanças de Amarante efectuando pedido autónomo para o seu pagamento.

A este respeito, cumpre-me salientar que, contrariamente ao entendido por V. Ex.^a, o pagamento dos juros decorre de forma directa, imediata e oficiosa da lei.

Com efeito, se nenhuma disposição existe na lei que obrigue à utilização de qualquer meio próprio e específico para obter esse pagamento, não se vislumbram motivos nem fundamentos para a exigência de pedido autónomo nesse sentido.

Não parece razoável exigir que, doravante, todos os contribuintes incluam nas suas reclamações graciosas um parágrafo em que solicitem o pagamento de juros *caso se venham a verificar* os pressupostos que a própria lei enumera com a clareza acima referida e que os serviços, evidentemente, não desconhecem.

Acresce que, contrariamente ao que pretende esse Serviço de Finanças, jamais a ficha de controlo de reembolso manual elaborada em 27.10.03, poderia conter qualquer indicação acerca do direito ao pagamento de juros indemnizatórios, porquanto a mesma é datada de momento anterior ao da constituição daquele direito. Com efeito, o direito a juros indemnizatórios neste caso funda-se justamente no facto de, não obstante o deferimento do pedido ter ocorrido em menos de um ano contado da data da reclamação, o reembolso ter sido processado muito após o decurso desse prazo.

Na sequência da intervenção da Provedoria de Justiça no âmbito de um outro processo aqui aberto especialmente para estudo, entre outras, das questões enunciadas, foi elaborado aliás recentemente um parecer pelo Centro de Estudos Fiscais (n.º 54/05), que terá estado na origem de Despacho do Director-Geral dos Impostos, datado de 06.07.2005, transmitido a este órgão do Estado através do ofício da Direcção de Serviços de Justiça Tributária de 20.07.05, de acordo com o qual, designadamente, o acto tributário se deve considerar revisto apenas com a restituição ao contribuinte, do imposto pago, sendo os juros indemnizatórios de processamento automático, independentemente de qualquer solicitação do sujeito passivo.

Entidade visada: Director-Geral dos Impostos

Assunto: Deficiências na prestação de informações no atendimento por parte de serviços periféricos da Administração Fiscal, e falhas de comunicação com autoridades tributárias de Estados com os quais Portugal celebra Convenções internacionais.

A Provedoria de Justiça acabou de concluir a instrução de um processo aberto com base em queixa apresentada neste órgão do Estado pelo Senhor A., em que se relatavam circunstâncias reveladoras de que não terá existido, por parte da Administração Fiscal portuguesa, informação suficientemente clara e oportuna quanto à forma de o reclamante proceder para não ver duplamente tributados, em Portugal e Espanha, rendimentos pagos por uma empresa espanhola, uma vez que, à data em que os auferiu, se encontrava a residir em Portugal.

I — A situação concreta do reclamante e sua abordagem pelos serviços da Administração Tributária nacional

Durante o ano de 1997, o reclamante trabalhou para uma empresa espanhola, sem estabelecimento estável em Portugal, exercendo funções em Portugal. As suas remunerações foram objecto de retenção na fonte pela referida empresa espanhola.

Em Fevereiro de 1998, e na sequência de informações que lhe foram prestadas pelo Serviço de Finanças de Odivelas e pelos serviços de apoio ao contribuinte sítos no Martim Moniz, de que deveria proceder de acordo com o determinado no ofício circulado n.º 9/91, de 15 de Abril, relativo a convenções sobre dupla tributação, o reclamante entregou, em Portugal, a declaração Modelo 1, à qual juntou Anexo J, discriminando as remunerações auferidas e o imposto suportado para efeitos de dedução à colecta do IRS do imposto pago no estrangeiro.

Em 3 de Dezembro de 1998, a Direcção de Serviços do IRS, através de ofício dirigido ao Director de Finanças de Lisboa determina, nomeadamente

em relação ao reclamante que *«nos termos do ofício circularado n.º 9/91, de 15/4 deve providenciar-se no sentido de ser apresentado o documento comprovativo do pagamento, natureza e montante do rendimento anual sobre o qual incidiu o imposto pago no estrangeiro, devidamente traduzido e reconvertido em escudos»*, nada mais referindo quanto à sua situação tributária.

Em 19 de Janeiro de 1999, o reclamante recebe um aviso do Serviço de Finanças de Odivelas, informando que deveria apresentar um documento a emitir pela entidade pagadora, comprovativo do pagamento, natureza e montante do rendimento sobre o qual incidiu o imposto pago em Espanha.

Em Março de 1999, o reclamante solicita a intervenção da Administração Fiscal portuguesa no sentido da regularização da sua situação tributária, uma vez que não conseguia que a empresa espanhola lhe passasse a mencionada declaração.

Em Junho desse mesmo ano, e na sequência daquele pedido, é elaborado pela então Direcção de Serviços dos Benefícios Fiscais (DSBF) o Parecer n.º 547/99 que — pela primeira vez — coloca correctamente a questão e que vem a ser objecto de despacho final do Subdirector-Geral dos Impostos, datado de 28.07.99.

O mencionado despacho decidia, em conformidade com o parecer sobre o qual estava exarado, que:

- a) não se tratava de um caso de dupla tributação já que, tendo o reclamante exercido naquele período a sua actividade em Portugal, os rendimentos só podiam ser tributados em Portugal — nos termos do art. 15.º da «Convenção entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal, em matéria de impostos sobre o rendimento», assinada em 1993 (doravante, Convenção);
- b) o reclamante deveria fazer prova da sua residência em Portugal (a emitir pela DGCI, segundo o parecer em que se baseia o mencionado despacho);
- c) o reclamante deveria conseguir o reembolso das autoridades espanholas e, caso não conseguisse e fizesse prova disso mesmo, solicitar então a instauração de procedimento amigável (art. 25.º da mesma Convenção).

Em 2 de Agosto de 1999, terá sido enviado ao reclamante o ofício da DSBF, informando-o de que deveria actuar de acordo com o mencionado no aludido parecer. Porém, de acordo com informações prestadas pelo reclamante à Provedoria de Justiça, este nunca veio a receber aquele ofício. Simultaneamente, e através do ofício de 02.08.99, cópia do mesmo parecer sancionado por despacho do Subdirector-Geral dos Impostos foi também enviada, pela DSBF, ao Serviço de Finanças de Odivelas, *“para conhecimento e devidos efeitos”*.

Em Setembro de 1999 — e desconhecendo, portanto, a existência daquele parecer — o reclamante acaba por conseguir entregar o documento contendo o total das remunerações, bem como do respectivo imposto e descontos para a segurança social, no Serviço de Finanças de Odivelas, mas nem nessa altura é notificado do teor do parecer e despacho do Subdirector-Geral dos Impostos que, como se viu, já se encontravam naquele Serviço de Finanças desde o início de Agosto do mesmo ano.

Em 14 de Fevereiro de 2000, isto é, mais de cinco meses após a data em que o despacho de 28.07.1999, do Subdirector-Geral dos Impostos, terá chegado àquele Serviço de Finanças, o reclamante é, finalmente, notificado do respectivo teor.

Por indicação do técnico jurista da DSBF que assinou o parecer que deu lugar ao referido despacho, contactado pelo próprio reclamante, este remeteu à Dirección General da Inspección Financiera y Tributaria, em Madrid, requerimento solicitando o reembolso do imposto pago em Espanha, em 20 de Março de 2000. Por qualquer razão, esse requerimento não foi recebido pelas entidades tributárias espanholas de acordo com informações posteriormente prestadas, o que acabou por ser irrelevante, uma vez que sempre teria entrado fora do prazo. Com efeito, (e, aliás, em conformidade com o que foi reservado por Espanha quanto à possibilidade de reembolso nestas circunstâncias, nos termos do Modelo da Convenção Fiscal sobre o Rendimento e Património, acrescente-se), tal requerimento deveria ter sido efectuado no prazo de dois anos, o que mercê também das vicissitudes relatadas, acabou por não acontecer.

Como V. Ex.^a bem entenderá, pelo confronto de datas supra mencionadas, não tivessem existido as referidas informações menos correctas nem o atraso na notificação efectuada pelo Serviço de Finanças de Odivelas, o reclamante poderia ter agido mais cedo, uma vez que assim que teve conhecimento do mencionado parecer, agiu rapidamente — como, aliás, fez ao longo de

todo o processo — no sentido de solicitar o reembolso à entidade tributária espanhola.

É certo que se, em bom rigor, não é possível imputar as responsabilidades da situação do reclamante à actuação de um determinado serviço da Administração Tributária, não é possível, igualmente, deixar de lamentar que a Administração Fiscal não se tenha revelado, no seu conjunto, conhecedora da Convenção em causa e capaz de, clara e oportunamente, informar o reclamante quanto aos procedimentos a adoptar, bem como de, coordenadamente, o encaminhar por forma a não perder o prazo previsto na lei interna espanhola.

Reconhece-se que esta situação em pouco difere das já transmitidas a V. Ex.^a, nomeadamente através do nosso ofício de 30 de Dezembro de 2003, sobre alegados erros da Administração Tributária — nomeadamente de Serviços de Finanças e de Apoio e Informação ao Contribuinte — na prestação de informações verbais aos contribuintes.

Nessa altura, muito se congratulou a Provedoria de Justiça com a anunciada existência de formação aos funcionários da Administração Fiscal (de que foi dada conta por essa Direcção-Geral através do ofício de 26.01.2004). A situação supra descrita é, portanto, mais um caso concreto cujo tema (convenções internacionais em matéria de dupla tributação) se espera esteja sendo abrangido pela formação que se supõe continuar a ser prestada aos funcionários da DGCI.

Mas, para além desta questão que se prende com a actuação e conhecimentos dos funcionários que prestam informação aos balcões dos vários serviços da Administração Fiscal, outra ainda foi detectada, para a qual me permito chamar também a atenção de V. Ex.^a, no caso de a mesma ainda não ter sido ponderada.

II — Da troca de informações entre a Administração Tributária portuguesa e as administrações fiscais de Estados com os quais Portugal celebra Convenções em matéria fiscal — no caso concreto, com a Administração Fiscal espanhola

Apesar de acabar por se ter tornado irrelevante para o desfecho do caso concreto acima relatado, foi detectado, através dos documentos juntos ao processo que, após ter produzido o parecer que permitiria ao reclamante resolver o assunto — tivesse o procedimento envolvido sido mais célere e oportuno — a

actuação da então Direcção de Serviços dos Benefícios Fiscais (hoje Direcção de Serviços das Relações Internacionais) revelou hesitações e incapacidade de estabelecer canais de comunicação, formais ou informais, expeditos com as autoridades fiscais espanholas, o que não parece consentâneo com o que deveria ser a actuação de uma Administração Tributária moderna e eficaz. Senão, vejamos:

Em 22 de Maio de 2000, uma vez que não obtinha resposta das autoridades fiscais espanholas ao seu requerimento de Março de 2000, o reclamante solicitou ao Director de Serviços dos Benefícios Fiscais que mandasse instaurar o procedimento amigável previsto no art. 25.º da Convenção.

Só em 8 de Setembro de 2000, o Director de Serviços dos Benefícios Fiscais questiona, e apenas genericamente e em abstracto — isto é não fazendo qualquer referência ao caso do reclamante —, a Inspectora Coordenadora de La Unidade Central de Información Financiera e Tributaria em Madrid, sobre qual ou quais os mecanismos que existiriam em Espanha para reembolso do imposto indevidamente pago, numa situação em que a Convenção atribuisse competência tributária apenas a Portugal. Questiona ainda quais os prazos em que normalmente são devolvidos tais reembolsos.

Não obtendo resposta, apenas em 6 de Setembro de 2001, um ano depois, portanto, se verifica a primeira insistência da Direcção de Serviços dos Benefícios Fiscais por resposta àquele ofício.

Em 2 Outubro de 2002, o reclamante recebe nota de liquidação do imposto em Portugal, a pagar até 20.11.2002, procedendo ao seu pagamento em 18.11.2002. Nesta mesma data, o reclamante entregou requerimento dirigido à Direcção de Serviços dos Benefícios Fiscais solicitando que lhe fosse anulada a dupla tributação, após relato de todas as circunstâncias que rodeavam o procedimento. Mas só em 3 de Fevereiro de 2003 foi o reclamante informado, pela Direcção de Serviços, de que:

- por despacho de 31 de Outubro de 2002 tinha sido autorizada a instauração do procedimento amigável com Espanha (dois anos e meio após ter sido solicitada);
- E, ainda, que já fora solicitada informação às autoridades fiscais espanholas em 08.09.00 e 06.09.01 (como se viu, em termos gerais e abstractos).

Ainda assim, só em 7 de Maio de 2003 a Direcção de Serviços dos Benefícios Fiscais decide remeter ao Departamento de Inspección Financiera e Tributaria, sito em Madrid, um ofício relatando, agora sim, todo o historial da situação tributária do reclamante e solicitando informações sobre se já fora analisado o pedido de reembolso do contribuinte (isto é, 3 anos após ter conhecimento de que o mesmo fora enviado, uma vez que, recorde-se, do envio daquele requerimento foi dado conhecimento à DSBF, em Maio de 2000). Isto ao abrigo do mecanismo de troca de informações para aplicação da Convenção, previsto no art. 26.º da Convenção, com vista àquele procedimento amigável.

Em 10 de Junho de 2003, em resposta à Direcção-Geral dos Impostos, concretamente ao seu ofício de 7 de Maio de 2003 da DSBF, o Departamento de Inspección Financiera e Tributaria de Madrid, confirmou que, efectivamente, havia sido efectuada a retenção na fonte, mas que não havia conhecimento de que tivesse sido pedida a devolução pelo reclamante. Assim, sendo certo que o art. 20.º do «Regulamento del Impuesto sobre La Renta» determina que, em relação a não residentes, sempre que a Administração Fiscal haja recebido indevidamente quantias, nomeadamente através de retenções na fonte, a devolução só poderá ser solicitada no prazo de dois anos contado a partir da data da retenção, e não o tendo sido feito, o seu direito a fazê-lo teria prescrito.

Em 2 de Janeiro de 2004, a Direcção de Serviços dos Benefícios Fiscais dirige-se à Equipo Central de Informacion do Departamento de Inspección Financiera e Tributaria — agora expressamente ao abrigo do procedimento amigável, previsto no art. 25.º da Convenção — informando que, na sequência da informação de 10 de Junho de 2003, *«resulta que o contribuinte foi duplamente tributado, ou seja em Portugal e Espanha. Sendo o contribuinte residente em Portugal, de acordo com o art. 4.º da Convenção e dado que acabou por haver tributação em Espanha, a obrigação de eliminar a dupla tributação cabe a Espanha, através da isenção dos rendimentos em causa, como resulta da interpretação do n.º 1 do art. 15.º da Convenção»*. E acrescenta-se que *«nesta situação, é possível o recurso ao procedimento amigável dado que existe uma tributação não conforme com o disposto na Convenção e independentemente dos recursos estabelecidos na legislação nacional dos nossos Estados, o contribuinte veio a submeter o seu caso à apreciação dentro do prazo previsto nesta norma convencional»*.

Em 16 de Julho de 2004, a DSBF insiste junto das autoridades espanholas por resposta ao ofício de 2 de Janeiro de 2004.

Em 17 de Junho de 2005, o reclamante acaba por receber um ofício da agora Direcção de Serviços das Relações Internacionais, informando-o de que, e em resumo, tendo sido o seu caso colocado às autoridades espanholas na sequência do seu pedido de reembolso de 25 de Março de 2000, ser posição das entidades espanholas que o reclamante não cumprira as formalidades legais internas, ao não ter apresentado o pedido de reembolso no prazo de dois anos a contar do pagamento, pelo que não seria possível tal reembolso; informava-se ainda que as autoridades espanholas consideravam que o procedimento amigável não poderia ter lugar, uma vez que não teria existido da parte do Estado espanhol uma actuação que provocasse uma inadequada aplicação da Convenção, antes tendo sido a actuação do reclamante a dar origem à dupla tributação, uma vez que não entregara o atestado da residência à empresa e o pedido de reembolso fora entregue fora do prazo.

Não está em causa, como V. Ex.^a bem compreenderá, a divergência de interpretações entre a Administração Tributária espanhola e a portuguesa, no que respeita à aplicação do procedimento amigável ao caso em apreço. Não deixa de reconhecer-se, de igual forma, que as entidades fiscais espanholas também não terão primado pela celeridade nas respostas à Direcção de Serviços dos Benefícios Fiscais.

O problema que aqui está em análise e que V. Ex.^a reconhecerá é que, para além de manifesta falta de celeridade e aparentes hesitações da Administração Fiscal portuguesa quanto ao procedimento a adoptar no caso presente, parecer ter existido uma surpreendente incapacidade de estabelecer com a Administração Fiscal espanhola, canais de contacto expeditos e eficazes para esclarecimento de questões que, apesar de se encontrarem abrangidas por convenção internacional, seriam, em bom rigor, simples de detectar e fáceis de resolver.

Tudo visto, concordará V. Ex.^a, mais uma vez, que as deficiências na prestação de informações no atendimento, por um lado, encadeadas com falhas de fluxos de informação com autoridades de Estados com quem Portugal celebra convenções internacionais, podem gerar situações como a que agora se levou ao conhecimento de V. Ex.^a e que importa que deixem de ter lugar para o futuro.

Certo de que V. Ex.^a compreenderá e aceitará como bom o alerta constante do presente ofício, que apenas pretende contribuir para um melhor funcionamento do sistema tributário, redundando igualmente em benefício dos

contribuintes, aproveito para comunicar a V. Ex.^a o arquivamento do presente processo nos termos do art. 31.º da Lei n.º 9/91 de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

R-4785/04
Assessora: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Director de Finanças de Santarém

Assunto: Fiscalidade — IRS — juros indemnizatórios — Artigo 43.º n.º 3 alínea c) da Lei Geral Tributária.

Com referência ao assunto em epígrafe, venho comunicar a V. Ex.^a o arquivamento do processo em análise, tendo sido comunicado aos reclamantes que, caso pretendam ver reconhecido o direito ao pagamento de juros indemnizatórios na situação concreta, por forma a não ficarem prejudicados, se deverão dirigir ao Serviço de Finanças de Tomar efectuando pedido autónomo para o seu pagamento.

A este respeito, cumpre-me salientar que o pagamento dos juros decorre de forma directa, imediata e oficiosa da lei.

Com efeito, se nenhuma disposição existe na lei que obrigue à utilização de qualquer meio próprio e específico para obter esse pagamento, não se vislumbram motivos nem fundamentos para a exigência de pedido autónomo nesse sentido.

Igualmente se apresenta carecida de fundamento a posição dessa Direcção de Finanças que considera estar-se perante um “direito eventual”. De facto, a lei é clara na definição dos pressupostos do pagamento de juros nestes casos e entre esses pressupostos não se encontra o expresso pedido de juros.

Na verdade, o que o art. 43.º, n.º 3, alínea c) da LGT erige em requisitos do pagamento de juros indemnizatórios em casos como o presente é que (1) a revisão do acto tributário ocorra por iniciativa do contribuinte (v.g. mediante reclamação graciosa, como foi o caso) e que (2) a revisão se efectue mais de um ano após tal pedido, como também foi o caso.

Verificados estes pressupostos, e salvo se a Administração alegar e provar que o atraso não lhe é imputável (parte final da norma em apreço), não há que criar quaisquer outros obstáculos ao reconhecimento e pagamento

automático dos juros devidos, desde a data em que perpez um ano sobre a data da reclamação, até integral e efectivo pagamento do imposto que venha a verificar-se devido.

Acresce que, contrariamente ao que pretende a Direcção de Finanças de Santarém, jamais os contribuintes poderiam fazer constar da reclamação graciosa uma pretensão que não constituía, como não podia constituir, objecto daquela, dado que o fundamento do direito aos juros decorre justamente e apenas, da demora de mais de um ano na apreciação da dita, situação que os reclamantes, de todo, desconheciam que iria ocorrer.

Não parece razoável exigir que, doravante, todos os contribuintes incluam nas suas reclamações graciosas um parágrafo em que solicitem o pagamento de juros *caso se venham a verificar* os pressupostos que a própria lei enumera com a clareza acima referida e que os serviços, evidentemente, não desconhecem.

Continuando convicto da correcção do entendimento explanado anteriormente por este órgão do Estado e não obstante o arquivamento do processo supra referenciado, informo ainda que se mantém pendente um outro processo, aberto por iniciativa do Provedor de Justiça, para aprofundamento e eventual intervenção na questão do direito automático ao pagamento de juros indemnizatórios, nos termos da lei em vigor.

R-200/05

Assessor: António Gomes da Silva

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Estremoz (DGCI)

Assunto: Fiscalidade — contribuição autárquica — cobrança em sede de execução fiscal — correcção das informações prestadas aos contribuintes — celeridade na apreciação de exposição.

Foi recebida neste órgão do Estado uma exposição de uma contribuinte relativa a alegado atendimento insatisfatório nos Serviços dirigidos por V. Ex.^a, tendo resultado das informações que incorrectamente terão sido prestadas, o pagamento, em cobrança coerciva, da contribuição autárquica relativa ao ano de 2002, com os inerentes acréscimos — custas e juros de mora.

Concretamente, a queixosa refere ter sido informada verbalmente, nesses Serviços, de que oportunamente e em resposta ao seu requerimento de

29.06.2004, lhe seria comunicado o novo prazo para pagamento da contribuição autárquica do ano de 2002. Contudo, o despacho que recaiu sobre aquele pedido, foi de indeferimento — o que não se questiona — e só foi comunicado à s.p. por ofício de 15.12.2004, quando já estava largamente ultrapassado o prazo de pagamento voluntário da contribuição em causa.

Sabendo-se, pela experiência recolhida em situações análogas anteriores, ocorridas noutros serviços, que o apuramento da verdade dos factos alegados seria difícil, pois o mais normal é evidenciar-se uma situação com versões contraditórias, entendo, contudo, dever aproveitar a oportunidade para apelar a V. Ex.^a no sentido de, a considerar justificado, sensibilizar mais uma vez os funcionários para a necessidade de esclarecerem devidamente, correctamente e de forma completa os contribuintes sobre as dúvidas por estes apresentadas.

Já no que se refere à apreciação e notificação da decisão que recaiu sobre o pedido apresentado pela reclamante em 29.06.2004, não posso deixar de expressar a V. Ex.^a o meu desagrado pelo atraso verificado. Tratando-se de uma questão sem qualquer complexidade, entendo que a decisão deveria ter sido proferida e comunicada a tempo de a contribuinte poder proceder ao pagamento da contribuição até 31 de Julho de 2004, evitando-se, deste modo, a sobrecarga derivada da percepção de juros de mora e custas da cobrança coerciva.

Certo de que V. Ex.^a, não deixará de ter em conta o reparo supra, por forma a evitar a repetição de situações idênticas, mais informo que determinei o arquivamento do processo.

R-1937/05

Assessora: Mariana Vargas

Entidade visada: Chefe do Serviço de Finanças de Caminha
C/ Conhecimento ao Director-Geral dos Impostos

Assunto: Fiscalidade — processo tributário — execuções fiscais — penhora de saldos de contas bancárias em valor muito superior ao da dívida exequenda e acrescido.

Venho por este meio acusar a recepção do ofício de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio agradeço, bem como das cópias a ele anexas.

Quanto ao teor do ponto 1 do referido ofício, informo V. Ex.^a de que, de acordo com as normas legais em vigor à data da notificação para pagamento, nomeadamente o artigo 65.º, n.º 3 do Código de Processo Tributário (actual artigo 38.º, n.º 4 do Código de Procedimento e de Processo Tributário) e o artigo 22.º, n.º 3, do Código da Contribuição Autárquica, nada há a censurar à instauração da execução fiscal acima indicada, ainda que o executado não tivesse sido receptor da nota de cobrança da CA do ano de 1999, dada a obrigatoriedade de proceder ao seu pagamento atempado, mediante a requisição de uma segunda via, no Serviço de Finanças da área da localização do imóvel.

Também nada há a censurar ao exercício do direito a proceder à penhora de bens ou rendimentos do executado, para garantia do crédito tributário, não obstante o incumprimento da determinação do artigo 219.º, n.º 4, do Código de Procedimento e de Processo Tributário.

O que há a censurar à conduta do Serviço de Finanças de Caminha é a forma pela qual a penhora foi efectuada, de acordo com a redacção da parte final do ofício dirigido ao Governador do Banco de Portugal, em 10/01/2005.

De facto, não se limita V. Ex.^a a solicitar ali informação sobre os saldos das contas bancárias do executado nos bancos do sistema e sobre a existência de eventual carteira de títulos. V. Ex.^a escreve o seguinte a este respeito: “... *ficando já penhoradas* [refere-se, neste ponto, às contas e à eventual carteira de títulos] *à ordem do respectivo processo, nos termos do art. 223.º do citado Código, e ainda do art. 861.º do Código Civil* [deve referir-se ao art. 861.º-A do Código de Processo Civil]”.

Não é pois de estranhar que, perante a omissão do limite da penhora — que, nos termos do artigo 821.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, não deve exceder o estritamente necessário ao pagamento da dívida exequenda e acrescido — o Banco de Portugal, na qualidade de depositário, a fim de acautelar a sua responsabilidade civil e penal, tivesse mandado congelar todas as contas bancárias do executado, segundo este, de valor superior a € 80.000, para pagamento de um processo em que a quantia exequenda era de € 5,03.

Nem é de estranhar a indignação do reclamante, com a actuação da Administração Fiscal no caso em apreço que, para além de outros incómodos e prejuízos, levou à devolução, pela compensação do Banco de Portugal, de um cheque por si emitido, no valor de € 125,00, em data posterior ao pagamento integral da execução fiscal.

Embora crente de que a actuação desse Serviço de Finanças tenha sido meramente negligente, permito-me alertar V. Ex.^a para as suas consequências, quer para os executados, quer para o prestígio da Direcção-Geral dos Impostos, e solicitar que se digne modificar a redacção dos ofícios a dirigir futuramente a qualquer instituição de crédito para efectivação de penhoras de saldos de contas bancárias, nos processos de execução fiscal pendentes.

Nota: Na sequência desta comunicação e do conhecimento que dela foi dado ao Director-Geral dos Impostos, foi a Provedoria de Justiça informada que haviam sido emitidas instruções aos serviços da DGCI, através do ofício-circulado n.º 60045/2005, de 14 de Abril, “... *com vista a garantir o integral cumprimento do que legalmente se encontra estabelecido sobre a matéria, mormente no que concerne à extensão da penhora como decorre do artigo 217.º do CPPT, conjugado com o artigo 861.º-A do CPC...*”.

R-4706/05

Assessora: Mariana Vargas

Entidade visada: Serviço de Finanças de Cascais 2

Assunto: Penhora de saldo de conta bancária — penhora automática através do sistema SIPA.

Venho por este meio acusar a recepção das comunicações de V. Ex.^a sobre o assunto indicado, cujo envio muito agradeço, assim como toda a colaboração prestada no âmbito da instrução do processo.

Embora o assunto objecto da queixa apresentada ao Provedor de Justiça tenha sido solucionado de forma favorável ao sujeito passivo, de acordo com o extracto do sistema de penhoras automáticas “SIPA”, não posso deixar de alertar V. Ex.^a, na qualidade de órgão da execução fiscal, de que a eficiência do referido sistema informático depende da correcção dos dados que lhe são introduzidos pelos Serviços de Finanças, a controlar pelo seu dirigente.

De acordo com o referido extracto, a dívida para cuja cobrança se procedeu à penhora da conta bancária do executado, em 14/10/2005, viria a ser anulada pelos Serviços Centrais, em 27/10/2005, muito provavelmente por ter já decorrido o seu prazo de prescrição.

De facto, sendo o IVA um imposto de prestação única, o prazo de entrega das declarações periódicas em falta e respectivos pagamentos não efec-

tuados reporta-se a 15/05/1994, 16/08/1994, 15/11/1994 e 15/02/1995, uma vez que se trata de um sujeito passivo com enquadramento no regime normal trimestral, como parece ser confirmado pelo valor da liquidação oficiosa emitida.

Esta liquidação não pode deixar de ter em conta o início da contagem do prazo de prescrição do imposto de cada um dos trimestres que engloba e que, à data da instauração da execução fiscal era de dez anos, nos termos do artigo 34.º, n.º 1, do Código de Processo Tributário então em vigor.

Porém, tratando-se de uma liquidação anual, e encontrando-se metade do seu valor prescrito à data da penhora, bem andaram os Serviços Centrais ao proceder à sua anulação total, apesar de o conhecimento oficioso da prescrição ser da competência do órgão da execução fiscal, nos termos do artigo 175.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário.

Tendo sido totalmente atendida a reclamação do sujeito passivo, comunico a V. Ex.^a que foi determinado o arquivamento do processo aberto neste órgão do Estado, ao abrigo do disposto no artigo 31.º, alínea c) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça).

B — Consumo

R-1650/05

Assessora: Ana Guerreiro Pereira

Entidade visada: Directora do Centro de Reclamações dos CTT — Correios de Portugal, S. A.

Assunto: Consumo — electricidade — facturação — distribuição postal — atrasos na distribuição de facturas.

Sobre o assunto objecto de queixa — recepção de facturas de electricidade depois de expirado o respectivo prazo de pagamento —, teve a Provedoria de Justiça oportunidade de contar com a colaboração do Centro de Atendimento de Reclamações dos CTT-Correios na instrução do processo R-2764/04 (A2)⁸⁷.

Através do ofício de 3 de Novembro de 2004, comunicou este órgão do Estado a V. Ex.^a que havia sido arquivado aquele processo, já que, muito

⁸⁷ V. Relatório de 2004 (págs. 57-58).

embora a EDP tivesse demonstrado, mediante a junção de guias comprovativas de que as facturas foram atempadamente entregues aos serviços de expedição postal, que os atrasos verificados na situação que motivou essa queixa não lhe poderiam ser imputados, se confiou que iriam ser adoptadas as providências necessárias a evitar a repetição desse tipo de atrasos no futuro.

Por esse motivo se apelou a V. Ex.^a para que fossem instituídas medidas capazes de garantir que, independentemente do volume de correspondência movimentada, fosse conferida a máxima prioridade à entrega deste tipo de correio (com prazo).

Porém, após o arquivamento desse processo, deu entrada na Provedoria de Justiça uma outra reclamação de idêntico teor, ou seja, em que se contestava também o facto de as facturas de electricidade só terem sido recebidas depois de expirado o respectivo prazo de pagamento.

Entendeu a Provedoria de Justiça dever então retomar os contactos junto desses Serviços, agora já no âmbito do processo mencionado em epígrafe (R — 1650/05).

A resposta que o ofício para esse efeito dirigido pela Provedoria de Justiça (de 13 de Maio de 2005) mereceu, consta da vossa carta de 24 de Maio de 2005, em que, lamentavelmente, se concluiu não ser possível apurar a data da entrega da correspondência da EDP por não se tratar de correspondência registada.

Prosseguiu-se, por isso, com a instrução do processo junto da EDP, que remeteu então a informação de que também se junta cópia para conhecimento de V. Ex.^a, da qual decorre ter entregue as facturas aos CTT, com a devida antecedência, para se proceder à devida expedição.

Pelo facto de a EDP ter estornado os valores cobrados ao reclamante a título de juros pelo pagamento extemporâneo das facturas — como princípio de boa prática comercial e não como sinónimo de qualquer assunção de responsabilidades que, como se viu, conseguiu ilidir —, entendeu a Provedoria de Justiça ser de arquivar este processo, já que se mostra satisfeita a pretensão do reclamante.

Contudo, face à factualidade apurada aquando da instrução do processo R-2764/04 — em que também a EDP demonstrou que a demora da entrega das facturas não procedeu de culpa sua -, agora corroborada por mais este caso, não pode a Provedoria de Justiça deixar de reiterar a chamada de atenção dirigida a V. Ex.^a no âmbito daquele processo, alertando, uma vez mais, para a necessidade de serem tomadas as providências que se revelarem adequadas, e que poderão passar, nomeadamente, pela divulgação de instru-

ções internas capazes de impor uma mudança de comportamentos, para que, mesmo nos casos de especial acumulação de serviço, a distribuição da correspondência com prazo goze sempre de um tratamento de máxima prioridade.

Na convicção de que V. Ex.^a compreenderá o sentido desta reiterada chamada de atenção, e que lhe dará a devida sequência.

R-2170/05

Assessora: Alexandra Iglésias

Entidade visada: Fundo de Garantia Automóvel

Assunto: Adicional cobrado aos segurados do ramo automóvel, destinado ao Fundo de Garantia Automóvel.

Foi apresentada queixa na Provedoria de Justiça por um cidadão que discordava do pagamento que lhe era exigido, juntamente com o pagamento do seu seguro automóvel, de uma contribuição para o Fundo de Garantia Automóvel.

Para fundamentar o seu desacordo com esta exigência alegava o reclamante que, sendo o seguro automóvel obrigatório, não se justificaria que os consumidores fossem obrigados a suportar a referida contribuição, destinada a cobrir custos do FGA com o ressarcimento de danos provocados por acidentes cujo responsável não tenha seguro válido ou eficaz.

Analizada a base legal da cobrança do encargo reclamado, bem como a sua razão de ser, concluiu a Provedoria de Justiça pela falta de fundamento da queixa, tendo sido remetido ao reclamante o ofício que se transcreve de seguida, com o objectivo de o esclarecer acerca dos fundamentos de tal conclusão:

“Ex.^{mo} Senhor....

Informo que a sua queixa foi recebida na Provedoria de Justiça em 31.05.05, dando origem ao processo acima referenciado.

Analizada a queixa é agora possível dar conta das conclusões alcançadas:

Constituem receitas do Fundo de Garantia Automóvel (adiante designado FGA), o montante a liquidar por cada seguradora, resultante da aplicação de uma percentagem sobre os prémios simples (líquidos e adicionais) de seguro directo do ramo “Automóvel”, pro-

cessados no ano anterior, líquido de estornos e anulações, de acordo com o art. 27.º n.º 1, alínea *a*) do Decreto-Lei n.º 522/82, de 31.12.

Nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, e para cumprimento da obrigação assumida, ficam as seguradoras autorizadas a cobrar aos seus segurados do ramo “Automóvel” um adicional.

As contribuições a que V. Ex.a faz referência na queixa apresentada constituem assim, entre outras designadas no artigo 27.º supra referido, as receitas do Fundo necessárias ao financiamento dos objetivos e à concretização das suas competências definidas na lei.

Se é certo que a referida receita é paga pelos que cumprem a obrigação legal de pagamento do prémio de seguro automóvel, também é verdade que são apenas estes que acabam por beneficiar daquelas receitas, na medida em que nos termos do art. 21.º, n.º 1 do Decreto-Lei citado, compete ao FGA satisfazer as indemnizações decorrentes de acidentes causados por veículos sujeitos ao seguro obrigatório e que sejam matriculados em Portugal.

E, segundo determina o n.º 2, alíneas *a*) e *b*), do mesmo preceito, o Fundo garante, em caso de acidente originado pelos veículos mencionados no número anterior, a satisfação de indemnizações por:

- lesões materiais, quando o responsável, sendo conhecido, não beneficie de seguro válido ou eficaz;
- morte ou lesões corporais, quando o responsável seja desconhecido ou não beneficie de seguro válido ou eficaz ou, ainda, quando for declarada a falência da seguradora, sendo que, no caso de indemnização por morte ou lesões corporais, o Fundo responde pela totalidade dos prejuízos sofridos, sem dedução de qualquer franquia na indemnização.

Tal responsabilização pelos danos causados por condutor de viatura que não possua seguro válido ou eficaz, afigura-se certamente menos onerosa, mais cómoda e mais segura do que o litígio — com eventual demanda judicial — que, não raro, seria necessário para obter o ressarcimento dos danos junto do terceiro responsável, com a agravante de não existirem quaisquer garantias de que este, mesmo se condenado em tribunal ao pagamento, tivesse dinheiro ou bens que pudessem responder pela dívida.

Por seu turno, o pagamento de franquia por lesado, em acidente causado por veículo não seguro, nos termos do art. 21.º n.º 3, do Decreto-Lei n.º 522/85, de 31.12, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 122/86, de 10.05, resulta da transposição para o direito interno da 2.ª Directiva do Seguro Automóvel (84/5/CEE), ainda em vigor, permitindo a dedução daquela por parte de cada Estado Membro.

Com efeito, quando o Fundo de Garantia Automóvel foi criado, existia alguma debilidade financeira, optando o legislador português na transposição da Directiva para o direito interno, pela consagração de uma franquia, no intuito de afastar do tratamento do Fundo os “pequenos sinistros” de Lesão Material, libertando desta forma verbas para casos de valor mais significativo (morte e lesões corporais).

Tudo visto, conclui-se que o adicional cobrado aos segurados não configura um acto ilegal — na medida em que aparece consagrado legalmente como receita do Fundo — ou injusto — pelo facto de se repercutir nos potenciais beneficiários da existência do FGA, tanto mais que o adicional em causa não é sinónimo de desresponsabilização ou impunidade relativamente aos que violam a obrigação de possuir seguro automóvel: a estes, o Fundo exigirá o que pagou aos lesados e sobre eles recairão as consequentes sanções pela falta de seguro obrigatório.

Por estes motivos, considerou-se não haver fundamento para uma intervenção deste órgão do Estado no caso concreto.

Esperando que o recurso à Provedoria de Justiça tenha servido para melhor elucidar V. Ex.a quanto à legalidade da contribuição em análise para o Fundo de Garantia Automóvel, e à razão de ser da sua existência.”.

R-3397/05

Assessora: Ana Guerreiro Pereira

Entidade visada: Presidente do Conselho de Gerência da “CP — Caminhos de Ferro Portugueses, E.P.”

Assunto: Atrasos nos horários dos comboios — cobrança de taxa pela reválida de bilhete.

Acuso a recepção do ofício de V. Ex.^a, cujo envio desde já agradeço.

Atenta a justificação apresentada por V. Ex.^a para o atraso do comboio no percurso entre a Régua e o Porto e na convicção de que essa empresa está empenhada em garantir, de forma progressiva, a melhoria das condições de conforto e segurança oferecidas aos passageiros pelas carruagens dos seus comboios, procedeu a Provedoria de Justiça ao arquivamento do processo, nos termos do disposto no art. 31.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que aprovou o Estatuto do Provedor de Justiça.

Para tal decisão contribuiu também o facto de, como resulta do ofício que a “CP” enviou à reclamante no passado dia 17 de Outubro de 2005, essa empresa lhe ter oferecido um *voucher* válido para uma viagem Régua/Coimbra, o que permite, de alguma forma, compensar os incidentes verificados nessa viagem.

Não obstante, não pode a Provedoria de Justiça deixar de salientar que o rigoroso cumprimento da Tarifa Geral de Transportes, designadamente o art. 19.º da Portaria n.º 403/75, de 30 de Junho, na redacção que lhe foi dada pela Portaria n.º 1116/80, de 31 de Dezembro, exigia à “C.P.” a adopção de um comportamento diverso neste tipo de situações.

Na verdade, refere-se na 2.^a parte do n.º 1 desse preceito que “(...) *quando em consequência de atraso, um comboio perder o enlace com outro ou um comboio for suprimido em todo ou em parte do percurso, o Caminho de Ferro apenas se obriga a fazer seguir o passageiro e a sua bagagem, sem qualquer acréscimo de preço (independentemente da categoria do comboio, tipo de bilhete ou ainda que o passageiro tenha de viajar em classe superior) por um comboio que sirva a estação de destino do passageiro, pela mesma linha ou outro itinerário, de maneira a permitir-lhe chegar ao destino com o menor atraso possível, ou a reembolsá-lo da importância correspondente ao percurso não efectuado, sem pagamento de qualquer taxa*” (sublinhado nosso).

Julga-se assim que resulta desta norma, de forma explícita, que, nos casos em que em consequência de um atraso num comboio um passageiro perder a ligação a um outro — seja qual for o motivo que determinou esse atraso — não lhe pode ser exigido o pagamento de qualquer taxa pela revalidação do bilhete, uma vez que essa revalidação se tornou necessária, exclusivamente, por um facto que lhe é totalmente alheio e que manifestamente não procedeu de culpa sua.

Aliás, como V. Ex.^a certamente convirá, não faz sentido tratar de forma igual todas as situações de revalidação de bilhetes, isto é, sem distinguir

as situações em que é imputável aos passageiros a inutilização da reserva inicial de lugar, face àquelas em que se viram impedidos de a utilizar, por constrangimentos inerentes à própria empresa, ainda que de força maior.

Nestes termos, e independentemente da solução dispensada a este caso concreto — que poderá mesmo ter beneficiado a reclamante, pois, ao que se julga, o valor do *voucher* oferecido transcende o da taxa paga —, permito-me solicitar a V. Ex.^a que diligencie no sentido de transmitir aos serviços competentes o entendimento supra exposto, no sentido de, em futuras situações similares, em que um passageiro perca a ligação a um comboio em virtude do atraso de um outro comboio, não lhe seja exigido o pagamento de qualquer taxa pela revalidação do bilhete, desde que, naturalmente, este assim o invoque e os serviços o possam comprovar no momento.

Certa do bom acolhimento deste entendimento da parte de V. Ex.^a, a Provedoria de Justiça deu por encerrada a instrução deste processo.

C — Responsabilidade civil

R-233/03

Assessora: Ana Guerreiro Pereira

Entidade visada: Chefe de Gabinete do Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional

Assunto: Responsabilidade civil — pedido de indemnização — danos causados em habitação — Inundações ocorridas em Braga em Setembro de 2002.

Ponderadas as conclusões constantes da Informação de 12 de Setembro de 2005, do Instituto da Água, cuja cópia acompanhou o ofício de V. Ex.^a, prosseguiu a Provedoria de Justiça com a instrução do processo junto da Câmara Municipal de Braga.

Por se ter concluído que só em sede judicial seria possível a produção de prova do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil do qual dependeria a satisfação da pretensão de ressarcimento manifestada pelo reclamante, procedeu a Provedoria de Justiça ao rearquivamento do processo, nos

termos do disposto no art. 31.º, alínea *a*) do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

Porém, como resulta da Informação do INAG supra referida, a Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território do Norte terá intimado a empresa “ECAN — Mercado Abastecedor do Noroeste, S.A.” para repor a situação anterior à prática da infracção, fixando um prazo para a execução desses trabalhos até 1 de Outubro de 2001, na sequência de uma reunião entre ambas que teve lugar no dia 4 de Janeiro de 2001, em que também esteve presente um representante da Câmara Municipal de Braga, e na qual esta autarquia e aquela empresa “confessaram terem feito intervenções no domínio hídrico sem a indispensável licença”.

Não obstante, o facto de terem ocorrido as referidas cheias permite supor que a renaturalização do leito do rio não foi feita como o deveria ter sido, desconhecendo a Provedoria de Justiça se, para além das diligências a que se referiu o INAG, a Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território do Norte fiscalizou os trabalhos no terreno, de forma a acautelar a efectiva reposição da situação anterior à prática da infracção.

Deste modo, compreenderá V. Ex.^a que a Provedoria de Justiça não possa deixar de chamar a atenção para o facto de, em eventuais situações similares que possam vir a ocorrer no futuro, esse Ministério, por si mesmo, ou através das suas direcções regionais ou dos institutos que tutela, procure assegurar-se de que as entidades infractoras corrigem efectivamente as situações a que deram lugar, esgotando todos os meios legais ao seu alcance, incluindo, se assim se mostrar necessário, o recurso aos órgãos jurisdicionais.

R-233/03

Assessora: Ana Guerreiro Pereira

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Braga

Assunto: Responsabilidade civil — pedido de indemnização — danos causados em habitação — inundações ocorridas em Braga em Setembro de 2002.

Ponderada a posição assumida por V. Ex.^a, em conjunto com o entendimento manifestado pelo Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Terri-

tório e do Desenvolvimento Regional a respeito da responsabilidade pela ocorrência das cheias em Braga que atingiram a casa de habitação do reclamante, concluiu a Provedoria de Justiça que, no quadro das competências que cabem a este órgão do Estado, não é possível proceder à aferição do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil de que depende a satisfação do pedido de indemnização objecto de queixa.

Assim, como concluiu também V. Ex.^a, competiria aos tribunais apreciar a medida da culpa da autarquia de Braga pela verificação de tais inundações, sendo certo que, não fosse o facto de se encontrar já prescrito, nos termos legais, o direito à indemnização, a Provedoria de Justiça encaminharia o reclamante no sentido de expor a sua pretensão de ressarcimento junto dos órgãos jurisdicionais.

Não obstante, revelou a instrução do processo alguns dados objectivos que imputam à Câmara Municipal de Braga uma actuação desconforme com a legalidade, que não posso deixar de sublinhar.

Efectivamente, como tive oportunidade de referir no anterior ofício que dirigi a V. Ex.^a, de acordo com a informação prestada pelo Instituto da Água (INAG), as obras de regularização do leito do Rio Este vieram a dificultar o escoamento do respectivo caudal, potenciando a zona de cheia inundável.

Também de acordo com aquele Instituto, tal intervenção não foi autorizada pelo Ministério da tutela, tendo sido a autarquia de Braga e a empresa “ECAN — Mercado Abastecedor da Região Nordeste, S.A.” intimados a proceder à reposição da situação anterior à prática da infracção, ou seja, a renaturalização do leito e margens desse rio.

Ora, no ofício a que ora se responde, V. Ex.^a limita-se a reiterar o que havia sido afirmado pela Divisão dos Serviços Jurídicos e de Contencioso da Câmara Municipal de Braga — e que inclui, ao que se julga, a afirmação de que tais obras haviam sido autorizadas —, sem no entanto demonstrar de forma minimamente razoável a respectiva veracidade, ou, em alternativa, a incorrecção da informação prestada pelo INAG.

Face ao que antecede, e apenas porque, como se começou por referir, não é possível aferir, pela via extra-judicial, o preenchimento dos pressupostos legais necessários ao nascimento do dever de indemnizar — nomeadamente quanto à verificação do nexo de causalidade entre a intervenção no domínio hídrico e a dimensão das cheias que atingiram o local — assim como a medida

da culpa a imputar a essa autarquia e, eventualmente, ao Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, foi determinado o arquivamento do processo supra referenciado (art. 31.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que aprovou o Estatuto do Provedor de Justiça).

R-1164/05
Assessora: Ana Guerreiro Pereira

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração da “Euroscut-Norte — Sociedade Concessionária da SCUT do Norte Litoral, S.A.”

Assunto: Responsabilidade civil. Pedido de indemnização — acidente de viação — deficiências no pavimento — falta de sinalização.

Acuso a recepção e agradeço o envio da comunicação remetida pelo Departamento Jurídico da “EuroscutNorte” em resposta ao pedido de esclarecimentos que lhe foi dirigido pela Provedoria de Justiça, na sequência da apresentação de queixa.

Ponderada a reiterada recusa da parte dessa empresa concessionária em assumir a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos causados no veículo automóvel do reclamante, concluiu a Provedoria de Justiça ser de proceder ao arquivamento do processo a que deu origem esta queixa, nos termos do disposto no art. 31.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que aprovou o Estatuto do Provedor de Justiça.

Essa decisão, que resultou apenas da constatação de que se encontram esgotadas as possibilidades de intervenção deste órgão do Estado no assunto exposto, não deve ser interpretada como um juízo de concordância relativamente ao procedimento seguido por essa empresa após ter recebido o pedido de indemnização que constitui o objecto desta queixa.

Pelo contrário, a escassez da fundamentação utilizada para sustentar a rejeição de responsabilidades, aliada à manifesta demora na comunicação ao reclamante de uma posição final sobre a sua pretensão de ressarcimento justificam esta chamada de atenção, na expectativa de que, caso se venham a registar casos similares, a “Euroscut” possa vir a adoptar um procedimento mais

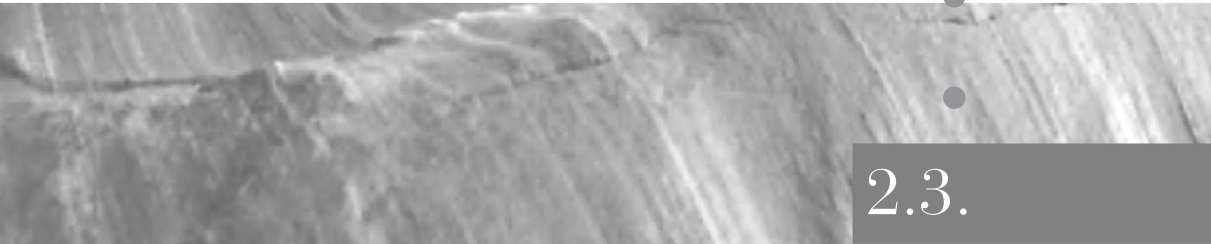
célere e rigoroso, conforme lhe compete enquanto entidade concessionária de um serviço público.

Efectivamente, como resulta da documentação junta ao processo pelo reclamante, da qual faz parte a carta que o Departamento Jurídico dessa empresa lhe enviou em 26 de Novembro de 2003, só nessa data se comunicou a decisão que recaiu sobre o pedido que havia sido formulado em 12 de Novembro de 2001, ou seja, uma vez decorrido um período superior a dois anos.

Por outro lado, e não obstante ter sido expressamente confrontada pela Provedoria de Justiça com cópia da participação elaborada pela Divisão de Matosinhos da Polícia de Segurança Pública, essa empresa limitou-se a descrever, em abstracto, o procedimento que habitualmente segue quando as vias de circulação automóvel sob a sua jurisdição não se encontram em bom estado de conservação.

Efectivamente, seria desejável que, perante um documento elaborado por uma autoridade pública que expressamente atesta a existência de vários buracos e deformações do pavimento no troço onde ocorreu o acidente, inclusivamente com uma extensão capaz de colocar em risco a segurança e a integridade de quem lá circula e dos respectivos veículos, a “Euroscut” se empenhasse em demonstrar que, nessas concretas circunstâncias de tempo e lugar, agiu de forma diligente e adoptou todos os procedimentos de prevenção de sinistros a que estava obrigada.

É que, ainda que se pudesse conceder que a relação que se estabelece entre as empresas concessionárias da rede de auto-estradas e os respectivos utentes deve situar-se ao nível extra-contratual, cabendo assim ao lesado a prova do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil — qualificação essa que, como se sabe, é ainda controversa na jurisprudência e doutrina —, julga-se que tal entendimento não pode dispensar uma análise casuística do acidente e dos elementos de prova disponíveis, ainda que possam reputar-se insuficientes para a imputação de responsabilidades.



2.3.

Assuntos sociais:
trabalho, segurança social,
saúde, habitação social

Provedor-Adjunto de Justiça:

Pereira Coutinho (até 15 de Setembro)

Jorge Silveira (desde 19 de Setembro)

Coordenador:

Nuno Simões

Assessores:

Margarida Santerre

Fátima Martins

Isabel Pinto

Luísa Falcão de Campos

Mónica Duarte Silva

Rita Cruz

Diogo Nunes dos Santos (até 31 de Janeiro)

Helena Lancastre (desde 21 de Fevereiro)

2.3.1. Introdução

I — Apreciação geral

1. Ao longo dos últimos anos assistiu-se a um crescente número de queixas relativas aos diferentes assuntos sociais tratados na Área. Só no ano de 2004 o volume de processos organizados para instrução nesta Área cresceu cerca de 35%. Tal afluxo crescente de queixas determinou que a Área fosse uma das que apresentava, se não o maior, pelo menos um dos maiores índices de queixas entradas na Provedoria de Justiça. Tal situação evidenciou a necessidade de se proceder a um reajustamento das matérias tratadas na Área, pelo que, no início de 2005, se procedeu a uma reestruturação, tendo as queixas relativas aos assuntos da Saúde⁸⁸ passado a integrar o acervo das matérias tratadas pela Área 6.

2. O ano de 2005 terminou com um volume de 791 queixas distribuídas à Área, contra as 933 registadas em 2004. O decréscimo verificado ficou a dever-se precisamente à transferência dos assuntos da Saúde.

3. Em termos globais, o volume de queixas distribuídas à Área, em 2005, representa cerca de 16% do total das queixas recebidas na Provedoria de Justiça, contra os 19% verificados no ano anterior.

4. Comparativamente a 2004, não se registaram, no ano em apreço, acréscimos significativos de queixas nos domínios da Segurança Social, do Trabalho e da Habitação Social.

5. No que se refere à tipologia das queixas entradas na Área, pode concluir-se que não houve alterações significativas face ao ano anterior. Assim sendo, e com vista a uma melhor percepção da tipologia das queixas entradas em 2005 e do respectivo peso na Área, apresentam-se seguidamente dois quadros.

⁸⁸ Em 2004, as queixas relativas aos assuntos da Saúde representavam cerca de 15% do volume total das queixas entradas na Área.

No **quadro I** dá-se conta da distribuição das queixas por grandes grupos de matérias e no **quadro II** apresenta-se em detalhe o maior agregado de queixas (*Segurança Social*):

Quadro I

SEGURANÇA SOCIAL	86,6%	Regimes da Segurança Social	56,2%
		Regimes de Protecção Social da Função Pública	25,4%
		Acidentes de trabalho e acidentes em serviço	3,7%
		Outros	1,3%
DIREITO DO TRABALHO	8%		
HABITAÇÃO SOCIAL	3%		
OUTROS	2,4%		

Quadro II

SEGURANÇA SOCIAL (86,6%)	Regimes da Segurança Social (56,2%)	Pensões de velhice (24%), de invalidez (9%) e de sobrevivência (5%)	38%
		Subsídios de desemprego (18%), de doença (6%) e de maternidade (3%)	27%
		Rendimento social de inserção, acção social e apoio judiciário	7%
		Prestações familiares (p.e., abono de família)	7%
		Outras prestações, serviços e estabelecimentos sociais	9%
		Inscrição, contribuições e dívidas à segurança social	12%
	Regimes de Protecção Social da Função Pública (25,4%)	Aposentação por velhice	60%
		Aposentação por invalidez	8%
		Prestações por morte	4%
		Outras pensões (preço de sangue, serviços relevantes, etc.) e outras prestações	13%
		Inscrição, quotas, contagem de tempo de serviço	15%

6. Em face dos quadros que antecedem pode concluir-se que:
- a) O agregado de queixas sobre **Segurança Social** continuou a ser este ano o mais representativo na Área, ascendendo a **86,6%**. Destes, **56,2%** dizem respeito a matérias dos **Regimes da Segurança Social**: reclamações maioritariamente relacionadas com pensões de velhice (24%), de invalidez (9%) e de sobrevivência (5%), com subsídios de desemprego (18%), de doença (6%) e de maternidade (3%) e com o rendimento social de inserção, acção social e apoio judiciário (7%) e **25,4%** relativas a questões dos **Regimes de Protecção Social da Função Pública**, ou seja, queixas relacionadas, sobretudo, com aposentações por velhice (60%) e por invalidez (8%), com prestações por morte (4%), com problemas relativos a inscrições na Caixa Geral de Aposentações, quotas e contagem do tempo de serviço (15%) e com outros tipos de pensões e de prestações (13%).
 - b) Os restantes agregados de queixas mantiveram-se igualmente dentro dos valores registados nos anos anteriores: **Direito do Trabalho** (8%) e **Habitação Social** (3%).

7. Em termos de **pendência**, e sem contar com o consequente decréscimo resultante da referida redistribuição dos processos sobre assuntos de *Saúde*, consolidou-se a tendência muito positiva, verificada ao longo dos últimos anos, de diminuição do volume de processos na Área. Efectivamente, o trabalho desenvolvido pela Área permitiu concluir a instrução de mais processos (902 arquivamentos)⁸⁹ do que os entrados durante o ano (791), o que representa um saldo de menos 111 processos, ou seja, mais 14% de processos arquivados face aos que entraram. A este propósito, importa salientar que, paralelamente ao acréscimo do número de processos arquivados, também aumentou a taxa de satisfação das pretensões dos reclamantes. Efectivamente, cerca de 90% das queixas consideradas procedentes⁹⁰ foram arquivadas

⁸⁹ A taxa de conclusão de processos (arquivamentos) na Área cifrou-se em cerca de 17% do total dos arquivamentos registados na Provedoria de Justiça em 2005.

⁹⁰ Para o apuramento desta taxa não foram consideradas as queixas com falta de fundamento.

com sucesso, o que representa uma taxa de resolução das reclamações muito positiva.

A Área concluiu o ano com uma pendência de 254 processos ⁹¹, representando apenas 12% do total dos processos pendentes na Provedoria de Justiça. Esta baixa taxa de pendência é tanto mais significativa se tivermos em atenção a taxa das queixas distribuídas à Área e que, no ano em apreço, se cifrou, como se referiu, em 16%. Assim sendo, o saldo entre processos entrados e processos concluídos não pode deixar de ser considerado como muito positivo para a obtenção da pendência verificada.

Acresce ainda referir que **aproximadamente 82% das queixas entradas na Área em 2005 foram instruídas e concluídas ainda no decurso do próprio ano** ⁹².

Os resultados alcançados resultaram de um ainda maior esforço da equipa de assessoria — que cabe aqui realçar — no sentido de imprimir mais celeridade na instrução e, consequente, conclusão (arquivamento) dos processos.

8. No ano de 2005 foi formulada uma recomendação legislativa (**Recomendação n.º 4-B/2005**) ⁹³ ao Ministro do Trabalho e da Solidariedade Social, visando a adopção de uma medida legislativa que assegurasse o acesso às prestações familiares (nomeadamente, ao *abono de família*) e de solidariedade (*rendimento social de inserção*) a cidadãos estrangeiros portadores do título de *autorização de permanência* em território nacional ou de títulos similares. **Esta Recomendação foi entretanto acatada, tendo sido, para o efeito, publicados dois diplomas legais: o Decreto-Lei n.º 41/2006, de 21/02** (que altera o Decreto-Lei n.º 176/2003, de 02/08, quanto às prestações familiares, designadamente, abono de família e subsídio de funeral) **e o**

⁹¹ Destes 254 processos pendentes, 58% são de 2005, 18% de 2004, 13% de 2003 e apenas 11% relativos a anos anteriores a 2003.

⁹² Efectivamente, dos 791 processos distribuídos à Área em 2005, só 147 é que transitaram para o ano de 2006. Na apreciação destes elementos, importa ter em atenção que as queixas entradas nos últimos meses do ano não permitem, em princípio, uma instrução e conclusão dentro do próprio ano da sua admissão, pelo que esta taxa de conclusão dos processos (82% no próprio ano), apesar de extremamente positiva, apresenta este constrangimento. De qualquer modo, e a título meramente indicativo, de acordo com os elementos disponíveis em 15.03.2006, a taxa de conclusão de processos de 2005 ascendia já a 89%.

⁹³ A *Recomendação* em causa foi formulada no âmbito do processo R-4811/04.

Decreto-Lei n.º 42/2006, de 23/02 (que altera o Decreto-Lei n.º 283/2003, de 08/11, quanto ao rendimento social de inserção). Adiante, neste Relatório, dar-se-á conta mais detalhada do sentido e alcance desta Recomendação.

9. No que diz respeito às **entidades mais visadas nas queixas**, importa referir que se manteve a tendência já verificada em anos anteriores. Assim, as entidades mais reclamadas continuaram a ser, essencialmente, o Centro Nacional de Pensões (CNP) e os diversos centros distritais de segurança social (sobretudo, os de Lisboa, Porto, Braga, Setúbal, Santarém, Leiria, Aveiro e Faro), todos integrados no Instituto de Segurança Social, IP (ISS), representando cerca de 39% do total das entidades visadas. Por outro lado, a Caixa Geral de Aposentações continuou a ser, também, uma das entidades mais reclamadas, representando cerca de 22%. A Inspeção-Geral do Trabalho (IGT) e o Instituto de Emprego e Formação Profissional (IEFP) totalizaram cerca de 4%, o Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social aproximadamente 3% e a Câmara Municipal de Lisboa e a Gebalis (empresa municipal) cerca de 2%.

De assinalar que, neste ano, houve um ligeiro acréscimo de queixas contra o Ministério da Defesa Nacional (representando cerca de 5% do total). Tal ficou a dever-se, sobretudo, às queixas sobre a aplicação da Lei n.º 9/2002, de 11 de Fevereiro, que veio estabelecer o regime jurídico da prestação do serviço militar obrigatório pelos antigos combatentes, para efeitos de aposentação ou reforma. Em causa estava, por um lado, o atraso do Departamento de Apoio aos Antigos Combatentes na contagem do tempo de serviço militar obrigatório para efeito da atribuição do *complemento especial de pensão* ou de um *acréscimo vitalício de pensão* e, por outro lado, o atraso na regulamentação de algumas disposições da referida lei.

Quanto ao desenvolvimento destes processos, vide o que se refere no ponto 24.

II — Segurança Social

10. As queixas relativas à Segurança Social continuam a ser, como referimos, o agregado com maior peso na Área, visando uma multiplicidade de questões relativas quer aos *Regimes da Segurança Social*, quer aos *Regimes de Protecção Social da Função Pública*.

11. Quanto ao objecto, as reclamações, no domínio dos *Regimes da Segurança Social*, não apresentaram diferenças substanciais face aos anos anteriores. Em síntese, as reclamações entradas podem dividir-se em quatro grandes grupos, quanto: (a) ao *regime*: inscrição, mudança de regime, opções e suas alterações; (b) aos *descontos* ou *contribuições*: cálculo, pagamento retroactivo, isenção, restituição; (c) às *prestações*: requisitos de atribuição; processo de atribuição (atrasos, provas exigidas, comissões de verificação de incapacidades); montante e forma de cálculo (carreira contributiva, remunerações, rendimentos); acumulação com outras prestações ou com rendimentos do trabalho; revogação, suspensão e restituição de prestações indevidas; (d) à *acção social*: alojamento e auxílio social.

12. A análise ponderada da instrução relativa às queixas entradas em 2005 permite concluir que se mantiveram alguns problemas na organização, funcionamento e articulação das diversas entidades e Serviços com atribuições e competências no âmbito do Sistema de Segurança Social. Efectivamente, tais disfuncionalidades verificaram-se dentro do próprio Instituto de Segurança Social, IP (os CDSS entre si e com o CNP e estes com os Serviços centrais ou regionais do referido Instituto), mas, também, em alguns casos, na articulação dos Serviços do Instituto de Segurança Social, IP com o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, IP e com o Instituto de Informática e Estatística da Segurança Social, IP.

13. No que concerne aos principais constrangimentos com que se deparam os beneficiários da Segurança Social e que a instrução dos processos permitiu identificar, importa referir que alguns deles não são novos. A título meramente exemplificativo, refere-se:

- a) Deficiente funcionamento do *Sistema Nacional de Informação da Segurança Social* (SNISS) — que pretende integrar um *banco nacional de dados de beneficiários* ⁹⁴ —, nomeadamente, atrasos no registo de remunerações na base de dados e imprecisões no registo das carreiras contributivas dos beneficiários. Durante o ano de 2005 continuaram a sentir-se os efeitos deste problema, ou seja,

⁹⁴ Cujá criação e funcionamento se encontra previsto nas sucessivas Leis de Bases da Segurança Social [Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto — art. 91.º, al. b) — e Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro — art. 119.º, al. c)].

atrasos e, por vezes, mesmo, incorrecções nos processos de atribuição de subsídios por parte dos diferentes centros distritais de segurança social (desemprego, doença, maternidade, etc.) ou de pensões por parte do Centro Nacional de Pensões (invalidez ou velhice) ⁹⁵. Por outro lado, detectaram-se falhas graves na migração de dados do Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa para a aplicação informática SICC (*subsistema integrado de conta-corrente do beneficiário*) a cargo do Instituto de Informática e Estatística da Segurança Social (IIES). Este Instituto não terá tido em consideração algumas dívidas dos beneficiários já anuladas ou regularizadas, o que determinou que os beneficiários fossem confrontados indevidamente com tais dívidas ou, mesmo, que os Serviços de Segurança Social tivessem feito indevidamente a compensação dessas alegadas dívidas com prestações sociais a que os beneficiários, entretanto, teriam direito a aceder (*maxime*, o subsídio de desemprego). A este propósito, foram formulados pelo Provedor de Justiça ⁹⁶ reparos aos conselhos directivos, respectivamente, do Instituto de Segurança Social, IP e do Instituto de Informática e Estatística da Segurança Social, IP, no sentido de o problema ser resolvido com a urgência que a situação impunha. Nas respostas, os dois institutos, reconhecendo o problema, referiram ter adoptado os procedimentos adequados à sua rápida resolução. Tal situação não deixará de ser acompanhada pela Provedoria de Justiça.

- b) Atrasos dos centros distritais de segurança social no processamento e pagamento das diferentes prestações sociais a seu cargo, sobretudo, no que diz respeito ao subsídio de desemprego. Também se verificaram atrasos significativos na apreciação e decisão dos pedidos de concessão de apoio judiciário no âmbito do regime de acesso ao direito e aos tribunais (Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho), sobretudo, no Centro Distrital de Segurança Social do Porto, o que moti-

⁹⁵ Vd., a título meramente exemplificativo, as situações relatadas nos processos com as referências R-1164/05 e R-1443/05.

⁹⁶ No âmbito do processo R-4394/05.

vou a formulação de chamadas de atenção do Provedor de Justiça junto dos conselhos directivos, respectivamente, do Instituto de Segurança Social, IP e do Instituto das Tecnologias de Informação da Justiça, IP, visando a resolução do problema ⁹⁷.

- c) O *direito à informação* consagrado na Lei de Bases da Segurança Social ⁹⁸ é frequentemente negligenciado pelos diferentes Serviços do Instituto da Segurança Social, IP, sobretudo, por parte dos centros distritais de segurança social (CDSS) e pelo Centro Nacional de Pensões (CNP). Efectivamente, verifica-se que a correspondência (*maxime*, as notificações de indeferimento de prestações sociais ou de pedidos de reposição de prestações indevidas) dirigida aos beneficiários não acautela razoavelmente o *direito à informação* que a lei expressamente lhes reconhece. Muitas vezes, a fundamentação da decisão comunicada é insuficiente ou deficiente ou, em alguns casos, é inexistente ⁹⁹. Outras vezes verificam-se atrasos nas respostas às exposições e reclamações dos beneficiários ¹⁰⁰. E não poucas vezes se observam situações de errada prestação de informações dos Serviços da Segurança Social aos beneficiários ¹⁰¹, comprometendo o exercício de direitos por parte destes ¹⁰². Para

⁹⁷ Processo R-940/05 cuja anotação detalhada se apresenta mais adiante neste *Relatório*.

⁹⁸ Artigos 23.º e 74.º da Lei n.º 32/2002, de 20/12 e, bem assim, do disposto nos artigos 7.º e 61.º do Código do Procedimento Administrativo.

⁹⁹ Vd., a título de exemplo, o processo R-2734/05 que trata do problema da falta de informações relevantes nas notificações relativas à atribuição do subsídio de doença. Ver também o caso relatado no processo R-2636/04 (mais adiante explicado neste *Relatório*) em que o ofício-notificação remetido por correio simples pelo CDSS de Braga, sem data e sem assinatura, impunha prazo para apresentação de prova escolar sob pena de o beneficiário perder o direito ao abono de família.

¹⁰⁰ Vd., designadamente, a situação relatada nos processos com as referências R-1059/05 e R-1614/05 sobre o atrasos verificados, respectivamente, com o CDSS de Lisboa e com o CNP.

¹⁰¹ A este propósito, vejamos, a título meramente exemplificativo, os casos das reclamantes dos processos com as referências R-3769/05 (acesso ao subsídio de maternidade) e R-4108/05 (acesso ao subsídio de desemprego na sequência da cessação da atribuição da pensão de invalidez).

¹⁰² Vd., nomeadamente, os processos R-940/05 e R-4500/05 em que o Provedor de Justiça recomendou, respectivamente, ao ISS, IP e ao Centro de Segurança Social da Madeira, que as notificações das decisões de indeferimento dos pedidos de apoio judiciário passassem a conter informação sobre todos os elementos essenciais ao exercício do direito de impugnação.

- além da resolução dos casos concretos, a actuação da Provedoria de Justiça foi mais longe, formulando as devidas sugestões e chamadas de atenção com vista a que, em termos gerais, fossem adoptados os procedimentos adequados a evitar situações similares.
- d) Insuficiente articulação entre os centros distritais de segurança social e os serviços de fiscalização da Segurança Social na identificação e intervenção junto de empresas contribuintes faltosas. Por outro lado, verifica-se uma insuficiente ou deficiente instrução dos processos nos serviços de fiscalização ¹⁰³. A este propósito o ISS, IP emitiu a orientação técnica n.º 3/06, acolhendo a posição sustentada pela Provedoria de Justiça ¹⁰⁴ no sentido de os serviços de fiscalização terem uma intervenção mais activa face às denúncias de incumprimento das entidades patronais no pagamento das respectivas contribuições, recorrendo, para o efeito, a todos os meios de prova admitidos em direito, nomeadamente, a prova documental e testemunhal.
- e) Atrasos na realização das peritagens médicas no âmbito do sistema de verificação de incapacidades permanentes (comissões de verificação de incapacidades permanentes e, sobretudo, quanto às comissões de reavaliação), determinando atrasos na atribuição das pensões de invalidez ¹⁰⁵.
- f) Falta ou insuficiente fundamentação das deliberações das comissões de verificação de incapacidade temporária (CVIT) e permanente (CVIP). Reconhecendo, embora, que os actos médicos de peritagem são produzidos no âmbito da discricionariedade e independência técnica que legalmente é reconhecida e garantida aos peritos médicos do Sistema de Verificação de Incapacidades (SVI) para a sua actuação — e, por isso, a apreciação do seu sentido e do seu mérito não cabe dentro das competências do Provedor de Jus-

¹⁰³ Vd. situação relatada no processo R-5253/04 e mais adiante explicada neste *Relatório*.

¹⁰⁴ No âmbito do processo R-2471/03.

¹⁰⁵ Atente-se na situação relatada no processo R-1697/05 sobre os atrasos do CDSS do Porto na realização das Comissões de Reavaliação (incumprimento do prazo estabelecido para o efeito pelo art. 40.º do Decreto-Lei n.º 367/97, de 17/12), o que motivou a formulação de um reparo do Provedor de Justiça.

tiça, excepto nos casos de erro grave ou manifesto —, o certo é que a falta de fundamentação das respectivas deliberações constitui uma violação da lei na própria elaboração e produção do acto médico, pelo que, não estando em causa a discricionariedade mas sim a sua ilegalidade manifesta, a Provedoria de Justiça formulou, oportunamente, uma especial chamada de atenção ao ISS, IP sobre o assunto ¹⁰⁶. Em resposta, veio o Instituto de Segurança Social, IP comunicar que havia solicitado a todos os centros distritais de segurança social informação sobre as medidas adoptadas para cumprimento da orientação técnica n.º 11/2003 relativa à fundamentação das deliberações dos SVI ¹⁰⁷. Só em 16.02.2006 é que foi recebido do ISS, IP, o relatório final da auditoria interna realizada por aquele Instituto. A Provedoria de Justiça continuará a acompanhar este assunto, sendo de registar, porém, que o Conselho Directivo do ISS, IP, emitiu, entretanto, a orientação técnica n.º 12/05, que visa acautelar melhor o dever de fundamentação das deliberações dos SVI, acolhendo, desse modo, uma das reiteradas preocupações expressas pela Provedoria de Justiça.

14. Para além das intervenções realizadas com vista à resolução dos constrangimentos supra descritos, importa realçar uma outra decisiva e relevante intervenção do Provedor de Justiça que se traduziu na formulação de uma *recomendação legislativa* (***Recomendação n.º 4-B/2005***) ¹⁰⁸, dirigida ao Ministro do Trabalho e da Solidariedade Social, visando a adopção de uma medida legislativa que assegurasse o acesso às prestações familiares (nomeadamente, ao *abono de família*) e de solidariedade (*rendimento social de inserção*) a cidadãos estrangeiros portadores do título de *autorização de perma-*

¹⁰⁵ No âmbito do processo R-1585/04.

¹⁰⁶ Orientação técnica esta oportunamente emitida pelo ISS, IP, na sequência de uma intervenção da Provedoria de Justiça.

¹⁰⁷ A *Recomendação* em causa encontra-se publicada adiante neste Relatório e foi formulada no âmbito do processo R-4811/04. Para uma melhor percepção da dimensão social do problema, importa referir que, sobre o assunto, foram apresentadas na Provedoria de Justiça 58 reclamações subscritas por cidadãos imigrantes e por algumas associações de imigrantes, queixas essas que foram incorporadas no referido processo, visando um tratamento concertado e uniforme.

nência em território nacional ou de títulos similares. Em causa estava a discriminação negativa e injusta de que eram alvo os cidadãos imigrantes portadores de *autorizações de permanência* (ou de títulos similares), a quem a Segurança Social não reconhecia o direito a determinadas prestações sociais (*maxime*, o *abono de família* e o *rendimento social de inserção*), em virtude de uma interpretação literal e restritiva da lei, exigindo, para o efeito, que os mesmos fossem portadores de *autorizações de residência*. **A referida Recomendação veio a ser entretanto acatada**¹⁰⁹, tendo sido, para o efeito, publicados dois diplomas legais: o Decreto-Lei n.º 41/2006, de 21/02 (que altera o Decreto-Lei n.º 176/2003, de 02/08, quanto às prestações familiares, designadamente, *abono de família* e *subsídio de funeral*) e o Decreto-Lei n.º 42/2006, de 23/02 (que altera o Decreto-Lei n.º 283/2003, de 08/11, quanto ao *rendimento social de inserção*). Esta intervenção do Provedor de Justiça permitiu, assim, acautelar os direitos e legítimos interesses destes cidadãos imigrantes injustamente discriminados.

15. Por outro lado, importa referir que foram várias as **recomendações informais** (*sugestões*) dirigidas à Administração no sentido não só de alteração das decisões concretamente reclamadas, mas também, designadamente, da alteração de procedimentos e de orientações a emitir aos respectivos Serviços. Esta via informal e expedita de intervenção permite corrigir — também com sucesso — determinados actos e procedimentos da Administração, contribuindo, sem dúvida, para uma melhoria dos serviços e uma maior equidade nas relações entre a Administração e os administrados.

A este propósito, refiro a *recomendação informal* do Provedor de Justiça¹¹⁰ junto do Conselho Directivo do Instituto de Segurança Social, IP no sentido de em situações de emergência social — como a da interessada, imi-

¹⁰⁹ Comunicado do Conselho de Ministros de 22 de Dezembro de 2005 que aprovou dois diplomas legais que acolheram a posição recomendada pelo Provedor de Justiça.

¹¹⁰ O assunto foi instruído no âmbito do processo R-4812/04, aberto com base na queixa apresentada pelo ACIME (Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas) no interesse de uma imigrante grávida vítima de violência doméstica, a quem a *Linha Nacional de Emergência Social* recusara apoio pelo facto de a interessada se encontrar em alegada situação irregular, estando o respectivo processo de renovação da autorização de permanência pendente no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras à data dos factos. A anotação detalhada deste processo apresenta-se mais adiante neste *Relatório*.

grante grávida, vítima de violência doméstica e temporariamente sem alojamento — protagonizadas por cidadãos estrangeiros, estejam ou não em vias de regularização, se impor que a apreciação de eventuais apoios sociais não ignorem nem violem o princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de Direito, que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 15.º n.º 1, 24.º n.º 1, 25.º n.º 2 e 68.º n.ºs 2 e 3 da Constituição, uma vez que fundadas razões humanitárias poderiam justificar uma intervenção social urgente por parte dos Serviços responsáveis da Segurança Social. O Conselho Directivo do ISS, IP, acolheu esta *recomendação* e dirigiu orientações a todos os centros distritais de segurança social, no sentido de os respectivos serviços de acção social prestarem os apoios sociais adequados aos cidadãos imigrantes, estejam ou não em vias de regularização, que se encontrem em situação de emergência social.

Atente-se ainda, a título meramente exemplificativo, em algumas *orientações técnicas* emitidas pelo Conselho Directivo do Instituto de Segurança Social, IP que acolheram precisamente *recomendações informais* do Provedor de Justiça:

- *Orientações técnicas* n.º 1/05 (pagamento de indemnização por incapacidade temporária por doença profissional) ¹¹¹, n.º 7/05 (Fundo de Garantia Salarial: harmonização de procedimentos) ¹¹², n.º 12/05 (funcionamento das comissões do Serviço de Verificação de Incapacidades) ¹¹³, n.º 25/05 (apuramento do rendimento

¹¹¹ Nosso processo R-4511/03.

¹¹² Nosso processo R-3981/04 (vd. anotação publicada mais adiante neste *Relatório*) que suscitou o problema dos atrasos excessivos do Fundo de Garantia Salarial na apreciação dos requerimentos dos trabalhadores para pagamento de créditos emergentes de contrato de trabalho. A orientação técnica em causa veio precisamente estabelecer determinadas regras para a articulação dos Serviços do Instituto da Segurança Social, IP com o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, IP, visando salvaguardar “a eficácia e a celeridade dos procedimentos”.

¹¹³ A orientação técnica em causa veio clarificar e garantir a uniformidade de procedimentos dos Serviços de Verificação das Incapacidades, visando acautelar melhor o *dever de fundamentação* das deliberações das comissões daqueles Serviços, o que resulta, afinal, das várias intervenções do Provedor de Justiça sobre o assunto e actualmente em instrução no âmbito do processo R-1585/04 [vd. nesse sentido o *Relatório à Assembleia da República 2004*, pág. 417].

anual ilícido dos trabalhadores independentes para efeitos da redução da base de incidência da taxa social única) ¹¹⁴, n.º 31/05 (rendimentos considerados para determinação do montante do abono de família) ¹¹⁵; n.os 36/05 e 37/05 (ambas relativas à harmonização de procedimentos dos centros distritais de segurança social sobre a aplicação do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 124/84, de 18 de Abril, que define os meios de prova relevantes para o pagamento de contribuições prescritas) ¹¹⁶ e n.º 3/06 (instrução dos processos no âmbito dos Serviços de Fiscalização do ISS,IP) ¹¹⁷.

16. No que concerne aos *Regimes de Protecção Social da Função Pública*, verifica-se que a Caixa Geral de Aposentações continuou a ser objecto de um número significativo de queixas cuja instrução permitiu evidenciar alguns problemas com que os subscritores e aposentados são confrontados. A título meramente exemplificativo, foi possível identificar os seguintes constrangimentos na organização e funcionamento daquela entidade: (a) Atrasos na atribuição de pensões; (b) Deficiências e atrasos na articulação entre a Caixa Geral de Aposentações (CGA) e o Centro Nacional de Pensões (CNP) no âmbito dos processos de atribuição das pensões unificadas; (c) Atraso nas contagens do tempo de serviço; (d) Atrasos nas respostas às exposições ou reclamações dos subscritores e pensionistas.

17. Todos estes atrasos são justificados, em certa medida, pelo facto de aquela Caixa ter sido confrontada com um grande afluxo de requerimentos para aposentação, situação excepcional resultante das alterações legislativas ocorridas durante o ano de 2005 e que introduziram mudanças significativas no regime da aposentação, visando a convergência do Regime de Protecção Social da Função Pública com o Sistema de Segurança Social, nomeadamente quanto à idade de *reforma* e ao cálculo da pensão.

18. Neste domínio dos *Regimes de Protecção Social da Função Pública* há a registar uma *recomendação* do Provedor de Justiça junto do

¹¹⁴ Processo R-3697/04, cuja anotação detalhada se apresenta mais adiante neste *Relatório*.

¹¹⁵ Processo R-5235/04, cuja anotação detalhada se apresenta mais adiante neste *Relatório*.

¹¹⁶ Processo R-1211/05, cuja anotação detalhada se apresenta mais adiante neste *Relatório*.

¹¹⁷ Processo R-2471/03, cuja anotação detalhada se apresenta mais adiante neste *Relatório*.

Ministro de Estado e das Finanças relativa à situação dos aposentados que ficaram excluídos da actualização extraordinária de pensões, prevista no art. 7.º, da Lei n.º 30-C/2000, de 29/12. Efectivamente, após um exaustivo e complexo estudo, concluiu-se que aquela actualização extraordinária abrangia, em determinadas condições específicas, as pensões de alguns aposentados, respectivamente, dos CTT, da ex-Emissora Nacional e das Administrações-Gerais dos Portos de Lisboa, do Douro e de Leixões ¹¹⁸. À data da elaboração deste Relatório ainda não é conhecida a resposta do Ministro de Estado e das Finanças.

19. O Provedor de Justiça reiterou este ano a *recomendação* que visa acautelar a situação das trabalhadoras que transitam do sector público para o sector privado — mudando, por isso, de regime de protecção social — e que, entretanto, se vêm confrontadas com situações de maternidade, sem que possam beneficiar de uma justa e adequada protecção social, atentas as regras relativas, nomeadamente, ao prazo de garantia e ao cálculo do subsídio de maternidade, vigentes no denominado *regime geral de segurança social*. Efectivamente, em alguns casos, considerando os poucos registos de remunerações no Sistema de Segurança Social (resultante da recente mudança do sector público para o sector privado), as trabalhadoras poderão ser confrontadas com exíguos subsídios de maternidade ou mesmo nenhum. A este propósito, o Provedor de Justiça recomendou ao Ministro de Estado e das Finanças e ao Ministro do Trabalho e da Solidariedade Social que fosse adoptada uma medida legislativa que acautelasse devidamente esta situação de injustificada desprotecção social resultante de uma situação de mobilidade profissional que hoje tanto se defende e se promove ¹¹⁹. Através do Comunicado do Conselho de Ministros de 23.03.2006, a Provedoria de Justiça tomou conhecimento da aprovação na generalidade de decreto-lei que “*define o regime especial de protecção social nas situações de transição de regime obrigatório de protecção social aplicável aos funcionários públicos para o regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem*”, visando, precisamente, “*asse-*

¹¹⁸ Matéria instruída no âmbito do processo R-1721/01, cuja anotação detalhada se apresenta mais adiante neste *Relatório*.

¹¹⁹ Matéria instruída no âmbito do processo R-4284/05.

gurar a manutenção integral do direito à protecção social (doença, doença profissional, maternidade, desemprego e prestações familiares (...))”.

20. Verificando, através da análise de várias queixas, a existência de atrasos excessivos no pagamento aos militares das prestações familiares (abono de família), dos subsídios de maternidade e paternidade e dos subsídios para estudos superiores, previstos no *Regulamento de incentivos à prestação do serviço militar nos regimes de contrato e de voluntariado* (Decreto-Lei n.º 320-A/2000, de 15/12, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 118/2004, de 21/05), o Provedor de Justiça formulou uma *especial chamada de atenção* ao Ministro da Defesa Nacional no sentido de serem adoptadas as medidas e os procedimentos adequados à urgente regularização da situação ¹²⁰. Em resposta, foi assegurado que o problema seria ultrapassado durante o primeiro trimestre de 2006. A Provedoria de Justiça continua a acompanhar a situação.

21. Em 2005 continuaram a ser recepcionadas várias queixas relativas à aplicação da Lei n.º 9/2002, de 11.02 (e respectivos diplomas regulamentares), que estabeleceu o regime jurídico da prestação do serviço militar obrigatório pelos antigos combatentes, para efeitos de aposentação ou reforma ¹²¹. No final do ano de 2004, o Provedor de Justiça apresentou algumas sugestões legislativas ao então Secretário de Estado da Defesa e dos Antigos Combatentes, visando clarificar, aperfeiçoar e regulamentar melhor a referida Lei n.º 9/2002 ¹²². Algumas das sugestões apresentadas foram entretanto acatadas ¹²³. A instrução do processo na Provedoria de Justiça prossegue para novas diligências junto do Ministério da Defesa Nacional.

¹²⁰ Matéria instruída no âmbito do processo R-320/05 cuja anotação detalhada se apresenta mais adiante neste *Relatório*.

¹²¹ Para melhor elucidação, importa notar que no *Relatório à Assembleia da República 2002*, págs. 427 a 429, se deu detalhado conhecimento das sucessivas tomadas de posição do Provedor de Justiça com vista à adopção de medida legislativa adequada a acautelar a relevância do tempo de serviço militar obrigatório (e respectivas bonificações) prestado pelos ex-combatentes e que levou à publicação da Lei n.º 9/2002, de 11 de Fevereiro.

¹²² Vd. informação detalhada dessa intervenção no *Relatório à Assembleia da República 2004*, p. 423.

¹²³ Vd., adiante neste *Relatório*, a anotação detalhada sobre a instrução do processo R-3050/04 que trata este assunto.

III — Direito do Trabalho

22. As reclamações sobre questões laborais constituem o segundo agregado de queixas na Área (8%), sendo que as mais frequentes se reportam a situações de violação, por parte das entidades patronais ¹²⁴, quer dos direitos dos trabalhadores, quer dos direitos e garantias das estruturas representativas dos trabalhadores (*comissões de trabalhadores e associações sindicais*).

23. Por outro lado, salienta-se que, no ano em apreço, se registou um ligeiro acréscimo de queixas relativas a alegados atrasos ou omissões na realização de intervenções inspectivas por parte da Inspeção-Geral do Trabalho.

24. Não obstante a limitação que decorre do facto de a realização de qualquer acção inspectiva por parte da IGT estar naturalmente condicionada pelas prioridades de intervenção que, em obediência aos *princípios da adequação* e da *oportunidade*, lhe cabe definir — sendo impossível à Inspeção-Geral do Trabalho acudir a todas as queixas e pedidos de intervenção/inspecção que lhe são dirigidos —, a Provedoria de Justiça não tem deixado de intervir junto desta Inspeção-Geral quando estão em causa queixas respeitantes a atrasos ou omissões na realização de intervenções inspectivas por parte daquela entidade.

A intervenção da Provedoria de Justiça junto da IGT no âmbito da instrução de tal tipo de queixas alcançou, de um modo geral, resultados muito positivos, traduzidos, quer numa intervenção mais célere e eficaz por parte da IGT junto das empresas denunciadas, quer na prestação regular de informações mais detalhadas à Provedoria de Justiça acerca das acções inspectivas realizadas em consequência da nossa intervenção ¹²⁵.

¹²⁴ Sejam elas empresas do sector público, do sector privado ou quaisquer outras entidades públicas ou de interesse público com regime de contrato individual de trabalho. Importa referir que, relativamente às queixas em que são visadas entidades patronais do sector privado, a Provedoria de Justiça, sem prescindir da sua intervenção directa e imediata junto das mesmas, quando tal se justifique, privilegia a participação e/ou o encaminhamento das queixas à Inspeção-Geral do Trabalho (IGT), entidade com especiais competências legais para a fiscalização das condições de trabalho nas empresas. De qualquer modo, nestas situações, a instrução dos processos na Provedoria de Justiça acompanha e avalia a actuação da IGT e os resultados alcançados.

¹²⁵ Tal como o demonstram os nossos processos com as referências R-2311/05, R-133/05, R-201/05, R-247/05, R-4226/05, R-4526/05 e R-4709/05.

Em alguns casos de índole residual foram registadas queixas a respeito do atraso da IGT na tramitação de *processos de contra-ordenação*, sobretudo, na Delegação de Lisboa. Averiguada a situação, apurou-se existir uma significativa escassez de recursos humanos — inspetores — nessa área de actuação da IGT, sendo essa a causa mais apontada para os atrasos verificados.

25. Ainda no que respeita às matérias laborais, é de assinalar a intervenção do Provedor de Justiça a propósito do deficiente funcionamento do *Fundo de Garantia Salarial*, consubstanciado na verificação de atrasos significativos na apreciação e decisão de requerimentos apresentados àquele Fundo para pagamento dos créditos emergentes de contratos de trabalho. A verificação de que tais atrasos resultavam de um aumento significativo do número de processos, não acompanhado pelo necessário reforço ao nível dos recursos humanos, motivou a intervenção do Provedor de Justiça junto do Secretário de Estado da Segurança Social. Dessa intervenção resultou a adopção de medidas que visam ultrapassar as situações de atraso em apreço, e por outro lado, a adopção pelo Instituto de Segurança Social, IP, da *orientação técnica n.º 7/05* que veio estabelecer, precisamente, determinadas regras para a articulação dos Serviços do Instituto da Segurança Social, IP com o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, IP, visando salvaguardar “*a eficácia e a celeridade dos procedimentos*”. O assunto continua a ser acompanhado pela Provedoria de Justiça ¹²⁶.

26. Por outro lado, importa realçar que, na sequência das *recomendações* que o Provedor de Justiça formulou, em 2004, à então Secretária de Estado Adjunta do Ministro da Segurança Social, da Família e da Criança e ao então Secretário de Estado Adjunto e do Trabalho ¹²⁷, veio a ser entretanto publicado o Decreto-Lei n.º 77/2005, de 13 de Abril, que, alterando o n.º 2, do art. 9.º, do Decreto-Lei n.º 154/88, de 29/04, estabeleceu que nas situações em que a trabalhadora optar pela licença de maternidade alargada (150 dias), prevista no art. 68.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 35/2004, de 29/07, “*o montante diário dos subsídios de maternidade e de paternidade é igual a 80% da remuneração de referência*”. Importa referir que a ausência desta regulamentação comprometia seriamente a exequibilidade do direito de a trabalha-

¹²⁶ No âmbito do processo R-3981/04.

¹²⁷ Descrita no *Relatório à Assembleia da República 2004*, pág. 429.

dora optar, ou não, pela referida licença de maternidade alargada, pois teria que exercer tal opção sem conhecer o montante do subsídio de maternidade que lhe seria devido nessas circunstâncias.

IV — Habitação social

27. Tal como em anos anteriores, não são em número muito relevante as queixas recebidas sobre matérias relacionadas com o problema da *habitação social*. De facto, o peso dos processos abertos a este propósito não representa mais do que 2,4% do total da Área.

28. No que concerne à tipologia das queixas entradas no ano de 2005 sobre o assunto em apreço, resulta, desde logo, que as reclamações sobre atrasos ou indeferimentos de pedidos de atribuição de habitações sociais se encontram em primeiro lugar. Seguem-se-lhes as queixas sobre atrasos ou indeferimentos de pedidos de transferência e de permuta de fogos sociais. Por último, surgem algumas (poucas) reclamações em que se contestam as decisões de despejo administrativo das mesmas habitações.

29. O primeiro grupo de queixas supra referido tem como denominador comum a apresentação de situações de alegada precariedade sócio-económica e habitacional, visando a atribuição de uma *habitação social*. Em causa está muitas vezes o atraso das decisões das câmaras municipais na apreciação dos pedidos ou, mesmo, os respectivos indeferimentos. Neste contexto, a intervenção da Provedoria de Justiça passa necessariamente pela auscultação das autarquias visadas e pela elucidação dos interessados, dando conta, de modo fundamentado, da viabilidade ou da inviabilidade das respectivas pretensões. De referir que no âmbito da instrução dos processos na Provedoria de Justiça foi possível satisfazer duas das pretensões merecedoras da atribuição de habitações sociais. Nesse sentido, há a registar a atribuição de *fogos sociais* a duas famílias carenciadas, por parte das câmaras municipais, respectivamente, de Lisboa e de Sines¹²⁸. De qualquer modo, relativamente aos casos em que as câmaras municipais não dispõem de *habitações sociais* suficientes

¹²⁸ Instrução relatada nos nossos processos com as referências R-403/05 (Câmara Municipal de Lisboa) e R-1147/05 (Câmara Municipal de Sines).

para satisfazer os restantes pedidos, e sendo caso disso, a Provedoria de Justiça não deixa de encaminhar os interessados para outras entidades especialmente vocacionadas para prestar auxílio neste domínio, como sejam, os serviços de acção social dos centros distritais de segurança social e o Instituto Nacional da Habitação.

30. Quanto ao segundo tipo de queixas apresentado, relativo a pedidos de transferência e de permuta, foram realizados os mesmos procedimentos instrutórios de auscultação das câmaras municipais visadas, tendo-se concluído relativamente a todos eles que as pretensões apresentadas não eram susceptíveis de ser satisfeitas, fosse por não se encontrarem reunidos os requisitos previstos para o efeito ou, sobretudo, pela carência de fogos sociais no património habitacional das autarquias para esse efeito.

31. No que concerne ao terceiro grupo de reclamações, residual, relativo à contestação de decisões de despejo administrativo, concluiu-se, face aos elementos oportunamente recolhidos junto dos municípios visados, não existir fundamento legal válido para obstar aos respectivos despejos administrativos. Em causa estavam, sobretudo, situações de não utilização do local arrendado por parte dos interessados, nomeadamente, pelo facto de estes terem encontrado, entretanto, um qualquer outro tipo de solução habitacional. Assim, não só por razões de legalidade, mas também de justiça, os interessados não puderam ver satisfeitas as suas pretensões de manter o arrendamento social, atenta a falta de residência permanente e o fim social do fogo locado que visa, precisamente, suprir graves carências de alojamento que deixaram de se verificar naqueles casos concretos. Disso foram os reclamantes devidamente elucidados, chamando a sua atenção para a escassez de fogos sociais e para a responsabilidade social que os vincula na utilização devida da habitação social locada, sob pena de prejudicarem, sem fundamento legal e injustamente, interesses sérios e legítimos de outras famílias carenciadas.

32. Em conclusão, pode referir-se que relativamente ao problema geral da *habitação social* no país, a instrução das queixas dirigidas ao Provedor de Justiça sobre o assunto permite confirmar, fundamentalmente, o facto de as câmaras municipais não disporem de fogos de natureza social em número suficiente para colmatar as carências habitacionais com que são confrontadas.

33. Por fim, não podem deixar de ser evidenciados dois constrangimentos no tratamento destes assuntos de *habitação social* por parte de algu-

mas câmaras municipais e verificados no decurso da instrução dos processos na Provedoria de Justiça. Por um lado, uma insuficiente informação prestada aos munícipes sobre as normas que regem os vários problemas inerentes à atribuição de fogos sociais com incidência sobre as respectivas pretensões. Também aqui o papel da Provedoria de Justiça foi não só no sentido de colmatar o défice informativo, elucidando os reclamantes em conformidade, como também o de chamar a atenção das entidades visadas para a necessidade de adoptarem adequados procedimentos de informação aos munícipes. Por outro lado, o da situação concreta de deficiente articulação entre a empresa municipal, GEBALIS, Gestão de Bairros Municipais de Lisboa, EM, e a Câmara Municipal de Lisboa, gerando atrasos excessivos no tratamento de algumas questões suscitadas pelos munícipes ¹²⁹.

V — Da instrução dos processos e da cooperação das entidades visadas nas queixas

34. Importa salientar que uma parte significativa das queixas entradas nesta Área reveste natureza social emergente, exigindo, por maioria de razão, um tratamento expedito para que o efeito útil pretendido e o direito social preterido sejam devida e oportunamente acautelados. Efectivamente, quando se está perante reclamações sobre o acesso aos subsídios de desemprego, maternidade ou doença, ao abono de família, ao rendimento social de inserção, a pensões (nomeadamente, sociais) de invalidez ou velhice, facilmente se compreenderá que poderemos estar perante situações de emergência social que se prendem, muitas vezes, com a própria subsistência económica imediata dos reclamantes e dos respectivos agregados familiares. Assim sendo, a eficácia da intervenção da Provedoria de Justiça resulta da celeridade que esta possa imprimir à instrução dos processos, por forma a que, sendo caso disso, os reclamantes acedam às prestações reclamadas ou que, não se confirmando qualquer irregularidade nos actos praticados pela Administração, os reclamantes possam aceder aos esclarecimentos que lhes permitam compreen-

¹²⁹ Problema relatado no nosso processo R-626/05 e objecto de um *reparo* dirigido ao Conselho de Administração da GEBALIS, publicado mais adiante neste *Relatório*.

der a falta de fundamento das respectivas pretensões. A este propósito, permito-me evidenciar alguns dos procedimentos instrutórios adoptados na Área com sucesso:

Assim, continuou a privilegiar-se, sempre que possível, uma instrução informal e/ou desburocratizada, mediante o recurso a vias expeditas de auscultação das entidades visadas (contacto telefónico, telecópia e correio electrónico). Esta actuação tem sido possível, nomeadamente, junto dos centros distritais de segurança social, do Centro Nacional de Pensões e da Caixa Geral de Aposentações, entidades estas que, afinal, são as mais visadas nas queixas distribuídas a esta Área da Assessoria.

Este tipo de actuação instrutória permite, sem dúvida, uma mais célere e eficaz obtenção de esclarecimentos e documentos necessários ao bom enquadramento, de facto e de direito, da reclamação, uma vez que permite um, normalmente, fácil acesso ao(s) técnico(s) que na(s) entidade(s) visada(s) têm (ou tiveram) a seu cargo a responsabilidade do procedimento administrativo reclamado.

De um modo geral, pode dizer-se que este tipo de intervenção tem permitido resolver satisfatoriamente as pretensões de muitos dos reclamantes. Ou, em outros casos, perante a confirmação da falta de fundamento da queixa, permite que a elucidação ao reclamante seja também ela célere e fundamentada, pacificando-se, assim, na maior parte das situações, a relação entre os cidadãos (reclamantes) e a Administração.

De qualquer modo, a experiência neste tipo de instrução vem demonstrando, sobretudo, que se evita a morosidade inerente a uma troca de correspondência, tantas e quantas vezes infrutífera. Ou, na eventualidade de se demonstrar necessária uma auscultação formal da Administração, ou a formulação de sugestão, reparo ou recomendação, o certo é que uma prévia instrução informal expedita permite, em alguns casos, a recolha de elementos que, seguramente, permitirão enquadrar de modo mais adequado a subsequente tomada de posição do Provedor de Justiça.

Por outro lado, a instrução dos processos na Área pode não ficar circunscrita apenas ao esclarecimento e resolução da situação individual e concreta do reclamante. Efectivamente, sempre que tal se justifica, a instrução do processo poderá prosseguir, alargando-se o seu âmbito, por forma a que a Administração aplique procedimento idêntico a outras situações similares à do reclamante. Ou, em outros casos, partindo embora das queixas individuais, o

Provedor de Justiça entende como adequada e justa a alteração da lei, por forma a que melhor se acautelem determinados direitos sociais, pelo que sugere ou recomenda ao Governo a adopção de medida(s) legislativa(s) nesse sentido ¹³⁰. Efectivamente, através das várias reclamações que lhe chegam, o Provedor de Justiça acaba por ter uma visão privilegiada que lhe permite uma actuação muito para além do simples tratamento do caso individual e concreto, podendo a sua intervenção promover o aperfeiçoamento da lei ou dos procedimentos administrativos ¹³¹.

35. No que diz respeito à **cooperação das entidades visadas com o Provedor de Justiça**, importa reconhecer que, *em termos gerais*, não pode deixar de ser considerada satisfatória, essencialmente no que diz respeito à disponibilidade para a prestação *informal* de esclarecimentos (por contactos telefónicos, correio electrónico e telecópia). Efectivamente, são várias as entidades visadas com interlocutores técnicos nos respectivos serviços que permitem a obtenção célere de esclarecimentos e de documentos essenciais à boa instrução dos processos nesta Área da Provedoria de Justiça.

Realça-se, sobretudo, a colaboração de alguns dos serviços da Caixa Geral de Aposentações, com especial destaque do seu Núcleo de Exposições e Reclamações, sendo certo que, por alegada falta de recursos humanos, se verificaram, este ano, algumas dificuldades não habituais em anos anteriores. A este nível da *colaboração informal* não pode deixar de ser registada ainda a boa cooperação da Direcção-Geral da Segurança Social, da Delegação de Lisboa da Inspecção-Geral do Trabalho, do Departamento de Acordos Internacionais da Segurança Social, do Centro Nacional de Protecção Contra os Riscos Profissionais e de alguns departamentos, quer dos centros distritais de segurança social, quer do Centro Nacional de Pensões, quer dos próprios serviços centrais do Instituto de Segurança Social, IP. Por outro lado, importa evi-

¹³⁰ A título de exemplo, refere-se a formulação da *Recomendação legislativa n.º 4-B/2005* (acatada) relativa ao acesso às prestações familiares (abono de família) e rendimento social de inserção por parte de cidadãos imigrantes. Vd. ponto 14 desta *Introdução*.

¹³¹ Nesse sentido, servem de meros exemplos, as *recomendações informais* supra referidas (vd. ponto 15 desta *Introdução*), visando a alteração e/ou a harmonização de procedimentos por parte dos Serviços da Segurança Social relativamente a vários assuntos, e acolhidas, nomeadamente, através de *orientações técnicas* do Conselho Directivo do Instituto da Segurança Social, IP.

denciar a reduzida cooperação, a este nível, dos centros de emprego ou dos serviços centrais do Instituto do Emprego e Formação Profissional, IP.

36. No que diz respeito à *colaboração das entidades visadas no âmbito da instrução formal dos processos* (entenda-se, respostas aos ofícios da Provedoria de Justiça), a avaliação feita não é tão positiva. Efectivamente, quanto à *morosidade* nas respostas pecaram alguns gabinetes ministeriais, como sejam, o do Ministro do Trabalho e da Solidariedade Social e o do Secretário de Estado da Segurança Social. De igual modo se verificaram situações de injustificada morosidade, *de um modo geral*, por parte do Instituto de Emprego e Formação Profissional, IP, da Câmara Municipal de Lisboa, da GEBALIS, Gestão de Bairros Sociais, EP e por parte, quer de alguns centros distritais de segurança social, quer do Centro Nacional de Pensões, quer dos próprios serviços centrais do Instituto de Segurança Social, IP.

37. No que concerne à *qualidade da informação prestada* por parte das entidades visadas não se pode afirmar que haja uma entidade reiteradamente faltosa quanto a esse aspecto. De qualquer modo, não pode deixar de se referir que é, sobretudo, ao nível de alguns centros distritais de segurança social que se encontram exemplos de algumas informações imprecisas, incompletas ou vagas.

2.3.2. Recomendações

Sua Excelência
O Ministro do Trabalho e da Solidariedade Social

R-4811/04
Rec. n.º 4/B/2005
Data: 07.06.2005
Assessora: Mónica Duarte Silva

I — Exposição de motivos

1. No seguimento de uma Série de iniciativas que promovi junto de diversas associações de imigrantes com vista a aferir da integração dos seus representados em Portugal e a inteirar-me dos problemas sentidos por tais cidadãos enquanto residentes em território nacional, tenho sido ultimamente confrontado com inúmeras queixas relativas à recusa da atribuição das prestações familiares (*maxime*, do *abono de família*) aos detentores de autorização de permanência (ou aos detentores de recibo emitido pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras do requerimento de renovação ou prorrogação desse título).

Igual recusa se tem verificado no tocante às prestações de solidariedade, *maxime* ao *rendimento social de inserção*.

2. A razão invocada por parte dos Serviços da Segurança Social para a recusa da atribuição das *prestações familiares*, funda-se numa interpretação estrita e exclusivamente literal do art. 7.º, n.º 1, alínea b) e, sobretudo, do n.º 3, do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 02/08. Com efeito, tal preceito [art. 7.º, n.º 1, b)] determina que, para efeitos da aplicação desse diploma, *residente* é, apenas, “O cidadão estrangeiro, refugiado ou apátrida habilitado com título válido de autorização de residência em território nacional (...)”, estipulando, mais adiante o n.º 3, do mesmo preceito que: “Consideram-se equiparados a residentes os cidadãos estrangeiros, refugiados ou

apátridas portadores de visto de trabalho ou de título de protecção temporária válidos”.

3. De igual modo, e no que ao *rendimento social de inserção* diz respeito, a recusa da respectiva atribuição por parte dos Serviços da Segurança Social aos cidadãos estrangeiros portadores de uma autorização de permanência, radica na interpretação meramente literal e, sobretudo, restritiva do preceituado no art. 6.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio, de acordo com o qual a atribuição do direito ao rendimento social de inserção depende, entre outros requisitos e condições, do facto de o requerente “*possuir residência legal em Portugal*”.

4. Auscultado o Conselho Directivo do Instituto da Segurança Social, I.P. a respeito da matéria e tendo defendido junto do mesmo a necessidade de ser adoptada uma interpretação dos referidos preceitos legais, consentânea com os interesses sociais em presença [art. 7.º, n.º 1, *b*) e, sobretudo, do n.º 3, do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 02/08. e art. 6.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio] que permitisse a inclusão no seu âmbito pessoal dos portadores de autorizações de permanência, veio aquele Instituto a pronunciar-se, desfavoravelmente, nos termos do ofício de 09.02.2005.

5. O ofício em causa, cingindo-se estritamente à letra da lei e reiterando a posição assumida pela Direcção-Geral da Segurança Social, da Família e da Criança nas Orientações Técnicas n.º 6/2003 e n.º 2/2005, respeitantes a tal matéria, fundamenta a actuação dos Serviços da Segurança Social, com base no conceito de residente constante do art. 3.º, do Decreto-Lei n.º 244/98, de 08/08, de acordo com o qual: “*Considera-se residente o estrangeiro habilitado com título válido de autorização de residência em Portugal*”

Parte, assim, da ideia de que o conceito de residente a ter em conta para efeitos de atribuição das prestações sociais em apreço terá que ser, necessariamente, o conceito de residente constante do diploma legal que regula as condições de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português (Decreto-Lei n.º 244/98, de 08/08), concluindo que: “*(...) um cidadão estrangeiro munido com qualquer visto de autorização de permanência em território nacional não possui residência legal em Portugal, apesar de ter a respectiva situação regularizada em matéria de presença no território*”.

Tal interpretação sai reforçada no que respeita às prestações familiares reguladas no Decreto-Lei n.º 176/2003, de 02/08 (abono de família e subsídio de funeral) pela redacção adoptada no respectivo art. 7.º, n.º 1, alínea *b*)

e n.º 3, o qual acolhe de forma expressa a noção, restritiva, de residência definida no supra transcrito art. 3.º do Decreto-Lei n.º 244/98, de 08/08.

6. Conclui, assim, o Instituto da Segurança Social a respeito do assunto e refutando a posição por mim preconizada que: “(...) o reconhecimento do direito ao abono de família às crianças e jovens estrangeiros que se encontrem em Portugal depende da apresentação de título de autorização de residência ou título de protecção temporária válidos.

Na verdade, julgamos que não deverá ser alargado o âmbito pessoal do abono de família à existência de autorizações de permanência, pois se essa fosse a intenção do legislador tê-lo-ia expresso quando previu as situações de equiparação a residente a que alude o n.º 3 do art. 7.º, não cabendo aos Serviços de Segurança Social fazê-lo, sob pena de desvirtuar o sentido do mesmo”.

E, referindo-se ao rendimento social de inserção: “(...) conforme anteriormente referenciado, apenas o portador de uma autorização de residência, pode ser considerado como residindo legalmente em Portugal, uma vez que o estrangeiro detentor de uma autorização de permanência válida, apenas se encontra legitimado e autorizado a permanecer em território nacional, temporária e transitoriamente ao abrigo de um dos vistos acima elencados, não detendo uma situação jurídica de residente, mas de simples presença/permanência, para os fins e objectivos pelos quais o visto foi emitido”.

II — Apreciação

7. O art. 15.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa estipula como princípio geral do Direito português, a equiparação ou igualdade, no tocante aos direitos e deveres conferidos a cidadãos portugueses, entre estes e os estrangeiros *que se encontrem* ¹³² *ou residam* em Portugal.

Não obstante, o n.º 2, do mesmo preceito, possibilita a introdução, por via constitucional ou legal, de restrições ao referido princípio. Com efeito,

¹³² Convém sublinhar desde já esta duplicidade de situações abrangidas. Não são apenas os estrangeiros que residam em Portugal que beneficiam da equiparação estatuída, mas também os estrangeiros que aqui *permanecem*.

refere o preceito em causa: “*Exceptuam-se do disposto no número anterior (...) os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses*”.

Parece, pois, poder concluir-se que, quer a Constituição, quer a lei ordinária, podem introduzir restrições e/ou excepções ao princípio de equiparação genericamente enunciado no art. 15.º, n.º 1.

A questão que, assim, desde logo, se coloca é a da existência, ou não, de limites a essa possibilidade de restrição, sobretudo, quando feita através da lei ordinária.

A tal propósito refere o Prof. Jorge Miranda ¹³³: “*(...) por força das normas de Direito Internacional é óbvio que o princípio da equiparação de direitos se aplica a quaisquer estrangeiros, independentemente de terem título válido de permanência ou residência no País. Em segundo lugar, como cláusula geral, ele aplica-se aí onde não sejam decretadas expressamente exclusões ou restrições de direitos dos estrangeiros e estas não podem ser tais (ou tantas) que invertam o princípio (...) há que respeitar os princípios da igualdade e da proporcionalidade. Só quando haja um fundamento racional pode um direito atribuído a portugueses ser negado a estrangeiros (...)*”.

Na mesma esteira refere o Prof. Gomes Canotilho ¹³⁴ “*(...) A diferenciação entre “direitos dos portugueses” e “direitos de todos” pressupõe sempre uma justificação ou fundamento material (...)*”.

Também o Tribunal Constitucional ¹³⁵ se tem pronunciado em igual sentido: “*(...) embora a Constituição consinta que a lei reserve certos direitos exclusivamente aos cidadãos portugueses (...), não pode obviamente fazê-lo de forma arbitrária, desnecessária ou desproporcionada, sob pena de inutilização do próprio princípio da equiparação dos estrangeiros e apátridas aos cidadãos portugueses*”.

Assim sendo, uma primeira conclusão a retirar é a de que as excepções introduzidas constitucional ou legalmente ao princípio da equiparação esta-

¹³³ Constituição Portuguesa anotada, por Jorge Miranda e Rui Medeiros, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pg. 133.

¹³⁴ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3.ª ed., pg. 392, citado no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 72/2002.

¹³⁵ Acórdão n.º 54/87, citado por Mário Torres, “O Estatuto Constitucional dos Estrangeiros”, in Scientia Iuridica — T.L., 2001, n.º 290 e Acórdão 72/02.

tuído no art. 15.º, n.º 1, da Constituição, não podem ser discricionárias ou arbitrárias, devendo radicar em um fundamento de ordem material que justifique a excepção, sendo certo que tais excepções ou restrições não devem ser de tal ordem ou em tal quantidade que invertam o princípio em si mesmo.

8. Analisado o art. 63.º da Constituição, relativo à Segurança Social e Solidariedade, pode ler-se, no que respeita à delimitação do seu âmbito pessoal (n.º 1), que “Todos *têm direito à segurança social*”. A utilização da expressão “todos”, no âmbito constitucional, tem sido interpretada no sentido de “*acentuar a universalidade do direito ou dever em causa e portanto a sua extensão aos estrangeiros*”¹³⁶. No mesmo sentido e referindo-se especificamente ao art. 63.º da Constituição, escreve Jorge Miranda¹³⁷ “(...) *Por força do princípio geral da equiparação consagrado no artigo 15.º, n.º 1, o direito à segurança social não tem em vista apenas os cidadãos portugueses, abrangendo ainda prima facie os estrangeiros e os apátridas ‘que se encontrem ou residam em Portugal’*”.

Verifica-se, assim, que a Lei Fundamental não quis lançar mão, no que à segurança social diz respeito, da possibilidade de restrição ou exclusão conferida pelo art. 15.º, n.º 2. Tal facto reforça consideravelmente a ideia de que a eventual introdução de restrições ou excepções, por via legal, ao princípio da equiparação de direitos entre nacionais e estrangeiros que residam ou se encontrem em Portugal, no que à segurança social diz respeito, terá que radicar em sérias razões de ordem material capazes de a justificar.

Ou, dito de outro modo, resulta duplamente claro (arts. 15.º, n.º 1 e 63.º, n.º 1) que o legislador constitucional quis equiparar para efeitos de segurança social aos cidadãos nacionais os cidadãos estrangeiros que residam ou *se encontrem* em Portugal.

Aliás, vários dos tratados internacionais de que Portugal é parte outorgante expressam essa ideia de universalidade, especialmente quando se referem à protecção social conferida a crianças, como será o caso do abono de família.

Veja-se, a título de exemplo, o art. 10.º n.º 3, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais¹³⁸, no qual se lê: “*Medidas*

¹³⁶ Mário Torres, ob. cit., pg. 19.

¹³⁷ Ob. cit., pg. 636.

¹³⁸ No mesmo sentido, vd. o art. 16.º da “*Carta Social Europeia*”.

especiais de protecção e de assistência devem ser tomadas em benefício de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação alguma derivada de razões de paternidade ou outras (...)”.

No mesmo sentido e reforçando o princípio da não discriminação na aplicação da lei em função da raça ou nacionalidade, referem os arts. 24.º, n.º 1, e 26.º, do “*Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos*”: “*Qualquer criança, sem nenhuma discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, propriedade ou nascimento, tem direito, da parte da sua família, da sociedade e do Estado, às medidas de protecção que exija a sua condição de menor*”. “*Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual protecção da lei. A este respeito, a lei deve proibir todas as discriminações e garantir a todas as pessoas protecção igual e eficaz contra toda a espécie de discriminação, nomeadamente, por motivos de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade, de nascimento ou de qualquer outra situação.*”.

Veja-se, ainda, o disposto na Convenção sobre os Direitos da Criança ¹³⁹, respectivamente, no artigo 2.º:

“1 — Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua (...) ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional (...)

2 — Os Estados Partes tomam todas as medidas para que a criança seja efectivamente protegida contra todas as formas de discriminação (...)”.

E no artigo 26.º:

“1 — Os Estados Partes reconhecem à criança o direito de beneficiar da segurança social e tomam todas as medidas necessárias

¹³⁹ No mesmo sentido, vd. os Princípios 1.º e 2.º, da Declaração dos Direitos da Criança.

para assegurar a plena realização deste direito, nos termos da sua legislação nacional.

2 — As prestações, se a elas houver lugar, devem ser atribuídas tendo em conta os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pela sua manutenção, assim como qualquer outra consideração relativa ao pedido de prestação feito pela criança ou em seu nome”.

De todo o exposto, resulta claro que as restrições ao acesso de estrangeiros à segurança social introduzidas por via legislativa — sobretudo quando estejam em causa prestações que visem a protecção de menores —, terão que ser devidamente ponderadas e avaliadas a essa luz.

9. Posto isto, vejamos o que decidiu o legislador ordinário a tal propósito.

A Lei n.º 32/2002, de 20/12 (Lei de Bases do Sistema de Segurança Social), estatui, no seu art. 8.º o Princípio da Igualdade, o qual define como consistindo na “*não discriminação dos beneficiários, designadamente em razão da nacionalidade, sem prejuízo, quanto a esta das condições de residência e de reciprocidade*”¹⁴⁰.

Daqui resulta, desde logo, que o legislador ordinário, embora erigindo como princípio geral a não discriminação dos estrangeiros no que à segurança social diz respeito, não deixou de, aproveitando a possibilidade conferida pelo art. 15.º, n.º 2, da Constituição, abrir a porta à introdução de excepções ou restrições ao princípio da equiparação/igualdade entre nacionais e estrangeiros, desde que fundadas em condições de residência ou reciprocidade.

Nessa esteira, o art. 64.º, n.º 1, do mesmo diploma, define como condição de acesso às prestações que integram o subsistema de protecção familiar a “*residência em território nacional*”, sendo que, nos termos do art. 65.º, essa condição poderá ser agravada pela estipulação de períodos mínimos de residência em Portugal.

¹⁴⁰ Refira-se que a condição da reciprocidade constante deste preceito tem, por vezes, sido considerada inconstitucional. Nesse sentido se pronunciou Mário Torres (ob. cit., pg. 23), referindo-se a preceito de teor equivalente, constante da anterior Lei de Bases (art. 6.º, da Lei n.º 17/2000, de 08/08).

Do mesmo modo, mas invertendo já o próprio princípio de equiparação, o art. 52.º, n.º 1, determina, no tocante ao subsistema de solidariedade, que: “*O subsistema de solidariedade abrange os cidadãos nacionais, podendo ser tornado extensivo, nas condições estabelecidas na lei, a refugiados, apátridas e estrangeiros com residência em Portugal*”.

Verifica-se, assim, que a Lei de Bases da Segurança Social, fazendo uso da possibilidade de restrição ao princípio da equiparação conferida pelo art. 15.º, n.º 2, da Constituição, abre a porta a que as leis que regulam as prestações sociais, que integram os subsistemas de solidariedade de protecção familiar, possam condicionar o acesso a tais prestações à residência em território nacional.

10. *O Decreto-Lei n.º 176/2003, de 02/08* — que define e regula a protecção na eventualidade de encargos familiares no âmbito do subsistema de protecção familiar -, determina como condição de atribuição das prestações nele previstas (*abono de família para crianças e jovens e subsídio de funeral*) que o titular do direito seja residente em território nacional ou se encontre em situação equiparada, nos termos do art. 7.º.

Define o art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do mesmo diploma, que é considerado residente o cidadão estrangeiro, refugiado ou apátrida habilitado com título válido de autorização de residência em território nacional, referindo o n.º 3, do mesmo preceito que se consideram equiparados a residentes os cidadãos estrangeiros, refugiados ou apátridas portadores de vistos de trabalho ou de título de protecção temporária válidos.

Por seu lado, a *Lei n.º 13/2003, de 21/05*, que institui o rendimento social de inserção (prestação incluída no subsistema de solidariedade), estabelece no seu art. 6.º, n.º 1, alínea *a*), que a atribuição do direito em causa depende do requerente possuir residência legal em Portugal.

Verifica-se, pois, que ambos os diplomas, utilizando a possibilidade que lhes é dada na Lei de Bases, fazem depender a atribuição das prestações em causa da residência em território nacional.

11. Importa, no entanto, analisar o *conceito de residência* a ter em conta para o presente efeito. Na verdade, o cerne do problema parece residir na análise de qual o conceito de residência (mais restritivo ou mais abrangente) que — tendo em conta os interesses em ponderação e, sobretudo, os preceitos constitucionais e as considerações que a tal respeito foram feitas

supra — deve, ou deveria, ter sido adoptado pelo legislador e/ou pelo intérprete.

O Decreto-Lei n.º 176/2003, de 02/08, recorreu ao conceito de residente — extremamente restrito, refira-se — constante do art. 3.º, do Decreto-Lei n.º 244/98, de 08/08, considerando como residentes apenas os estrangeiros detentores de autorização de residência e como equiparados os cidadãos estrangeiros, refugiados ou apátridas portadores de visto de trabalho ou de título de protecção temporária válidos ¹⁴¹.

Aderindo a tal concepção, o Instituto da Segurança Social defendeu a sua aplicação também ao rendimento social de inserção, considerando que o conceito de residência legal a ter em conta para efeitos do art. 6.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 13/2003, de 21/05, será, também, o constante do art. 3.º, do Decreto-Lei n.º 244/98, de 08/08, supra mencionado.

12. Do encadeamento legal, formulado em termos hierárquicos, que acima enunciei (Constituição, Lei de Bases e diplomas regulamentadores da Lei de Bases) resulta uma tendência crescente no sentido de restringir a plena equiparação entre estrangeiros e nacionais no que ao direito à segurança social diz respeito. Será, pois, de questionar se essa tendência restritiva adoptada pela Lei de Bases em face da Lei Fundamental e agravada pelos diplomas reguladores em apreço e pelas orientações técnicas emanadas da Direcção-Geral da Segurança Social, da Família e da Criança, respeita, ou não, o espírito que preside à estatuição do princípio da equiparação constitucionalmente consagrado nos artigos 15.º, n.º 1 e n.º 2 e 63.º.

Com efeito, a Lei Fundamental, embora possibilitando a restrição, com base na residência, do princípio da equiparação constante do art. 15.º, n.º 1, não deixa de o erigir como princípio base — a ser adoptado e respeitado pela lei ordinária -, reforçando-o, no que se refere à segurança social, no art. 63.º.

Neste contexto, a noção de residência a ser adoptada pela lei ordinária no tocante ao acesso às prestações sociais, não deverá ser demasiado restritiva como o é a constante do art. 3.º, do Decreto-Lei n.º 244/98, de 08/08,

¹⁴¹ Tal interpretação restritiva foi, também, assumida pela Direcção-Geral de Segurança Social da Família e da Criança através das Orientações Técnicas n.º 6/2003 e n.º 2/2005.

porquanto, a sê-lo, porá, necessariamente em causa o princípio base da equiparação que a lei fundamental entendeu estatuir e preservar.

Por imperativo constitucional e seguindo o espírito manifestamente abrangente que a Lei Fundamental quis conferir ao princípio da equiparação no que ao direito à segurança social se refere, será forçoso concluir que a noção de residência a adoptar pelo legislador ordinário e pelo intérprete terá que seguir essa linha de abrangência, deixando de fora, apenas, as situações que excepcionalmente o justifiquem.

Importar para o âmbito da segurança social (*maxime* como requisito de acesso às prestações sociais em análise) o conceito restrito de residência do art. 3.º, do Decreto-Lei n.º 244/98, de 08/08 — que, relembre-se, considera residentes apenas os detentores de uma autorização de residência —, equivale a inverter de forma intolerável e injustificada o princípio da equiparação consagrado constitucionalmente. Recorde-se, aliás, que a Constituição nem sequer se limita a falar em estrangeiros residentes em Portugal, referindo expressamente os estrangeiros que aqui “*se encontrem*”, e indicando, mais adiante, no art. 63.º que “*Todos têm direito à segurança social*”.

Acresce que o legislador adoptou *para efeitos fiscais* ¹⁴², um conceito extremamente lato de residente (art. 16.º do Código do IRS). Com efeito, e para além dos demais casos enunciados ao longo do preceito, o art. 16.º, do CIRS qualifica como residentes em território português (e como tal, sujeitos a incidência fiscal), as pessoas que, no ano a que respeitem os rendimentos, aqui hajam permanecido mais de 183 dias, seguidos ou interpolados.

Verifica-se, pois, que o legislador, quando definiu o âmbito pessoal de incidência fiscal, nenhuma relevância deu à nacionalidade do sujeito ou sequer à existência de título que o habilite a permanecer legalmente em Portugal. Bastou-se, para efeitos de arrecadar receitas, com a permanência daquela pessoa em território nacional por um período de tempo que nem sequer é especialmente significativo ou indiciador de uma especial ligação a Portugal.

¹⁴² Aliás, igual postura adoptou o legislador no que se refere ao subsistema previdencial da segurança social. Com efeito, a obrigação de contribuir para a segurança social depende, apenas, da existência de uma relação de trabalho subordinado ou do exercício de uma profissão como independente, não sendo exigido que o trabalhador (estrangeiro) seja detentor de uma *autorização de residência* em território nacional para que tal obrigação se estabeleça.

Mal se entende, assim, que para arrecadar receitas oriundas da actividade profissional dos sujeitos estrangeiros os considere residentes desde que cá permaneçam 183 dias, e, para lhes conferir protecção social adequada restrinja, injustificadamente, o conceito de residente aos portadores de autorização de residência.

A injustiça de tal disparidade torna-se ainda mais evidente se tivermos em conta que os subsistemas de solidariedade e de protecção familiar (regimes não contributivos) da segurança social são também financiados pelo orçamento geral do Estado e, consequentemente, pelos contribuintes em geral, nos quais se incluem os estrangeiros que aqui trabalham e pagam os seus impostos. Será, pois, extremamente injusto que esses mesmos contribuintes, se vejam depois, impedidos de aceder aos benefícios sociais em causa, para cujo financiamento contribuíram em igualdade com os nacionais e estrangeiros portadores de autorização de residência.

13. Nesta perspectiva, e em busca da sempre visada interpretação da lei conforme à constituição, será necessário interpretar de forma mais lata o conceito de residência constante dos preceitos em causa [art. 10.º e 7.º, n.º 1, b), do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 02/08 e art. 6.º, n.º 1, a) da Lei n.º 13/2003, de 21/05] ou mesmo proceder à respectiva reformulação, por forma a tornar clara a sua maior abrangência, nomeadamente no que se refere aos portadores de autorizações de permanência.

14. A figura jurídica da *autorização de permanência* ¹⁴³ “(...) foi lançada na ordem jurídica nacional com o objectivo de favorecer o equilíbrio entre o fluxo migratório e a capacidade de integração dos imigrantes na sociedade portuguesa, ligando aquele, de uma forma bem vincada, à capacidade que o mercado de trabalho tenha de absorver a mão-de-obra estrangeira ¹⁴⁴”, sendo de destacar as palavras do então Ministro da Administração Interna, Fernando Gomes, durante a discussão da generalidade da proposta de lei do Governo (n.º 35/VIII) apresentada à Assembleia da República: “É por isso necessário encontrar um equilíbrio entre o fluxo e a capacidade de integra-

¹⁴³ Instituto jurídico criado pelo Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10/01, e entretanto, revogado.

¹⁴⁴ Jorge Gaspar in “Reflexão sobre o regime jurídico da concessão de autorização de permanência (antes do relatório de oportunidades)”, *Separata da Revista do Ministério Público* n.º 89, 2002, pg. 166.

*ção, que se deve reger por três princípios básicos: ser implacável na luta contra o trabalho clandestino, ser rigoroso no controlo de fronteiras e ser humanitário no que respeita à integração daqueles que, por via legal, se pretendem radicar em Portugal (...)*¹⁴⁵.

Resulta claro que a criação da figura da autorização de permanência, para além dos reconhecidos objectivos de regularização da situação dos imigrantes que ilegalmente se encontravam a trabalhar em território nacional, visou a sua *plena integração*, sendo inquestionável que se tratava de estrangeiros que pretendiam radicar-se em Portugal.

Assim sendo — não obstante a revogação de que foi alvo, por força do art. 20.º, do Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25/02 — estabelecia o art. 55.º, do Decreto-Lei n.º 244/98, de 08/08, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10/01, a possibilidade de virem a ser concedidas autorizações de permanência aos não nacionais, que, não sendo titulares de visto adequado, reunissem as condições elencadas no citado preceito, com particular destaque para a existência de relação laboral subordinada.

Ainda de acordo com a disposição em apreço, a autorização de permanência era concedida até um ano, “prorrogável por iguais períodos, não podendo o período total de permanência no País exceder os cinco anos, a contar da data da concessão da primeira autorização”. Findos esses cinco anos, estabelecia-se um fundamento legal para dispensa de visto prévio à concessão de autorização de residência.

Traçado, nos moldes que antecedem, o essencial do regime jurídico da autorização de permanência, importa agora analisar os principais aspectos enformadores do mesmo, que considero reveladores da possibilidade da sua equiparação, para os efeitos previstos nos preceitos *sub judice* (acesso a prestações de protecção familiar e de solidariedade), à titularidade de autorização de residência.

A medida adoptada em 2001 pelo governo português teve em vista, como já se referiu, a regularização de um elevado número de cidadãos estrangeiros que, há já alguns anos residentes de facto em Portugal, aqui se encontravam, até então, em situação ilegal.

¹⁴⁵ Citado por Jorge Gaspar. Ob. cit., pg. 166, sublinhados nossos.

Consubstanciou-se, por isso, a iniciativa então assumida, na tentativa de criação de uma figura que, de alguma forma, viesse a reconhecer, de modo próprio, a permanência daqueles cidadãos em território nacional, aproximando-a, tendencialmente, à situação em que material e legalmente já se encontravam os não nacionais que beneficiavam de autorização de residência.

Aproximação essa desde logo patente na possibilidade de prorrogação do título em causa por um período máximo de cinco anos, revelador do seu carácter tendencialmente mais estável, porquanto assente na regularização de situação fáctica já existente, embora no pressuposto da manutenção da mesma, designadamente no que à ocupação laboral diz respeito.

Nesse sentido, refira-se, ainda, em abono da equiparação que se defende, o facto de o art. 87.º, n.º 1, alínea *m*), do Decreto-Lei n.º 244/98, de 08/08, possibilitar aos cidadãos estrangeiros a apresentação de pedido de concessão de autorização de residência, com dispensa de visto, desde que aqueles tenham sido, de forma ininterrupta, titulares de autorização de permanência durante cinco anos.

Decorre, assim, do enquadramento jurídico levado a cabo nos termos que antecedem, não ser adequado aos fins prosseguidos pelas normas em causa a não equiparação, para os presentes efeitos, da titularidade de autorização de permanência à posse de autorização de residência.

Entendo, pois, que a referência à figura da autorização de residência feita no art. 7.º, n.º 1, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 02/08 — e indevidamente importada pelos Serviços da Segurança Social para condicionar o acesso ao rendimento social de inserção, através de uma interpretação restritiva do art. 6.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 13/2003, de 21/05 — mais do que à forma, pretenderá dirigir-se a um conteúdo, qual seja o da titulação regular da estadia, com carácter de estabilidade, de determinado cidadão estrangeiro.

A proximidade material entre a autorização de residência e a autorização de permanência é ainda mais visível se atentarmos na natureza também não definitiva de algumas autorizações de residência, designadamente as concedidas temporariamente (art. 83.º, do Decreto-Lei n.º 244/98, de 08/08).

De frisar, ainda, a circunstância da autorização de permanência ser, não escassas vezes, o título formal de regularização de situações de integração profissional bastante arregadas e estabilizadas. Tais cidadãos são objecto de deveres para com o Estado em tudo iguais, não só aos portadores de *autori-*

zações de residência, como até aos próprios cidadãos nacionais, trabalhando legalmente em Portugal, pagando as correspondentes contribuições à segurança social e liquidando os seus impostos.

Recorde-se, a tal propósito, que nos reportamos a cidadãos estrangeiros que, embora irregularmente, se encontram radicados em Portugal, *pelo menos*, desde Novembro de 2001 (Cft. Resolução do Conselho de Ministros n.º 164/2001, de 30/11).

Admitindo o Estado a regularização, por via da concessão dos títulos em causa (autorizações de permanência), haverá que obter a máxima concordância de estatutos jurídicos com os dos estrangeiros residentes, abdicando de introduzir limitações onde a configuração jurídica do título não o exija.

Face ao que antecede, é forçoso concluir que a exclusão dos detentores de autorizações de permanência do âmbito de aplicação pessoal das normas em análise não radica em razões de ordem material, mas sim de ordem meramente formal, o que, tendo em conta tudo o que acima ficou dito, para além de injustificado e injusto, contraria frontalmente a Lei Fundamental.

O art. 7.º, n.º 1, alínea *b)* e/ou o n.º 3, do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 02/08 e o art. 6.º, n.º 1, alínea *a)*, da Lei n.º 13/2003, de 21/05, devem, assim, ser interpretados ou, sendo caso disso, alterados, por forma a neles caberem também as situações respeitantes aos cidadãos estrangeiros detentores de *autorizações de permanência* válidas (ou detentores de recibo emitido pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras do requerimento de renovação ou prorrogação desse título), pois de outra forma se estará a perpetrar uma infundada discriminação contra os mesmos.

Pela mesma ordem de razões, deverão, de igual modo, ser abrangidos na definição do âmbito pessoal de tais diplomas, os portadores de quaisquer outros títulos de permanência em território nacional que, pelas características que legalmente assumem, confirmam aos seus portadores uma situação que materialmente se aproxime das dos nacionais ou estrangeiros portadores de autorizações de residência ou permanência.

Penso, designadamente, nos títulos que permitam aos seus portadores a possibilidade de trabalharem em Portugal e, como tal, pressuponham um significativo grau de estabilidade e integração no nosso País, como será o caso do visto de trabalho e, em certos casos legalmente definidos, dos vistos de estada temporária e de estudo.

Em face do exposto, e ao abrigo do art. 20.º, n.º 1, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência:

- a) que providencie pela emissão da competente orientação técnica que — revogando o entendimento sobre a matéria versado nas Orientações Técnicas da Direcção-Geral da Segurança Social, da Família e da Criança n.ºs 6/2003 e n.º 2/2005 —, determine a interpretação alargada do conceito de residente constante dos artigos 7.º, n.º 1, alínea b) e n.º 3 e artigo 10.º, do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de Agosto, bem como do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio, por forma a que sejam abrangidos por tais diplomas e, por conseguinte, possam aceder às prestações sociais neles reguladas, os detentores de *autorizações de permanência* válidas (ou detentores de recibo emitido pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras do requerimento de renovação ou prorrogação desse título);
- b) Caso não se entenda possível o recomendado em a), promova a alteração legislativa que modifique o conceito de residente, ou equiparado, constante dos artigos 7.º, n.º 1, alínea b) e n.º 3 e artigo 10.º, do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de Agosto, bem como do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio, por forma a que sejam abrangidos por tais diplomas e, por conseguinte, possam aceder às prestações sociais neles reguladas, os detentores de *autorizações de permanência* válidas (ou detentores de recibo emitido pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras do requerimento de renovação ou prorrogação desse título);
- c) De igual modo sejam incluídos (por uma ou outra via) no âmbito pessoal de tais diplomas, os estrangeiros habilitados com quaisquer outros títulos de permanência em território nacional que, pelas características que legalmente assumem, confirmam aos seus portadores uma situação que materialmente se aproxime das dos nacionais ou estrangeiros portadores de autorizações de residência ou

permanência, designadamente, os títulos que permitam aos seus portadores a possibilidade de trabalharem em Portugal, como será o caso do visto de trabalho e, em certos casos legalmente definidos, dos vistos de estada temporária e de estudo (vd. artigos 35.º, n.º 2 e 38.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, com a redacção que lhes foi dada, respectivamente, pela Lei n.º 97/99, de 26 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro, este último regulamentado pelo artigo 36.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2004 de 26 de Abril).

Queira Vossa Excelência, em cumprimento do dever consagrado no art. 38.º, n.º 2, da Lei n.º 9/91, de 9/04 (Estatuto do Provedor de Justiça), dignar-se informar sobre a sequência que o assunto venha a merecer.

Acatada. Segundo o comunicado do Conselho de Ministros do dia 22 de Dezembro de 2005, foram aprovados os diplomas legais que alteram, em conformidade, o Decreto-Lei n.º 176/2003, de 02/08 (relativo às prestações familiares, designadamente, abono de família e subsídio de funeral) e o Decreto-Lei n.º 283/2003, de 08/11 (relativo ao Rendimento social de inserção).

Concretizando o anunciado no referido comunicado do Conselho de Ministros, foram, entretanto, publicados o Decreto-Lei n.º 41/2006, de 21/02 (que altera o Decreto-Lei n.º 176/2003, de 02/08) e o Decreto-Lei n.º 42/2006, de 23/02 (que altera o Decreto-Lei n.º 283/2003, de 08/11).

Resta referir que, o Decreto-Lei n.º 41/2006, de 21/02, equipara a residentes, para efeitos da atribuição do abono de família, os estrangeiros portadores de título válidos de permanência, nos termos e condições a definir por Portaria Conjunta dos Ministros de Estado e da Administração Interna, da Presidência e do Trabalho e da Solidariedade Social, ainda por publicar.

2.3.3. Processos anotados

A — Sistema de protecção social

R-2471/03

Assessora: Mónica Duarte Silva

Assunto: Funcionamento dos Serviços de Fiscalização do Instituto da Segurança Social, I.P. no apuramento e cobrança de contribuições junto de entidades patronais alegadamente faltosas.

Objecto: Forma como os Serviços de Fiscalização da Segurança Social exercem as suas competências, sempre que se verifica uma discrepância entre os valores declarados pela empresa e aqueles referidos pelo trabalhador como constituindo a respectiva remuneração.

Decisão: Após intervenção da Provedoria de Justiça, o Secretário de Estado da Segurança Social informou este órgão do Estado, que havia sido determinada, pelo Conselho Directivo do ISS, I.P., a elaboração de uma orientação técnica sobre a matéria, com o objectivo de harmonizar os procedimentos a seguir pelos Serviços de Fiscalização daquele Instituto.

Síntese:

1. Partindo de um caso concreto, a Provedoria de Justiça sentiu a necessidade de alertar o Instituto da Segurança Social, I.P. para as consequências que, para a segurança social, decorriam da forma como os respectivos Serviços de Fiscalização exerciam as suas competências.

2. Com efeito, no caso em apreço verificou-se que, existindo uma discrepância entre os valores declarados pela empresa e aqueles referidos pelo trabalhador como constituindo a respectiva remuneração, os Serviços de Fiscalização do ISS, I.P. se bastaram com as informações prestadas pelo sócio-gerente da empresa, escudando-se na inexistência de recibos de vencimento ou outros documentos — para além dos cheques apresentados pelo trabalhador, cujos valores, aliás, contrariavam as indicações da empresa a tal respeito



— susceptíveis de fazer prova dos factos em questão. Assim, e em face da impossibilidade de confirmar a veracidade dos valores indicados pelo beneficiário como remuneração auferida enquanto ao serviço da dita empresa, foi este aconselhado pelo Departamento de Fiscalização desse Instituto a recorrer ao tribunal do trabalho, se assim o entendesse.

3. O tratamento conferido ao assunto suscitou dúvidas ao Provedor de Justiça, porquanto entendeu que a confirmação dos valores indicados pelo beneficiário como integrando a sua remuneração durante o período em causa, revestia não só todo o interesse para o trabalhador reclamante, como para o próprio Estado (neste caso, a segurança social), uma vez que este poderia vir a constituir-se credor da entidade patronal relativamente à parte das contribuições em falta, designadamente pela aplicação às eventuais diferenças salariais apuradas — parte da remuneração não declarada.

4. Nesta medida, mal se compreendia que se fizesse impender, exclusivamente, sobre o beneficiário o ónus de fazer prova, em juízo, dos factos que alegava.

5. Acresce, ainda, que a ausência de recibos de vencimento — cuja emissão é obrigatória por lei e que bastariam por si só para fazer prova dos factos em apreço — é da inteira responsabilidade da entidade patronal, sendo tal facto susceptível de inverter o ónus da prova, nos termos e ao abrigo do art. 344.º, n.º 2, do Código Civil, passando este a impender sobre a entidade patronal.

6. Entendeu-se, assim, não ser aceitável que os Serviços de Fiscalização da Segurança Social, cuja missão consiste precisamente em fiscalizar e avaliar o cumprimento das obrigações dos contribuintes, se bastassem com o encaminhamento das situações mais controversas para o tribunal do trabalho, já que essa actuação deixa a prossecução dos interesses do Estado na total disponibilidade da iniciativa privada dos cidadãos beneficiários.

7. Estão aqui em causa duas relações distintas que cumpre acautelar. Uma será entre o trabalhador, a empresa e a segurança social. A outra será entre a empresa, enquanto contribuinte, e a segurança social. Os Serviços de fiscalização devem ter em vista ambas e, como tal, não deve a cobrança de receitas ficar na dependência exclusiva ou quase-exclusiva do impulso processual dos trabalhadores/beneficiários.

8. Assim, o Provedor de Justiça chamou a atenção do Ministro do Trabalho e da Solidariedade Social para a necessidade de promover a ade-

quada actuação dos Serviços de Fiscalização do Instituto da Segurança Social, I.P., tendo em vista não só o esclarecimento e resolução da situação do beneficiário em concreto, mas, também *e sobretudo*, em situações futuras similares, apurar e promover a cobrança dos montantes devidos à segurança social, garantindo-se, desta forma, o integral respeito pelo princípio da defesa do interesse público, que deverá nortear a actuação dos órgãos e Serviços da Administração Pública.

9. Respondendo ao solicitado, o Secretário de Estado da Segurança Social informou este órgão do Estado, que havia sido determinada, pelo Conselho Directivo do ISS, a elaboração de uma orientação técnica sobre a matéria, com o objectivo de harmonizar os procedimentos a seguir pelos Serviços de Fiscalização daquele Instituto.

10. Em 10.01.2006 veio a ser emitida a Orientação Técnica n.º 3/06, pelo Conselho Directivo do ISS, I.P..

R-1742/04

Assessora: Mónica Duarte Silva

Assunto: Subsídio de desemprego — data da produção de efeitos da renúncia à gerência.

Objecto: Decisão do Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa de indeferir o requerimento para atribuição de subsídio de desemprego, fundamentada exclusivamente no facto de o requerente, à data do desemprego, constar no registo comercial, como sócio gerente de uma empresa, muito embora o referido beneficiário tivesse feito prova de que havia renunciado à gerência da empresa em data muito anterior.

Decisão: Após intervenção da Provedoria de Justiça foi adoptado pelo Instituto da Segurança Social, I.P., novo entendimento acerca da data da produção de efeitos da renúncia à gerência e, consequentemente, foi reanalisado, em conformidade, o caso concreto do reclamante.

Síntese:

1. O beneficiário queixou-se à Provedoria de Justiça pelo facto de lhe ter sido recusado pelo CDSS de Lisboa, o pagamento do subsídio de desemprego.

2. A fundamentação para o indeferimento do subsídio requerido centrava-se no facto de o requerente cumular com o trabalho por conta de outrem — que tendo, entretanto, cessado o habilitava a aceder ao subsídio de desemprego — as funções de gerente de uma sociedade, efectuando descontos para o Centro Distrital de Segurança Social de Beja.

3. Com efeito, embora tivesse renunciado à gerência da referida sociedade em 28.02.2003 (data anterior ao desemprego) essa cessação de funções só foi registada em 27.11.2003 (data posterior ao desemprego), tendo os Serviços do CDSS de Lisboa entendido que a data a ter em conta para efeitos em causa, seria a data da efectivação do registo comercial.

4. Analisada a situação à luz dos preceitos legalmente aplicáveis, entendeu-se não assistir razão aos Serviços do CDSSL. Com efeito, o art. 14.º do Código de Registo Comercial, sob a epígrafe “*Oponibilidade a terceiros*”, determina, no seu n.º 4, que “*O disposto neste artigo não prejudica o estabelecido no Código das Sociedades Comerciais*”. Significa isto que, as normas do CRCCom respeitantes à oponibilidade a terceiros dos factos sujeitos a registo respeitantes a sociedades comerciais, são derogadas pelas normas que, a tal respeito, constem do mencionado Código das Sociedades Comerciais.

5. Ora, o art. 258.º, n.º 1, do CSC refere que “A renúncia de gerentes deve ser comunicada por escrito à sociedade e *torna-se efectiva oito dias depois de recebida a comunicação*. Por sua vez, refere o art. 168.º, n.º 4, do mesmo Código que: “Os actos sujeitos a registo, mas que não devam ser obrigatoriamente publicados, não podem ser opostos *pela sociedade* a terceiros enquanto o registo não for efectuado”. Concluiu-se, assim, que este último preceito não determina a inoponibilidade a terceiros, por qualquer pessoa, de actos sujeitos a registo. Determina, tão-somente, que a sociedade — e *apenas esta* — não pode opor a terceiros actos sujeitos a registo, enquanto não forem registados. Trata-se, pois, de uma inoponibilidade restrita à própria sociedade, o que facilmente se entende se tivermos em conta que é a esta que cumpre a obrigação legal de proceder ao registo. Faz assim sentido que quem tem a obrigação de efectuar o registo não se possa prevalecer, perante terceiros, da omissão que a si é imputável. Mas já não seria compreensível que, no caso concreto, o gerente cessante ficasse dependente de um acto de terceiro (sociedade) — ao qual é estranho e ao qual não se pode substituir — para se poder prevalecer dos efeitos da renúncia legalmente efectuada.

6. Com base nos fundamentos supra expostos, a Provedoria de Justiça defendeu, junto do CDSSL, que a renúncia à gerência efectuada pelo beneficiário havia produzido todos os seus efeitos nos termos do preceituado no art. 258.º, n.º 1, do CSC, independentemente do registo, motivo pelo qual deveria ser entendido que, à data do desemprego, o beneficiário já havia cessado as suas funções de gerente, nada obstando, por conseguinte, à atribuição do subsídio de desemprego requerido.

7. O entendimento exposto pela Provedoria de Justiça foi acatado pelo Conselho Directivo do Instituto da Segurança Social, I.P. nos seguintes termos “(...) *aos gerentes que renunciaram à gerência, mesmo que a renúncia não tenha sido registada, pode ser-lhes reconhecido o direito às prestações de desemprego desde que na data do desemprego não se verifiquem os pressupostos de enquadramento no regime de segurança social previsto no Decreto-Lei n.º 327/93, de 25-09*”.

R-3409/04

Assessora: Margarida Santerre

Assunto: Habilitação a duodécimos de subsídio de Natal por morte de um pensionista da Caixa Geral de Aposentações.

Objecto: Pagamento indevido, por parte da Caixa Geral de Aposentações, do montante devido a título de duodécimos de subsídio de Natal a apenas uma das três herdeiras hábeis do subscritor falecido.

Decisão: Renovação do pagamento em favor das duas herdeiras requerentes, na parte que legalmente lhes assistia.

Síntese:

1. As reclamantes dirigiram-se à Provedoria de Justiça, contestando o facto da Caixa Geral de Aposentações (CGA) ter pago os duodécimos de subsídio de Natal devidos por morte do seu pai falecido, integralmente, à sua viúva com quem mantinham um litígio quanto ao processo de partilha dos bens da herança.

2. Alegavam, em síntese, que a situação se ficara a dever a “*um erro cometido pela Caixa Geral de Aposentações*”, motivado pelo deficiente preenchimento do requerimento existente para o efeito.

3. Pedidos esclarecimentos à CGA, veio aquela entidade alegar que creditou o valor através do NIB indicado no quadro 5 do mencionado formulário (NIB do 1.º herdeiro) e que não teve em consideração o preenchido no respectivo quadro 6, porque desse mesmo impresso consta a observação de que esse quadro só deverá ser preenchido “*no caso de não ter respondido afirmativamente ao ponto 2 do Quadro 5.*”.

4. Com efeito, as reclamantes haviam preenchido o impresso de forma deficiente, pois para lograrem receber o montante que lhes cabia, não deveriam ter assinalado qualquer NIB no quadro 5, ponto 2, devendo indicar os NIB’s das três herdeiras úteis apenas e só no quadro 6.

5. Apurou-se, contudo, que o erro não fora inteira e unicamente imputável às reclamantes, tendo em conta que toda a actuação procedimental da CGA, após a recepção do requerimento, indicou que aquela entidade havia compreendido a vontade real das interessadas, apesar de a mesma não coincidir com a vontade declarada.

6. Com efeito, 3 meses após a recepção do requerimento, mais concretamente em 23.10.2003, a Caixa solicitou, por ofício dirigido à família do pensionista falecido, o envio de fotocópias dos bilhetes de identidade e dos cartões de contribuinte das duas irmãs aqui em causa, concedendo-lhes o prazo de 30 dias para responderem ao solicitado.

7. As interessadas satisfizeram essa solicitação, em 28.10.2003, sendo que a CGA se antecipou, procedendo, em 25.10.2003, ao processamento da totalidade da importância devida, através de transferência bancária para o NIB da madrastra das reclamantes.

8. Analisados os factos descritos, não foi possível deixar de se constatar que a CGA instruíra deficientemente o processo, praticando actos que se demonstraram irrelevantes (solicitar documentos às reclamantes), e omitindo actos que se afigurariam essenciais (esclarecer a vontade real das declarantes, mal expressa no requerimento inicial).

9. Por esse motivo, o Provedor de Justiça entendeu por bem intervir junto do Conselho de Administração da CGA, alertando para a necessidade daquela entidade assumir a responsabilidade pelos comportamentos equívocos que reconheceu ter praticado, na pendência do procedimento administrativo

aqui em causa, através do pagamento às filhas do pensionista falecido da parte do subsídio que lhes competia.

10. Fundamentou essa sua tomada de posição em princípios de Direito Administrativo tão relevantes e aqui, claramente, violados, como o princípio da legalidade procedimental, o princípio da eficiência (art. 10.º do Código do Procedimento Administrativo) e o princípio da colaboração da Administração com os particulares (art. 7.º do Código do Procedimento Administrativo).

11. A CGA acatou a recomendação do Provedor de Justiça, tendo pago às duas irmãs a quantia de € 205,22 que lhes cabia em partes iguais.

R-3640/04

Assessora: Mónica Duarte Silva

Assunto: Subsídio de educação especial (Decreto-Lei n.º 170/80, de 29/05; Decreto Regulamentar n.º 14/81, de 07/04 e Decreto Regulamentar n.º 19/98, de 14/08) .

Objecto: Recusa da Caixa de Abono de Família dos Empregados Bancários (C.A.F.E.B.). de proceder ao pagamento do subsídio de educação especial, baseada no facto de o estabelecimento de ensino da criança em apreço indicar que esta não carecia de ensino especial. Data da produção de efeitos do deferimento do pedido de subsídio de educação especial.

Decisão: Após intervenção da Provedoria de Justiça foi reconhecido ao beneficiário o direito a receber o subsídio de educação especial relativamente à sua neta, com efeitos à data da apresentação do respectivo requerimento junto da C.A.F.E.B..

Síntese:

1. O reclamante queixou-se à Provedoria de Justiça pelo facto de lhe ter sido recusado pela C.A.F.E.B., o pagamento do subsídio de educação especial relativo à sua neta que, estando a seu cargo, necessitava de apoio individual (nas áreas da psicologia e terapia da fala). A fundamentação para o inde-

ferimento do subsídio requerido centrava-se no facto de o estabelecimento de ensino da criança em causa indicar que esta não carecia de ensino especial.

2. Analisada a situação concreta à luz dos preceitos legalmente aplicáveis, verificou-se que o reconhecimento do direito à prestação em causa dependia apenas de dois factores cumulativos, a saber: (a) da apresentação de declaração passada pelo estabelecimento de ensino que o aluno frequentava comprovativa de que o apoio prescrito pelo médico especialista não lhe era garantido pela escola; e da (b) efectuação da prova de deficiência, “(...) feita por equipas ou serviços multidisciplinares de avaliação médico pedagógica ou, não as havendo, por declaração médica passada por médico especialista na deficiência em causa (...)”.

3. Verificando-se que não havia dúvidas de que o segundo requisito se encontrava satisfeito (efectuação da prova de deficiência), a questão cingia-se ao primeiro requisito supra transcrito. Este, contudo, parecia estar igualmente preenchido através da declaração (“Informação”) passada pelo Agrupamento de Escolas em apreço, a qual indicava que o referido agrupamento não possuía recursos nas áreas de Psicologia e Terapias (que, segundo o relatório médico entregue, eram precisamente as áreas de intervenção de que a criança necessitava).

4. A Provedoria de Justiça fez notar ao C.A.F.E.B., que o facto de o estabelecimento de ensino ter indicado que a aluna em apreço não era portadora de deficiência em nada relevava para efeitos de atribuição do subsídio de educação especial requerido. Com efeito, essa apreciação não compete, nos termos legalmente vigentes, à escola, mas sim ao médico especialista. Ao estabelecimento de ensino compete, apenas, informar se consegue ou não garantir o tipo de apoio indicado pelo médico especialista. Neste caso, a indicação — conforme supra referido — era no sentido de que esses apoios não podiam ser garantidos pelo Agrupamento de Escolas em causa.

5. O entendimento exposto pela Provedoria de Justiça foi acatado pela C.A.F.E.B.. No entanto, entendeu esta, numa primeira fase, reportar os efeitos do deferimento apenas a Junho de 2003 (data em que o processo ficou devidamente instruído) e não a Novembro de 2002 (data em que foi apresentado o requerimento).

6. Foi, então, efectuada nova intervenção junto da C.A.F.E.B., sublinhando que nos termos do art. 4.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar n.º 14/81, de 07/04: “O subsídio de educação especial é atribuído a partir do mês em

que o deficiente inicia a frequência do estabelecimento ou o recebimento do apoio individual, mas não antes daquele em que der entrada o requerimento ou documento equivalente”. Daqui se retira que o legislador, talvez atendendo à natureza das prestações em apreço, quis garantir o pagamento do subsídio desde o momento em que o beneficiário é efectivamente confrontado com a despesa pela frequência do estabelecimento ou pelo “*recebimento do apoio individual*”, muito embora tenha garantido que esse pagamento não será devido em data anterior à da entrada do respectivo requerimento. Foi, assim, defendido junto da C.A.F.E.B. que o deferimento das prestações deveria reportar-se a Novembro de 2002 (data do requerimento) e não a Junho de 2003 (data em que o processo ficou devidamente instruído).

7. A C.A.F.E.B. acabou por conceder ao beneficiário o subsídio de educação especial a partir de Novembro de 2002, embora tenha salientado que o fazia com carácter absolutamente excepcional e tendo em conta a situação concreta do beneficiário em apreço.

R-3955/04

Assessora: Mónica Duarte Silva

Assunto: Extravio de cheques relativos a abono de família e subsídio de maternidade remetidos pela segurança social — relevância da morada aposta nos requerimentos apresentados pelos beneficiários — cumprimento da obrigação.

Objecto: Envio, pelo Centro Distrital de Segurança Social de Setúbal, de cheques relativos a abono de família e subsídio de maternidade para morada diversa da constante dos requerimentos apresentados pela beneficiária. Recusa do CDSS de Setúbal de, extraviados os cheques, repor as respectivas quantias.

Decisão: Após intervenção da Provedoria de Justiça foi devidamente ultrapassada a questão.

Síntese:

1. A reclamante tendo recebido, em Agosto de 2003, um cheque relativo a prestações familiares, apercebeu-se de que estavam em falta os dois

anteriores meses de abono de família, bem como o subsídio de maternidade que oportunamente requerera.

2. Após diversas diligências, a beneficiária concluiu que os cheques em falta haviam sido remetidos para a sua anterior morada, muito embora a beneficiária alegasse ter, oportunamente, dado a conhecer aos competentes Serviços da Segurança Social a sua nova morada.

3. Tais cheques não chegaram, por conseguinte, às suas mãos, tendo apurado que ambos os cheques haviam sido depositados numa conta bancária de terceiros (seus ex-vizinhos).

4. Em face do extravio dos cheques, o CDSS de Setúbal limitou-se a fornecer à interessada cópias dos cheques em apreço, recusando-se a entregar-lhe as quantias extraviadas. Fundamentava a sua recusa no facto dos cheques terem sido remetidos para a morada que, à data do processamento, constava da respectiva base de dados de identificação, considerando cumprida, com o referido envio, a sua obrigação de pagamento.

5. Analisados os documentos juntos ao processo, verificou-se que a beneficiária indicara nos requerimentos apresentados, para atribuição das prestações em apreço, a sua nova morada.

6. Tal facto era relevante para os presentes efeitos, já que, verificando-se uma disparidade entre a morada indicada pela beneficiária nos requerimentos apresentados e aquela que constava na base de dados de identificação dos Serviços da Segurança Social, deveriam estes, actuando com o mínimo de diligência a que estão obrigados, ter confirmado junto da beneficiária qual a morada a ter em conta para o envio das prestações. Não faria sentido que o formulário destinado ao requerimento das prestações sociais em apreço incluísse um espaço destinado à indicação da morada do beneficiário, se esta não fosse tida em conta para efeitos de envio dos correspondentes montantes.

7. Por outro lado, mais do que a questão da morada, estava em causa saber se a obrigação de pagar as prestações à beneficiária se considerava cumprida com o mero envio do pagamento para a morada do beneficiário.

8. Decorre do art. 762.º, n.º 1, do Código Civil, que o devedor apenas cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que se encontra vinculado. Tratando-se de uma *obrigação de resultado* (entrega das quantias em causa à beneficiária) não é suficiente, para que a obrigação se cumpra, a mera remessa das prestações para o domicílio do credor. Só a efectiva entrega dos valores à beneficiária desobriga o devedor, considerando-se cumprida a obri-

gação. Aliás, de acordo com o art. 770.º, n.º 1, do Código Civil, a prestação feita a terceiro não extingue a obrigação.

9. Acresce que, nos termos dos arts. 772.º e 774.º, do Código Civil, as prestações relativas a obrigações pecuniárias devem ser efectuadas no lugar do domicílio que o credor tiver ao tempo do cumprimento, sendo que, caso o credor mude de domicílio depois de constituída a obrigação, a prestação terá que ser efectuada no seu novo domicílio.

10. Concluiu, assim, a Provedoria de Justiça que, para que a obrigação de pagamento das prestações em causa se tivesse por cumprida, não bastava que a segurança social (devedora) procedesse ao respectivo envio para o domicílio do beneficiário (credor). A obrigação só se extingue pelo cumprimento com a efectiva entrega dos valores ao credor, o que não aconteceu no caso em apreço.

O Centro Distrital em causa encontrava-se, pois, numa situação de incumprimento perante a beneficiária, devendo proceder ao pagamento das quantias em falta.

11. Exposto tal entendimento de forma fundamentada junto do CDSS de Setúbal, veio o mesmo a ser devidamente acolhido e, consequentemente, foram pagas à interessada as quantias em apreço.

R-4812/04

Assessora: Mónica Duarte Silva

Assunto: Apoio social a imigrantes que aguardam prorrogação de autorização de permanência ou que se encontrem irregularmente em Portugal.

Objecto: Recusa de apoio, por parte da Linha Nacional de Emergência Social, a imigrante grávida vítima de violência doméstica, durante o período de pendência, no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, do respectivo processo de renovação da autorização de permanência.

Decisão: Após intervenção da Provedoria de Justiça, o Conselho Directivo do Instituto da Segurança Social, I.P. emitiu Orientação dirigida a todos os centros distritais de segurança social, enfatizando o dever dos serviços de acção social, sempre que solicitados, procederem a apoio a nível de acolhimento de emergência, de cidadãos estran-

geiros durante a pendência de processo de prorrogação de autorização de permanência ou de renovação de autorização de residência junto do SEF.

Mais foi entendido, na referida Orientação, que em situações de emergência social protagonizadas por cidadãos estrangeiros, estejam ou não em vias de regularização, se impõe que a apreciação de eventuais apoios sociais, não ignorem nem violem, o princípio da dignidade humana próprio de um Estado de Direito, que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 15.º n.º 1, 24.º n.º 1, 25.º n.º 2 e 68.º n.os 2 e 3 da Constituição. Efectivamente, fundadas razões humanitárias poderão justificar uma intervenção social urgente por parte dos Serviços responsáveis da Segurança Social.

Síntese:

1. A Provedoria de Justiça tomou conhecimento, através do Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas (ACIME), da situação de uma imigrante de nacionalidade marroquina, a residir em Portugal ao abrigo de uma autorização de permanência, que, encontrando-se grávida, terá sido vítima de violência doméstica. O caso foi sinalizado à Linha Nacional de Emergência Social pela médica do Hospital de São Francisco Xavier que terá prestado a assistência clínica à interessada.

2. A referida cidadã estrangeira, na altura da ocorrência dos factos, tinha pendente no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) o respectivo processo de prorrogação da autorização de permanência. Não obstante tal facto, a LNES considerou a referida cidadã estrangeira como estando em situação irregular ou ilegal em Portugal, tendo recusado, com esse fundamento, a prestação do apoio social pretendido (alojamento).

3. Embora a situação concreta tivesse, entretanto, sido ultrapassada, entendeu o Provedor de Justiça levar o caso ao conhecimento do Presidente do Conselho Directivo do Instituto da Segurança Social, I.P., com o intuito de evitar que situações análogas não viessem a merecer, no futuro, igual tratamento.

4. Assim, fez notar que os recibos entregues pelo SEF aos cidadãos estrangeiros comprovativos da pendência dos respectivos processos de prorrogação da autorização de permanência ou residência, permitem que os interessados aguardem, legalmente, em território nacional, pelo desfecho dos seus processos,

pelo que, durante a pendência de tais processos, os cidadãos estrangeiros (portadores de um título/recibo emitido pelo SEF que comprove essa situação) permanecem legalmente em território nacional, e, como tal, devem poder aceder a todos os benefícios que a lei lhes confere, sobretudo, os de natureza social.

5. Foi ainda defendido pela Provedoria de Justiça que em situações de emergência social como a descrita — imigrante grávida vítima de violência doméstica e temporariamente sem alojamento — se impõe que a apreciação de eventuais apoios sociais não ignore nem viole o *princípio da dignidade humana* contido no *princípio do Estado de Direito*, que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 15.º n.º 1, 24.º n.º 1, 25.º n.º 2 e 68.º n.ºs 2 e 3 da Constituição. Efectivamente, fundadas razões humanitárias poderão justificar uma intervenção social urgente por parte dos Serviços responsáveis da Segurança Social.

6. A posição sustentada pela Provedoria de Justiça foi acolhida pelo Instituto da Segurança Social, I.P., tendo sido emitida orientação dirigida a todos os centros distritais de segurança social, enfatizando o dever dos serviços de acção social, sempre que solicitados, procederem a apoio a nível de acolhimento de emergência, de cidadãos estrangeiros durante a pendência de processo de prorrogação de autorização de permanência ou de renovação de autorização de residência junto do SEF.

Mais foi entendido, na referida Orientação, que em situações de emergência social protagonizadas por cidadãos estrangeiros, estejam ou não em vias de regularização, se impõe que a apreciação de eventuais apoios sociais não ignorem nem violem o princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de Direito, que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 15.º n.º 1, 24.º n.º 1, 25.º n.º 2 e 68.º n.ºs 2 e 3 da Constituição.

R-5235/04

Assessora: Fátima Monteiro Martins

Assunto: Rendimentos considerados para determinação do montante do abono de família.

Objecto: Abono de família fixado em valor correspondente ao 4.º escalão e não ao 1.º do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de Agosto, por terem sido considerados, pelo Centro Distrital de Segu-

rança Social de Setúbal, os rendimentos da mãe da reclamante, que não fazia parte do seu agregado familiar à data do requerimento da prestação.

Decisão: O valor do abono de família pago à reclamante relativamente aos seus filhos menores foi devidamente corrigido, tendo sido ainda emitida Orientação Técnica pelo Instituto da Segurança Social, I.P. dirigida a todos os centros distritais de segurança social, para clarificação e correcção de procedimentos nesta matéria.

Síntese:

1. Em Janeiro de 2004, a reclamante requereu o abono de família para os seus dois filhos menores junto do Centro Distrital de Segurança Social de Setúbal, o qual, para efeitos do cálculo da prestação, exigiu a apresentação de documento comprovativo dos rendimentos auferidos no ano de 2002 por parte da mãe da reclamante, e considerou os mesmos ao fixar o abono no valor correspondente ao 4.º escalão de rendimentos, previsto no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de Agosto.

2. Não concordando com esta decisão, solicitou a intervenção deste órgão do Estado, o qual procedeu à auscultação do referido Centro Distrital e obteve a confirmação dos factos descritos pela reclamante.

3. De facto, para o cálculo da prestação em Janeiro de 2004, era necessário aos serviços apurar os rendimentos do agregado, relativos ao ano de 2002 (último ano civil relativamente ao qual já fora apresentada a declaração de rendimentos para efeitos fiscais), e como nesse ano a reclamante vivia com a sua mãe e não auferia rendimentos, foram considerados os rendimentos desta última para se proceder ao cálculo do abono de família no ano de 2004.

4. Nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de Agosto, no entanto, este procedimento não podia ser considerado acertado, uma vez que dos seus artigos 8.º, n.º 6 e 36.º, n.º 1 se retira que os membros do agregado familiar relativamente aos quais é necessário apresentar declaração de rendimentos são aqueles que fazem parte do mesmo à data do requerimento, data essa também considerada para efeitos de verificação da situação pessoal e familiar relevante de cada um desses membros. O Centro Distrital de Segurança Social de Setúbal não deveria, por conseguinte, ter considerado os rendimentos de 2002 da mãe da reclamante, mas antes ter exigido à reclamante uma declaração dos Serviços de Finanças competentes, comprovativa

de que a própria não apresentou rendimentos nesse ano, e com base na mesma proceder ao cálculo do abono de família, que seria fixado no valor correspondente ao 1.º escalão de rendimentos.

5. Por esse motivo, foi oficiado ao Instituto da Segurança Social, I.P., para que fossem adoptadas as providências necessárias, não apenas à correcção da actuação do Centro Distrital de Segurança Social de Setúbal relativamente a esta situação concreta, mas também à emissão de uma Orientação Técnica dirigida a todos os centros distritais, com indicação dos procedimentos a cumprir nestes casos, a fim de ficarem devidamente acautelados os interesses em causa.

6. Na sequência desta intervenção, o Instituto da Segurança Social, I.P. acatou as sugestões formuladas por este órgão do Estado, tendo sido informado, no seu ofício de resposta, que a situação da reclamante já se encontrava regularizada e que, em breve, iria ser emitida uma Orientação Técnica contemplando os procedimentos adequados de actuação dos centros distritais sobre esta matéria, à luz do preceituado no Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de Agosto.

7. Com base nesta informação o processo foi arquivado e, posteriormente, foi dado conhecimento a este órgão do Estado da referida Orientação Técnica, emitida pelo Conselho Directivo do Instituto da Segurança Social, I.P. em 09.11.2005, com o n.º 31/05.

R-5253/04

Assessora: Margarida Santerre

Assunto: Cobrança de contribuições sociais em falta.

Objecto: Aplicação do prazo prescricional de 5 anos, instituído pela Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto (art. 63.º) e mantido pela Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro (artigo 49.º), em conjugação com o disposto no artigo 297.º, n.º 1 do Código Civil.

Decisão: Suprimento oficioso das contribuições em falta.

Síntese:

1. O reclamante, surdo-mudo de nascença, queixou-se a este órgão do Estado da actuação do Departamento de Fiscalização do Algarve do Instituto da Segurança Social, IP no processo em que figurava como denunciante de dois contribuintes faltosos para os quais havia prestado actividade laboral.

2. Em causa estava o período entre Janeiro de 1998 e 31 de Dezembro de 2001, em que trabalhou para a empresa de um irmão e o período entre 1984 e 1997, em que trabalhou para uma empresa do seu próprio pai.

3. Relativamente ao primeiro daqueles lapsos de tempo, o mencionado Departamento determinou que fosse suprida, oficiosamente, pelos competentes Serviços do Centro Distrital de Segurança Social de Faro a omissão do respectivo contribuinte.

4. No que respeita ao segundo daqueles períodos, o Departamento entendeu estarem prescritas as dívidas de contribuições, concluindo pela impossibilidade de interpelar o respectivo contribuinte e de promover a regularização, ainda que de modo oficioso, daquelas contribuições em falta.

5. Discordando da apreciação levada a cabo pelo Departamento de Fiscalização do Algarve, o Provedor de Justiça interveio junto do mesmo, evidenciando que da aplicação do novo prazo prescricional de 5 anos, instituído pela Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto (artigo 63.º) e mantido pela Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro (artigo 49.º), em conjugação com o disposto no artigo 297.º, n.º 1 do Código Civil, resulta que as obrigações contributivas relativas aos anos de 1995, 1996 e 1997 só prescreveriam no presente ano de 2005. Mais assinalou que também as contribuições relativas aos anos de 1993 e 1994 poderiam ainda ser cobradas, tendo em conta que ocorrera o envio ao denunciado, em 7.08.2003, de uma notificação, que conduziria à interrupção do prazo prescricional, nos termos do artigo 49.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2002.

6. Em resposta, o Departamento visado reconheceu o erro praticado na aplicação do regime da prescrição e determinou o suprimento oficioso das contribuições em falta relativas ao segundo período denunciado.

R-134/05

Assessora: Fátima Monteiro Martins

Assunto: Pagamento retroactivo de contribuições para a segurança social, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 380/89, de 27 de Outubro.

Objecto: Decisão do Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa de indeferimento do pedido de devolução das vinte e cinco prestações já pagas pelo reclamante.

Decisão: O Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa revogou o seu despacho de indeferimento e atendeu o pedido de restituição das contribuições, acatando a posição da Provedoria de Justiça sobre a questão.

Síntese:

1. Em 1994 foi autorizado ao reclamante, por parte do Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa, o pagamento retroactivo de contribuições ao abrigo do Decreto-Lei n.º 380/89, de 27 de Outubro, em sessenta prestações das quais apenas vinte e cinco foram liquidadas.

2. Em 2004, já após ter caducado o seu direito à retroacção e o processo ter sido arquivado, o reclamante requereu o reembolso do valor correspondente às vinte e cinco prestações pagas, tendo esse pedido sido objecto de indeferimento pelo referido Centro Distrital por ter já decorrido mais de um ano desde a data do pagamento da última prestação liquidada, com base no disposto no artigo 129.º do Decreto n.º 45266, de 23 de Setembro de 1963.

3. Após a análise da questão, este órgão do Estado verificou que assistia direito ao reclamante ao reembolso das contribuições que requereu, uma vez que no artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 380/89, de 27 de Outubro, é estabelecido que *“nos casos de desistência do pagamento de prestações devem as instituições de segurança social, mediante requerimento, devolver as quantias correspondentes às contribuições já pagas e proceder à anulação do respectivo registo”*, sem prever qualquer prazo para o efeito, e, por sua vez, no artigo 16.º, n.º 3 do Decreto Regulamentar n.º 37/90, de 27 de Novembro, que regulamentou o anterior diploma, se equipara aos casos de desistência, a situação de falta de pagamento integral das prestações no período acordado.

4. Por outro lado, o artigo 129.º do Decreto n.º 45266, de 23 de Setembro de 1963, invocado como fundamento para o indeferimento, não respeita a situações como a do reclamante, uma vez que estabelece o prazo de um ano apenas para o requerimento da restituição de contribuições indevidamente pagas (artigo 128.º) ou de contribuições devidamente pagas mas nos casos previstos no artigo 127.º do mesmo diploma, que não abrangem as do Decreto-Lei n.º 380/89, de 27 de Outubro.

5. Invocados estes argumentos junto do Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa, e solicitada a reapreciação do requerimento do reclamante à luz dos mesmos, foi consequentemente decidido revogar o despacho de indeferimento e proceder à restituição do valor das contribuições correspondentes às vinte e cinco prestações pagas, assim sendo acatada a posição defendida pela Provedoria de Justiça.

R-320/05

Assessora: Rita Cruz

Assunto: Regulamento de Incentivos à Prestação do Serviço Militar (Decreto-Lei n.º 320-A/2000, de 15.12 com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 118/2004, de 21.05).

Objecto: Atrasos no processamento e pagamento das prestações familiares (abono de família), dos subsídios por maternidade e paternidade e dos subsídios para estudos superiores.

Decisão: Situação parcialmente regularizada. Procedimentos em curso com vista à total regularização, durante o primeiro trimestre de 2006, de todos os atrasos existentes.

Síntese:

1. O Decreto-Lei n.º 320-A/2000, de 15.12, aprovou o Regulamento de Incentivos à Prestação do Serviço Militar nos Regimes de Contrato (RC) e de Voluntariado (RV), visando constituir um instrumento essencial à satisfação das necessidades de pessoal no sector, no âmbito de uma nova política de recrutamento de efectivos militares.

2. Com a publicação do Decreto-Lei n.º 118/2004, de 21.05, foram introduzidas algumas alterações àquele Regulamento, nomeadamente no âmbito da protecção familiar (abono de família), da protecção à maternidade e paternidade, e no que concerne às condições e requisitos de acesso ao subsídio para estudos superiores.

3. A existência de significativos atrasos no processamento e pagamento das prestações familiares (abono de família), dos subsídios de materni-

dade e paternidade e, bem assim, dos subsídios para estudos superiores motivou a apresentação de várias queixas junto do Provedor de Justiça.

4. Nesse sentido, em Junho de 2005, foram solicitados esclarecimentos ao Ministério da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar e ao Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social.

5. Em resposta, a Secretaria de Estado da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar, veio informar que o atraso no pagamento dos benefícios devidos, se prendia com a ausência de despacho do Ministro da Defesa Nacional, que lhe conferisse a devida cobertura financeira. Foi ainda informado, que se encontravam em curso trabalhos com vista à celebração do Protocolo com o Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, previsto no artigo 53.º, n.º 2 do Regulamento de Incentivos, através do qual deveria ser regulada a troca de informação entre estes dois Ministérios, com vista à necessária atribuição dos benefícios em questão. Esta informação foi igualmente reiterada na resposta remetida pelo Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social.

6. Não obstante os esclarecimentos obtidos, e mantendo-se os atrasos no processamento e pagamento dos benefícios previstos no Regulamento de Incentivos, em Dezembro de 2005, o Provedor de Justiça dirigiu-se novamente ao Ministro da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar bem como ao Ministro do Trabalho e da Solidariedade Social, chamando-lhes a atenção para o facto da situação ainda não se encontrar regularizada.

7. Entendeu o Provedor de Justiça que, atenta a natureza das prestações sociais em causa — prestações familiares (abono de família) subsídios de maternidade e paternidade e dos subsídios para estudos superiores — os atrasos na sua atribuição assumiam particular gravidade, comprometendo a eficácia dos direitos que legalmente são reconhecidos aos beneficiários e confrontando-os com uma injustificada e injusta situação de desprotecção social a queurgia por termo.

8. Em 27.12.05 o Gabinete do Secretário de Estado da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar veio esclarecer já se encontrar ultimado o elenco dos beneficiários do subsídio para estudos superiores e das prestações familiares e respectivos encargos até ao dia 28.12.05. Mais informou que se previa que no primeiro trimestre de 2006 todas as situações ficassem regularizadas.

9. No que concerne às prestações familiares (artigo 39.º, n.º 3 do D.L. 118/2004) mais informou este Ministério que, no âmbito do processo

de elaboração do Protocolo com o Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, competiria ao Ministério da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar, a título excepcional e transitório, o seu processamento até ao final de 2005.

10. Veio-se, então, a apurar que um dos casos concretos submetidos à apreciação deste órgão do Estado, em que a reclamante se queixava do atraso no pagamento da prestação de maternidade, já se encontrava regularizado.

11. Em Janeiro de 2006 o processo mantinha-se em instrução na Provedoria de Justiça com vista ao acompanhamento e regularização dos restantes casos.

R-940/05

Assessora: Fátima Monteiro Martins

Assunto: Concessão de apoio judiciário no âmbito do regime de acesso ao direito e aos tribunais aprovado pela Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho.

Objecto: Atrasos na decisão dos processos e informação veiculada aos requerentes de protecção jurídica nas notificações das decisões de indeferimento.

Decisão: Após a intervenção do Provedor de Justiça, o Instituto da Segurança Social deu instruções aos seus serviços, no sentido da resolução dos processos com respeito pelos prazos legalmente definidos. Mais determinou que as notificações das decisões de indeferimento passassem a conter informação sobre todos os elementos essenciais ao exercício do direito de impugnação. Registou-se, ainda, o compromisso do Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça em realizar os melhores esforços para disponibilizar, com celeridade, a aplicação informática necessária à tramitação dos processos.

Síntese:

1. Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça junto do Centro Distrital de Segurança Social do Porto devido a atrasos verificados na decisão dos processos de concessão de apoio judiciário.

2. Auscultado aquele Centro Distrital, verificou-se que os motivos dos atrasos se prendiam com a falta de recursos humanos e com a falta de uma aplicação informática que permitisse uma adequada e célere tramitação dos processos.

3. Auscultado, posteriormente, o Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça, mais foi apurado que já estava criada uma aplicação informática específica para aquele efeito, destinada à gestão dos procedimentos de pedido e concessão de protecção jurídica nos termos da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, no entanto, ainda não implementada nos serviços, por se encontrar em fase de teste e aperfeiçoamento técnico.

4. Estando em causa os direitos e interesses dos requerentes de protecção jurídica junto do Centro Distrital de Segurança Social do Porto, em resultado dos atrasos na decisão dos seus processos, e verificando-se que a situação poderia estar a repetir-se em outros centros distritais, directa ou indirectamente, motivada pela falta da referida aplicação informática, entendeu o Provedor de Justiça intervir junto do Instituto da Segurança Social, I.P. e do Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça, para que fossem tomadas medidas destinadas a dotar os serviços dos meios técnicos e humanos necessários ao atempado prosseguimento destes processos, bem como para que fossem acelerados os procedimentos de implementação da aplicação informática, para tanto tendo apelado à articulação e colaboração das duas entidades entre si.

5. Junto do Instituto da Segurança Social, I.P. foi ainda colocada uma outra questão, submetida à apreciação do Provedor de Justiça num outro processo mas também relacionada com a matéria da protecção jurídica, que se prendia com a dificuldade que poderia constituir para os requerentes de protecção jurídica que vejam os seus pedidos indeferidos e não concordem com o sentido dessas decisões, o conhecimento de todas as formalidades exigidas pela lei para o exercício do seu direito de impugnação. Foi, assim, solicitada a emissão de orientações aos centros distritais de segurança social para que nos seus ofícios de notificação das decisões de indeferimento dos pedidos de protecção jurídica fossem incluídas informações sobre os procedimentos a adoptar para poder ser requerida a impugnação judicial.

6. Em resposta, o Instituto da Segurança Social, I.P. veio informar ter emitido orientações e instruções para todos os centros distritais a fim de, por um lado, serem cumpridos os prazos de decisão dos pedidos de concessão de apoio judiciário, e por outro lado, ser melhorado o conteúdo das notificações

das decisões de indeferimento desses mesmos pedidos, com a inclusão de todos os elementos essenciais e informações necessárias ao exercício adequado, por parte dos interessados, do seu direito de impugnação, para tanto tendo ainda sido elaborada uma minuta-modelo de ofício.

Foi ainda informado pelo mesmo Instituto estarem a ser desenvolvidos esforços, em conjunto com o Instituto de Informática e Estatística da Segurança Social e o Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça, para uma rápida *entrada em produção* da aplicação informática nos serviços, tendo este último, por sua vez, na sua resposta, apresentado o compromisso de procurar disponibilizar a mesma, com a maior brevidade possível.

7. Tendo-se mostrado acolhidas as sugestões formuladas pelo Provedor de Justiça junto daquelas entidades, foi determinado o arquivamento do processo. Não deixou, no entanto, de se efectuar o acompanhamento da questão, o qual veio a revelar, posteriormente, a necessidade de reabertura do processo e de uma nova intervenção do Provedor de Justiça.

8. Com efeito, uma nova auscultação do Instituto da Segurança Social, I.P. permitiu concluir que, na fase dos testes à referida aplicação informática, foram detectadas deficiências no funcionamento da mesma que impediram a sua disponibilização aos serviços enquanto não fosse efectuada a sua devida e necessária correcção.

9. Por esse motivo, o Provedor de Justiça oficiou novamente aos Institutos em causa, manifestando a sua preocupação relativamente à questão e aos prejuízos que para os beneficiários poderão advir do atraso na implementação da aplicação, e solicitando a prestação dos necessários esclarecimentos sobre as providências previstas adoptar para a resolução do problema, aguardando-se, em Janeiro de 2006, ainda uma resposta aos ofícios enviados.

R-1085/05

Assessora: Helena Lancastre

Assunto: Aplicação do Regulamento da Creche dos Serviços Sociais do Ministério da Justiça.

Objecto: Recusa dos Serviços Sociais do Ministério da Justiça em devolver a mensalidade e taxa de inscrição na creche, por desistência da frequência por parte do filho de um beneficiário.

Decisão: Arquivamento do processo na sequência da emissão de despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Justiça, de 13.10.05, que determinou que nesta matéria, como noutras que se afigure necessário, se proceda com a brevidade que importa às alterações das normas regulamentares da creche dos Serviços Sociais do Ministério da Justiça.

Síntese:

1. O reclamante veio contestar o indeferimento, por parte dos Serviços Sociais do Ministério da Justiça, do seu pedido de devolução dos valores da inscrição e da mensalidade referente ao mês de Dezembro de 2004, em virtude da desistência da frequência da creche daqueles Serviços Sociais por parte do seu filho.

2. Alegou que, após lhe ter sido comunicada, em 21.12.2004, a existência de uma vaga na creche, na sequência da desistência de uma criança, se dirigiu àquela instituição, no dia seguinte, com vista à inscrição do seu filho, tendo-lhe sido exigido, na ocasião, para além da taxa de inscrição, a mensalidade do mês de Dezembro e, ainda, 25% da mensalidade correspondente ao mês de férias (Agosto).

3. Acrescentou ainda que, simultaneamente e uma vez que o seu filho só ia iniciar a frequência da creche no dia 1 de Janeiro de 2005 (considerando a data em que ocorreu a vaga e o período das férias de Natal em curso), apresentou um requerimento a solicitar que a mensalidade paga naquele acto pudesse ser considerada como reportada ao mês de Janeiro seguinte. Porém, sobre este pedido recaiu despacho desfavorável.

4. De acordo com o reclamante, fora a intransigência manifestada através desta decisão dos Serviços Sociais do Ministério da Justiça que o levava a desistir da frequência daquela creche pelo seu filho e, nessa sequência, a solicitar a devolução das quantias inicialmente despendidas.

5. Em resposta, foi comunicada ao reclamante a decisão do respectivo Conselho de Direcção, no sentido de apenas proceder à devolução de 25% da mensalidade do mês de Agosto, mas já não da taxa de inscrição, nem da mensalidade de Dezembro.

6. Analisada a exposição do reclamante, a Provedoria de Justiça comunicou à Presidente do Conselho de Direcção dos Serviços Sociais do

Ministério da Justiça e, mais tarde, ao Secretário de Estado Adjunto e da Justiça a sua posição sobre o assunto, salientado que a situação do filho do reclamante na creche dos Serviços Sociais do Ministério da Justiça tinha de ser enquadrada no âmbito de uma admissão extraordinária, que ocorreu já depois de iniciado o ano lectivo em causa, na sequência de pedido formulado pelo mesmo e após desistência de outra criança.

7. Não estava em causa, no entender da Provedoria de Justiça, a decisão do Conselho Directivo no que toca à não devolução da taxa de inscrição, mas tão só a que respeitava à não devolução da mensalidade do mês de Dezembro.

7.1. Em primeiro lugar, porque o pagamento da mensalidade se destina a suportar os encargos financeiros decorrentes da contrapartida de um serviço prestado, neste caso, a possibilidade de frequentar a creche dos Serviços Sociais, independentemente da assiduidade da criança, tal como decorre do n.º 4, do artigo 14.º do Regulamento respectivo. Ora, no caso em análise, verificou-se que apenas foi comunicada ao reclamante a existência de uma vaga em 21.12.2004, ou seja, num momento em que já era previsível, por razões óbvias (férias do Natal em curso) e exteriores à vontade do próprio, que o filho do reclamante não viesse a frequentar a creche no decurso desse mesmo mês. Vale isto para dizer que, não sendo possível a prestação de qualquer serviço ao filho do reclamante no mês de Dezembro, não se vislumbrava a que título teria o mesmo de suportar a mensalidade em causa.

7.2. Em segundo lugar, porque, tendo a desistência da criança que deu origem à vaga facultada ao reclamante ocorrido no decurso já adiantado do mês de Dezembro, é de presumir que os encarregados de educação daquela criança tenham suportado os encargos correspondentes a esta mensalidade, razão pela qual, a ter sido efectivamente assim, não fazia qualquer sentido cobrar duas vezes a mensalidade referente à mesma vaga.

7.3. Em terceiro lugar, porque a cobrança daquela mensalidade não fora feita de harmonia com o disposto no n.º 2, do artigo 14.º do Regulamento dos Serviços Sociais, nos termos do qual *“as mensalidades deverão ser pagas de 1 a 5 do mês seguinte àquele a que respeitam”*, ou seja, depois de prestado o serviço que se destinam a custear. Muito embora a prática actualmente em curso e as orientações de funcionamento internas sejam no sentido de fazer coincidir o mês do pagamento da mensalidade com o do serviço prestado, a verdade é que as mesmas, em bom rigor, não se sobrepõem ao disposto no

Regulamento da Creche dos Serviços Sociais, aprovado pelo Despacho Normativo n.º 38/2001, de 10 de Outubro.

7.4. Por último e considerando a argumentação avançada na mensagem de correio electrónico que foi dirigida ao reclamante por aqueles Serviços, no sentido de que *“de outro modo estaríamos a tratar de forma diferente outros beneficiários que, não obstante terem filhos que irão frequentar a creche durante o 1.º trimestre de 2005, suportam os encargos inerentes à reserva das vagas a partir do momento em que o fizeram”*, ficavam por conhecer os fundamentos de facto e de direito que justificam este procedimento, sobretudo tendo em conta a natureza do fim a que se destina a creche, bem assim como a existência de lista de espera por parte de pessoas que carecem, de imediato, da prestação do serviço em causa.

8. Em resposta, o Secretário de Estado Adjunto e da Justiça, por despacho de 13.10.05 e atendendo à posição defendida pela Provedoria de Justiça, determinou que nesta matéria, como noutras que se afigure necessário, se proceda com a brevidade que importa às alterações das normas regulamentares da creche dos Serviços Sociais do Ministério da Justiça, procedendo-se, nomeadamente, ao ajustamento daquelas que respeitem a matérias de justiça equitativa, como sejam as relacionadas com o pagamento de quantias devidas com a admissão e saída de crianças em data não coincidente com o início do mês. Mais determinou que a referida revisão integrasse uma norma retroactiva que permitisse corrigir a situações, como a do reclamante, que emergiam do Regulamento em vigor.

R-1209/05

Assessora: Rita Cruz

Assunto: Prazo para apresentação do requerimento com vista à atribuição de prestações de desemprego, nas situações de incapacidade por doença.

Objecto: ndeferimento do pedido de atribuição de prestações de desemprego por apresentação extemporânea do mesmo.

Decisão: Deferimento do pedido de atribuição de prestações de desemprego.

Síntese:

1. A reclamante dirigiu-se ao Provedor de Justiça contestando o indeferimento do seu pedido de atribuição de prestações de desemprego com fundamento na sua apresentação extemporânea.

2. Encontrando-se em situação de incapacidade para o trabalho, motivada por um doença grave do foro oncológico, a reclamante não fez accionar o mecanismo legal previsto no artigo 63.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril, que lhe permitiria ter suspenso o prazo para requerer a atribuição das prestações de desemprego.

3. Ao submeter-se em 26.10.01 a uma junta médica na Sub-Região de Saúde do Porto, para efeitos de atribuição de um Atestado Médico de Incapacidade Multiusos, de acordo com o disposto no Decreto-Lei n.º 341/93 de 30 de Setembro, suscitou-se na reclamante a convicção de que não necessitaria de se submeter a outra junta médica.

4. Assim, ao ser submetida em 13.12.2002 — oficiosamente — a nova junta médica, em sede de verificação de incapacidade temporária, já havia decorrido o prazo de 90 dias previsto para apresentação do pedido de atribuição de prestações de desemprego previsto no artigo 61.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril.

5. Considerando a complexidade social e humana do caso em apreço e invocando o critério de justiça a que, em primeiro lugar, deve obedecer a actuação do Provedor de Justiça, bem como a evidente boa fé na actuação da parte da reclamante, este órgão do Estado solicitou ao Centro Distrital de Segurança Social do Porto a reapreciação do caso.

6. Em consequência e com base no disposto nos artigos 6.º e 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo, foi decidido deferir o requerimento de subsídio de desemprego apresentado pela beneficiária.

R-1310/05

Assessora: Helena Lancastre

Assunto: Princípio da não acumulação de prestações de doença e de desemprego com pensões destinadas a compensar a perda da retribuição.

Objecto: Intervenção da Provedoria de Justiça junto da, então, Direcção-Geral da Segurança Social, no sentido de ser conferido àquele

princípio um entendimento mitigado, por forma a assegurar uma protecção mais efectiva aos beneficiários.

Decisão: Arquivamento do processo em virtude da publicação do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de Fevereiro, que aprovou o novo regime da protecção social na doença e que introduziu algumas alterações no sentido proposto.

Síntese:

1. O reclamante, antigo funcionário da ex-Administração Pública Ultramarina que não ingressou no Quadro Geral de Adidos e que, por essa razão, adquiriu a qualidade de pensionista, ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 362/78, de 28 de Novembro, veio contestar a suspensão do subsídio de doença que lhe havia sido inicialmente atribuído.

2. À data em que foi atribuído ao reclamante o subsídio de doença encontrava-se em vigor o artigo 7.º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 132/88, de 20 de Abril, nos termos do qual não era reconhecido o direito ao subsídio de doença, em razão da concorrência da cobertura de riscos, aos beneficiários que sendo pensionistas de invalidez ou de velhice exercessem actividade profissional, pelo que tal atribuição foi, de facto, indevida. No mesmo sentido dispunha o artigo do 25.º do supra referido diploma legal, de acordo com o qual, o subsídio de doença não era acumulável com outras prestações compensatórias da perda de remuneração.

3. Subjacente a este princípio da não acumulação estava a necessidade de *evitar a duplicação de protecção social pelo mesmo facto* — perda dos rendimentos de trabalho —, sob pena, nomeadamente, de insustentabilidade do sistema de segurança social.

4. No entanto, reconheceu-se que existiriam situações em que a salvaguarda daquele objectivo poderia afigurar-se injustamente lesiva dos interesses dos beneficiários. Seria este o caso, nomeadamente, quando as pensões que estivessem a receber fossem de valor tão reduzido que não permitissem a subsistência condigna do seu destinatário.

5. Atentas estas situações, a Provedoria de Justiça teve ocasião de veicular à Direcção-Geral da Segurança Social, em reunião convocada para o efeito, o seu entendimento de que o princípio da não acumulação deveria ser *mitigado*, por forma a assegurar uma protecção mais efectiva dos beneficiários.

6. A esse propósito, a Direcção-Geral da Segurança Social manifestou disponibilidade para equacionar a questão, no âmbito do processo de reformulação legislativa, então em curso, sendo certo que qualquer alteração legislativa que viesse a ser consagrada, teria aplicação apenas para situações futuras.

7. Sucede, porém, que o novo diploma que veio regular a protecção social na doença e que operou a revogação do regime anterior — o Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de Fevereiro — introduziu algumas alterações nesse sentido, mas insuficientes ainda para solucionar, só por si, a problemática em análise.

8. Na verdade, continuou a afirmar-se o princípio geral da não acumulação do subsídio de doença com outras prestações compensatórias da perda da remuneração de trabalho, exceptuando-se, contudo, o caso das pensões concedidas no âmbito da protecção por acidente de trabalho e doença profissional *e com outras pensões a que seja reconhecida natureza indemnizatória* (cfr. n.º 2, do artigo 27.º deste diploma) ¹⁴⁶.

9. Nesse contexto, para que a situação apresentada pelo reclamante pudesse ser enquadrada naquele dispositivo legal, seria necessário que a Caixa Geral de Aposentações (CGA) qualificasse a pensão que lhe foi atribuída como sendo de natureza indemnizatória, o que, de facto, não tem acontecido ¹⁴⁷.

10. Importa, contudo, ter presente que, de acordo com o estabelecido no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 199/99, de 8 de Junho, os pensionistas em actividade beneficiam de taxas contributivas mais favoráveis.

¹⁴⁶ De acordo com a informação que nos foi veiculada pela Direcção-Geral da Segurança Social, prevê-se que as alterações a introduzir no regime do desemprego quanto a esta matéria vão no mesmo sentido.

¹⁴⁷ A posição da CGA, no que toca à qualificação das pensões concedidas ao abrigo do Decreto-Lei n.º 362/78, de 28 de Novembro, já não é nova e esta entidade têm-se mostrado intransigente na sua sustentação. Com efeito, no âmbito de inúmeros processos que correram termos na Provedoria de Justiça a propósito quer da atribuição destas pensões, quer da acumulação de pensões no contexto do regime previdencial público, sempre a Caixa defendeu estarmos perante pensões de aposentação em sentido próprio, muito embora reconheça que a sua atribuição resultou de uma medida de carácter excepcional que teve por objectivo acudir a situações de carência decorrentes da descolonização.

11. Em concreto, determina aquele preceito que a taxa contributiva relativa aos pensionistas de invalidez que, cumulativamente, exerçam actividade é de 26,50%, ficando 18,20% a cargo da entidade empregadora e 8,30% a cargo do trabalhador. Paralelamente, a taxa contributiva relativa aos pensionistas de velhice que se encontrem em idênticas circunstâncias é de 23,10%, ficando 15,30% a cargo da entidade empregadora e 7,80% a cargo do trabalhador.

12. Em face do exposto, foram consideradas esgotadas as possibilidades de intervenção da Provedoria de Justiça sobre a matéria, tendo sido determinado o arquivamento do processo e enviado ofício de elucidação ao reclamante.

R-1966/05

Assessora: Rita Cruz

Assunto: Subsídio de desemprego.

Objecto: Indeferimento do pedido de atribuição de prestações de desemprego com fundamento na inexistência de uma situação de desemprego involuntário.

Decisão: Deferimento do pedido de subsídio de desemprego.

Síntese:

1. No dia 03.01.05 o reclamante foi despedido tendo-lhe sido entregue pela ex-entidade empregadora o modelo 346, que indicava o dia 31.12.2004 como data da cessação do trabalho e, como fundamento do despedimento a *“inadaptação às funções do posto de trabalho em consequência da redução continuada de produtividade e da qualidade das tarefas que estavam à sua responsabilidade.”*

2. Em 14.01.2005 o reclamante deu início ao processo com vista à atribuição das prestações de desemprego, inscrevendo-se no Centro de Emprego da sua área de residência e apresentando no Serviço Local de Almada o requerimento para a atribuição das prestações de desemprego.

3. Em 25.01.2005, através de mandatário judicial, o reclamante dirigiu-se à sua ex-entidade empregadora exigindo o pagamento de uma indemnização.

4. Através de carta datada de 26.01.2005, a referida empresa informou o reclamante de que pretendia “*reparar a situação*”, propondo-lhe a sua readmissão, proposta que o mesmo recusou de imediato.

5. Em simultâneo, aquela entidade dirigiu uma carta ao Centro Distrital de Segurança Social de Setúbal informando que havia sido “*anulado o despedimento*”.

6. Por carta registada e datada de 01.02.2005, o reclamante comunicou igualmente aos serviços de segurança social a sua decisão de não aceitar qualquer reintegração.

7. Por despacho datado de 18.02.2005 o CDSS de Setúbal comunicou ao reclamante que o seu requerimento de atribuição de prestações de desemprego (apresentado em 14.01.2005) havia sido anulado uma vez que “*foi readmitido na firma conforme carta datada de 02.02.2005*”.

8. Em 04.04.05, o reclamante propôs uma acção declarativa de impugnação do despedimento junto do Tribunal de Trabalho de Setúbal.

9. Considerando que a actuação da entidade patronal fora pouco clara e transparente e que inclusivamente teria induzido em erro o CDSS de Setúbal, o Provedor de Justiça suscitou a reanálise do processo.

10. Com efeito, o contrato de trabalho havia cessado, efectivamente, em 31.12.2004, o que, aliás, resultava clara e expressamente declarado no modelo n.º 346 assinado e entregue pela entidade empregadora em 07.01.2005.

11. Configurando, desta forma, o fundamento invocado pela entidade empregadora para a cessação do contrato de trabalho uma situação de “*desemprego involuntário*”, o reclamante teria direito, uma vez verificados os outros requisitos legalmente previstos — *maxime*, o prazo de garantia —, a aceder às prestações de desemprego.

12. Em face dos factos descritos, concluiu a Provedoria de Justiça, com segurança, que a proposta apresentada pela entidade empregadora ao reclamante em 26.01.2005 deveria ser entendida como um pedido de reintegração, já que o contrato de trabalho anterior, por expressa declaração unilateral da entidade empregadora, havia cessado em 31.12.2004.

13. Neste contexto não fazia sentido que a actuação posterior da empresa pudesse ser entendida como uma “*readmissão*” ou como uma “*oferta de emprego conveniente*”. Em primeiro lugar, porque era uma declaração unilateral e a “*readmissão*” (tal como a admissão) pressupõe o encontro de duas vontades (entidade patronal e trabalhador) que enformem a relação jus-labo-

ral (contrato de trabalho), o que manifestamente não se verificou no caso em apreço. Em segundo lugar, porque não era uma “*oferta de emprego conveniente*”, pois, por uma questão de simples razoabilidade e de bom senso, se deduzia que a ser oferta de emprego ela seria totalmente inconveniente e despropositada, pelo que a recusa por parte do reclamante sempre seria justificada e não integraria uma situação de desemprego voluntário.

14. A proposta apresentada em 26.01.2005 pela entidade empregadora, após a cessação do contrato de trabalho, visava, bem entendido, sanar uma irregularidade só a ela verdadeiramente imputável, não sendo exigível que o reclamante a aceitasse.

15. A este propósito, mais se invocou o disposto no artigo 438.º, n.º 1, do Código do Trabalho (Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto) em que é reconhecido o direito ao trabalhador despedido de *optar* pela reintegração ou por uma indemnização.

16. O reclamante optou pela indemnização, tendo intentado junto do Tribunal do Trabalho de Setúbal a acção declarativa de impugnação do despedimento.

17. Auscultado o Instituto da Segurança Social, ISS, I.P, foi acatada a argumentação da Provedoria de Justiça e deferidas as prestações de desemprego ao reclamante.

R-2688/05

Assessora: Rita Cruz

Assunto: Subsídio de desemprego.

Objecto: Indeferimento do pedido de atribuição de prestações de desemprego com fundamento na inexistência de uma situação de desemprego involuntário.

Decisão: Decisão de deferir o pedido de atribuição de prestações de desemprego com fundamento na argumentação defendida pela Provedoria de Justiça.

Síntese:

1. A reclamante dirigiu-se à Provedoria de Justiça contestando o indeferimento do seu requerimento de subsídio de desemprego com funda-

mento no disposto no artigo 7.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14.04., nomeadamente, por ter recusado de forma injustificada a continuação ao serviço, seguida de ausência sem qualquer justificação.

2. Com efeito, em 31.12.2003, a entidade empregadora comunicou à reclamante, por escrito, a rescisão do seu contrato. Mais tarde, e considerando que a reclamante possuía um vínculo contratual definitivo, a entidade empregadora deu sem efeito a rescisão, classificando-a como um *“lapso administrativo”*.

3. A reclamante não mais compareceu ao serviço tendo recorrido ao, então, Instituto para o Desenvolvimento e Inspeção das Condições de Trabalho (IDICT) para obter o modelo 346 e posteriormente ao Tribunal do Trabalho para contraditar o despedimento com justa causa alegado pela entidade patronal.

4. O processo judicial terminou por acordo entre as partes, tendo o Tribunal fixado uma indemnização a pagar pela entidade patronal à reclamante.

5. O CDSS de Leiria entendeu que, por força deste acordo, a reclamante não havia preenchido um dos requisitos essenciais para aceder às prestações de desemprego: inexistência total e involuntária de emprego (cfr. artigo 6.º n.º 1 do D.L. 119/99, de 14.04).

6. A Provedoria de Justiça suscitou junto daquele Centro Distrital a reanálise deste processo invocando, nomeadamente o disposto na Orientação Técnica n.º 9 de 19.07.2001 emitida pela, então, Direcção-Geral da Solidariedade e Segurança Social do Ministério do Trabalho.

7. Com efeito, estipula esta Orientação Técnica que: *“A opção pela indemnização por parte do trabalhador, em sede de declaração judicial da ilicitude do despedimento, deve ser considerada como rescisão com justa causa por iniciativa do trabalhador, subsumível no teor da alínea c) do n.º 1 do artigo 7.º, do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14.04.”*

8.. Mais reconheceu o CDSS de Leiria, conforme argumentado pela Provedoria de Justiça, que a rescisão do contrato de trabalho havia sido juridicamente eficaz, apesar de ilegal, e que a intenção de reintegrar a trabalhadora deveria ser considerada como uma mera proposta negocial que dependeria da aceitação por ambas as partes, o que não veio a suceder. Por outro lado, reconheceu ainda aquele Centro Distrital que a opção pela indemnização era um direito da reclamante que não deveria afectar a caracterização da relação laboral como desemprego involuntário.

9. Com fundamento na argumentação da Provedoria de Justiça foi revogado o acto administrativo de indeferimento do pedido de atribuição de subsídio de desemprego e proferido novo acto de deferimento desse pedido.

Assunto: Prestações de desemprego ao abrigo do Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho, de 14 de Junho de 1971.

Objecto: Legislação aplicável à atribuição de prestações de desemprego a trabalhadores assalariados em situação de desemprego completo que, no decurso do último emprego, residem num Estado-membro que não o competente e a ele regressam.

Decisão: Foi determinado o arquivamento do processo na Provedoria de Justiça por falta de fundamento da pretensão do reclamante, uma vez que o mesmo não cumpriu os prazos, nem preencheu os requisitos necessários para ter acesso às prestações de desemprego, nos termos da legislação que lhe era aplicável, a portuguesa.

Síntese:

1. O reclamante, de nacionalidade alemã, solicitou a intervenção deste órgão do Estado por pretender aceder a prestações de desemprego e lhe ter sido informado, por parte dos serviços de segurança social portugueses que contactou, não ter já acesso às mesmas.

2. Solicitada a intervenção deste órgão do Estado, foi feito o estudo e análise da situação do reclamante, à luz da legislação que lhe é aplicável, tendo sido concluído que ao mesmo não assistia, efectivamente, direito a receber quaisquer prestações de desemprego, por ter já decorrido o prazo para a apresentação do requerimento e não estarem preenchidos os requisitos para esse efeito.

3. O reclamante havia trabalhado para uma empresa com sede em França mas prestado a sua actividade fora deste país e mantido a sua residência em Portugal, tendo efectuado as suas contribuições, no âmbito dos diversos contratos de trabalho a termo certo que celebrou, para a segurança social francesa por força da aplicação do critério subsidiário de determinação do Estado-membro competente para esse efeito, estabelecido no Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho, de 14 de Junho de 1971.

4. Após a cessação do seu último contrato de trabalho, por caducidade, o reclamante regressou a Portugal, razão pela qual à sua situação de desemprego, para efeitos de protecção no âmbito da segurança social, era aplicável não a legislação francesa mas sim a portuguesa, de acordo com o artigo 71.º do mesmo Regulamento.

5. O reclamante não preencheu, no entanto, todos os requisitos e condições exigidos pelos diplomas em vigor na ordem jurídica portuguesa para a concessão das prestações de desemprego (Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril e Decreto-Lei n.º 84/2003, de 24 de Abril), designadamente a atempada inscrição no Centro de Emprego competente, para comprovar a sua disponibilidade para o emprego, e a apresentação do requerimento de atribuição das prestações de desemprego, em cumprimento do prazo de 90 dias consecutivos contados desde a data do desemprego.

6. Na verdade, dentro desse prazo de 90 dias o reclamante apenas havia contactado a instituição de segurança social francesa, mas sem que da mesma tivesse sido remetido, aos serviços de segurança social portugueses, qualquer requerimento de concessão de prestações de desemprego.

7. O reclamante foi, assim, devidamente esclarecido de que não lhe assistia o direito de acesso às prestações de desemprego em Portugal por falta de cumprimento das condições legalmente exigidas para esse fim, e de que no âmbito de intervenção do Provedor de Justiça não cabia a competência para intervir junto das instituições francesas, por ultrapassar a jurisdição nacional a que se encontra circunscrito, tendo o seu processo, subsequentemente, sido arquivado neste órgão do Estado, por falta de fundamento da pretensão.

R-1721/01

Assessora: Luísa Falcão de Campos

Assunto: Situação dos aposentados que ficaram excluídos da actualização extraordinária de pensões, prevista no art. 7.º da Lei n.º 30-C/2000, de 29/12.

Objecto: Entendimento defendido pela Direcção-Geral da Administração Pública, segundo o qual o art. 7.º da Lei n.º 30-C/2000, de 29/12,

só é aplicável aos funcionários que, cumulativamente, à data da aposentação, estivessem abrangidos pelo regime geral ou regimes especiais da funções pública e a cujos serviços e respectivo pessoal tivesse passado, a partir de 01/10/89, a aplicar-se o Novo Sistema Retributivo (NSR) introduzido pelo Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16/10.

Decisão: Após o estudo da questão, foi efectuada uma especial chamada de atenção ao Ministro das Finanças com vista à aplicação do referido art. 7.º da Lei n.º 30-C/2000, de 29/12:

- a) às pensões dos funcionários dos CTT aposentados antes de 1 de Janeiro de 1972, aplicando-se para o efeito a Portaria relativa às categorias extintas (*Portaria n.º 143/2003, de 13/02*);
- b) às pensões dos funcionários das antigas Administrações-Gerais dos Portos de Lisboa e do Douro e Leixões, aposentados até à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 101/88, de 26 de Março, devendo seguir-se, para aqueles efeitos, a categoria correspondente do activo, nos casos das categorias do regime geral ou, por aplicação do regime constante do n.º 2 do art. 7.º da Lei n.º 30-C/2000, de 29/12, para as categorias específicas das administrações portuárias;
- c) às pensões dos funcionários da ex-Emissora Nacional aposentados antes da data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 418/76, de 27 de Maio.

Síntese:

1. Nos últimos anos foram sendo recebidas, na Provedoria de Justiça, numerosas queixas de aposentados relativas à não aplicação aos mesmos da actualização extraordinária de pensões prevista no art. 7.º da Lei n.º 30-C/2000, de 29/12 (Lei do Orçamento do Estado para 2001).

2. Tais queixas provieram, inicialmente, dos aposentados dos CTT e da Portugal Telecom (ex-CTT-TLP) e, posteriormente, de aposentados de

muitas outras entidades, nomeadamente, da ex-Emissora Nacional, das Oficinas Gerais de Material Aeronáutico (OGMA), da Imprensa Nacional — Casa da Moeda, do Arsenal do Alfeite, da Administração-Geral do Porto de Lisboa, da Administração dos Portos do Douro e Leixões, da Fábrica Militar do Braço de Prata, da Junta Autónoma do Porto de Aveiro e das Oficinas Gerais de Farmamento e Equipamento do Ministério da Defesa.

3. No âmbito da instrução do processo, foi auscultada a Direcção-Geral da Administração Pública (*DGAP*) sobre o assunto, tendo-se apurado que a mesma entendia que o referido art. 7.º do mencionado diploma legal só era aplicável aos funcionários que, cumulativamente, à data da aposentação estivessem abrangidos pelo regime geral ou regimes especiais da funções pública e a cujos serviços e respectivo pessoal tivesse passado, a partir de 01/10/89, a aplicar-se o Novo Sistema Retributivo (*NSR*) introduzido pelo Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16/10.

4. Com efeito, considerava a referida Direcção-Geral que a actualização em causa tinha por objectivo compensar os funcionários e agentes (*subscritores da CGA*) que se aposentaram antes de 1 de Outubro de 1989 e que, por essa razão, não beneficiaram do Novo Sistema Retributivo.

5. De acordo com a *DGAP*, os aposentados em questão sempre tiveram regimes remuneratórios próprios ou pelo menos, em dada altura, passaram a ter regimes remuneratórios equiparados ao sector privado, pela passagem dos referidos organismos a institutos públicos ou a empresas públicas sujeitas ao contrato individual do trabalho, pelo que, embora o seu pessoal mantivesse a qualidade de funcionário público, não foi abrangido pelo aludido *NSR*. Por essa razão, entendia a *DGAP* que o âmbito de aplicação do art. 7.º da Lei n.º 30-C/2000, de 29/12, não abrangeria os mencionados aposentados.

6. Tal posição foi subscrita pelo, então, Secretário de Estado da Administração Pública e da Modernização Administrativa.

7. Não obstante, por se afigurar que poderia assistir razão a estes reclamantes, em virtude de se entender que tais exigências se mostravam excessivas no que toca aos pensionistas da *CGA* que se aposentaram com o estatuto de funcionários públicos, foi efectuado um estudo aprofundado desta questão e o levantamento, caso a caso, das situações apresentadas (*estavam em causa 533 queixas apresentadas neste órgão do Estado*).

8. Do referido estudo resultou um parecer no qual se concluiu que deveriam ser alvo da actualização extraordinária determinada pelo art. 7.º da Lei n.º 30-C/2000, de 29/12, as seguintes pensões:

- a) as pensões dos funcionários dos CTT aposentados antes de 1 de Janeiro de 1972, ao abrigo do disposto no art. 7.º da Lei n.º 30-C/2000, de 29 de Dezembro, aplicando-se para o efeito a Portaria relativa às categorias extintas (*Portaria n.º 143/2003, de 13/02*);
- b) as pensões dos funcionários das antigas Administrações Gerais dos Portos de Lisboa e do Douro e Leixões, aposentados até à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 101/88, de 26 de Março, devendo seguir-se, para aqueles efeitos, a categoria correspondente do activo, nos casos das categorias do regime geral ou, por aplicação do regime constante do n.º 2 do art. 7.º da Lei n.º 30-C/2000, de 29/12, para as categorias específicas das administrações portuárias;
- c) as pensões dos funcionários da ex-Emissora Nacional aposentados antes da data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 418/76, de 27 de Maio.

9. Foi então, efectuada uma especial chamada de atenção a Sua Excelência o Ministro do Estado e das Finanças (*em 21/12/05*) no sentido de acolher esta sugestão, ressaltando que os encargos financeiros acrescidos, que resultariam de tal acolhimento, seriam reduzidos, uma vez que se tratava de um número restrito de aposentados.

10. Em Janeiro de 2006, aguardava-se a resposta do referido membro do Governo.

R-2956/01

Assessora: Rita Cruz

Assunto: Condições de acesso à pensão de velhice antecipada pelos desempregados de longa duração.

Objecto: Indeferimento do pedido de atribuição da pensão de velhice antecipada por não preenchimento dos requisitos legais consagrados no artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril.

Decisão: Arquivamento do processo, por parte do Provedor de Justiça, por falta de fundamento.

Síntese:

1. A reclamante dirigiu-se ao Provedor de Justiça invocando a sua situação de desemprego de longa duração (cerca de 12 anos) e reivindicando o direito de aceder à pensão antecipada de velhice.

2. Analisada a exposição da reclamante, confirmou-se que a mesma não preenchia os requisitos legalmente estabelecidos no artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril, que lhe permitiriam o acesso à pensão antecipada de velhice.

3. Com efeito, dispõe o artigo 44.º do supra referido diploma legal que os beneficiários que se encontrem em situação de desemprego de longa duração, devidamente comprovada, e após esgotado o período de concessão dos subsídios de desemprego ou social de desemprego, podem antecipar para os 60 anos a idade de acesso à pensão de velhice, sem incidência de qualquer factor de redução da pensão, desde que preenchido o prazo legal de garantia e nos casos em que os beneficiários possuam, à data do desemprego, idade igual ou superior a 55 anos (artigo 44, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 326/2000, de 22 de Dezembro). A pensão pode ainda ser antecipada para os 55 anos de idade, mas com incidência de penalizações, tendo por referência, para efeito das reduções, os 60 anos de idade e não os 65 (como previsto no Decreto-Lei n.º 9/99, de 8 de Janeiro).

4. Considerando que no caso concreto a reclamante não tinha — à data do desemprego — idade igual ou superior a 55 anos de idade, o processo foi arquivado junto deste órgão de Estado.

R-4511/03

Assessora: Mónica Duarte Silva

Assunto: Possibilidade de acumular a pensão de invalidez com indemnização por incapacidade temporária absoluta devida a doença profissional.

Objecto: Recusa do Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa e do Centro Nacional de Protecção Contra os Riscos Profissionais (CNPCRP) de procederem ao pagamento da indemnização por incapacidade temporária absoluta a um beneficiário, pensionista de invalidez, a quem havia sido passado, pela respectiva médica de família, um certificado de incapacidade temporária com indicação de se tratar de doença profissional.

Decisão: Após intervenção da Provedoria de Justiça foi devidamente ultrapassada a questão tendo sido reconhecido ao trabalhador o direito de receber a indemnização por incapacidade temporária absoluta determinada por doença profissional presumida, durante o tempo que mediou entre a data da baixa com indicação de doença profissional presumida e a data da decisão do CNPCRP de não certificar a doença como profissional. Com vista à uniformização de procedimentos por parte dos diferentes Centros Distritais de Segurança Social, o Conselho Directivo do ISS,I.P. acolheu a sugestão da Provedoria de Justiça, emitindo para o efeito a Orientação Técnica n.º 01/05

Síntese:

1. O reclamante queixou-se à Provedoria de Justiça do facto de tendo-lhe sido passado, pela médica de família, um certificado de incapacidade temporária para o trabalho com indicação de doença profissional, lhe ter sido negado pelo CDSS de Lisboa o subsídio de doença, alegando que a este não tinha direito por ser pensionista de invalidez.

2. Analisada a questão verificou-se que, sendo pensionista de invalidez, não tinha, efectivamente, direito ao subsídio de doença, por força do art. 7.º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 132/88, de 20/04 ¹⁴⁸.

3. Não obstante, estando em causa — como estava — uma incapacidade temporária absoluta para o trabalho determinada por uma presumida doença profissional, teria o mesmo direito a ser indemnizado relativamente ao tempo de incapacidade que mediara entre a data em que a sua médica de

¹⁴⁸ A que corresponde o actual art. 6.º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 04/02.

família indicou que a doença de que padecia era uma doença profissional (presumida) — 14.07.2003 — e a data em que o Centro Nacional de Protecção Contra os Riscos Profissionais (CNPCRP) emitiu a decisão de não certificar a doença como profissional (28.04.2004).

4. Com efeito, entendeu este órgão do Estado, que a indemnização devida por doença profissional não se confunde com o subsídio de doença e, como tal, diferentemente do que ocorre com este último, é devida sempre que seja diagnosticada uma doença profissional, sendo cumulável com a pensão de invalidez.

5. Assim, a partir do momento em que o beneficiário integra a situação de doença profissional (ainda que meramente presumida) passa a estar ao abrigo do regime constante da Lei n.º 100/97, de 13/09 e do Decreto-Lei n.º 248/99, de 02/07.

6. Estando ao abrigo de tais regimes — respeitantes às doenças profissionais — o beneficiário terá direito, nomeadamente, à reparação prevista no art. 7.º, n.º 1, alínea *a*) do Decreto Lei n.º 248/99, de 02/07 (indemnização por incapacidade temporária para o trabalho). O pagamento dessa indemnização — que não é um subsídio de doença e que, portanto, não será incompatível com a pensão de invalidez — deve, nos termos do art. 6.º, n.º 1 e 7.º, n.º 3, da Portaria n.º 333/84, de 02/06, ser assegurado pelos centros distritais de segurança social.

7. A lei (Decreto-Lei n.º 329/93, de 25/09) admite, dentro de certas condições, a cumulação da pensão por invalidez com rendimentos de trabalho, permitindo, portanto, que um pensionista de invalidez exerça uma actividade profissional por conta de outrem. Ora, havendo exercício de actividade profissional, haverá, necessariamente, por força do art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 100/97, de 13/09, lugar à reparação dos danos emergentes dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais que daí resultem.

8. Estando o beneficiário a exercer uma actividade profissional não lhe poderá ser negada, como o foi, a reparação dos danos emergentes de doença profissional, nos termos estipulados na Lei n.º 100/97, de 13/09 e, sobretudo, do Decreto-Lei n.º 248/99, de 02/07.

9. Este entendimento foi devida e fundamentadamente exposto pela Provedoria de Justiça junto, respectivamente, do Instituto da Segurança Social, I.P. e do Centro Nacional de Protecção Contra os Riscos Profissionais, tendo sido acolhido pelas instituições envolvidas. Em consequência dessa

intervenção, foi o interessado ressarcido pelo tempo de incapacidade temporária absoluta que mediou entre 14.07.2003 e 28.04.2004.

10. Por outro lado, e tendo em vista garantir a uniformização de procedimentos no sentido proposto pela Provedoria de Justiça, a adoptar pelos Centros Distritais, o Instituto da Segurança Social, I.P. emitiu a Orientação Técnica n.º 01/05 relativa ao pagamento de indemnização por incapacidade temporária por doença profissional.

R-20/04

Assessora: Luisa Falcão de Campos

Assunto: Dispensa de pagamento de quotas, pela Caixa Geral de Aposentações (CGA), relativamente a tempo de serviço prestado nos ex-Serviços Médico-Sociais (SMS).

Objecto: Exigência da CGA do pagamento das quotas relativamente ao tempo de serviço prestado pela interessada nos ex-SMS.

Decisão: Após a intervenção da Provedoria de Justiça foi devidamente ultrapassada a questão, tendo a CGA procedido à contagem do tempo de serviço prestado nos ex-SMS, repartindo-se os encargos com as respectivas pensões nos termos do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 124/79, de 10/05, e dos artigos 3.º e 4.º do Decreto Regulamentar n.º 3/83, de 22/01.

Síntese:

1. Foi recebida uma exposição segundo a qual a interessada se queixava de que a CGA apenas lhe contava o tempo de serviço prestado nos SMS como tempo acrescido ao tempo de subscritor (*art. 25.º do Estatuto da Aposentação*), exigindo-lhe, por esse motivo, o pagamento de quotas para efeitos de aposentação e pensão de sobrevivência.

2. Para o efeito, a CGA invocava que não obstante a interessada ter pago os respectivos descontos para a Previdência relativamente a esse tempo de serviço, os mesmos descontos não poderiam ser tidos em conta, nos termos do Decreto-Lei n.º 124/79, de 10/05, conjugado com o Decreto Regulamentar n.º 3/83, de 22/01, uma vez que o referido diploma apenas se aplicaria aos

funcionários dos ex-SMS que estivessem ao serviço dos aludidos organismos à data da entrada em vigor dos mencionados diplomas, o que não sucedia com a interessada.

3. Analisada a questão, verificou-se que o Decreto-Lei n.º 124/79, de 10/05 ¹⁴⁹, teve como objectivo harmonizar as diferenças existentes entre os funcionários públicos e os funcionários dos ex-SMS relativamente aos respectivos regimes de aposentação e sobrevivência.

4. Deste modo, e tendo em vista o citado objectivo, o Decreto-Lei n.º 124/79, de 10/05 determinou que o pessoal dos SMS ficaria abrangido pelos Estatutos da Aposentação e das Pensões de Sobrevivência em vigor na função pública, sendo-lhe para o efeito, contado o tempo de serviço prestado nos SMS e nas instituições referidas no n.º 4.º do art. 6 para o pessoal transferido por força do Decreto Regulamentar n.º 12/77, de 07/02.

5. Ora, verifica-se que a interessada não se encontrava abrangida por nenhuma destas disposições, uma vez que, no mesmo Decreto-Lei, nada se diz quanto aos ex-funcionários dos SMS que, à data da respectiva entrada em vigor, já não estivessem ao serviço dos mesmos.

6. No entanto, o respectivo Decreto Regulamentar (*Decreto Regulamentar n.º 3/83, de 22/05*), no respectivo art. 7.º, estabeleceu um regime de protecção especial — semelhante ao previsto pelo Decreto-Lei n.º 141/79, de 22/05 — para os funcionários dos SMS, que não se encontrassem ao serviço dos mesmos na data da entrada em vigor dos referidos diplomas legais, mas que anteriormente tinham estado.

7. Esta disposição, partindo da ideia de que toda a carreira contributiva deve relevar para a reforma, pretendeu conferir protecção semelhante à que tiveram os funcionários que se encontravam no activo à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 124/79, de 10/05, entre outros, aos trabalhadores dos SMS que, posteriormente à respectiva cessação de funções nos referidos Serviços ingressaram na função pública.

¹⁴⁹ Tal como sucedeu com o Decreto-Lei n.º 141/79, de 22/05, o diploma serviu de referência para a política mais vasta, então prosseguida, de integração de numerosos organismos no Estado e do respectivo pessoal no regime da função pública, limitando-se o legislador em muitos casos, a remeter sem mais para o regime instituído pelo referido diploma legal, tal, como sucedeu no caso da extinta Junta Nacional da Marinha Mercante (Decreto-Lei n.º 363/79, de 3/09).

8. Deste modo, pressupõe a mesma disposição legal que, por um lado, aos referidos funcionários lhes tivesse sido aplicado o regime geral da previdência enquanto prestaram serviço nos SMS, e, por outro lado que, à data da reforma ou da morte, os mesmos não reunissem as condições exigidas nos diplomas legais em vigor para a segurança social pública, actualmente, contidas nos Estatutos da Aposentação e das Pensões de Sobrevivência.

9. Perante a existência de tais requisitos afigurou-se que, no presente caso, deveria ser, eventualmente, contado o tempo de serviço relativo a esses descontos, pelo Centro Nacional de Pensões (*ex-Caixa Nacional de Pensões*) tendo, ainda a interessada direito a receber o complemento de pensão estabelecido na Portaria n.º 193/79, de 21/04, ou seja, a auferir um montante adicional que perfaça o valor que receberia se a respectiva pensão fosse calculada nos termos do Decreto-Lei n.º 498/72, de 9/12 (*Estatuto da Aposentação*).

10. Sendo este o entendimento da Provedoria de Justiça, foi auscultada a CGA no sentido de reapreciar a questão por forma a que não fosse exigido o pagamento de quotas relativamente ao tempo de serviço prestado pela interessada aos SMS, tendo a mesma posição sido acolhida pela CGA. Em consequência dessa intervenção, a interessada viu o referido tempo de serviço contado pela CGA para efeitos de aposentação, com dispensa de pagamento de quotas.

R-1113/04

Assessora: Mónica Duarte Silva

Assunto: Cálculo do valor da pensão de aposentação a pagar pela Caixa Geral de Aposentações a trabalhador da ANA — Aeroportos de Portugal, S.A..

Objecto: Decisão da Caixa Geral de Aposentações de qualificar como remuneração acessória a parcela auferida pelo trabalhador a título de “*Remuneração Operacional*”, integrando tais montantes, para efeitos de cálculo da pensão, no preceituado no art. 47.º, n.º 1, alínea b) do Decreto-Lei n.º 498/72, de 9/12 (*Estatuto da Aposentação*).

Decisão: Após intervenção da Provedoria de Justiça foi devidamente ultrapassada a questão, tendo a parcela em causa (“*Remuneração Ope-*

racional”) sido considerada como integrando a remuneração base mensal do trabalhador e, por conseguinte, contabilizada, para efeitos de cálculo de pensão de aposentação, nos termos determinados no art. 47.º, n.º 1, alínea *a*), do Estatuto da Aposentação.

Síntese:

1. O interessado iniciara a sua carreira na função pública em 2/01/1964, tendo-se aposentado em 11/11/2002, ao serviço da ANA — Aeroportos de Portugal, S.A..

2. À data da aposentação tinha a categoria de Supervisor de Aeroporto, auferindo, em conformidade com o estipulado no acordo de empresa:

- A remuneração base (Vencimento do nível 24; remuneração operacional e diuturnidades);
- As remunerações acessórias (subsídio de turno e subsídio de chefia de equipa).

3. Em Outubro de 2003, foi o interessado informado pelos competentes Serviços da Caixa Geral de Aposentações, de que seriam alteradas as condições da sua aposentação através da inclusão da parcela “*Remuneração Operacional*” nas remunerações a que se reporta o art. 47.º, n.º 1, al. *b*), do Estatuto da Aposentação. Ou seja, entendeu a CGA que a referida parcela deveria ser considerada como se tratando de uma remuneração acessória e, como tal, o apuramento do seu valor para efeitos de pensão deveria ser feito com base na média das remunerações dos últimos 24 meses [art. 47.º, n.º 1, al. *b*) do Estatuto da Aposentação].

4. A CGA baseou o seu entendimento no facto da mencionada remuneração, “(...) *atribuída a oficiais de operações portuárias, corresponder ao exercício de funções em condições especiais e de o seu abono ou o seu quantitativo dependerem do exercício de funções nessas condições, podendo terminar com a cessação do fundamento da sua atribuição.*” acrescentado, no parágrafo seguinte que “(...) *a natureza de tal abono, resultante do regime que lhe é aplicável — o qual acentua a sua reversibilidade (cláusula 11.ª do Anexo V do Acordo de Empresa em vigor publicado no BTE, 1.ª Série, n.º 29, de 2002-08-08) — deve prevalecer sobre a qualificação que da mesma tem sido feita nos Acordos de Empresa.*”

5. Analisada a questão, verificou-se existir um erro no tocante à qualificação profissional do subscritor em apreço. Com efeito, a sua categoria profissional era a de “*Supervisor de Aeroporto*” (Quadros Médios) — e não, como referido pela CGA, a de “*Oficial de Operações Aeroportuárias /OPA*” (Quadros Altamente Qualificados) —, à qual são aplicáveis as regras constantes das cláusulas 11.^a a 14.^a do *Anexo III* e não as regras do “regulamento autónomo dos oficiais de operações aeroportuárias” (no qual se integra a cláusula 11.^a a que a CGA fazia referência).

6. De acordo com a cláusula 14.^a, 2.^a parte, do *Anexo III* do AE em análise — aplicável ao beneficiário face ao que antecede — “*Ao supervisor de aeroporto é aplicável uma remuneração operacional, (...), cujo valor é de 50% da respectiva remuneração mensal mínima*”. Esta remuneração operacional é sempre devida e o respectivo regime não prevê a possibilidade da sua reversibilidade, pelo que se concluiu não serem atendíveis a fundamentação e considerações adiantadas pela CGA para defesa do entendimento adoptado.

7. A Provedoria de Justiça defendeu, assim, junto da CGA que a “*remuneração operacional*” auferida pelo interessado enquanto ao serviço da ANA, deveria ser contabilizada, para efeitos do cálculo da respectiva pensão, nos termos do art. 47.º, n.º 1, alínea *a*), do Estatuto da Aposentação e não na sua alínea *b*), atento, nomeadamente, o facto de o direito à respectiva atribuição não ser reversível.

8. Este entendimento veio a ser acolhido pela CGA e, consequentemente, foi a pensão do interessado recalculada em conformidade.

R-2285/04

Assessora: Mónica Duarte Silva

Assunto: Processo de qualificação como Deficiente das Forças Armadas — erro no cálculo da desvalorização relevante para efeitos de qualificação como DFA.

Objecto: Não qualificação como Deficiente das Forças Armadas de um ex-combatente por ter sido entendido que o grau de desvalorização relevante para o efeito — relativo a ortopedia —, era inferior a 30%.

Decisão: Após intervenção da Provedoria de Justiça foi rectificado o grau de desvalorização do requerente que, em consequência, veio a ser qualificado como DFA.

Síntese:

1. O reclamante queixou-se à Provedoria de Justiça do facto de não ter sido qualificado como deficiente das Forças Armadas.

2. A fundamentação para o indeferimento da sua pretensão, centrava-se no facto de a Junta Hospitalar de Inspecção ter, alegadamente, considerado o requerente como incapaz para todo o serviço militar, atribuindo-lhe uma desvalorização global de 41,04%, dos quais 28,64% eram relativos a ortopedia (fractura da coluna dorsal, D6 e omoplata) e 15% a psiquiatria (neurose ansiosa).

3. Por seu lado, o parecer da Comissão Permanente para Informações e Pareceres da Direcção dos Serviços de Saúde considerou que a neurose ansiosa de que padecia o interessado não deveria ser considerada como adquirida em serviço, nem por motivo do seu desempenho, pelo que, nos termos legais, o coeficiente de desvalorização a que deu lugar (15%) não relevaria para efeitos de qualificação como DFA.

4. Consequentemente, o Departamento de Assuntos Jurídicos do Ministério da Defesa Nacional (DeJur), entendeu que o requerente não deveria ser qualificado como DFA, já que os 28,64% de desvalorização relativos a ortopedia (que, no entender da CPIP/DSS haviam resultado do acidente ocorrido em serviço) eram inferiores ao mínimo de 30% de desvalorização legalmente exigidos para efeitos de qualificação como DFA.

5. Analisada a Informação do DeJur acerca do processo de qualificação em apreço (sobre a qual veio a recair despacho de concordância do, então, Secretário de Estado da Defesa e Antigos Combatentes) verificou-se, desde logo, que o ponto 11. da “*Matéria de Facto*”, continha um erro, já que ali se indicava que o requerente tinha uma desvalorização global de 41,04%, correspondente a “(...) *sequelas de fractura da coluna dorsal, D6, omoplata (28,64%) e neurose ansiosa (15%)*”. Ora, à soma dos 28,64% (correspondentes à desvalorização a nível ortopédico atribuída ao interessado) com os 15% (correspondentes à desvalorização psiquiátrica do mesmo), correspondia o valor de 43,64%, e não de 41,04%, conforme referido.

6. Por outro lado, e analisado o processo clínico do reclamante, apurou-se que o “*Parecer da Junta*” (JHI) determinava apenas: “incapaz de todo o serviço militar, apto para o trabalho e para angariar meios de subsistência, com 41,04% IPP/TNI. Quarenta e um vírgula quatro centésimos”. Por seu lado, analisado o “Cálculo de Desvalorização” (que também integrava o referido processo clínico), verificou-se que a soma dos valores das desvalorizações respeitantes a Ortopedia era de 30,64% e não de 28,64%.

7. Esta questão assumia importância crucial, já que a decisão de não qualificar o requerente como Deficiente das Forças Armadas se havia ficado a dever, *exclusivamente*, ao facto do grau de desvalorização que lhe fora reconhecido a nível ortopédico ser, alegadamente, inferior a 30%.

8. Assim, após intervenção da Provedoria de Justiça junto do Secretário de Estado da Defesa Nacional, o interessado veio a ser qualificado como Deficiente das Forças Armadas.

R-2790/04

Assessor: Rita Cruz

Assunto: Acumulação de pensão de invalidez com rendimentos do trabalho: aplicação do Decreto-Lei n.º 41/89, de 2 de Fevereiro, por remissão do artigo 99.º do Decreto-Lei n.º 329/93, de 25.09.

Objecto: Pedido de reposição de montantes indevidamente recebidos por força da aplicação do regime legal de acumulação de rendimentos do trabalho com a pensão de invalidez.

Decisão: Obrigatoriedade do reclamante repor os montantes indevidamente recebidos, a título de pensão de invalidez, por se encontrar abrangido pelas normas previstas no Decreto-Lei n.º 41/89, de 2 de Fevereiro

Síntese:

1. O reclamante contestou junto do Provedor de Justiça o pedido que lhe foi formulado pelo Centro Nacional de Pensões no sentido de repor os montantes que havia recebido indevidamente por acumulação de rendimentos do trabalho com pensão de invalidez.

2. Sendo o reclamante pensionista de invalidez desde 1984, e encontrando-se a exercer actividade profissional, foi-lhe aplicado o limite consagrado no art. 6.º do Decreto-Lei n.º 41/89, de 2.02, por remissão da norma do art. 99.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 329/93, de 25.09.

3. Com efeito, prevê este artigo 99.º, que para as pensões de invalidez atribuídas ao abrigo da anterior legislação se mantêm em vigor as normas aplicáveis à data de início da vigência do Decreto-Lei n.º 329/93, de 25.09, sobre a acumulação com rendimentos de trabalho.

4. Ora, à data em que o reclamante viu reconhecido o direito à pensão de invalidez — 1984 — encontrava-se em vigor o Decreto-Lei n.º 41/89, de 02.02.

5. Tendo em consideração que no período compreendido, entre 09.95 e 03.99, o reclamante ultrapassou o limite previsto no artigo 6.º do referido Decreto-Lei n.º 41/89, de 02.02 — *duas vezes o valor da remuneração média que serviu de base de cálculo da pensão, actualizada pela aplicação dos índices estabelecidos em portaria anual de actualização* — o Centro Nacional de Pensões limitou a pensão, notificando o reclamante dos valores indevidamente pagos e que, ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 133/88, de 20.04, deveriam ser por ele repostos.

6. Não tendo o reclamante procedido ao pagamento voluntário da quantia em dívida, o Centro Nacional de Pensões accionou o mecanismo legal previsto no artigo 8.º, n.º 1 do referido Decreto-Lei n.º 133/88, de 20.04, deduzindo a mesma à pensão de invalidez que lhe era devida.

7. Encontrando-se a actuação do Centro Nacional de Pensões conforme à lei, não mereceu qualquer censura por parte do Provedor de Justiça, tendo sido o processo arquivado.

R- 3050/04

Assessora: Rita Cruz

Assunto: Antigos Combatentes — contagem do tempo de serviço militar.

Objecto: Interpretação e aplicação do regime jurídico de prestação de serviço militar por ex-combatentes para efeitos de aposentação e reforma: Lei n.º 9/2002, de 11.02 e Decreto-Lei n.º 160/2004, de 02.07.

Decisão: Foram acatadas algumas das sugestões formuladas pela Provedoria de Justiça, quanto ao referido regime, embora o mesmo se mantivesse em estudo (em Dezembro de 2005), com vista ao aperfeiçoamento de algumas normas, integradas, nomeadamente, no Decreto-Lei n.º 160/2004, de 02.07.

Síntese:

1. Desde a publicação da Lei n.º 9/2002, de 11.02, que se suscitaram muitas dúvidas sobre as normas nela consagradas e a sua aplicação em concreto, o que justificou, logo em 27.12.02, a intervenção do Provedor de Justiça junto das, então, Secretárias de Estado da Segurança Social e da Defesa e dos Antigos Combatentes.

2. Entre as questões levantadas, destacavam-se principalmente:

- a urgência da regulamentação da Lei n.º 9/2002, de 11.02;
- a necessidade de prorrogar o prazo para a apresentação dos requerimentos;
- a premência de acautelar a situação dos pensionistas de sobrevivência, dos emigrantes e dos bancários e outros grupos profissionais não abrangidos pelo sistema de segurança social e/ou regime de protecção social da função pública.

3. Posteriormente foram suscitadas junto do Executivo questões adicionais relacionadas, nomeadamente, com o atraso no pagamento dos complementos especiais e acréscimos vitalícios de pensão e com a aplicação e regulamentação do Decreto-Lei n.º 160/2004, de 02.07.

4. Através do Despacho n.º 14/MEDNAM, datado de 31.01.05, divulgado na página do Ministério da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar, os Serviços da Direcção-Geral de Pessoal e Recrutamento Militar, receberam ordens expressas para procederem à recepção de todos os requerimentos dos antigos combatentes ou dos respectivos cônjuges sobreviventes que não tivessem tido a oportunidade de os apresentar dentro dos prazos legais.

5. Relativamente aos atrasos nos pagamentos dos benefícios previstos na referida Lei, o Gabinete do Secretário de Estado da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar informou o Provedor de Justiça, que os mesmos se encontravam a ser efectuados pela segurança social (para os beneficiários deste

regime) e pela Caixa Geral de Aposentações (para os respectivos subscritores) no quadro legalmente previsto, prevendo a sua regularização até Dezembro de 2005.

6. Como fundamento para estes atrasos o Gabinete do referido Secretário de Estado invocou o seguinte: *“os atrasos existentes relativamente a 2004 estão relacionados com o processo dinâmico que o tratamento de todas as situações e dados respectivos sugere e envolve, recordando-se estarmos perante centenas de milhar de requerimentos, cujas listagens são enviadas periodicamente para os respectivos regimes. Ainda quanto a esta questão, mais se refere que os meios humanos e materiais envolvidos são os possíveis, sendo esta tarefa assegurada pelo Departamento de Apoio aos Antigos Combatentes/DGPRM e pelos três ramos das Forças Armadas, sendo o escrutínio dos pontos sensíveis e o melhoramento dos procedimentos feito, diariamente, procurando tornar os processos tão céleres quanto possível”*.

7. Sobre a questão igualmente suscitada pelo Provedor de Justiça relativa ao Fundo dos Antigos Combatentes (FAC) criado pelo legislador (artigo 4.º, da Lei n.º 107-B/2003, de 31 de Dezembro) e destinado a dar cobertura financeira aos benefícios atribuídos aos ex-combatentes, o Gabinete do Secretário de Estado da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar, veio esclarecer o seguinte:

“No entanto, criou-se o FAC, para ser financiado com a receita que já de si não era, de longe ou de perto, suficiente para solver o fundo de pensões e que também não era suficiente para a construção e manutenção de infra-estruturas afectas ao MDN e para a aquisição de equipamentos e bens necessários à modernização e operacionalidade das Forças Armadas. Foi esta a situação que os responsáveis da pasta da Defesa Nacional se depararam e com a qual estão confrontados procurando encontrar as melhores soluções. Para todos os efeitos, não é possível solucionar todos estes problemas ou resolver todas as questões pendentes em tão curto espaço de tempo sob pena de se criarem novas expectativas que depois o Estado, na sua objectiva impossibilidade, tem dificuldade em responder.”

8. Finalmente, o Provedor de Justiça questionou ainda o Governo sobre se estaria prevista, ou em curso, alguma alteração aos diplomas legais

em apreço que permitisse atenuar a discriminação no que concerne à relevância da bonificação do tempo de serviço militar no cálculo da pensão devida aos beneficiários do regime geral de segurança social relativamente aos subscritores do regime de protecção social da função pública. A este propósito, o Gabinete do Secretário de Estado da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar veio esclarecer que, em sede de Comissão de Defesa, o Ministro da Defesa Nacional já havia reforçado *“a necessidade de rever alguns aspectos contidos na regulamentação da Lei n.º 9/2002, de 11.02, operada por via do Decreto-Lei n.º 160/2004, de 2 de Julho”*. Mais esclareceu que: *“Com a finalidade de dar corpo a esse propósito está em estudo, que se pretende finalizado ainda no corrente ano, um possível aperfeiçoamento de algumas normas introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 160/2004, procurando garantir uma maior justiça social e regressando ao espírito da Lei n.º 9/2002, de contagem do tempo de serviço para efeitos de aposentação e reforma.”*.

R-4404/04

Assessora: Mónica Duarte Silva

Assunto: Pensão por condecoração militar. Art. 73.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 316/2002, de 27/12 — aplicação da lei no tempo.

Objecto: Recusa da Caixa Geral de Aposentações em atribuir a subscritor condecorado com a Medalha da Cruz de Guerra de 4.ª classe, em situação de insuficiência económica, a pensão prevista no art. 73.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 316/2002, de 27/12, por considerar que as condições de atribuição e de manutenção do direito à pensão previstas no citado preceito, eram aplicáveis, apenas, às condecorações atribuídas após 1 de Janeiro de 2003.

Decisão: Na sequência de intervenção da Provedoria de Justiça foi devidamente ultrapassada a questão, tendo sido decidido, pela Direcção da CGA, passar a aplicar o disposto no art. 73.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 316/2002, de 27/12 a todos os condecorados com as medalhas nele previstas, independentemente da data em que foram agraciados.

Síntese:

1. O reclamante, subscritor da Caixa Geral de Aposentações, tendo sido condecorado com a *Medalha da Cruz de Guerra de 4.ª classe* e encontrando-se numa situação de insuficiência económica, requereu ao Chefe do Estado-Maior do Exército a pensão prevista no art. 73.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 316/2002, de 27/12.

2. A pretensão do interessado veio a ser indeferida pela Caixa Geral de Aposentações, por ter sido considerado que deveria ser aplicado ao caso o art. 93.º, do Decreto-Lei n.º 566/71, de 20/12 (muito embora este diploma tivesse sido revogado pelo Decreto-Lei n.º 316/2002, de 27/12), o qual não previa a atribuição de pensão aos condecorados com a Cruz de Guerra de 4.ª classe.

3. Auscultada a CGA sobre o assunto, veio esta a manifestar o entendimento de que as “(...) *as novas condições de atribuição e de manutenção do direito à pensão, previstas no artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 316/2002, de 27 de Dezembro, apenas são aplicáveis às condecorações atribuídas após 1 de Janeiro de 2003, ao abrigo deste diploma*”.

4. Entendendo não assistir razão à CGA, a Provedoria de Justiça interveio junto do Secretário de Estado Adjunto e do Orçamento, defendendo que ao caso deveria ser aplicado o Decreto-Lei n.º 316/2002, de 27/12.

5. Com efeito, o interessado havia requerido a atribuição da pensão em apreço já no âmbito da vigência do Decreto-Lei n.º 316/2002, de 27/12, sendo que o art. 73.º, n.º 1, deste diploma legal não distingue as classes da *Medalha da Cruz de Guerra* para efeitos da atribuição da pensão, tendo consagrado o direito à pensão a todos os agraciados com essa Medalha, independentemente da respectiva classe, desde que reunidas as demais condições para a sua atribuição.

6. O legislador não criou qualquer norma de transição que distinguisse, e muito menos excluísse, as situações de condecoração ocorridas antes da entrada em vigor da nova lei, daquelas posteriormente verificadas.

7. Analisada a questão, entendeu-se, pois, que não existiam razões de ordem material que pudessem fundamentar uma distinção de tratamento conferido aos cidadãos agraciados com a mesma medalha, atribuída com base nas mesmas razões e que se encontrassem em situação de igual insuficiência

económica, apenas pelo facto de uns terem sido condecorados em momento anterior aos outros.

Desde logo, porque os fins/fundamentos da atribuição da medalha de cruz de guerra não sofreram qualquer alteração com o novo diploma.

Por outro lado, o art. 73.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 316/2002, de 27/12, que determina as condições de que depende o direito à pensão ora em causa, estatui que a respectiva atribuição depende, apenas, do facto de os cidadãos agraciados com as medalhas de valor militar ou de cruz de guerra se encontrarem em situação de insuficiência económica.

8. Assim, não faria sentido discriminar as situações passadas — ou, mais precisamente, as condecorações atribuídas ao abrigo da anterior lei — quando o que estava em causa era a atribuição de uma prestação social condicionada *apenas* por uma condição de recursos. Com efeito, o facto determinante para a atribuição da pensão é a *insuficiência económica* de quem, por ter mostrado bravura em actos de campanha, haja sido condecorado com a medalha em apreço, não havendo fundamento — nem na letra nem no espírito da lei — que permitisse atribuir relevância à data em que essa condecoração fora atribuída, conforme pretendido pela CGA.

9. A Direcção da CGA veio a acolher a posição da Provedoria de Justiça e, em conformidade decidiu passar a aplicar o disposto no art. 73.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 316/2002, de 27/12 a todos os condecorados com as medalhas nele previstas, independentemente da data em que foram agraciados.

R-5233/04

Assessora: Fátima Monteiro Martins

Assunto: Contagem do tempo de serviço militar obrigatório no âmbito da pensão unificada.

Objecto: Decisão de indeferimento, por parte do Centro Nacional de Pensões, da contagem do tempo de serviço militar obrigatório do reclamante pelo regime geral da segurança social, como último regime, e não pelo regime da função pública.

Decisão: O Provedor de Justiça determinou o arquivamento do processo, por falta de fundamento da pretensão manifestada.

Síntese:

1. O reclamante solicitou a intervenção do Provedor de Justiça junto do Centro Nacional de Pensões, por entender que, ao abrigo do disposto no artigo 8.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 361/98, de 18 de Novembro, o seu tempo de serviço militar obrigatório deveria ser contado pelo regime geral da segurança social, como o último regime a que esteve adstrito, e não pelo regime da função pública.

2. Apurados os factos concretos do seu caso, verificou-se que, embora o reclamante tivesse efectivamente o tempo de serviço militar registado nos dois regimes de protecção social, essa sobreposição se devia ao facto de ter omitido que já havia requerido a contagem do mesmo tempo junto da Caixa Geral de Aposentações quando, posteriormente, formulou idêntico pedido para o regime geral da segurança social.

3. Ora, no âmbito deste último regime, como dispõe o artigo 36.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de Setembro, o tempo de serviço militar obrigatório só é contado quando o beneficiário não tenha usufruído da sua contagem para efeitos de qualquer outro regime, ainda que de outro sistema de protecção social, razão pela qual se exige que essa declaração seja feita, no requerimento, por parte dos beneficiários. Assim se evita a relevância e o registo simultâneo do mesmo tempo de serviço nos dois regimes, validamente.

4. Consequentemente, o acto administrativo de contagem do tempo de serviço militar do reclamante no âmbito do regime geral da segurança social era nulo, nos termos do artigo 79.º da Lei de Bases da Segurança Social, e desprovido, portanto, de qualquer efeito jurídico, independentemente da declaração de nulidade, segundo o disposto no artigo 134.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo.

5. Não produzindo o acto quaisquer efeitos, concluiu-se que o Centro Nacional de Pensões havia procedido correctamente ao indeferir o pedido do reclamante de contagem daquele tempo pelo regime geral da segurança social, o que motivou o arquivamento do processo aberto na Provedoria de Justiça com base na exposição do reclamante, por falta de fundamento da sua pretensão.

Assunto: Aplicação do Decreto-Lei n.º 141/79, de 22 de Maio aos subscritores da Caixa Geral de Aposentações que antes da entrada em vigor do diploma transitaram, voluntariamente, para outros serviços da Administração Pública.

Objecto: Relevância, em sede de aposentação, do tempo de serviço de todos aqueles que prestaram actividade para os organismos de coordenação económica e para os organismos corporativos extintos pelo Decreto-Lei n.º 443/74, de 12 de Setembro, e que transitaram para outros serviços da Administração Pública antes de 22.06.1979 (data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 141/79, de 22 de Maio).

Decisão: Contagem, para efeitos de aposentação, do tempo de serviço prestado pelos dois reclamantes, respectivamente, para a Comissão de Viticultura da Região dos Vinhos Verdes e para a Junta Nacional do Vinho, com dispensa de pagamento de quotas e repartição de encargos de acordo com o disposto no Decreto-Lei n.º 141/79, de 22 de Maio.

Síntese:

1. Em causa no presente processo estavam funcionários de organismos de coordenação económica e de organismos corporativos extintos pelo Decreto-Lei n.º 443/74, de 12 de Setembro, em especial, da Comissão de Viticultura da Região dos Vinhos Verdes e da Junta Nacional do Vinho, que transitaram para outros serviços da Administração Pública, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 141/79, de 22 de Maio.

2. Atendendo a essa referência temporal, a Caixa Geral de Aposentações vinha recusando-lhes a contagem do tempo de serviço naquelas entidades para efeitos de aposentação.

3. Com efeito, por conjugação do disposto no artigo 3.º e no artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 141/79 o pessoal que esteve ao serviço de organismos de coordenação económica e de organismos corporativos extintos pelo Decreto-Lei n.º 443/74, de 12 de Setembro tem direito, aquando da aposentação ou reforma, a ver contado todo o tempo de serviço prestado para aque-

las entidades, desde que tenha sido integrado em serviços públicos e que tenha passado a descontar para a Caixa Geral de Aposentações.

4. Quanto a esta regra, entendia a CGA que o art. 4.º, n.º 1 do diploma em questão apenas abrangeria o pessoal que esteve ao serviço destes organismos e que por ter sido obrigatoriamente integrado em serviços públicos ou por força da aplicação do regime da função pública àqueles organismos em que prestava serviço, passou a descontar para a CGA.

5. Discordando desta interpretação restritiva, a Provedoria de Justiça pugnou junto da CGA pela necessidade da contagem do tempo de serviço naqueles organismos, para efeitos de aposentação ou reforma, também para o pessoal daqueles organismos de coordenação económica que antes de 22.06.1979 (data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 141/79), já havia transitado, por sua própria iniciativa, para quaisquer outros Serviços da Administração Pública. Outra solução originaria, no entender deste órgão do Estado, um tratamento diferenciado e discriminatório sem fundamento atendível.

6. Após reavaliação dos dois casos reclamados, a CGA decidiu contar aos interessados, para efeitos de aposentação, o tempo de serviço prestado nos ex-organismos de coordenação económica em causa, com dispensa do pagamento de quotas, repartindo-se os encargos com as respectivas pensões nos termos do Decreto-Lei n.º 141/79, de 22 de Maio.

R-40/05

Assessora: Fátima Monteiro Martins

Assunto: Acréscimos à pensão de invalidez por acumulação com rendimentos de trabalho exercido.

Objecto: Norma transitória estabelecida no artigo 99.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de Setembro, que determina o regime aplicável às pensões de invalidez atribuídas ao abrigo do Decreto n.º 45266, de 23 de Setembro de 1963.

Decisão: O processo foi arquivado por falta de fundamento da pretensão do reclamante, uma vez que, por força da norma transitória em causa, apenas lhe assistia o direito a acréscimos à sua pensão a partir da data da convolação da mesma em pensão de velhice.

Síntese:

1. Ao reclamante foi atribuída pensão de invalidez em 1983 à luz do regime previsto no Decreto n.º 45266, de 23 de Setembro de 1963, então em vigor, e por ter posteriormente exercido actividade remunerada em acumulação com o recebimento daquela pensão até 2001, pretendia que lhe fossem atribuídos acréscimos à pensão nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de Setembro (ou seja, anualmente, independentemente da idade), não concordando com a posição do Centro Nacional de Pensões de não lhe ser devida a atribuição desses acréscimos senão a partir da idade de acesso à pensão de velhice, ou seja, 65 anos de idade.

2. Analisada a questão neste órgão do Estado, concluiu-se não assistir razão ao reclamante e não merecer qualquer censura a actuação do Centro Nacional de Pensões no seu caso concreto.

3. Com efeito, no Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de Setembro, foram previstas disposições transitórias destinadas a determinar a lei aplicável às situações já constituídas.

E relativamente às pensões de invalidez atribuídas ao abrigo de anterior legislação, estabeleceu expressamente o seu artigo 99.º, n.º 1 que *“mantêm-se em vigor as normas aplicáveis à data de início da vigência deste diploma sobre a acumulação com rendimentos de trabalho, bem como sobre a atribuição dos respectivos acréscimos”*.

4. Deste modo, à situação concreta do reclamante era aplicável o disposto no Decreto n.º 45266, de 23 de Setembro de 1963, o qual, não obstante admitir, quer para as pensões de invalidez quer para as de velhice, a acumulação com o exercício de actividade remunerada até um determinado limite, só para as segundas previa a “melhoria” anual das pensões nesse caso, nos termos do seu artigo 93.º. No caso das pensões de invalidez, nenhuma regra estabelecia que permitisse aquelas melhorias, pelo que apenas quando era atingida a idade de acesso à pensão de velhice, e a pensão se convolava em pensão de velhice, podia ser calculado e efectuado um acréscimo à pensão, considerando todas as remunerações registadas desde o início da pensão de invalidez.

Ao salvaguardar, com o disposto no artigo 99.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de Setembro, a aplicação deste regime às situações já constituídas como a do reclamante, pretendeu o legislador acautelar os direitos já adquiridos ao abrigo do mesmo, designadamente as vantagens resultantes do

superior limite permitido para a acumulação de rendimentos de trabalho com pensão de invalidez, e da mais benéfica fórmula de cálculo dos acréscimos.

5. Com base nestas conclusões, que foram devidamente transmitidas ao reclamante, foi determinado o arquivamento do seu processo, por não se justificar qualquer intervenção do Provedor de Justiça relativamente à decisão correctamente tomada pelo Centro Nacional de Pensões.

R-1056/05

Assessora: Margarida Santerre

Assunto: Suspensão do pagamento de pensão de invalidez, ao abrigo do artigo 56.º do Decreto-Lei n.º 328/93, de 25 de Setembro.

Objecto: Regularização de débitos de contribuições de trabalhador independente, através de compensação com o valor mensal global das prestações de invalidez que lhe foram reconhecidas.

Decisão: Arquivamento do processo por falta de fundamento, nos termos do artigo 31.º, n.º 1, alínea *b*) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril — Estatuto do Provedor de Justiça.

Síntese:

1. O reclamante solicitou a intervenção do Provedor de Justiça por entender que a decisão do Centro Nacional de Pensões de suspender o pagamento, na íntegra, da sua pensão de invalidez, até regularização total da dívida de contribuições para o regime de protecção social dos independentes que apresentava, violava o artigo 824.º, n.º 1 *b*) do Código de Processo Civil (relativo aos bens parcialmente penhoráveis).

2. Analisada a questão, verificou-se que o interessado havia estado enquadrado como independente no regime geral de segurança social, apresentando um período largo com ausência de descontos, para efeitos de protecção social, o qual motivou o cálculo do respectivo débito, aquando da atribuição da pensão de invalidez de que beneficia.

3. Esclarecida a origem da dívida imputada ao beneficiário, procedeu-se à apreciação da legalidade da actuação do Centro Nacional de Pensões

(CNP) ao reter a totalidade das prestações mensais de invalidez que lhe foram reconhecidas, até liquidação integral do referido débito.

4. Quanto a este ponto, apurou-se que o CNP decidiu ao abrigo da figura da suspensão prevista no artigo 56.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 328/93, de 25 de Setembro, tendo sido apontado ao reclamante o seguinte:

- a) De acordo com aquele diploma, é condição geral do pagamento das prestações aos trabalhadores independentes, que os mesmos tenham a sua situação contributiva regularizada até ao termo do 3.º mês imediatamente anterior ao do evento determinante da atribuição da prestação. Por isso e quanto às prestações de doença, doença profissional, maternidade, paternidade, adopção, invalidez e de velhice, o legislador determinou que fosse reconhecido o direito às mesmas, no caso de estarem reunidos os restantes requisitos (idade de acesso e/ou prazo de garantia, densidade contributiva, etc.), mas salvaguardou que o seu pagamento ficaria suspenso a partir da data em que fossem devidas e até à sua regularização. Mais acrescentou que, para as prestações de doença, doença profissional, maternidade, paternidade e adopção, aquela regularização deveria ocorrer, necessariamente, nos três meses subsequentes à data da suspensão sob pena do trabalhador perder, completamente, o direito às prestações suspensas;
- b) Para as prestações de invalidez e velhice, o legislador optou por um regime menos gravoso, por ser intolerável que determinado beneficiário perdesse o direito à pensão se não regularizasse a sua situação contributiva, no prazo de três meses. Assim, nas eventualidades de invalidez e velhice, a suspensão mantém-se não por três meses, mas sim pelo prazo necessário à regularização completa dos débitos através de compensação.

5. Por um lado, trata-se de uma solução que visa proteger os beneficiários faltosos, mas por outro, obriga-os a suportar a suspensão da atribuição das prestações até estarem totalmente satisfeitos os créditos decorrentes de contribuições em atraso à segurança social.

6. Mais se concluiu que em face do regime exposto, a legislação actual não permite que, em casos como o presente, se faça uma compensação

parcial dos débitos dos beneficiários independentes, simultaneamente, titulares de créditos por pensões de invalidez e de velhice, pois tal implicaria, efectivamente, que fosse paga ao beneficiário uma fracção da pensão — aquela não penhorável, nos termos do artigo 824.º, n.º 1, b) do Código do Processo Civil —, levantando-se, assim, indirectamente, a suspensão determinada no artigo 58.º do já referido diploma legal.

7. Fez-se, ainda, notar que embora a actuação do CNP pudesse parecer injusta e desrazoável, não era, pelos seguintes motivos:

- a) Na realidade, o esquema vigente tem a sua lógica, na medida em que — de acordo com a lei — os trabalhadores independentes são, no atinente à qualidade de contribuintes, equiparados às entidades empregadoras abrangidas pelo regime de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem (ver n.º 2 do artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 328/93, de 25 de Setembro). E é esta conjugação, na mesma pessoa jurídica, da qualidade de contribuinte e de beneficiário que os obriga a uma maior responsabilização pela regularização da obrigação contributiva, sob pena de inviabilização total da protecção dos trabalhadores independentes;
- b) Por outro lado, o legislador tinha duas opções quanto a estas situações: ou não reconhecia o direito às prestações enquanto a obrigação contributiva não estivesse garantida — o que em casos como o do reclamante seria extremamente prejudicial, por se encontrar incapacitado para trabalhar — ou procedia, como acontece hoje, ao reconhecimento imediato do direito à pensão de invalidez e/ou velhice, ficando esta suspensa até ao pagamento das contribuições em falta. Desta forma, a dívida ainda que considerável, é paga “por conta” do direito à pensão de invalidez reconhecido aos beneficiários, nestas condições;
- c) Existiria uma terceira solução, eventualmente, equacionável: quanto às prestações por invalidez e velhice, poderia ter-se determinado que quanto a estas não se verificaria a suspensão até ao pagamento integral dos débitos, aceitando que estas fossem pagas por apelo a uma compensação parcial, ou seja, assegurando-se sempre o pagamento de uma fracção — por pequena que fosse — ao beneficiário. Sucede que essa solução poderia ser objecto de uti-

lização fraudulenta pelos beneficiários menos rigorosos, pois equivaleria a incitá-los ao não cumprimento oportuno da obrigação contributiva, na certeza de que mantendo-se em situação irregular, receberiam sempre “alguma coisa” caso requeressem a reforma.

8. Elucidado o reclamante em conformidade, foi determinado o arquivamento do processo, ao abrigo do artigo 31.º, n.º 1, alínea *b*) do Estatuto do Provedor de Justiça.

R-1671/05

Assessora: Helena Lancastre

Assunto: Pensão por serviços excepcionais e relevantes.

Objecto: Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.

Decisão: Arquivamento do processo por falta de fundamento, nos termos do artigo 31.º, n.º 1, alínea *b*) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril — Estatuto do Provedor de Justiça.

Síntese:

1. O reclamante requereu a atribuição de uma pensão por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, ao abrigo do disposto no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 466/99, de 6 de Novembro, a qual lhe veio a ser recusada em virtude de o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República ter emitido um parecer desfavorável para o efeito. Nesta sequência, o interessado solicitou a intervenção do Provedor de Justiça por entender que o parecer proferido por aquele Conselho Consultivo era uma afronta ostensiva à honra e dignidade da Força Aérea, bem como do próprio, e punha em causa o seu desempenho, enquanto militar, na Guiné-Bissau.

2. Analisada a questão e, nomeadamente, o teor do parecer proferido pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, foi feito notar ao reclamante que sobre o assunto não se justificava qualquer intervenção da Provedoria de Justiça pela razões que, de seguida, se apresentam:

2.1. O artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*) do Decreto-Lei n.º 466/99, de 6 de Novembro, faz depender o direito à pensão por serviços excepcionais e rele-

vantes da verificação de “feitos praticados em teatro de guerra, actos de abnegação e coragem cívica ou altos e assinalados serviços à Humanidade ou à Pátria.”. Por sua vez, o artigo 25.º do mesmo diploma estabelece que a atribuição desta pensão é precedida de parecer favorável da Procuradoria-Geral da República.

2.2. Desde logo, importa esclarecer que os magistrados que constituem o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República intervêm segundo regras procedimentais em tudo idênticas às dos tribunais e fazem parte da magistratura do Ministério Público. Ora, apesar de autónomo e dotado de um estatuto próprio, o Ministério Público está constitucionalmente integrado nos tribunais, sendo estes órgãos de soberania independentes (artigos 202.º e 203.º da Constituição), pelo que não pode o Provedor de Justiça interferir, nem condicionar a actuação de magistrados, judiciais ou do Ministério Público.

Daqui decorre que só numa situação de erro manifesto ou injustiça evidente seria viável uma intervenção deste órgão do Estado.

2.3. Neste contexto e tendo presente os limites de intervenção para se pronunciar sobre o caso concreto, não deixou a Provedoria de Justiça de analisar o parecer emitido pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República sobre o assunto.

Considerou-se naquele parecer que, *“não obstante as qualidades reveladas pelo requerente, a factualidade apurada não permite concluir pela existência de qualquer actuação susceptível de atingir patamares de excepcionalidade e relevância exigidos para a concessão da pensão”* Ou seja, entendeu-se que os feitos praticados pelo reclamante, apesar de valorosos, não têm relevo suficiente para originar o direito à pensão.

Com efeito, resulta da análise daquele parecer que também têm subido à apreciação daquele Conselho Consultivo outros casos de militares que *“se notabilizaram pela coragem e combatividade demonstradas perante as forças inimigas”*, quando agiam no teatro de guerra, como sucedeu no caso do reclamante, tendo, porém, a doutrina favorável à atribuição destas pensões sido marcada pela exigência de *“demonstração de uma actuação que manifestamente ultrapasse aquilo que seria de esperar de um militar responsável e empenhado no quadro de tal actividade”*.

Assim, concluiu-se no mesmo parecer que *“o direito à pensão por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, com fundamento na alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 466/99, de 6 de Novembro,*

há-de resultar da prática de actos demonstrativos de que o seu autor se tornou credor do reconhecimento nacional em razão da excepcionalidade e relevância de que se revestem”, não satisfazendo a conduta do reclamante os requisitos necessários para o efeito.

2.4. A posição defendida pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (aliás, refira-se, por unanimidade de todos os seus membros) — que, por se tratar do preenchimento de conceitos indeterminados, envolve o uso de uma margem de autonomia pública — apresenta fundamentação adequada, congruente e não revela erro manifesto ou injustiça evidente que justifique a intervenção deste órgão do Estado.

Tal poderia verificar-se, por exemplo, se o parecer emitido não se encontrasse fundamentado, se enfermasse de vício manifesto de violação da lei ou se revelasse tratamento injusto e diferenciado da situação em análise relativamente àquela que tem sido a doutrina defendida pelo mesmo Conselho Consultivo, o que manifestamente não se verificou acontecer no caso em apreço.

Note-se, aliás, que os pareceres emitidos por este Conselho Consultivo, vocacionados predominantemente para o exame de legalidade, exercem na actualidade um papel de relevo na uniformização da jurisprudência e na clarificação do direito.

3. Elucidado o reclamante em conformidade, foi determinado o arquivamento do processo, ao abrigo do artigo 31.º, n.º 1, alínea *b*) do Estatuto do Provedor de Justiça.

R-3315/05

Assessora: Luísa Falcão de Campos

Assunto: Recálculo da pensão de aposentação, por aplicação da Portaria n.º 1213/2001, de 22 de Outubro. Alteração da data da produção de efeitos.

Objecto: Recusa da Caixa Geral de Aposentações (CGA) em recalcular uma pensão de aposentação, com efeitos desde a data do acto determinante da aposentação, considerando as importâncias mensais pagas à interessada a título de suplemento do Fundo de Estabilização (FET), fazendo-o apenas a partir do mês seguinte ao da comunicação dessas importâncias pelo ex-Serviço da mesma.

Decisão: Após a intervenção da Provedoria de Justiça foi devidamente ultrapassada a questão, tendo a CGA procedido ao recálculo da pensão de aposentação em causa, com efeitos a partir da data do acto determinante.

Síntese:

1. Foi recebida uma exposição segundo a qual a interessada se queixava de que a CGA tinha recalculado a respectiva pensão de aposentação considerando os montantes recebidos pela mesma a título de suplemento do FET, apenas a partir da data em que foram comunicados esses valores àquela Caixa e não com efeitos a partir da data do acto determinante conforme resultava da Portaria n.º 1213/2001, de 22/10.

2. Analisada a questão verificou-se que a reclamante havia sido aposentada em 15/07/1997, tendo o respectivo Serviço comunicado à CGA os valores pagos a título de suplemento do FET, entre 01/01/97 e 15/07/97, apenas, em 16/12/02.

3. A CGA procedeu à alteração da pensão de aposentação da reclamante com efeitos reportados a 01/01/03, mês seguinte ao da recepção da aludida comunicação.

4. Nos termos do art. 47.º, n.º 1, al. b) do Estatuto da Aposentação (*Decreto-Lei n.º 498/72, de 09/12*) a remuneração mensal a determinar para efeitos de cálculo da pensão de aposentação corresponde à remuneração mensal (*alínea a) da citada disposição legal*) e ainda à média mensal das demais remunerações percebidas pelo subscritor nos dois últimos anos e que devam ser consideradas nos termos do art. 48.º da referido Estatuto.

5. De entre as remunerações a considerar nos termos da citada al. b) do art. 47.º do Estatuto da Aposentação, encontra-se o suplemento remuneratório pago pelo mencionado FET.

6. O Decreto-Lei n.º 335/97, de 02/12, instituiu as linhas orientadoras da atribuição dos suplementos pagos pelo FET aos funcionários e agentes da Direcção-Geral dos Impostos (DGCI), entre outros, que serviu de recompensa e estímulo ao esforço específico das suas funções.

7. Por sua vez, a Portaria n.º 132/98, de 04/03, que procedeu à regulamentação do referido diploma legal, determinou as condições de atribuição, suspensão e redução do suplemento em causa.

8. Posteriormente, tendo em conta algumas das dúvidas suscitadas na aplicação dos referidos diplomas, foi aprovada a Portaria n.º 1213/2001, de 22/10.

9. Ora, de acordo com esta última Portaria (art. 1.º), os aposentados têm direito a receber a totalidade do suplemento correspondente ao acréscimo de produtividade até à data da aposentação, sendo que o art. 3.º da Portaria n.º 1213/2001, de 22/10, estabeleceu, por sua vez, que a alteração decorrente da nova redacção dada à alínea *a*) do n.º 1 do art. 3.º da Portaria n.º 132/98, de 04/03, abrange a situação dos funcionários e agentes da DGCI que se tenham aposentado ou falecido após a criação do FET.

10. Em face do disposto no art. 47.º, n.º 1, al. *b*) do Estatuto da Aposentação e das citadas disposições da Portaria n.º 1213/2001, de 22/10, o valor pago pelo FET deveria ser tido em conta pela CGA no recálculo da pensão em causa. De facto, se fora pago à interessada o suplemento pago pelo FET com efeitos retroactivos, o mesmo deveria forçosamente relevar no recálculo da pensão de aposentação, desde a data da respectiva atribuição inicial (data do acto determinante).

11. Sendo este o entendimento da Provedoria de Justiça, foi auscultada a CGA no sentido de reapreciar a questão e proceder ao recálculo da pensão de aposentação em causa nos termos atrás referidos, tendo a mesma posição sido acolhida por aquela entidade. Em consequência dessa intervenção, a interessada viu a sua pensão recalculada nos termos pretendidos.

B — Trabalho e emprego

R-3697/04

Assessora: Rita Cruz

Assunto: Redução da base de incidência da taxa social única aplicável aos trabalhadores independentes.

Objecto: Artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 328/93, de 25 de Setembro: divergência de critérios, por parte dos diversos centros distritais de segu-

rança social, na interpretação e aplicação do preceito, para efeitos de apuramento do rendimento anual ilíquido dos trabalhadores independentes.

Decisão: Aprovação pelo Conselho Directivo do Instituto da Segurança Social, I.P. da Orientação Técnica n.º 25/05, datada de 31.08.2005.

Síntese:

1. O reclamante, na qualidade de técnico oficial de contas, detectou, no âmbito da sua actividade profissional, a adopção de diferentes procedimentos em distintos centros distritais, no que concerne ao cálculo e apuramento do rendimento anual ilíquido dos trabalhadores independentes.

2. Com efeito, alguns centros distritais consideravam um valor de referência global líquido como critério para aferir da redução da base de incidência aplicável aos trabalhadores independentes, enquanto que outros se reportavam aos rendimentos ilíquidos desses mesmos beneficiários.

3. Esta dualidade de critérios determinou que beneficiários com rendimentos relativamente similares, vissem os seus requerimentos de redução de base de incidência merecerem diferente tratamento, em função do procedimento seguido pelo centro distrital em questão,

4. Considerando esta situação inaceitável, em Abril de 2005, o Provedor de Justiça dirigiu-se ao Presidente do Conselho Directivo do Instituto da Segurança Social, I.P, a quem solicitou a urgente adopção de medidas correctivas.

5. Em consequência, foi emitida por aquele Conselho Directivo, a Orientação Técnica n.º 25/05, de 2005.08.31.que dispôs no seguinte sentido:

“A. No âmbito da aplicação da legislação de segurança social, a referência a rendimento anual ilíquido corresponde, no caso de:

- a) Trabalhadores por conta própria abrangidos pelo regime simplificado, ao valor total dos rendimentos ilíquidos como tal declarados na respectiva declaração anual de rendimentos;
- b) Trabalhadores por conta própria que, por exigência legal ou por opção, possuam contabilidade organizada, ao valor total dos proveitos como tal indicados na respectiva declaração anual de informação contabilística e fiscal.

B. Para o ano de 2005, relevam como documentos de prova dos rendimentos anuais ilíquidos, no caso de:

- a) Trabalhadores abrangidos na alínea a) do item A antecedente, o Anexo B do Modelo 3, com a designação “RENDIMENTOS DA CATEGORIA B REGIME SIMPLIFICADO/ACTO ISOLADO;
- b) Trabalhadores abrangidos na alínea b) do item A antecedente, a Declaração Anual-Anexo I, com a designação “IRS-ELEMENTOS CONTABILÍSTICOS E FISCAIS (SUJEITOS PASSIVOS DE IRS COM CONTABILIDADE ORGANIZADA).

C. Quando ocorram alterações da legislação fiscal, conexas com a matéria que constitui o objecto da presente orientação, esta será revista, na medida do que se revelar necessário à sua actualização.”.

6. Em consequência da publicação da supra referida Orientação Técnica o processo foi arquivado na Provedoria de Justiça.

R-3791/04

Assessora: Mónica Duarte Silva

Assunto: Licença por maternidade alargada — aplicação no tempo e executabilidade da norma constante do art. 68.º, n.º 1, da Lei n.º 35/2004, de 29/07.

Objecto: Aplicação do regime constante do art. 68.º, n.º 1, da Lei n.º 35/2004, de 29/07 às licenças de maternidade que, à data da entrada em vigor do diploma, estivessem em execução. Montante do subsídio a pagar às trabalhadoras que optassem pela licença alargada.

Decisão: Foi entendido pela Provedoria de Justiça que a possibilidade de optar pela licença de maternidade alargada (150 dias) só era aplicável às licenças iniciadas após a entrada em vigor do diploma. Intervenção da Provedoria de Justiça com o intuito de acelerar a aprovação e publicação de diploma — o Decreto-Lei n.º 77/2005, de 13/04 — que, alterando o n.º 2, do art. 9.º, do Decreto-Lei n.º 154/88, de 29/04, determinou que nas situações em que o beneficiário opta pela licença alargada prevista no art. 68.º, n.º 1,

do Decreto-Lei n.º 35/2004, de 29/07, “*o montante diário dos subsídios de maternidade e de paternidade é igual a 80% da remuneração de referência*”

Síntese:

1. A interessada iniciou a respectiva licença por maternidade em 03.07.2004, antes, portanto, da publicação e entrada em vigor da Lei n.º 35/2004, de 29/07, cujo art. 68.º, n.º 1, prevê a possibilidade da licença por maternidade ser alargada em mais 25%.

2. Em queixa dirigida à Provedoria de Justiça pretendia a reclamante saber se, encontrando-se em execução a sua licença por maternidade à data da entrada em vigor do referido diploma, não poderia beneficiar da possibilidade de alargamento prevista no referido preceito.

3. Analisada a questão, a Provedoria de Justiça veio a concluir que o preceito em causa — art. 68.º, n.º 1, da Lei n.º 35/2004, de 29/07 — só era aplicável aos partos ocorridos após a entrada em vigor do diploma (29.08.2004). Com efeito, entendeu-se que, uma vez que a lei, por regra, só dispõe para o futuro (art. 12.º, n.º 1, do Código Civil), a decisão de conferir a determinada lei efeitos retroactivos ou de a fazer abranger certas situações que se encontrem em curso é uma decisão que cabe ao legislador, depois de devidamente ponderados os interesses em jogo e as implicações daí decorrentes.

No presente caso, o legislador entendeu não criar uma norma transitória que permitisse abranger as licenças por maternidade iniciadas antes da sua entrada em vigor. Por seu lado, o art. 6.º, n.º 1, do diploma em apreço, refere expressamente que “*Ficam sujeitos ao regime da presente lei os contratos de trabalho e os instrumentos de regulamentação colectiva celebrados ou aprovados antes da sua entrada em vigor, salvo quanto (...) aos efeitos de factos ou situações totalmente passados anteriormente àquele momento*”.

O facto de que depende a licença é o parto, sendo aquela um efeito directo deste facto (parto). Assim, a data relevante para a definição dos termos em que o direito se exerce é a data do parto.

A corroborar essa ideia, estipula o art. 68.º, n.º 2, que a trabalhadora que pretenda gozar a licença alargada — o qual contém um *carácter de excepcionalidade* já que a lei continua a considerar que a regra é o gozo da licença de 120 dias — tem que avisar o empregador até 7 dias após o parto de que pretende gozar a licença alargada.

4. Complementarmente, levantou-se no âmbito deste processo a questão da exequibilidade do direito previsto no art. 68.º, n.º 1, da Lei n.º 35/2004, de 29/07, já que o legislador remetia para a legislação da segurança social a determinação dos montantes devidos a título de subsídio por maternidade. Porém, a norma em apreço (art. 68.º, n.º 1) da regulamentação do Código do Trabalho não fora acompanhada de qualquer alteração legislativa ao nível do subsídio por maternidade, facto que comprometia, desde logo, a efectiva exequibilidade do direito de opção consagrado na referida norma.

5. Em face disso, o Provedor de Justiça formulou, em Outubro de 2004, especiais chamadas de atenção, respectivamente, à então, Secretária de Estado Adjunta do Ministro da Segurança Social, da Família e da Criança e ao, então, Secretário de Estado Adjunto e do Trabalho, no sentido de os alertar para os problemas da aplicação da referida disposição legal e, sobretudo, para a urgência da publicação da legislação da segurança social que enquadrasse devidamente o problema da atribuição do subsídio por maternidade face ao direito de opção entretanto consagrado.

6. Posteriormente, em 05.04.2005, foi feita nova insistência junto do Ministro do Estado e das Finanças e do Ministro do Trabalho e da Solidariedade Social, lembrando a urgência que a matéria revestia.

7. Em 13 de Abril de 2005, veio a ser publicado o Decreto-Lei n.º 77/2005, que regulou a matéria em causa, tendo determinado — por alteração introduzida na redacção do n.º 2, do art. 9.º, do Decreto-Lei n.º 154/88, de 29/04 — que nas situações em que o beneficiário optar pela licença alargada prevista no art. 68.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 35/2004, de 29/07, *“o montante diário dos subsídios de maternidade e de paternidade é igual a 80% da remuneração de referência”*.

R-3981/04

Assessora: Mónica Duarte Silva

Assunto: Fundo de Garantia Salarial — atrasos excessivos na apreciação dos requerimentos.

Objecto: Atraso excessivo do Fundo de Garantia Salarial na apreciação de requerimento para pagamento de créditos emergentes de contrato de trabalho.

Decisão: Após intervenção da Provedoria de Justiça foi resolvido o caso concreto, tendo, ainda, sido adoptadas medidas e procedimentos, por parte do Fundo de Garantia Salarial, no sentido de diminuir o número de processos pendentes e de reduzir o período de apreciação dos requerimentos.

Síntese:

1. A reclamante requereu, em 26.06.2004, o pagamento das retribuições asseguradas pelo Fundo de Garantia Salarial.

2. Em Setembro de 2004, estando largamente ultrapassado o prazo fixado no art. 325.º, n.º 1, da Lei n.º 35/2004, de 29/07 (30 dias), a interessada contactou os Serviços do FGS, tendo apurado que, atenta a falta de meios humanos, havia um atraso significativo na apreciação dos requerimentos, estando, em finais de Setembro, a ser apreciados os processos que ali haviam entrado em Dezembro anterior (9 meses antes).

3. Iniciada a instrução do processo, foi auscultado o Conselho de Gestão do Fundo de Garantia Salarial, tendo-se apurado que o caso concreto estava, entretanto, devidamente ultrapassado. No entanto, era confirmada a situação de atraso generalizado na apreciação dos requerimentos, justificada pelo aumento significativo dos requerimentos entrados, não acompanhado pelo necessário incremento ao nível dos recursos humanos.

4. Face a tal, o Provedor de Justiça dirigiu-se ao Secretário de Estado da Segurança Social, no sentido de o alertar para a situação em geral e, designadamente, para o facto de, em 19 de Outubro de 2004, se encontrarem pendentes de resolução 8149 processos. Nesse ofício foi, assim, solicitada informação acerca das medidas que a Secretaria de Estado da Segurança Social pensava adoptar com vista a imprimir a celeridade adequada à tomada de decisão sobre as pretensões apresentadas.

5. Respondendo ao solicitado, veio a Secretaria de Estado da Segurança Social a informar que, no seguimento do ofício da Provedoria de Justiça, a Presidente do Conselho de Gestão do Fundo de Garantia Salarial havia tomado a iniciativa de encetar contactos com o Instituto da Segurança Social, I.P., no sentido de, em conjunto, virem a ser tomadas medidas que permitissem reduzir o número de requerimentos pendentes para pagamento de créditos pelo FGS, nomeadamente, através da afectação temporária de mais recur-

solos humanos à apreciação dos requerimentos nos distritos em que o volume de pendências fosse mais elevado, bem como a constituição de uma equipa conjunta com o objectivo de proceder a uma análise mais exaustiva da situação e das medidas que, neste contexto devessem ser adoptadas.

6. Por outro lado, foram estabelecidos, no plano de actividades do FGS para o ano de 2005, como objectivos estratégicos, a diminuição do volume de processos pendentes e a redução do período de apreciação dos requerimentos. Para a prossecução destes objectivos — tendo por base o número de processos pendentes no final de 2004 e os elementos provisionais recolhidos junto dos centros distritais de segurança social —, foi prevista no referido plano de actividades de carácter extraordinário, a adopção de medidas excepcionais com vista a reduzir o volume e a duração das pendências nos distritos mais problemáticos (Braga, Porto Aveiro e Lisboa) e a implementação de um sistema de informação específico para o FGS.

7. O Concelho Directivo do ISS, I.P. emitiu, entretanto, a orientação técnica n.º 07/05 relativa à harmonização de procedimentos do Fundo de Garantia Salarial, que — visando a definição de competências atribuídas aos serviços do ISS, por um lado, e ao Presidente do Conselho de Gestão do Fundo, por outro — garantirá, previsivelmente, uma maior eficácia e celeridade nos procedimentos.

8. Face às medidas anunciadas, foi o processo arquivado na Provedoria de Justiça, estando, no entanto, prevista para Março de 2006, a reavaliação da situação junto das entidades competentes.

2.3.4. Pareceres

A — Sistema de protecção social

R-2756/05

Assessora: Helena Lancastre

Entidade visada: Fundação para a Ciência e Tecnologia

Assunto: Regime de protecção social dos bolseiros de investigação científica.

1. A reclamante solicitou a intervenção do Provedor de Justiça por entender que o regime de protecção social que abrange os bolseiros de investigação científica — o regime do seguro social voluntário — se afigura insuficiente e discriminatório face aos restantes trabalhadores.

1.2. Adicionalmente, questionou o procedimento que vinha sendo adoptado pela Fundação para a Ciência e Tecnologia em casos de ocorrência das eventualidades de maternidade ou doença no decurso de um contrato de bolsa, no sentido de que o período correspondente à suspensão da bolsa por motivo da verificação das referidas eventualidades deveria ser suportado pela segurança social.

1.3. Por último, clamou contra a alegada ausência de protecção relativa aos encargos familiares no âmbito do regime do seguro social voluntário.

2. Analisadas as questões, foi feito notar à reclamante, desde logo, que a equiparação da situação dos bolseiros de investigação científica à dos trabalhadores por conta de outrem não se afigurava desejável, nem tinha fundamento, pelas razões que lhe foram transmitidas nos seguintes termos:

A Lei n.º 40/2004, de 18 de Agosto, que aprovou o Estatuto do Bolseiro de Investigação veio, efectivamente, regular a protecção social conferida aos bolseiros, em termos que nos parecem adequados à natureza jurídica do vínculo de bolseiro.

Como se pode verificar, resulta do próprio diploma legal que a natureza do vínculo estabelecido por via da celebração de um contrato de bolsa não

gera qualquer relação jurídico-laboral, nem tão pouco de prestação de serviços (cfr. art. 4.º do Estatuto do Bolseiro).

Embora no âmbito daquele tipo de contrato os bolseiros exerçam a sua actividade sob o acompanhamento e supervisão de um orientador ou coordenador, essencial para o bom resultado do plano de actividades acordado, e em regime de dedicação exclusiva, a verdade é que não existe um verdadeiro contrato de trabalho em sentido técnico jurídico. Com efeito, a investigação que o bolseiro se obriga a desenvolver implica necessariamente que o mesmo fique submetido àquele poder de orientação ou fiscalização, considerando o interesse da entidade acolhedora e o objecto do próprio contrato. Daí que estes elementos, que também entram na caracterização do contrato de trabalho, façam igualmente pleno sentido no âmbito de um contrato de bolsa, não bastando, no entanto, para alterarem a natureza deste último, que permanece sempre distinto.

Trata-se de um tipo de contrato cuja natureza se aproxima da do contrato de formação profissional, o qual também não tem sido qualificado pela jurisprudência como contrato de trabalho.

Do mesmo modo, as importâncias pagas, quer aos bolseiros, quer aos formandos, também não constituem uma verdadeira retribuição, como no contrato de trabalho, mas sim um subsídio ou bolsa de investigação ou formação, com objectivos que não se confundem com os da retribuição. Com efeito, tal resulta desde logo da previsão, no próprio estatuto do bolseiro, da possibilidade de a entidade financiadora poder exigir a restituição das importâncias atribuídas, em caso de incumprimento reiterado e grave por parte do bolseiro.

Assim sendo, tratando-se de situações materialmente diferentes, não faz sentido equiparar a situação dos bolseiros à dos trabalhadores por conta de outrem, nem à de funcionários e agentes da Administração Pública.

Ainda a este propósito, impõe-se esclarecer que a consagração de um eventual direito de acesso ao subsídio de desemprego pressupõe a existência de uma relação de trabalho, o que, como se viu, não existe no caso dos bolseiros e, também não, refira-se, no caso dos formandos.

Não obstante, o diploma legal em causa não deixou de garantir uma protecção social adequada à situação do bolseiro. Por um lado, pretende evitar que aqueles que se encontram já vinculados por uma relação jurídica laboral, pública ou privada, e venham a adquirir a qualidade de bolseiros, fiquem prejudicados nos seus direitos, razão pela qual estabeleceu no n.º 2, do artigo 9.º, que os mesmos têm direito à contagem do tempo durante o qual

beneficiaram do respectivo Estatuto como *tempo de serviço efectivo*, com tudo o que isto significa ao nível da protecção social respectiva, cujas regras são diferentes consoante esteja em causa o regime previdencial público ou privado.

Por outro lado, assegurou também uma protecção social adequada àqueles que não se encontravam vinculados por qualquer tipo de relação laboral e, nessa medida, não estavam abrangidos por um regime obrigatório de segurança social, ao estabelecer, no artigo 10.º, a possibilidade de auto-vinculação ao regime do seguro social voluntário¹⁵⁰. Esta possibilidade decorria já da lei, nomeadamente do disposto no Decreto-Lei n.º 40/89, de 1 de Fevereiro, mas sem a obrigação para a instituição financiadora de suportar os encargos correspondentes à contribuição para o regime, tendo por referência o valor base de incidência estabelecido no 1.º escalão (remuneração mínima garantida).

De todo o modo, o diploma que regula o seguro social voluntário não impede que o bolseiro, ao inscrever-se neste regime, fixe uma remuneração convencional superior à remuneração mínima garantida à generalidade dos trabalhadores, a qual funcionará como base de incidência para efeitos de aplicação das taxas legalmente previstas. É óbvio, porém, que os custos adicionais decorrentes desta opção terão de ser suportados pelo próprio interessado, tal como acontece com a generalidade dos beneficiários deste regime, os quais, aliás, têm como encargo a totalidade da contribuição¹⁵¹.

Para além disso, a lei prevê já também a possibilidade de alteração, mediante requerimento do interessado, do valor base de incidência contributiva para o escalão imediatamente superior. Esta alteração, no entanto, está dependente da verificação cumulativa, à data do requerimento, de duas condições: a primeira, que tenham sido pagas contribuições no mesmo escalão

¹⁵⁰ O mesmo diploma prevê a obrigatoriedade de a entidade acolhedora ou financiadora efectuar um seguro de acidentes pessoais a favor do bolseiro, e não um seguro de acidentes de trabalho, o que se justifica pela diferente natureza do vínculo estabelecido com o bolseiro.

¹⁵¹ Note-se que, nesta matéria, o regime do seguro social voluntário apresenta alguma similitude com o dos trabalhadores independentes, sendo, porém, de assinalar que o enquadramento neste último regime é obrigatório e a base de incidência das contribuições, totalmente a cargo do beneficiário, foi recentemente aumentada, definindo-se como passo intermédio a elevação para 1,5 do valor da retribuição mínima mensal do salário convencional mínimo de desconto — cfr. Decreto-Lei n.º 119/2005, de 22 de Julho.

durante, pelo menos, vinte e quatro meses consecutivos; e, a segunda que o beneficiário tenha menos de 50 anos (art. 37.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 40/89, de 1 de Fevereiro).

No que, concretamente, respeita à questão da licença de maternidade ou à de baixa por doença na vigência de um contrato de bolsa, esclareça-se que as dúvidas levantadas pela reclamante quanto ao procedimento que tem sido adoptado nesta matéria pela Fundação para a Ciência e Tecnologia resultam, a nosso ver, de uma incorrecta interpretação do disposto no n.º 3, do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 40/2004.

Vejamos:

Determina esta disposição legal que “a suspensão a que se referem as alíneas f) e g) do n.º 1 efectua-se sem prejuízo da manutenção do pagamento da bolsa pelo tempo correspondente, reiniciando-se a contagem no 1.º dia útil de actividade do bolseiro após a interrupção”.

Em nosso entender, aquilo que o legislador pretendeu assegurar foi que o bolseiro não ficasse prejudicado no seu contrato de bolsa em virtude da ocorrência das eventualidades em análise, permitindo-lhe a suspensão das actividades financiadas durante o período em causa, com reinício da contagem do prazo contratual no 1.º dia útil de actividade após a interrupção, acompanhada do correspondente direito ao pagamento da bolsa.

Outra interpretação seria difícil de defender, pois as eventualidades em causa encontram-se já cobertas, consoante os casos, ou pelo regime do seguro social voluntário ou pelo regime de protecção social obrigatório pelo qual o bolseiro já se encontrasse abrangido.

Aliás, se alguma dúvida existisse quanto à interpretação que se defende, ela ficaria resolvida pelo n.º 2, do artigo 10.º do mesmo diploma, que ao estabelecer que “são cobertas pelo seguro social voluntário as eventualidades de invalidez, velhice, morte, maternidade, paternidade, adopção, doença e doenças profissionais cobertas pelo subsistema previdencial”, *transfere expressamente essa responsabilidade para a segurança social*.

Ou seja, só uma interpretação conjugada destes preceitos nos permite alcançar o pensamento e a verdadeira intenção do legislador. Com efeito, nunca o legislador quis consagrar uma cobertura sobreposta das eventualidades que nos ocupam, o que, aliás, contrariaria as disposições imperativas em

matéria de segurança social, de acordo com as quais não é permitida a acumulação de rendimentos com prestações imediatas destinadas a compensar temporariamente a perda desses mesmos rendimentos.

Acresce ainda referir que a Lei n.º 40/2004, ao revogar expressamente o Decreto-Lei n.º 123/99, que definia o anterior estatuto do bolseiro de investigação científica, afastou também a excepção consagrada no n.º 4 do artigo 5.º deste diploma, que previa o acréscimo do montante global da bolsa sempre que se verificasse a eventualidade da maternidade, em simultâneo com a percepção do subsídio de maternidade a cargo da segurança social. Tal cumulação, afigurava-se-nos, aliás, de discutível legalidade tendo em conta, nomeadamente, os princípios enformadores do subsistema previdencial consignados na Lei de Bases da Segurança Social.

No que concerne à questão das prestações familiares, importa esclarecer que aos bolseiros, tal como a todos os cidadãos nacionais e estrangeiros residentes em Portugal, é garantida protecção nos encargos familiares no âmbito do subsistema de protecção familiar, nas condições estabelecidas no Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de Agosto, através da atribuição das prestações de abono de família para crianças e jovens e do subsídio de funeral.

Na verdade, na sequência da autonomização do subsistema de protecção familiar, consignada na actual Lei de Bases da Segurança Social (Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro), aquele diploma veio definir e regulamentar a protecção conferida na eventualidade de encargos familiares. Neste novo enquadramento, o abono de família a crianças e jovens passou a constituir um direito próprio das crianças e jovens residentes em Portugal que preencham as condições de atribuição previstas na lei, não estando actualmente condicionado pela carreira contributiva dos respectivos ascendentes. Ou seja, a titularidade do direito ao abono de família é da própria criança ou jovem.

Assim sendo, a protecção relativa aos encargos familiares não está efectivamente, nem tinha que estar, coberta pelo seguro social voluntário.

3. Elucidada a reclamante em conformidade, foi determinado o arquivamento do processo, ao abrigo do artigo 31.º, n.º 1, alínea b) do Estatuto do Provedor de Justiça.

B — Doenças profissionais

R-334/04

Assessora: Helena Lancastre

Entidade visada: Caixa Geral de Aposentações

Assunto: Clarificação do âmbito pessoal do Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro, que estabeleceu o novo regime dos acidentes em serviço e das doenças profissionais ocorridas ao serviço da Administração Pública.

1. A reclamante, auxiliar de acção médica da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, apresentou uma exposição, através da qual reclamava do entendimento seguido pela Caixa Geral de Aposentações (CGA) no sentido de que o regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro não se lhe aplicaria.

2. Esclareça-se que a reclamante fazia parte do grupo de funcionários da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa que, nos termos do artigo 27.º, do Decreto-Lei n.º 322/91, de 26 de Agosto, que aprovou os respectivos Estatutos, optou por não transitar para o regime do contrato individual de trabalho.

3. Para instruir a sua reclamação, a reclamante deu a conhecer cópia de um ofício da Caixa Geral de Aposentações, e bem assim, das posições assumidas, sobre o assunto, pelo Centro Nacional de Protecção Contra os Riscos Profissionais, pela Direcção-Geral da Administração Pública e pela própria Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, todas elas em sentido oposto ao perfilhado pela CGA.

4. Naquele ofício, a CGA defendia que a aplicação do novo regime dos acidentes em serviço e doenças profissionais, aprovado pelo diploma já supra identificado, dependeria da verificação cumulativa de dois requisitos: a qualidade de subscritor da CGA e o exercício de funções na Administração Pública. Assim, considerando que a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, enquanto pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, era uma entidade privada que não integra a Administração Pública, embora colabore com a mesma, entendeu a Caixa que os respectivos trabalhadores não se encontravam abrangidos por este diploma, aplicando-se-lhes, em seu lugar, o regime aprovado pelo

Decreto-Lei n.º 100/97, de 13 de Setembro. Mais ali se refere que a essa conclusão “*não obsta o artigo 27.º dos Estatutos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, pois tal norma não teve por efeito cristalizar ou tornar imune a posteriores alterações o estatuto dos funcionários por ela abrangidos*”.

5. Por não concordar com argumentação expendida, a Provedoria de Justiça interveio junto da CGA perfilhando o seguinte entendimento:

“Até à publicação do Decreto-Lei n.º 322/91, de 26 de Agosto, o regime jurídico-funcional do pessoal da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa era o próprio da função pública. A partir da data da entrada em vigor deste diploma, ao seu pessoal passou a aplicar-se o regime do contrato individual de trabalho, o qual, porém, apenas se tornou obrigatório para o pessoal admitido após essa data.

Com efeito, tal é o que resulta da disposição contida no artigo 27.º do mesmo diploma, que expressamente salvaguarda todos os direitos e regalias de que seja titular o pessoal com vínculo definitivo à Misericórdia de Lisboa que não tenha exercido, no prazo estabelecido, a opção pelo regime do contrato individual de trabalho.

Entre esses direitos contava-se, naturalmente o direito à reparação dos danos emergentes de acidentes em serviço e doenças profissionais tal como ele se encontrava estabelecido para os funcionários e agentes da Administração Pública, nunca tendo, aliás, sido posta em causa a aplicação àquele pessoal do Decreto-Lei n.º 38.523, de 23 de Novembro, cujo âmbito de aplicação, de acordo com o respectivo artigo 1.º, abrangia “a situação dos servidores civis do Estado subscritores da Caixa Geral de Aposentações”.

Ou seja, o Decreto-Lei n.º 322/91, de 26 de Agosto não afastou qualquer direito já adquirido pelo pessoal com vínculo definitivo à Misericórdia de Lisboa, que não optou pelo regime do contrato individual de trabalho, como sucedeu com o caso da reclamante, tendo, em consequência, continuado a aplicar-se-lhes o regime previdencial público.

A situação não se alterou, a nosso ver, com a publicação do Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro, que procedeu à revogação do referido Decreto-Lei n.º 38.523, de 23 de Novembro, estabelecendo o novo regime dos acidentes em serviço e das doenças profissionais ocor-

ridas ao serviço da Administração Pública, cujo âmbito de aplicação pessoal é, em nosso entender, equivalente ao do regime revogado.

Em primeiro lugar, porque o objectivo do artigo 27.º dos Estatutos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa era essencialmente o de manter o pessoal com vínculo definitivo, que não tivesse optado pelo regime do contrato individual de trabalho, em situação equivalente à do funcionalismo público em geral no que respeita ao regime da previdência, incluindo naturalmente o regime dos acidentes em serviço e das doenças profissionais aplicável aos funcionários e agentes da Administração Pública. Nessa medida, aquele pessoal ficaria, como não poderia deixar de ser, sujeito às posteriores alterações que viessem a verificar-se neste regime, pelo que se defende que lhes deve ser aplicável o Decreto-Lei n.º 503/99, sob pena daquele preceito ficar esvaziado de conteúdo quanto a esta matéria.

Registe-se, ademais, que não está aqui sequer em causa a discussão sobre o âmbito de aplicação pessoal deste diploma, mas sim sobre a prossecução do objectivo consignado naquele preceito especial dos Estatutos da Misericórdia de Lisboa.

A argumentação expendida pela Caixa, no sentido de que aquele preceito dos Estatutos “não teve por efeito cristalizar ou tornar imune a posteriores alterações o estatuto dos funcionários por ela abrangidos”, apenas seria de admitir se se estivesse a defender a aplicação àquele pessoal do regime dos acidentes em serviço e das doenças profissionais vigente à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 322/91, de 26 de Agosto, que aprovou aqueles estatutos, ou seja, do regime constante no Decreto-Lei n.º 38.523, de 23 de Novembro, o que não é manifestamente o caso.

Em segundo lugar, porque a ser de outra forma, a situação da reclamante, bem assim como a do restante pessoal da Misericórdia de Lisboa que se encontre em circunstâncias idênticas, ficaria totalmente desprovida de protecção social no caso em apreço. Com efeito, não tendo a mesma optado pelo regime do contrato individual de trabalho e, nessa medida, sido enquadrada no regime geral de segurança social, não se vislumbra como possa agora aplicar-se-lhe o regime privado dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 100/97, de 13 de Setembro. De notar, para além do

mais, que a aplicação deste regime implicaria que, nos termos do artigo 37.º, a entidade empregadora tivesse transferido a responsabilidade pela reparação prevista nesta lei para uma entidade legalmente autorizada a realizar este seguro, o que não parece ter acontecido relativamente aos trabalhadores que não optaram pelo regime do contrato individual de trabalho.”.

6. Na sequência desta intervenção, a CGA alterou o entendimento que anteriormente defendia sobre a matéria, tendo passado a considerar que o regime dos acidentes em serviço e doenças profissionais previsto no Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro, é aplicável aos subscritores da CGA que não se encontram protegidos, relativamente àquelas eventualidades, por outro regime de protecção social.

7. Resolvida a questão de fundo subjacente à pretensão da reclamante, o processo foi arquivado.

C — Trabalho e emprego

R-4173/04

Assessora: Mónica Duarte Silva

Entidade visada: PT-Comunicações, S.A.

Assunto: Direitos dos Representantes dos Trabalhadores na Portugal Telecom — direito a prémios e progressões salariais e promoções por nomeação.

1. O presente processo teve em vista a apreciação de uma queixa apresentada pelo Sindicato dos Trabalhadores do grupo Portugal Telecom na qual este alegava que alguns dos seus dirigentes sindicais tinham sido discriminados pela PT, não lhes tendo sido atribuído o prémio relativo ao ano de 2003 — no âmbito do Sistema de Motivação e Desempenho (SMD) — devido às ausências ao serviço para o exercício da actividade sindical. Tal facto consubstanciaria, designadamente, uma violação do art. 453.º, alínea b), do Código do Trabalho.

2. Auscultada sobre o assunto, a entidade visada forneceu os elementos documentais e factuais necessários à apreciação da questão e sustentou a sua posição com os seguintes fundamentos: a) O SMD constitui uma liberalidade da empresa cujos critérios de atribuição só à respectiva gestão cumpre determinar; b) Tais prémios visam, não só premiar, como incentivar o efectivo contributo pessoal dos colaboradores para os resultados da empresa, no cômputo da sua actividade profissional, nos termos pré e expressamente definidos na competente Ordem de Serviço emitida pela empresa; c) A atribuição do SMD em 2003 dependeu do estabelecimento de indicadores e da avaliação do grau de cumprimento dos objectivos individuais ou de equipa, da avaliação qualitativa e da taxa de absentismo individual. Os trabalhadores em causa tinham uma taxa de absentismo muito superior ao estabelecido, pelo que não puderam receber o prémio.

3. Analisada a questão, a Provedoria de Justiça veio a dar razão à empresa, tendo sustentado a sua posição com os fundamentos que se transcrevem do ofício de elucidação oportunamente dirigido ao sindicato reclamante:

Desde logo se conclui não estar aqui em causa uma violação do preceituado no art. 453.º, alínea b), do Código do Trabalho. Com efeito, essa norma proíbe, considerando nulo, “(...) o acordo ou acto que vise (...) por qualquer modo prejudicar um trabalhador devido ao exercício dos direitos relativos à participação em estruturas de representação colectiva ou pela sua filiação ou não filiação sindical”. Pressupõe, assim, a referida norma, que o acto em apreço revista uma *concreta intenção* de prejudicar um trabalhador, ou grupo de trabalhadores, devido ao exercício dos seus direitos de participação em estruturas representativas de trabalhadores.

Analisado o teor da Ordem de Serviço n.º 57/03, de 29.07.2003 — que estabelece e regulamenta os incentivos integrados no Sistema de Motivação e Desempenho (SMD) — verifica-se que, pelos critérios de ponderação estabelecidos para atribuição do referido prémio — designadamente a avaliação do grau de cumprimento dos objectivos individuais ou de equipa e da avaliação qualitativa do trabalho prestado —, não pode o mesmo ser entendido como revestindo uma intenção de prejudicar qualquer trabalhador ou grupo de trabalhadores. Pelo contrário, visa justamente premiar *todos os trabalhadores* que hajam contribuído de forma relevante e eficaz para os resultados da empresa. Trata-se, pois, de uma motivação ao empenho pessoal e à assiduidade dos trabalhadores.

A questão que se coloca parece ser assim a de saber se é legítimo à empresa não considerar como tempo de serviço prestado (para efeitos da atribuição dos incentivos integrados no SMD), aquele em que, ainda que legitimamente, os trabalhadores estiveram ausentes em exercício dos seus direitos de participação em estruturas representativas de trabalhadores.

No que se refere às faltas previstas no art. 455.º, do Código do Trabalho, julgo não haver dúvidas de que é legítima a posição da empresa de, embora justificadas, as considerar para efeitos de desconto na assiduidade. Com efeito, a própria lei (art. 455.º, n.ºs 1 e 2), admite expressamente que embora tais ausências sejam justificadas e contem como tempo de serviço prestado, determinam a *perda da retribuição*.

Assim, facilmente se conclui não fazer sentido que, tendo o legislador permitido o desconto de tais faltas na retribuição — que constitui a obrigação por excelência da entidade patronal no âmbito da execução do contrato de trabalho e, como tal, é merecedora do mais elevado grau de protecção legal — não possa a entidade patronal contabilizar tais faltas quando está em causa a atribuição de um prémio que não corresponde a qualquer obrigação legal ou contratualmente fixada para a empresa.

Com efeito, será importante sublinhar que a criação do SMD constitui uma liberalidade da empresa, sem correspondência a qualquer direito a que os trabalhadores se possam arrogar e, consequentemente, a decisão da sua atribuição e os critérios em que tal atribuição assenta são, face à sua natureza, livre e discricionariamente fixados por aquela.

Por isso, afigura-se legítima a decisão da PT Comunicações, SA. de premiar aqueles trabalhadores que, tendo estado sempre presentes, contribuíram quotidianamente e de forma concreta para os resultados obtidos. Trata-se de premiar os trabalhadores que tenham sido efectivamente assíduos e reúnam as demais condições de atribuição dos incentivos estabelecidos no SMD, previamente fixadas, e não de sancionar aqueles que, embora justificadamente, tenham faltado ao trabalho.

Nesse sentido se pronunciou, aliás, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 1172/96, no qual se lê:

“Considera-se que o n.º 6 do art. 55.º da Constituição não impõe uma parificação total dos trabalhadores que exercem funções de direcção em associações sindicais, relativamente aos outros traba-

lhadores da mesma empresa, quando estejam em causa diferentes períodos de efectiva prestação de trabalho e no que toca à percepção da retribuição ou a atribuições patrimoniais que pressupõem a prestação de trabalho efectivo (...).

Não se vê, assim, que a norma seja inconstitucional quando interpretada no sentido de que o absentismo (lícito) do trabalhador por causa do exercício de funções sindicais afasta a obrigação de a entidade patronal pagar as remunerações referentes a ausências para além do crédito de horas e, muito menos, a de a obrigação de atribuir prestações não devidas destinadas a estimular a assiduidade e produtividade do trabalhador. De facto, seria desproporcionado pôr a cargo da entidade patronal o pagamento das retribuições e gratificações, sem quaisquer limites, não obstante a ausência do trabalhador, que é dirigente sindical, para assegurar as suas tarefas e funções sindicais”.

O que acima ficou dito vale de igual modo no que se refere ao crédito de horas previsto no art. 454.º, do Código do Trabalho. É certo que tais ausências, para além de justificadas, não determinam a perda de retribuição, e contam como tempo de serviço efectivo. Significa isto que os trabalhadores em causa não podem ser prejudicados no que se refere aos *direitos* que legal ou contratualmente lhes assistem e que dependam, nomeadamente, da assiduidade.

Mas, estando em causa uma liberalidade da empresa — *e não um qualquer direito ou regalia do trabalhador que dependa da assiduidade* — faz sentido que compita livremente àquela determinar as respectivas condições de atribuição, sendo, portanto, legítimo que estabeleça quais as ausências que devem ser consideradas relevantes para efeitos de assiduidade a ter em conta para atribuição dos incentivos em apreço.

Aliás, faço notar que todo o regime das faltas justificadas aponta nesse sentido. De facto, a lei estabelece (art. 230.º, n.º 1, do Código do Trabalho) que as faltas justificadas não determinam, por regra, a perda ou prejuízo de quaisquer *direitos* do trabalhador. Daqui se retira, desde logo, duas conclusões:

- 1.ª — A lei apenas quis proteger *os direitos* dos trabalhadores. Não abarcou, portanto, outras realidades que não possam consubsanciar verdadeiros direitos ou regalias. Ficam, assim, de fora as meras

expectativas do trabalhador, ainda que juridicamente relevantes (ex. a expectativa de promoção, eventuais pagamentos feitos livremente pela entidade patronal, etc.);

2.^a — A segunda conclusão, é a de que o legislador não quis estabelecer um princípio absoluto, prevendo desde logo algumas excepções (art. 230.º, n.º 2, do Código do Trabalho). Ou seja, ao próprio legislador não chocou a hipótese de certas faltas, mesmo justificadas, virem a determinar o prejuízo, ou mesmo a perda, de direitos tão relevantes como o é o direito à retribuição.

Resta acrescentar que existe uma inegável ligação entre assiduidade e produtividade. Efectivamente, não é possível produzir quando se está ausente. Assim, a situação em apreço — que faz depender a atribuição de um prémio de produtividade da plena ou quase plena assiduidade — também não contende com o *princípio da justiça*.

Face ao exposto, conclui-se que a decisão da PT — Comunicações, S.A. de utilizar o critério da assiduidade (ainda que justificada) como elemento de ponderação no Sistema de Motivação e Desempenho (SMD) é legítima.

2.3.5. Censuras, reparos, e sugestões à Administração Pública

A — Sistema de protecção social

R-2636/04

Assessora: Rita Cruz

Entidade visada: Centro Distrital de Segurança Social de Braga

Assunto: Anulação do pedido de reposição do abono de família — ineficácia da notificação para apresentação da prova anual de situação escolar.

Foi recebida na Provedoria de Justiça uma exposição através da qual o reclamante veio contestar a decisão do Centro Distrital de Segurança Social de Braga de suspender o pagamento do abono de família e o pedido de reposição dos meses indevidamente recebidos, com fundamento na apresentação extemporânea da prova anual da situação escolar do seu filho.

Alegava o reclamante que, em 10.12.2003, o Centro Distrital de Segurança Social de Braga lhe havia remetido um ofício-notificação *não datado e não assinado*, informando-o de que, nos termos do artigo 45.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de Agosto, se encontrava obrigado a devolver, no prazo de 10 dias úteis, a prova anual da situação escolar do seu filho, sob pena de perder o direito ao abono de família desde o início do ano escolar em curso até ao fim do mês em que fosse realizada a produção da prova. O reclamante veio alegar e provar já ter efectuado a prova da situação escolar do seu filho em 03.12.2003.

Atenta a ineficácia do ofício-notificação dirigido ao reclamante, nomeadamente por não cumprimento do disposto no artigo 68.º do Código do Procedimento Administrativo quanto aos elementos essenciais que devem constar do conteúdo da notificação, isto é, *identificação do procedimento administrativo incluindo a indicação do autor do acto e a data deste*, enten-

deu este órgão do Estado dirigir uma chamada de atenção ao Centro Distrital de Segurança Social de Braga no sentido de, no futuro, serem adoptados novos procedimentos no que concerne ao modo como são efectuadas as notificações, sob pena de ineficácia das mesmas.

Em resposta, o referido Centro Distrital veio informar que a posição defendida por este órgão do Estado havia sido acatada, tendo sido anulado o respectivo pedido de reposição do abono de família e reiniciado o pagamento da prestação familiar.

O reclamante foi elucidado em conformidade e o processo foi arquivado.

R-685/05
Assessora: Fátima Monteiro Martins

Entidade visada: Instituto da Segurança Social, I.P.

Assunto: Deduções nas prestações periódicas do valor excedente ao salário mínimo nacional por motivo de penhora.

Em 14.03.2005, foi dirigido ao antecessor de V. Ex.^a um ofício por parte deste órgão do Estado, através do qual lhe foi dado a conhecer o ofício enviado ao Centro Nacional de Pensões (CNP) a respeito do assunto em epígrafe.

Uma vez que o CNP é um serviço do Instituto da Segurança Social, I.P., no mesmo ofício foi ainda solicitada uma conjugação de esforços entre ambos e a adopção, por parte desse Instituto e no âmbito das suas competências, dos procedimentos convenientes que permitissem ultrapassar o problema detectado.

Até à presente data o Conselho Directivo desse Instituto, a que V. Ex.^a agora preside, não prestou ainda qualquer informação sobre o assunto a este órgão do Estado.

No entanto, foi recentemente recebida uma resposta do CNP, enviada através do ofício de 24.05.2005.

Da sua análise resulta que:

- a) o sistema de que o CNP actualmente dispõe não permite, sem ser manualmente, uma actualização das deduções nas pensões atenta

- a diversidade dos despachos judiciais sobre as penhoras nas pensões;
- b) o CNP, de qualquer forma, procura garantir os interesses da generalidade dos pensionistas, alertando o tribunal competente quando a dedução determinada judicialmente excede os limites estabelecidos;
 - c) as actualizações anuais das pensões servem sempre para aumentar a parcela da pensão não penhorada, sem alteração do valor da dedução mensal.

Ora, acontece que, não obstante o valor resultante dessas actualizações ser sempre adicionado à parcela da pensão não penhorada, o problema que foi identificado persiste, porque a actualização anual das pensões não acompanha necessariamente o aumento do salário mínimo nacional.

Em resultado, o aumento da pensão sem o acerto simultâneo da dedução mensal não permite aos pensionistas nestas circunstâncias o direito ao mínimo indispensável para a satisfação das suas necessidades básicas, como se pretende no âmbito do princípio da dignidade humana na nossa Lei Fundamental, de acordo com o qual foi proferida a deliberação de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 177/2002, publicado no D.R. I Série de 02.07.2002.

Essa situação verifica-se, aliás, claramente, com a reclamante, cujas pensões — é certo que por uma margem mínima — não totalizam presentemente o valor da remuneração mínima garantida, como deveria acontecer.

E se o CNP não deixa de alertar os tribunais competentes nas situações em que o montante mensal da dedução por penhora excede os limites estabelecidos, tal significa que, afinal, já intervém em alguns casos, ficando por esclarecer o motivo pelo qual não procede a uma actualização dos valores nos outros casos, sobretudo naqueles em que não há a necessidade de intervenção judicial, como no caso concreto em apreço, em que o despacho do juiz não fixou um valor para a dedução mensal mas determinou apenas a penhora *do valor que exceda o salário mínimo nacional*.

Conclui-se, por conseguinte, que a resposta prestada pelo CNP não é totalmente esclarecedora, permitindo-me ainda salientar que não foi dada resposta a todas as solicitações formuladas por este órgão do Estado, tendo ficado, designadamente, por informar se vão ou não ser tomadas medidas para corrigir esta situação e, na negativa, a motivação para que assim não aconteça.

Solicito, por conseguinte, a colaboração de V. Ex.^a para que seja prestada informação sobre o prosseguimento já conferido à questão por parte desse Instituto e quais as providências previstas adoptar ou já adoptadas no seu âmbito.

Caso o assunto não tenha sofrido qualquer evolução, mais solicito que seja feita a sua análise com brevidade e sejam comunicadas a este órgão do Estado as conclusões alcançadas.

NOTA: Em resposta, o Instituto da Segurança Social, I.P. veio informar estarem a ser promovidos estudos com vista a desenvolver a gestão das diversas deduções às prestações, incluindo as penhoras, e dever a situação concreta da reclamante ser revista para o valor disponível de pensão acompanhar a evolução do salário mínimo nacional.

R-1211/05
Assessora: Margarida Santerre

Entidade visada: Instituto da Segurança Social, I.P. (com conhecimento ao Secretário de Estado da Segurança Social)

Assunto: Falta de uniformidade de procedimentos, por parte dos centros distritais de segurança social, na aplicação do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 124/84, de 18 de Abril (pagamento de contribuições prescritas).

Em face da reclamação recebida neste órgão do Estado e subscrita pela Senhora D. ..., relativa ao indeferimento, por parte do Centro Distrital de Segurança Social de Viseu, do pedido de pagamento de contribuições prescritas, que a mesma teve ocasião de formular ao abrigo do Decreto-Lei n.º 124/84, de 18 de Abril, em 29.08.2003, entendi tornar-se necessária a presente intervenção junto de V. Ex.^a.

Com efeito e pretendendo pagar as contribuições relativas ao período *entre 1.11.1969 e 31.12.1974*, a interessada terá apresentado o correspondente pedido ao referido Centro Distrital e anexado os seguintes documentos:

- a) Certidão emitida, em 10.10.2003, pelo Chefe da Repartição de Finanças de Coimbra declarando que *“nesta data não é possível*

certificar o imposto profissional referente ao período entre 1969 e 1974 em virtude de já não existir arquivo referente a esses elementos nesta Repartição de Finanças de Coimbra”;

- b) Certidão emitida pela Repartição de Finanças de Coimbra comprovativa do início de actividade da entidade empregadora, ocorrido em 4.07.1969;
- c) Declaração da requerente, sob compromisso de honra, sobre a impossibilidade de apresentar documentos fiscais e mapas de pessoal;
- d) Declaração da entidade empregadora, sob compromisso de honra, sobre a impossibilidade de apresentar documentos fiscais e mapas de pessoal;
- e) Fotocópia do bilhete de identidade e do cartão de contribuinte da requerente.

Após apreciação do pedido, o CDSS de Viseu informou a ora reclamante da intenção de indeferir o mesmo, com base no facto de “*não terem sido apresentados os documentos previstos no artigo 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 124/84*”.

O seu requerimento veio a ser, de facto, indeferido em data posterior, já pelo CDSS de Coimbra, não obstante a reclamante ter invocado a impossibilidade de efectuar a prova legalmente exigida e de ter observado o disposto na deliberação do, então, Centro Regional de Segurança Social do Centro, datada de 28.08.2000, que procedeu à flexibilização do regime de prova do mencionado artigo 9.º. Nela se determina que, em caso de impossibilidade de efectuação da prova exigida taxativamente na lei, terá de ser feita prova alternativa e incontestável ao nível da autenticidade, por entidade patronal que prove a sua existência à data a que se refere a declaração.

Dessa decisão desfavorável interpôs a interessada recurso para o ISS (processo n.º ...), o qual se encontra, ao que se sabe, ainda em apreciação.

Com vista à fundamentação do mencionado recurso e como poderá V. Ex.^a comprovar pela leitura da documentação junta, a recorrente apresentou um acervo exaustivo de todos os pedidos de pagamento de contribuições prescritas deferidos, a partir de Setembro de 2000, quer pelo CDSS de Viseu, quer pelo CDSS de Coimbra, *com base nos mesmos elementos de prova por ela*

apresentados e, em certos casos até, com base em menos documentos ou documentos menos esclarecedores do que aqueles que a mesma teve ocasião de juntar ao seu pedido inicial.

Perante esta situação, impõe-se a minha intervenção, não tanto em defesa da pretensão da reclamante que se encontra pendente de decisão desse Instituto, mas sobretudo no que concerne à aplicação divergente do Decreto-Lei n.º 124/84, de 18 de Abril, que, na prática, tem vindo a ser feita pelos centros distritais de segurança social.

Com efeito, as várias reclamações que sobre este assunto têm chegado ao conhecimento do Provedor de Justiça evidenciam desigualdades e discriminações injustas e infundamentadas entre os beneficiários, tendo em consideração os diferentes procedimentos adoptados por cada centro distrital de segurança social ou, até, dentro do mesmo centro distrital, em função das interpretações mais ou menos flexíveis que vão sendo feitas do normativo que aqui nos ocupa.

Como V. Ex.^a por certo compreenderá, tal diferenciação de procedimentos afigura-se inadmissível, pelo que me permito chamar a especial atenção do Conselho Directivo desse Instituto, no sentido de, com toda a brevidade, serem adoptadas orientações para todos os centros distritais de segurança social relativamente à aplicação do referido artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 124/84, definindo cabalmente as condições e meios de prova que os interessados deverão reunir para poderem ver deferidos os respectivos requerimentos.

A este propósito, gostaria de recordar que foi, entre outros motivos, em face da rigidez e da exigência de prova introduzida por aquele diploma, que o legislador sentiu necessidade de estabelecer um regime menos gravoso que veio a vigorar até Dezembro de 1994, por aplicação do Decreto-Lei n.º 380/89, de 27 de Outubro.

Aliás, lê-se no respectivo preâmbulo o seguinte:

“A consagração legal da possibilidade do pagamento das contribuições prescritas concretizou-se através da publicação do Decreto-Lei n.º 124/84, de 18 de Abril e ficou condicionada, por um lado, à apresentação de determinados meios de prova do exercício da actividade invocada, aliás taxativamente estabelecidas, e, por outro lado, ao pagamento, por uma só vez, das correspondentes contribuições (...)

Da experiência da aplicação daquele diploma verificou-se que o seu campo de aplicação tende a ser restritivo, para dar resposta a todas as situações de desprotecção social decorrentes da falta de enquadramento no âmbito dos regimes de segurança social.

De facto, o rigor dos meios de prova documental exigidos torna em muitos casos impraticável a sua apresentação, principalmente, quando os períodos de actividade invocados são distanciados no tempo”.

Ou seja, por causa da inflexibilidade do Decreto-Lei n.º 124/84, veio a ser publicado o Decreto-Lei n.º 380/89, de 27 de Outubro, que estabeleceu a possibilidade de pagamento retroactivo, por parte dos interessados, de contribuições relativas a períodos de exercício efectivo de actividade profissional por conta de outrem ou por conta própria, e que admitia como meios de prova, não só declarações sob compromisso de honra dos requerentes sobre as actividades exercidas e os períodos de tempo a considerar, como também o recurso à prova testemunhal (cfr. artigo 9.º).

A vigência, durante cinco anos, daquela possibilidade de pagamento retroactivo de contribuições, em moldes tão facilitados, veio permitir a reconstituição legítima das carreiras contributivas de alguns beneficiários, mas também — importa não esquecer, propiciou, como se sabe, alguns abusos por parte de beneficiários menos escrupulosos.

Talvez por essa razão, uma vez caducado o prazo de vigência do Decreto-Lei n.º 380/89, nenhum Executivo demonstrou, posteriormente, disponibilidade para o repor em vigor ou para, em alternativa, aprovar um regime que acautelasse as situações de todos aqueles que, por uma ou outra razão, não puderam realizar aquele pagamento retroactivo de contribuições.

Supõe-se que, também por isso, terão os Serviços de Segurança Social sentido necessidade de aligeirar, progressivamente, os requisitos formais estabelecidos no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 124/84, tornando-o, dessa maneira, ainda mais propício a utilizações desvirtuadas, por parte dos interessados, do que o próprio Decreto-Lei n.º 380/89.

Com estas actuações, no momento actual deparamo-nos com uma aplicação anárquica e caótica daquele diploma, que tem permitido, em alguns casos, beneficiar requerentes que não logram fazer qualquer prova positiva de

uma alegada relação laboral e relativamente à qual não houve pagamento atempado de contribuições ¹⁵² e que, noutros casos, impede beneficiários, com provas concludentes e fiáveis de terem prestado trabalho, de usufruírem da prerrogativa do pagamento retroactivo de contribuições ¹⁵³.

Em face de todo o exposto, e em conclusão, compreenderá V. Ex.^a que se justifica a urgente intervenção do Conselho Directivo desse Instituto, no sentido de:

- a) Dirigir orientações a todos os centros distritais de segurança social, visando a uniformização dos procedimentos relativos à aplicação do artigo 9.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 124/84, de 18 de Abril, esclarecendo definitivamente quais os documentos ou meios de prova admissíveis, para o efeito do reconhecimento do direito ao pagamento retroactivo de contribuições;
- b) Tomar uma decisão final quanto ao recurso interposto pela Senhora D.

Estou certo de que o Conselho Directivo desse Instituto acompanhará as preocupações evidenciadas por este órgão do Estado sobre o assunto e não deixará de avaliar mais aprofundadamente a actuação dos diferentes centros distritais de segurança social quanto à aplicação do diploma legal em apreço.

Solicito que, com a brevidade possível, seja transmitido à Provedoria de Justiça o resultado das diligências realizadas com vista à resolução das questões suscitadas.

¹⁵² Refiro-me, quanto a este aspecto, aos casos de cidadãos que fundamentaram os pedidos em certidões de teor negativo, emitidas por Serviços Públicos de Finanças, de Segurança Social e tribunais, que se limitam a atestar a impossibilidade de emitirem certidões nos termos das alíneas a), b) e c) do artigo 9.º, n.º 1, por não disporem já dos correspondentes arquivos. Incluem-se aqui também todos aqueles interessados que interpuseram, recentemente, junto do Tribunal do Trabalho competente, acções declarativas de reconhecimento de determinados períodos de actividade, alegadamente, prestados para uma empresa, porventura, já inexistente ou inactiva e que vêm os seus intentos satisfeitos através da condenação dessa entidade empregadora no pedido, na sequência de falta de contestação por parte da mesma.

¹⁵³ Encontram-se nestas condições os interessados que dispõem de contratos de trabalho devidamente assinados, bem como de recibos de vencimento relativos às datas reclamadas, e que contam com a disponibilidade de colaboração das próprias entidades para as quais trabalharam, no sentido de atestarem a veracidade dos factos.

Aproveito, igualmente, o ensejo para comunicar que, nesta mesma data, dei conhecimento a S. Ex.^a o Secretário de Estado da Segurança Social do conteúdo do presente ofício, tendo suscitado, em complemento, a questão da necessidade de revisão legal do Decreto-Lei n.º 124/84, por forma a instituir-se um mecanismo de pagamento de contribuições prescritas mais consentâneo com a realidade actual, assente num regime de prova mais equilibrado e que não seja tão restritivo como aquele decorrente da versão literal do Decreto-Lei n.º 124/84, nem tão permissivo como aquele constante do Decreto-Lei n.º 380/89.

NOTA 1: Em resposta veio o ISS,IP informar que a matéria em questão se encontrava em análise, tendo em vista a harmonização de procedimentos e uma eventual revisão da legislação aplicável. Essa mesma harmonização veio, posteriormente, a ser lograda através da emissão, pelo Conselho Directivo daquele Instituto, das Orientações Técnicas n.º 36/05, de 24.11.2005 e n.º 37/05, de 22.12.2005.

NOTA 2: Por seu lado, o Secretário de Estado da Segurança Social acrescentou ter solicitado ao ISS, IP parecer sobre a necessidade, oportunidade e âmbito de uma eventual alteração ao Decreto-Lei n.º 124/84, de 18 de Abril e que, previamente à emissão desse parecer, fora decidido analisar os requerimentos de pagamento de contribuições prescritas já decididos pelos centros distritais de segurança social, com vista à avaliação dos constrangimentos causados pela actual legislação. Mais adiantou que, com base nos dados já disponíveis, se perspectivaria a necessidade de revisão do regime de prova do exercício da actividade profissional previsto no artigo 9.º, alínea c) do mencionado diploma.

R-4394/05

Assessora: Rita Cruz

Entidade visada: Instituto de Informática e Estatística da Segurança Social, I.P.

Assunto: Aplicação informática — subsistema de desemprego e subsistema integrado de conta corrente do beneficiário — SICC — falhas na migração de dados.

Através de uma exposição recentemente apresentada na Provedoria de Justiça, pela Senhora D. (...), foi possível apurar que o Centro Distrital de Segurança Social (CDSS) de Lisboa se encontra a efectuar deduções indevidas ao subsídio de desemprego devido à beneficiária.

Estão em causa a emissão de sucessivas guias de reposição que segundo alega a beneficiária já anteriormente lhe haviam sido descontadas.

Não obstante as sucessivas exposições apresentadas pela beneficiária junto daquele Centro Distrital, não foi possível, até à presente data, encontrar uma solução para este problema.

Não podendo permanecer indiferente a esta questão, tanto mais que se apurou existirem outros beneficiários afectados com o mesmo problema, procedeu-se, de imediato e em primeiro lugar, à auscultação do referido Centro Distrital, a quem foi solicitada a prestação de esclarecimentos. Em 28.11.05, o Núcleo de Desemprego do Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa remeteu a este órgão do Estado um ofício, informando o seguinte:

“Como julgo que é do conhecimento de V. Ex.^a o Instituto de Informática e Estatística da Solidariedade — IIES, desenvolveu o sistema informático da Segurança Social, nomeadamente o subsistema de desemprego e o Subsistema Integrado de Conta Corrente do beneficiário — SICC.

Na migração dos dados do sistema informático do Centro Distrital de Lisboa para o SICC, o IIES não teve em consideração algumas dívidas anuladas e/ou liquidadas.

Neste contexto existem diversas situações de beneficiários que após terem liquidado as suas dívidas vêm-se agora confrontados com as mesmas.

A Unidade de Informática deste Centro Distrital em articulação com o IIES, estão a diligenciar a resolução destas situações no mais curto espaço de tempo possível.” (sublinhados nossos)

Estes esclarecimentos foram reiterados pela Unidade Financeira do Centro Distrital de Segurança Social de Lisboa que mais invocou que a “*emissão indevida de guias de reposição e respectivas anulações, decorre de situações anómalas transitórias, da nova aplicação informática e migração de dados históricos para as mesmas a que, efectivamente, os beneficiários são alheios*”.

Foi igualmente informado pela Unidade Financeira do referido Centro Distrital que, no caso concreto em apreço, e enquanto não fosse encontrada uma solução definitiva para o problema em questão, todos os montantes inde-

vidamente deduzidos seriam restituídos à beneficiária através de pagamentos extraordinários e a título excepcional (emissão de cheques).

Ora, considerando que o Subsistema Integrado de Conta Corrente do Beneficiário (SICC) é de âmbito nacional, desconhece-se o universo de beneficiários dos diversos centros distritais de segurança social a quem esta situação possa estar, igualmente, a causar injustificados prejuízos.

Nessa medida, compreenderá V. Ex.^a que urge conhecer as medidas ou procedimentos já adoptados ou que se prevê que venham a ser adoptados para corrigir, em definitivo, todas as anomalias detectadas na aplicação informática, por forma a que os beneficiários não sejam prejudicados no acesso às prestações que lhe são devidas ou penalizados pela compensação ilegal e indevida com prestações sociais a que tem direito e que deixam de receber atempadamente.

Com efeito, competindo a esse Instituto assegurar um sistema integrado de informação que seja adequado às necessidades de gestão e operação do sistema de segurança social, que permita o pagamento pontual das prestações que são devidas aos beneficiários, não posso deixar de chamar a especial atenção de V. Ex.^a para a necessidade de adoptar todos os procedimentos necessários que, com a urgência que a situação impõe, permitam corrigir as deficiências detectadas no SICCC, por forma a que não sejam deduzidos nas prestações devidas aos beneficiários montantes de que os mesmos já não são devedores.

Efectivamente, nos termos do disposto no 24.º da Lei de Bases do Sistema de Segurança Social ¹⁵⁴, incumbe ao Estado “*garantir a boa administração do sistema público de segurança social (...)*”, estando vinculado, por isso, aos princípios enformadores do próprio Sistema, o *do primado da responsabilidade pública* — que impõe ao Estado “*o dever de criar as condições necessárias à efectivação do direito à segurança social e de organizar, coordenar e subsidiar o sistema de segurança social*” — e o *da eficácia* — que impõe a “*concessão oportuna das prestações legalmente previstas para uma adequada prevenção e reparação das eventualidades e promoção de condições dignas de vida*” —, previstos, respectivamente, nos artigos 15.º e 20.º da referida Lei de Bases.

¹⁵⁴ Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro.

Em face de todo o exposto, formulo a presente *chamada de atenção* na certeza de que esse Instituto estabelecerá uma adequada e célere articulação com o Instituto da Segurança Social, I.P., por forma a que, em tempo útil, seja resolvido este problema, o qual tem acarretado prejuízos injustificados para os beneficiários.

NOTA:

1) Na mesma data foi dirigido reparo de teor similar ao Presidente do Conselho Directivo do Instituto da Segurança Social, I.P..

2) Em 02.02.06 foi recebido ofício de resposta subscrito pelo Presidente do Conselho Directivo do IIESS no qual se informa que, aquando da migração dos dados do CDSS de Lisboa para o SICC (Sistema Integrado de Conta Corrente do beneficiário) não foram fornecidos todos os elementos correctamente, o que impediu que o SICC operasse de forma adequada. Contudo, tal situação foi entretanto ultrapassada, tendo o IIESS fornecido ao CDSS de Lisboa um instrumento que permite a correcção dos dados por forma a que se processem os pagamentos em falta.

R-4500/05

Assessora: Fátima Monteiro Martins

Entidade visada: Centro de Segurança Social da Madeira

Assunto: Regime de acesso ao direito e aos tribunais — apoio judiciário na modalidade de pagamento faseado — informação constante dos ofícios de notificação aos requerentes.

Este órgão do Estado recebeu a queixa de um reclamante que pretende reclamar créditos resultantes da cessação do seu contrato de trabalho com uma anterior entidade empregadora, e para cujo efeito requereu a concessão de apoio judiciário junto desse Centro de Segurança Social.

Através de toda a documentação pelo mesmo junta à sua queixa, foi possível apreciar todos os ofícios que foram remetidos ao reclamante por parte desse Centro, ou seja, o de 10.01.2005, que o notificou da intenção de indeferimento do pedido caso não fossem remetidos todos os elementos de prova necessários para a sua apreciação, o de 18.04.2005, que o notificou de nova intenção de indeferimento, por lhe ser legalmente permitido apenas beneficiar de apoio judiciário na modalidade de pagamento faseado, e finalmente o

de 03.08.2005, que lhe comunicou o indeferimento do seu requerimento de protecção jurídica.

Tendo, desde logo, verificado que o primeiro ofício apenas foi remetido ao reclamante decorridos mais de três meses desde a data da apresentação do requerimento, que deu entrada em 28.09.2004, importava, em primeiro lugar, apurar os motivos subjacentes a tão significativo atraso na tramitação do processo em causa, tendo em consideração que nos termos da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho estes processos administrativos devem ser concluídos dentro do prazo de 30 dias.

Através de auscultação telefónica dos serviços desse Centro de Segurança Social foi possível apurar que o atraso no processo do reclamante se ficou a dever aos constrangimentos e dificuldades que resultaram da aplicação do novo regime de acesso ao direito e aos tribunais, com a entrada em vigor da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, designadamente por não estarem devidamente dotados dos recursos necessários para cumprir os novos procedimentos dentro do prazo estipulado.

A este respeito, permito-me dar a conhecer a V. Ex.a a intervenção que o Provedor de Justiça entendeu por bem realizar junto do Instituto da Segurança Social, I.P. (ISS), na sequência dos atrasos que detectou na tramitação dos processos de concessão de protecção jurídica no Centro Distrital de Segurança Social do Porto, e dos obstáculos e entraves que constatou dificultarem a resolução da questão.

De facto, foi possível verificar que aquele Centro Distrital não dispunha dos meios necessários para poder dar cumprimento às novas exigências da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, designadamente de uma aplicação informática que permitisse a célere tramitação dos processos.

Por esse motivo, o Provedor de Justiça dirigiu ao Presidente do Conselho Directivo do ISS o ofício de 27.04.2005, chamando a atenção para diversas questões relacionadas com este assunto, a fim de que fossem adoptadas as providências para a resolução dos problemas que estivessem na origem dos atrasos, e fosse promovida a articulação com o Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça (ITIJ), responsável pela criação e adaptação da aplicação informática especificamente destinada ao cumprimento dos trâmites processuais resultantes da Lei em causa, e ao qual foi na mesma data dirigido ofício.

Presentemente, este órgão do Estado tem conhecimento de que a referida aplicação informática ainda não se encontra em produção, devido a defi-

ciências encontradas no seu funcionamento, estando a acompanhar a evolução dos trabalhos desenvolvidos.

Verifica-se, agora, que os constrangimentos detectados nos serviços do ISS se repetem nos do Centro de Segurança Social da Madeira, não obstante ter sido informado por esses serviços que, actualmente, o problema já se encontra controlado, desde que puderam dispor de algumas aplicações informáticas adequadas para o efeito, designadamente um simulador de cálculo, que possibilitou a regularização da tramitação processual em causa. De qualquer forma, foi apurado que ainda não é dado cumprimento ao disposto no n.º 4 do artigo 25.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho.

Compreenderá, assim, V. Ex.^a que ao dar-lhe conhecimento da chamada de atenção oportunamente formulada ao Conselho Directivo do ISS, se esteja assim a transmitir a preocupação do Provedor de Justiça relativamente a esta matéria, bem como a necessidade de actuação no sentido da disponibilização dos recursos humanos e técnicos indispensáveis ao bom funcionamento dos serviços e ao cumprimento das diversas disposições legais da referida Lei.

Mas a análise do caso concreto do reclamante, em particular a apreciação do segundo ofício que lhe foi enviado, permitiu a este órgão do Estado verificar também que o Centro de Segurança Social da Madeira, ao comunicar-lhe a possibilidade de aceder ao apoio judiciário apenas na modalidade de *pagamento faseado*, não lhe prestou outras informações senão as do valor e periodicidade do pagamento das prestações.

Na verdade, a informação prestada naquele ofício, que resulta decerto de uma minuta pré-elaborada por parte dos serviços desse Centro, não permite ao seu destinatário conhecer quaisquer condições relacionadas com o *pagamento faseado* para poder decidir se aceita esta modalidade, e nem mesmo se tem direito à nomeação de patrono que por ele poderá ter sido pedida no seu requerimento.

É certo que os requerentes de apoio judiciário devem conhecer a lei, mas também aos serviços compete prestar as informações necessárias para que possam adequadamente exercer os seus direitos.

Ora, tomando como exemplo o caso concreto do reclamante em causa, verifica-se que na data em que o mesmo recebeu o referido ofício de 18.04.2005, já se encontravam extintos os seus créditos laborais, podendo ter sido relevante para a sua opção de aceitação ou não do pagamento faseado, o conhecimento de que esta modalidade não excluía, antes contemplava, a

nomeação de patrono oficioso pela Ordem dos Advogados e o pagamento dos seus honorários, e ainda de que a acção judicial que por este fosse intentada no âmbito do apoio judiciário seria considerada como proposta na data da apresentação do requerimento, e portanto antes da extinção dos créditos que pretendia reclamar, como resulta do disposto no artigo 33.º, n.º 4 da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho.

Por outro lado, também se afigura como condicionante o conhecimento, por parte dos requerentes, de que o pagamento faseado das prestações tem um limite, podendo ser suspenso após um determinado montante, como resulta do artigo 13.º da Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de Agosto.

Permito-me, por conseguinte, solicitar a V. Ex.^a que seja ponderada a necessidade de alteração do texto da minuta dos ofícios que comunicam aos requerentes de apoio judiciário a intenção de indeferimento do seu pedido por lhes ser apenas possível beneficiar da modalidade de pagamento faseado, de modo a que do mesmo passe a constar informação que dê a conhecer, designadamente:

- a) que esta modalidade constitui “*pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo, de honorários de patrono nomeado e de remuneração do solicitador de execução designado*”, e portanto não exclui a nomeação de patrono, sendo esclarecidos os direitos que lhes assistem;
- b) que, caso se pretenda intentar acção em tribunal, esta se considerará proposta na data em que foi apresentado o pedido de nomeação de patrono;
- c) que o pagamento faseado das prestações poderá ser suspenso nos termos do disposto no artigo 13.º da Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de Agosto.

Tendo em consideração que o apoio judiciário requerido pelo reclamante, na modalidade de nomeação de patrono, se destinava a intentar acção judicial no Tribunal do Trabalho, e que aos trabalhadores assiste o direito ao patrocínio pelo Ministério Público, nos termos do artigo 7.º do Código do Processo do Trabalho, este órgão do Estado não pôde deixar de reflectir em um outro aspecto que se encontra também relacionado com a informação prestada aos requerentes de apoio judiciário: a necessidade de os que se encontram na

situação do reclamante serem informados da possibilidade daquele patrocínio oficioso.

Com efeito, e retomando o caso concreto do reclamante, verifica-se que o mesmo — é certo que novamente por desconhecimento da lei — apenas requereu o patrocínio do Ministério Público cerca de um ano depois de ter requerido o apoio judiciário, e quando os seus créditos laborais já se encontravam extintos (06.10.2005), o que motivou a recusa do seu pedido.

Ora, muito embora seja pressuposto que a apresentação do requerimento da referida modalidade de apoio judiciário resulte de uma ponderação e de uma opção do requerente por este tipo de protecção, relativamente à que poderia ser conferida pelo patrocínio do Ministério Público, por certo em algumas, senão muitas, das vezes esta possibilidade legal não é conhecida.

Deste modo, permito-me ainda solicitar a V. Ex.^a que esta situação seja considerada, e ponderada a possibilidade de inclusão no texto dos ofícios remetidos aos requerentes de apoio judiciário, na modalidade de nomeação de patrono para intentar ou intervir em acção judicial de âmbito laboral, a informação de que, nos termos do artigo 7.º do Código de Processo do Trabalho, lhes assiste também direito ao patrocínio oficioso por parte do Ministério Público, podendo, para o efeito, dirigir-se aos serviços do mesmo no Tribunal do Trabalho competente.

NOTA: Em Janeiro de 2006, foi apurado informalmente junto do Gabinete Jurídico do Centro de Segurança Social da Madeira que as sugestões formuladas haviam sido acolhidas e que já estavam a ser adoptadas as medidas necessárias à sua concretização.

R-1697/05
Assessora: Fátima Monteiro Martins

Entidade visada: Centro Distrital de Segurança Social do Porto
Assunto: Funcionamento do Serviço de Verificação de Incapacidades Temporárias.

Venho agradecer junto de V. Ex.^a a colaboração prestada a este órgão do Estado, no âmbito da instrução do processo referenciado, e informar que o mesmo foi, nesta data, arquivado.

Não posso, no entanto, deixar também de chamar a atenção de V. Ex.^a para a actuação irregular do Serviço de Verificação de Incapacidades Temporárias (SVIT) desse Centro Distrital de Segurança Social (CDSS), no âmbito do processo do reclamante, que poderá estar a repetir-se também em outros processos, com o consequente prejuízo de diversos beneficiários.

De facto, verifica-se que na situação concreta do reclamante, como aliás é reconhecido no ofício de resposta desse Centro Distrital, houve efectivamente o incumprimento do disposto no artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 360/97, de 17 de Dezembro, ou seja, a intervenção da Comissão de Reavaliação decorreu fora do prazo de 30 dias estabelecido por aquele diploma para esse efeito.

Não obstante este órgão do Estado, no ofício dirigido a V. Ex.^a, ter solicitado informação sobre o fundamento do atraso verificado na intervenção da referida Comissão, e sobre se se verificam outros casos similares, esse CDSS não prestou qualquer esclarecimento nesse sentido.

Assim, também essa omissão, mas sobretudo a actuação irregular do SVIT não pode deixar de merecer um reparo por parte deste órgão do Estado, não apenas pelo incumprimento da lei e pelo desrespeito dos princípios a que, como serviço da Administração Pública, os seus agentes se encontram adstritos, mas em particular pelos direitos e interesses que são afectados.

É certo que este órgão do Estado não tem, no presente momento, conhecimento sobre se se verificam atrasos na intervenção da comissão de reavaliação em outros processos de certificação da incapacidade temporária para o trabalho pendentes nesse CDSS, como aconteceu com o do reclamante.

Não obstante, e de qualquer forma, permito-me fazer notar com particular ênfase que uma tal actuação pode pôr em causa, sobretudo a subsistência dos beneficiários, uma vez que lhes suspende o seu rendimento durante um período em que poderão estar efectivamente incapazes temporariamente para o trabalho e, portanto, sem outra possibilidade de economicamente se sustentarem.

Deste modo, e sob pena de comprometer direitos fundamentais dos cidadãos, esse Centro Distrital de Segurança Social deverá providenciar no sentido de adoptar medidas que permitam prevenir a verificação, no futuro, de novos atrasos na intervenção das comissões de reavaliação nos processos em que venham a ocorrer as situações previstas nas alíneas *a)* e *b)* do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 360/97, de 17 de Dezembro.

Certo de que V. Ex.^a não deixará de dar a melhor atenção a todo o exposto e de providenciar em conformidade, solicito que sejam comunicadas a este órgão do Estado as medidas que forem implementadas e os resultados com as mesmas alcançados.

NOTA: Em resposta, o Centro Distrital de Segurança Social do Porto veio informar que, não obstante a Segurança Social estar empenhada na reformulação e actualização do seu sistema informático, ainda não existe um módulo informático que permita a articulação entre as aplicações informáticas das incapacidades temporárias para o trabalho e o serviço de verificação de incapacidades, instrumento fundamental para que sejam detectadas as situações irregulares face ao movimento que registam. De qualquer forma, não deixaram de adoptar medidas para fazer face às situações irregulares que são encontradas, para garantirem que não sejam comprometidos os direitos fundamentais dos cidadãos.

B — Habitação social

R-626/05
Assessora: Isabel Pinto

Entidade visada: GEBALIS, Gestão dos Bairros Municipais de Lisboa, E.M.
Assunto: Atraso na apreciação de pedido de inclusão em título de cedência de fogo municipal.

Tenho por referência as informações prestadas por V. Ex.^a a este órgão do Estado, as quais muito agradeço.

Em razão das informações prestadas e, bem assim, da documentação que lhe está anexa, observa-se que o interessado vem requerendo junto dessa empresa a sua inclusão no título de cedência do fogo municipal, acima identificado, designadamente, por requerimentos datados de Outubro de 2004 e de Janeiro de 2005, sem que até à presente data tenha obtido resposta desses Serviços, alegadamente pelo facto do respectivo processo de realojamento nunca ter sido enviado pela autarquia à Gebalis.

Acontece ainda que da troca de informações que ocorreu entre estes Serviços e o Gabinete da então Vereadora da Habitação Social se apurou que

o processo em falta não estaria igualmente à guarda da autarquia, a qual o vinha solicitando a essa empresa.

Independentemente de o referido processo poder ter, ou não, desaparecido, o certo é que o município não pode ficar, por esse motivo, prejudicado no direito que lhe assiste de ver apreciada a sua pretensão e de obter uma decisão sobre o assunto em tempo útil.

Assim sendo, afigura-se imprescindível que se proceda de imediato à reconstituição do processo em causa e, sobretudo, que se proceda à urgente avaliação da pretensão do município.

Atento o exposto, solicito a V. Ex.^a se digne promover as diligências necessárias ao esclarecimento dos pedidos insistentemente formulados pelo município, informando-o da decisão que vier a ser adoptada.

Solicito ainda a V. Ex.^a se digne dar conhecimento a este órgão do Estado do teor da resposta que vier a ser remetida ao interessado.

NOTA: Foi prestada resposta pela Gebalis, a qual veio satisfazer a pretensão do interessado, tendo-o incluído, na qualidade de coabitante autorizado, no título de cedência do fogo municipal.

C — Trabalho e emprego

R-1015/04

Assessora: Mónica Duarte Silva

Entidade visada: Instituto da Segurança Social, I.P.

Assunto: Não aceitação, pelos Centros de Emprego, da inscrição, como candidatos a emprego (nos termos e para os efeitos dos arts. 61.º, n.º 2 e 65.º, n.º 1, b) do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14/04), de cidadãos estrangeiros cuja autorização de permanência em território nacional se encontrava a ser apreciada, no âmbito de um processo de prorrogação, junto dos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras.

Como será do conhecimento de V. Ex.^a, a Provedoria de Justiça foi, no passado ano, confrontada com algumas queixas relativas à actuação de Centros de Emprego (IEFP) que se recusavam a aceitar a inscrição, como candidatos a emprego (nos termos e para os efeitos dos arts. 61.º, n.º 2 e 65.º, n.º 1, b) do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14/04), de cidadãos estrangeiros cuja autorização de permanência em território nacional se encontrasse a ser apreciada, no âmbito de um processo de prorrogação, junto dos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras.

Da supra mencionada recusa de inscrição nos Centros de Emprego, resultava a *impossibilidade de tais beneficiários acederem às prestações de desemprego a que tinham direito*, já que a atribuição de tais prestações sociais dependia (e depende) da prévia inscrição dos interessados como candidatos a emprego no Centro de Emprego da respectiva área de residência (artigo 61.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14/04).

Do acima exposto resultou a negação do acesso desses trabalhadores estrangeiros às prestações de desemprego a que legalmente tinham direito, situação que se mostrava, a todos os níveis, inaceitável.

Nesta perspectiva, foram efectuadas diversas diligências por parte dos meus Serviços junto, nomeadamente, do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) e do Instituto do Emprego e Formação Profissional (IEFP), tendo em vista a resolução do problema.

O Conselho Directivo do IEFP acolheu a sugestão formulada pela Provedoria de Justiça, tendo emitido orientações para os respectivos serviços, nomeadamente, no sentido de permitir a inscrição nos centros de emprego aos “(...) cidadãos estrangeiros não comunitários, desde que reúnam os demais requisitos para o efeito e sejam detentores do recibo de marcação válido, para renovação ou prorrogação do respectivo título, emitido pelo SEF”.

Na sequência da alteração de procedimentos adoptada pelo IEFP, a Provedoria de Justiça não deixou de alertar aquele Instituto para a necessidade de serem acautelados os dois casos concretos que haviam sido objecto das reclamações que me foram dirigidas.

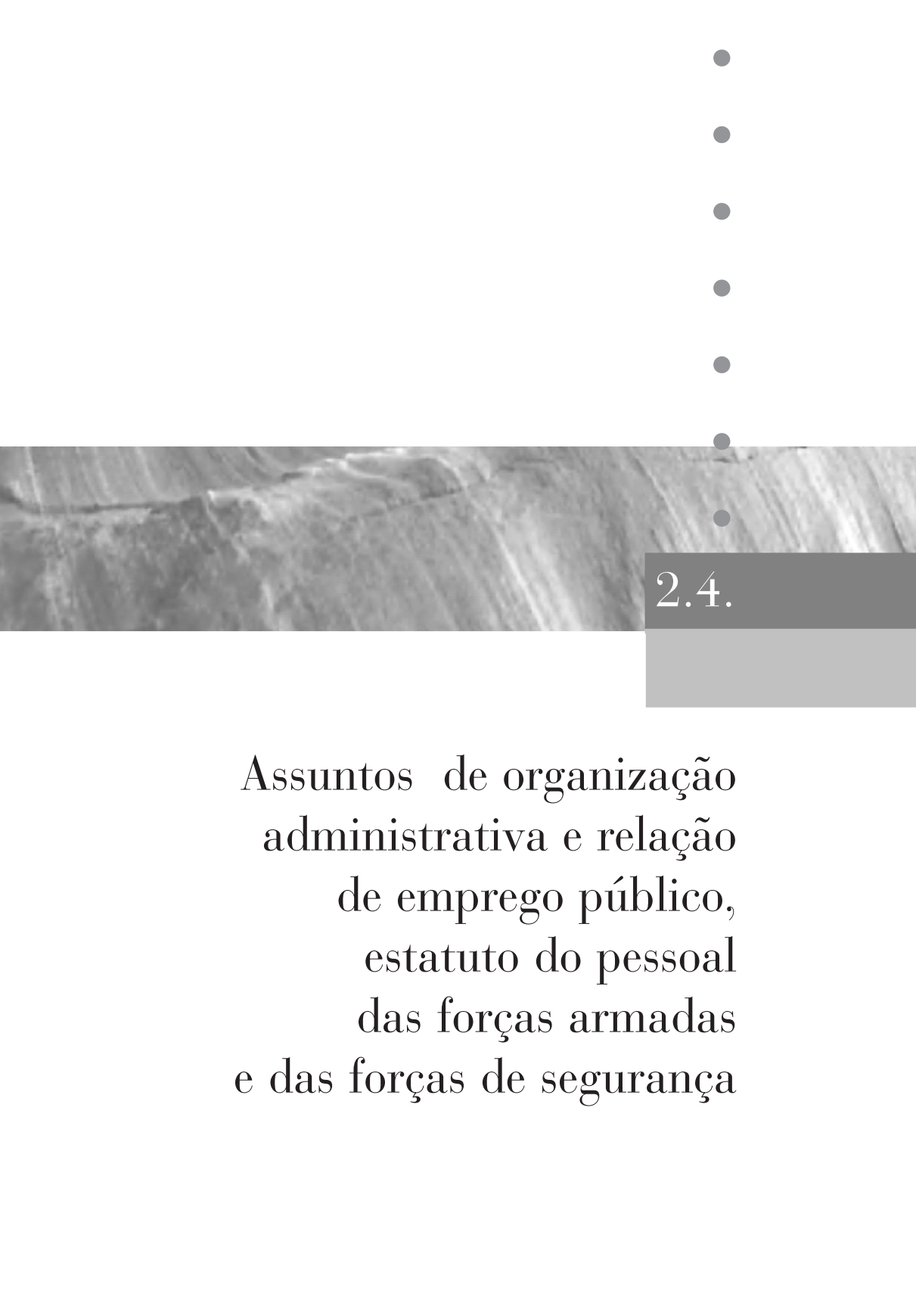
O Conselho Directivo daquele Instituto acolheu também esta sugestão, tendo determinado a inscrição dos dois reclamantes nos respectivos centros de emprego com efeitos reportados à data em que tal inscrição havia sido recusada aos interessados.

Posteriormente, os centros distritais de segurança social de Setúbal e de Lisboa informaram a Provedoria de Justiça de que os dois casos concretos haviam sido, entretanto resolvidos, o que me apraz registar.

Julgo, não obstante, que só será plenamente atingida a visada justiça no presente caso, se as situações em que cidadãos estrangeiros, aos quais, em igualdade de circunstâncias, foi indevidamente recusada a respectiva inscrição nos centros de emprego a que se dirigiram — e, por conseguinte, não puderam aceder às prestações de desemprego a que legalmente tinham direito — vierem a ser favoravelmente resolvidas à semelhança dos dois casos concretos supra indicados, *desde que, obviamente, se verifiquem os demais requisitos para a atribuição da prestação social em causa.*

Com efeito, será de supor que aqueles que, entretanto, tenham visto negada tal possibilidade e, consequentemente, tenham sido impedidos de aceder às prestações de desemprego, ao terem conhecimento da recente alteração de procedimentos adoptada pelo I.E.F.P. — consubstanciada na possibilidade da inscrição nos centros de emprego dos cidadãos estrangeiros cujos processos de autorização de permanência/residência se encontrem a aguardar prorrogação —, *venham agora solicitar* a reanálise dos seus casos (junto do IEFP e do CDSS da respectiva área de residência) e a respectiva rectificação com efeitos reportados à data dos factos de que dependia o acesso ao direito em apreço.

Essa aspiração, para além de compreensível, parece-me justa. Assim, entendo como conveniente que sejam adoptadas por V. Ex.^a, as medidas necessárias para que todos os que, integrando a situação supra exposta e caso o solicitem, vejam devidamente reanalisada a respectiva situação.



2.4.

Assuntos de organização
administrativa e relação
de emprego público,
estatuto do pessoal
das forças armadas
e das forças de segurança

Provedor-Adjunto de Justiça:

Conselheiro Macedo de Almeida (até 18 de Setembro)
Jorge Silveira (desde 19 de Setembro)

Coordenador:

Alberto Amaral

Assessores:

Ana Neves
Elisa Morgado
Jorge Castelo Branco
Maria Namorado
Maria José Castello-Branco
Graça Fonseca (até 14 de Março)
Fátima Almeida (até 14 de Março)
Ana Sofia Firmino (desde 20 de Junho)
Mário Pereira (desde 8 de Junho)

2.4.1. Introdução

I

1. A movimentação processual na área relativa a assuntos de organização administrativa e relações laborais no âmbito da Administração Pública, durante o ano de 2005, traduziu-se num total de processos pendentes e transitados para o ano de 2006 de 315 ¹⁵⁵, tendo sido abertos ao longo do ano 658 processos novos e reabertos 48 processos, dos quais 10 correspondentes a 2005 e os restantes a anos anteriores.

2. Muito embora se não verifique uma variação significativa em número de processos novos abertos comparativamente a anos anteriores ¹⁵⁶, já no ano a que se reporta o presente relatório se conseguiu pôr termo a um número significativo de processos que se encontravam ainda pendentes de anos anteriores. Com efeito, do número total de processos arquivados em 2005 — 866 — respeitavam ao ano de referência 464 processos, e a anos anteriores 402 processos.

3. Não variou significativamente neste ano a natureza e tipologia das queixas apresentadas, como se pode constatar do mapa anexo. Continuam a apresentar alguma incidência as matérias relativas a concursos para pessoal docente dos ensinos básico e secundário, embora em número inferior ao dos dois últimos anos, sendo que o número total de queixas contra os vários serviços e organismos do Ministério da Educação apresenta uma percentagem — 36% — relativamente elevada em relação ao conjunto das queixas da função pública apresentadas ao Provedor de Justiça, mas inferior à de 2004 ¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Dos 315 processos pendentes no final do ano de 2005, 202 respeitavam a processos novos abertos no próprio ano e 113 respeitavam a anos anteriores.

¹⁵⁶ No ano de 2004 o número de processos novos abertos foi de 701.

¹⁵⁷ No ano de 2004 o número de queixas apresentadas ao Provedor de Justiça por pessoal do Ministério da Educação foi superior a 50% do total das queixas relativas àquele ano.

4. Poder-se-á dizer que o número relativamente elevado de funcionários num determinado departamento ministerial parece ser, só por si, elemento essencial para aferir o índice de conflitualidade, já que a gestão tende a ser mais massificada. Com efeito, a simples leitura dos dados estatísticos parece apontar nesse sentido. Para além do Ministério da Educação, em termos de grupos profissionais, assume alguma relevância o número de queixas formuladas por profissionais da PSP ¹⁵⁸, bem como por funcionários da Direcção-Geral dos Impostos ¹⁵⁹ ou do Instituto da Segurança Social, IP ¹⁶⁰.

5. Já no que toca ao pessoal dos serviços e organismos dependentes ou tutelados pelo Ministério da Saúde, ainda que quantitativamente as respectivas queixas representem mais de 9% do total de 2005 — 64 —, estão neste número incluídos, de um forma geral, a maioria dos grupos profissionais da saúde, não existindo, propriamente, uma entidade especificamente visada, como se verifica em relação ao Ministério da Educação. Com efeito, a generalidade das queixas abrange, de uma forma atomística, sobretudo, hospitais e outros estabelecimentos de saúde. E a esta situação de atomicidade não é estranha a natureza jurídica que passaram a assumir os hospitais, já que, configurando-se como sociedades anónimas de capitais públicos e com o regime de contrato individual de trabalho, tornaram-se autónomos em matéria de gestão dos recursos humanos. Com efeito, nesta medida, quer se trate de regime de função pública (grupo fechado) quer se trate de contrato de trabalho, só em casos esporádicos se torna necessária a intervenção dos serviços centrais do Ministério da Saúde ¹⁶¹.

6. Das tomadas de posição do Provedor de Justiça traduzidas em Recomendações formais ou outras formas de intervenção, ressalta a Recomendação n.º 1/A/2005 ¹⁶², o estudo efectuado a propósito da reclassificação e reconversão profissionais constantes do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, e a necessidade de qualificação dos recursos humanos da

¹⁵⁸ 25 queixas, num total de 37 formuladas contra diversos serviços e organismos do MAL.

¹⁵⁹ 21 num total de 48 formuladas contra serviços e organismos do Ministério das Finanças e da Administração Pública.

¹⁶⁰ 22 no total de 26 formuladas contra serviços e organismos do Ministério do Trabalho.

¹⁶¹ Bastará referir que o conjunto de queixas contra hospitais e centros saúde representa mais de 50% das queixas na área da saúde.

¹⁶² Não acatada pelo Secretário de Estado da Educação.

Administração Pública, dirigida ao Secretário de Estado da Administração Pública ¹⁶³.

7. Tem-se acentuado o número de queixas motivadas, nomeadamente, pela ausência de aplicação do novo regime de avaliação de desempenho, tendo em conta, particularmente, as expectativas decorrentes da possibilidade de progressão nos escalões, pela falta de fundamentação em sede de procedimento de selecção para efeitos de contratação através de contrato individual de trabalho, bem como, de uma forma geral, as relativas a questões decorrentes da aplicação de algumas disposições do Código do Trabalho e respectiva regulamentação à função pública, especificamente, ao não pagamento da remuneração em relação a dias de falta para efeitos de assistência à família ¹⁶⁴. Em contrapartida, mantêm-se sem grande variação, as queixas relativas à actuação dos júris em matéria de concursos, em geral, bem como a omissão ou a intenção da Administração no que concerne ao indeferimento dos pedidos de reclassificação profissional ou reconversão profissional.

8. No decurso do ano foram abertos, por iniciativa do Provedor de Justiça, três processos relativos ao regime da substituição e comissão extraordinária de serviço constante do Decreto-Lei n.º 427/89, (P-04/05), à situação decorrente das deliberações tomadas pelos órgãos autárquicos relativa às regras de progressão contidas na lei para o pessoal auxiliar (P-06/05) e à omissão do dever de regulamentar o disposto no art. 25.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, no que toca à definição de categorias que, no âmbito da administração directa do Estado, podem ser objecto de recurso ao regime de contrato individual de trabalho (P-10/05). Encontra-se em sede de estudo, visando proposta de alteração legislativa, o primeiro dos processos, estando os outros dois, em sede de avaliação junto das entidades visadas, ou ainda aguardando a colaboração de terceiras entidades.

9. Não se alterou, substancialmente, o quadro das entidades visadas em 2005, quer relativamente à preponderância das queixas, quer relativamente à forma de proceder quando questionadas pela Provedoria de Justiça.

¹⁶³ Aguarda resposta.

¹⁶⁴ No domínio da legislação vigente até à data da entrada em vigor do Código do Trabalho e respectiva regulamentação, tais faltas eram, no âmbito da função pública, equiparadas a faltas por doença do próprio e como tal remuneradas.

Efectivamente, neste aspecto, as entidades mais questionadas pelo Provedor de Justiça são os serviços e organismos dependentes ou tutelados pelo Ministério da Educação, atento ao que atrás se deixou referido (ponto 3).

II

Da generalidade das queixas formuladas ao Provedor de Justiça não decorre directamente uma especial relação entre estas e a organização administrativa. Muito embora as questões em matéria de organização administrativa tenham uma incidência indirecta nas questões laborais, podendo traduzir-se, nomeadamente e por efeito de reestruturação de serviços, na violação do princípio de ocupação efectiva, o que se tem verificado é que, por efeito do regime de instalação de alguns serviços, geraram-se situações indesejáveis no que concerne à actividade profissional dos seus funcionários e agentes, particularmente nos casos em que os efeitos daquele regime perduram inexplicavelmente no tempo, sem que a Administração tenha procedido à publicação dos respectivos quadros de pessoal. Se bem que se não evidencie no quadro anexo esta questão — a mesma apresenta-se qualificada de modo diverso, particularmente como violação do dever de regulamentar — nem a mesma conste ainda do presente relatório (o processo ainda continua em instrução) — o que é certo é que permanece inexplicavelmente por resolver a questão do pessoal não docente dos institutos politécnicos.

Nestes termos, importa referir, de entre o conjunto das matérias com maior incidência nesta área da Provedoria de Justiça, as questões relativas a concursos, evidenciando uma actuação dos respectivos júris nem sempre conforme com os princípios constitucionais por que a Administração Pública deve pautar a actuação, as relativas a remunerações bem como às situações geradoras de pedidos de reclassificação e reconversão profissionais.

A — Concursos

1. Em matéria de concursos, e para além da especificidade da carreira docente dos ensinos básico e secundário, importa referir, em primeiro lugar, que as questões suscitadas se prendem com a violação dos princípios da

proporcionalidade e por essa via da igualdade de oportunidades no acesso a emprego público. Nos processos R-3503/04 e R-3964/04 ¹⁶⁵ constatou-se a adopção, no âmbito do Ministério da Saúde, de uma prática de, através do mecanismo concursal — concursos internos gerais de ingresso — procurar colocar em centros de saúde pessoal de enfermagem que, nos mesmos, já tinha aí exercido funções, por via da admissão ao concurso de pessoal detentor de categoria que dificilmente se pode considerar como de ingresso na carreira (enfermeiro graduado). Embora não estivesse em causa a relevância dada à experiência profissional, o que importava averiguar era se a mesma respeitava ou não o princípio da proporcionalidade e por essa via o princípio da igualdade. Constatou-se, assim, que a excessiva relevância dada à experiência profissional em centros de saúde violava o princípio da proporcionalidade e por essa via o da igualdade de condições para acesso a emprego público.

2. Em outros processos chamou-se a atenção da entidade visada (R-751/05 e R-1133/05) para a falta de fundamentação da decisão por que o júri terá optado na “escolha do candidato que melhor corresponda ao perfil fixado”, por violação do princípio de audiência prévia e por se entender que o carácter discricionário na escolha que a entidade visada sustentava não significava uma decisão juridicamente livre, mas antes uma decisão sujeita ao princípio da legalidade, ou seja, balizada pelo critérios constantes do art. 21.º da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro.

3. Em processo em que foi visada a Câmara Municipal de Penafiel (R-866/05), formulou-se reparo à autarquia pelo facto de, em sede de concurso externo de ingresso, se terem violado os princípios da proporcionalidade, igualdade e imparcialidade, bem como o da fundamentação exigível, já que o júri valorou determinados factores de ponderação sem prévia determinação de critérios a utilizar para aferir a relevância de cada um deles, por um lado, e, por outro, pela ausência de critérios para aferir a “identidade de funções” às do lugar a prover, desprezando assim a experiência profissional e “outras capacitações adequadas”, o que conduziu a que o percurso profissional dos candidatos fosse circunscrito à experiência na Câmara Municipal.

4. Além dos processos atrás citados, em que se verificou a violação de princípios gerais aos quais a Administração se encontra constitucionalmente

¹⁶⁵ Inseridos na parte relativa a censuras e reparos à Administração.

vinculada, importará referir ainda os casos em que a mesma, em sede de concurso, excluiu da admissão ao mesmo um cidadão estrangeiro por se não comprovar que fosse detentor de habilitação mínima exigida para o provimento do cargo a concurso — escolaridade obrigatória (R-2430/05), muito embora o mesmo fosse detentor de título académico de nível superior, devidamente reconhecido por instituição nacional credenciada para o efeito. Não ponderou a entidade visada, que um documento com estas características comprova inequivocamente que foram reconhecidos estudos de nível superior, cuja validade também é consagrada no sistema educativo português. A Lei de Bases do Sistema Educativo, ao estabelecer um percurso sequencial de natureza obrigatória, só podendo ter acesso ao ensino secundário os detentores do 3.º ciclo do ensino básico e ao superior os detentores de um diploma de nível secundário, permite concluir que o reconhecimento da habilitação do reclamante inclui o percurso escolar descrito, pelo que aquela, ao proceder à sua exclusão, limitou injustificadamente o direito de acesso a cargo público constitucionalmente garantido.

5. Muito embora o Tribunal Constitucional tenha declarado, com força obrigatória geral, inconstitucional a norma da alínea *d*) do n.º 1 do art. 82.º do Estatuto da Aposentação relativo à extinção da situação de aposentação por perda da nacionalidade portuguesa (Acórdão n.º 72/02), bem como a inconstitucionalidade da norma contida na alínea *a*) do n.º 1 do art. 22.º do Estatuto da Carreira Docente que incluía entre os requisitos de admissão a concurso a nacionalidade portuguesa, no processo de queixa dirigida ao Provedor de Justiça (R-3558/05) chamou-se a atenção da Câmara Municipal do Cartaxo para o facto de esta ter procedido à abertura de procedimento concursal para contratação a termo em que um dos requisitos de admissão era a posse de nacionalidade portuguesa.

6. Não pode deixar de se fazer referência, ainda, a processo (R-4714/05) relativo a concurso aberto pela Câmara Municipal de Pinhel ¹⁶⁶, em que se chamou a atenção do presidente da edilidade já que, no concurso em causa, se detectou a violação do direito fundamental de acesso à função pública tendo este, em resposta a este órgão do Estado, declarado a nulidade do mesmo.

¹⁶⁶ Arquivado apenas no ano de 2006.

B — Remunerações

1. Encontra-se em instrução desde o ano 2000 (R-4584/00) queixa apresentada por uma associação sindical da classe médica contra o Ministro da Saúde relativa à deficiente transposição da Directiva n.º 93/104/CE, relativa à duração de trabalho, uma vez que não foi salvaguardada a situação dos médicos abrangidos pelo direito público ¹⁶⁷, já que, face ao disposto no Decreto-Lei n.º 73/90, 6 de Março, só a realização de mais de doze horas de trabalho extraordinário por semana dependerá do acordo dos médicos de clínica geral ou da carreira hospitalar resultando, assim, a possibilidade de realização de um horário semanal de 54 horas ¹⁶⁸.

2. Desde que a queixa deu entrada na Provedoria de Justiça, até ao momento, verificou-se a alteração do quadro normativo quer ao nível interno ¹⁶⁹, quer ao nível comunitário ¹⁷⁰. Não obstante as alterações mencionadas e o facto de o Ministério da Saúde ter detectado, desde 2002, a existência de situações de eventual violação da directiva, nada foi feito para resolver a situação ao longo dos quatro anos que, entretanto, decorreram.

3. Assim, continuando em instrução o processo, o Provedor de Justiça chamou a atenção do Ministro da Saúde no sentido de proceder à alteração da posição entretanto assumida ¹⁷¹, já que não se poderia admitir a reiterada violação da directiva em causa.

¹⁶⁷ A directiva citada, ao impor uma duração máxima de trabalho de 48 horas em média por semana incluindo as horas extraordinárias, foi transposta para o direito interno e aplicável apenas às relações privadas de trabalho, atendendo a que no âmbito da Administração Pública já existiam os mecanismos legais destinados a operar a aplicação imediata da directiva. No entanto, não curou a Administração da Saúde de estabelecer os mecanismos internos destinados à classe médica, através de circular orientadora nesse sentido.

¹⁶⁸ Tendo em conta o horário de trabalho de médicos em regime de exclusividade de 42 horas e a imposição legal de 12 horas de trabalho extraordinário.

¹⁶⁹ A nível interno foi publicada a Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprovou o Código do Trabalho.

¹⁷⁰ Actualmente encontra-se em sede de discussão a alteração a esta última directiva.

¹⁷¹ A posição que os vários ministros da Saúde vinham sustentando decorria essencialmente do facto de as alterações entretanto verificadas ao nível da organização hospitalar — transformação dos hospitais em sociedades anónimas com contratação dos médicos através de contrato individual de trabalho — bem como da circunstância de se prever para breve a alteração da directiva em causa, particularmente no que respeita ao período e forma de compensação do trabalho efectuado para além das 48 horas semanais, desaconselharem, na sua perspectiva, a adopção de qualquer medida a nível interno.

4. A atribuição de suplementos, particularmente de suplementos por ónus de função inspectiva, tem dado origem a queixas ao Provedor de Justiça, nomeadamente no que concerne à não atribuição deste suplemento a quem, sendo inspector, não se encontra, de facto, no desempenho de funções próprias da actividade inspectiva (R-4255/03), bem como as decorrentes de funções de acompanhamento de inspectores que parece não envolverem funções inspectivas susceptíveis de implicar um ónus específico desta actividade (R-5112/04).

5. No primeiro caso, está o facto de uma reclamante se ter queixado ao Provedor de Justiça da eventual atribuição de suplemento de função inspectiva ao pessoal oriundo desta categoria profissional que se encontrava provido, a título transitório, em cargo diverso, face ao entendimento manifestado por este órgão de Estado, em relação à sua própria situação ¹⁷², de que não tinha direito ao suplemento por ónus da actividade inspectiva, atendendo ao facto de se não encontrar a desempenhar funções correspondentes a esta actividade.

6. No segundo caso está a situação decorrente dos serviços de fiscalização do Instituto da Segurança Social IP, e do pessoal vinculado à função pública que no mesmo exerce funções de forma idêntica às do pessoal de inspecção.

7. Trata-se de situação gerada pela aplicação indevida ao Instituto da Segurança Social IP, do regime contido no Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril, tendo em conta as alterações efectuadas em sede de Lei Orgânica do ISS pelo Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, ao regime de pessoal ¹⁷³. Efectivamente, não parece curial que o legislador tivesse tornado extensivo o regime contido no Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril ¹⁷⁴,

¹⁷² A reclamante dirigiu-se ao Provedor de Justiça queixando-se de que, pelo facto de se encontrar provida em comissão, em cargo com conteúdo funcional diverso do exigido para a actividade inspectiva, não lhe ter sido abonado o suplemento por ónus desta actividade.

¹⁷³ O Decreto-Lei n.º 316-A/2000 estabeleceu como regime regra das relações laborais o contrato individual de trabalho, mantendo-se o regime de função pública para o pessoal pertencente a este e que não pretendesse transitar para o contrato de trabalho. Para além destes dois regimes subsiste, no âmbito do ISS, pessoal ainda abrangido pelo regime da Portaria n.º 193/99, relativo aos trabalhadores oriundos das antigas caixas de previdência.

¹⁷⁴ O Decreto-Lei n.º 112/2001 ao estabelecer o regime jurídico de enquadramento das carreiras de inspecção na Administração pública e a atribuição de um suplemento de 22,5%, tendo em conta o ónus da função inspectiva, tornou a sua aplicação dependente da existência de carreiras de inspecção nos serviços e organismos aos quais mesmo fosse extensivo.

através do Decreto Regulamentar n.º 22/2001, de 26 de Dezembro, em momento em que o regime de função pública, no instituto em questão, já era meramente residual e não existia uma carreira de inspecção. Por outro lado, da criação da carreira de inspecção, ainda que baseada numa actividade fiscalizadora da instituição, limitou-se ao pessoal que, encontrando-se no exercício de funções de fiscalização em determinados períodos constantes do regulamento atrás referido, não abrangeu pessoal que tinha já exercido as mesmas funções, nem o admitido, posteriormente, para a fiscalização mas que não tem o estatuto e as remunerações de inspector.

8. Chamou-se a atenção do Governo para a necessidade de adequar os estatutos do ISS ao n.º 2 do art. 2.º da Lei n.º 4/2004, de 15 de Janeiro, já que a mesma reserva o exercício de funções de fiscalização, bem como o exercício de poderes de autoridade à administração directa do Estado. Mesmo que assim não fosse, considerou-se que o Decreto Regulamentar n.º 22/2001, de 26 de Dezembro, criou indevidamente carreiras de inspecção que extravasam o objectivo do ISS, originando situações de desajustamento funcional, instabilidade organizativa e desequilíbrios estruturais face à própria Inspecção-Geral do Ministério do Trabalho.

9. Em processo em que foi visado o Estado-Maior da Armada (R-578/04) os reclamantes solicitavam a intervenção do Provedor de Justiça no sentido de virem a ser abonados pela entidade visada de uma remuneração suplementar criada por Despacho Conjunto do CEMGFA/MFA — 220/81, de 2 de Setembro de 1981, já que, numa situação semelhante à sua, o Tribunal Central Administrativo já havia decidido que era devido o pagamento correspondente à diferença entre as remunerações efectivamente percebidas entre 1989 e 1996 e aquelas que deveriam ter sido percebidas de acordo com o valor actualizado da remuneração suplementar.

10. Entendeu a Provedoria de Justiça não apoiar a posição do reclamante, tendo em conta o fundamento do indeferimento do pedido pela entidade competente, mas frisando que a remuneração a que o mesmo se referia teria sido erradamente qualificada, pela Administração Militar, como suplemento em 1989/90, aquando da transição para o novo regime retributivo aprovado pelo Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho e legislação complementar. Efectivamente, deveria a mesma ter sido considerada, não como suplemento, mas integrada na nova remuneração indiciária, sendo o somatório destas duas partes qualificado como remuneração base dos funcionários,

acrescida de eventual diferencial de integração de valor correspondente à diferença entre a remuneração indiciária e o montante global auferido.

11. Efectivamente, aquando da transição do pessoal para as novas remunerações estabelecidas pelo Decreto-Lei n.º 99/95, de 19 de Maio, já se procedeu a uma qualificação da remuneração em causa como integrando a remuneração e não já como suplemento.

C — Reclassificação e reconversão profissionais

1. A introdução do regime de reclassificação e reconversão profissionais visou flexibilizar o rígido sistema de carreiras instituído pelo Decreto-Lei n.º 191-C/79, de 25 de Junho, em que o factor habilitação académica desempenhava um papel essencial no ordenamento das carreiras, sendo a este estranho, como princípio, qualquer forma de ascensão profissional que não tenha como base aquela habilitação ou, para dizer melhor, uma determinada habilitação académica. Nesta medida, o legislador passou a contemplar no Decreto-Lei n.º 41/84, de 3 de Fevereiro, uma forma de reclassificação e reconversão profissional¹⁷⁵. Contudo, o sistema existente não era susceptível de operar de forma adequada, ainda que de natureza excepcional, as mudanças consideradas necessárias, atendendo ao excessivo rigor formal de que padecia. Estabeleceu-se, assim, um mecanismo de reclassificação e reconversão profissional que permitisse responder às necessidades de gestão dos recursos humanos de uma forma expedita. Neste sentido foi publicado o Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro.

2. O regime contido no diploma atrás mencionado, ainda que de forte pendor discricionário por parte da Administração, para além de conter soluções que não indiciam, necessariamente, situações de desajustamento funcional ínsito ao princípio da reclassificação profissional — a possibilidade de reclassificação profissional pelo simples facto de se terem adquirido habilita-

¹⁷⁵ A reclassificação já era então estabelecida para mudança de carreira em que se exigia a mesma habilitação académica do que a prevista para a categoria de origem do funcionário, enquanto que a reconversão profissional era estabelecida para as situações de funcionários que não fossem detentores das habilitações académicas previstas para a carreira para a qual se efectuasse a reclassificação.

ções de nível superior — apresenta outras susceptíveis de permitir práticas de favor indesejáveis a uma correcta gestão de recursos humanos. Assim, no primeiro caso, importa referir o descrito no presente relatório (R-629/05), em que a Administração fundamentava a reclassificação profissional de um funcionário no facto de o mesmo ter adquirido habilitações de nível superior e, quanto ao segundo caso, a pretendida reclassificação (R-1839/04) ter sido efectuada para a carreira de informática ao abrigo de disposição transitória da lei, que já tinha caducado. Assim, e não obstante os interessados operarem, na sua qualidade de administrativos, programas informáticos estabelecidos para a sua actividade normal, considerou-se que a actividade desenvolvida por estes se integrava na carreira de informática, pelo que foram os mesmos indevidamente reclassificados para esta carreira.

3. O número relativamente elevado de queixas dirigidas ao Provedor de Justiça sobre as questões de reclassificação e reconversão profissional, a adopção deste mecanismo por parte dos serviços, utilizando-o, em muitos casos, em detrimento do concurso como forma normal para efeitos de provimento em cargo diverso, a posição tomada pela DGAP quanto a esta matéria, considerando inviável o regime de reconversão profissional se o trabalhador não fosse detentor da escolaridade mínima estabelecida na lei para o ingresso na função pública, conduziu a Provedoria de Justiça à elaboração de estudo de fundo quanto ao regime de reclassificação e reconversão profissional ¹⁷⁶.

4. Assim, partindo da premissa de que o sistema de formação profissional actualmente vigente não deve, por si só, responder às necessidades formativas dos agentes do Estado e de outras entidades públicas, parece necessário avaliar, particularmente no que concerne aos trabalhadores com uma formação escolar mais débil, os conhecimentos adquiridos ao longo da vida, como forma de garantir o exercício sustentado de novas funções em carreira diversa, deixando assim de se estimular uma formação profissional que não tem como objectivo o desiderato atrás apontado. Carece, assim, de reformulação o sistema actualmente vigente, que teoricamente deveria permitir o suprimimento da falta de habilitações literárias ou profissionais, para efeitos de reconversão, através da substituição da lógica da formação estabelecida “*a priori*”, pela análise da sua necessidade. Acresce, por outro lado, e à guisa de algumas

¹⁷⁶ Inseto no Relatório em “Pareceres”.

conclusões, que só a não coincidência entre o conteúdo funcional da carreira na qual o funcionário se encontra provido e as funções efectivamente exercidas, quando prolongada no tempo ¹⁷⁷, de fora efectiva e contínua, será susceptível de gerar uma redefinição do objecto da prestação de trabalho.

D — Conteúdo funcional

1. Mereceu ainda intervenção do Provedor de Justiça a situação dos fiscais de obras das autarquias locais (R-2831/03) em comunicação dirigida ao Secretário de Estado Adjunto e da Administração Local. Efectivamente, os interessados, fiscais de obras das autarquias locais, solicitaram a intervenção do Provedor de Justiça no sentido de serem reposicionados na categoria de fiscal municipal de obras, já que os detentores desta categoria, pertencendo ao grupo de pessoal técnico profissional, exerciam as mesmas funções que os fiscais de obras ¹⁷⁸.

2. Feita a instrução do processo junto da Secretaria de Estado da Administração Pública, a DGAP entendeu não se justificar qualquer medida em relação à situação decorrente de categorias distintas de pessoal autárquico, com conteúdos funcionais sobrepostos ¹⁷⁹, uma vez que a categoria de fiscal municipal seria a extinguir com a transição destes fiscais para a polícia municipal. Contudo, entendeu este órgão do Estado dever manifestar posição diversa, já que a questão da eventual existência de duas categorias profissionais com conteúdos funcionais parcialmente sobrepostos, relevava apenas de aspectos gestionários que terão conduzido as autarquias locais a colocar os detentores de categoria de fiscal municipal e de fiscal de obras no exercício da mesma função.

¹⁷⁷ Convém salientar que a reclassificação ou reconversão profissional não está sujeita a qualquer condicionalismo temporal.

¹⁷⁸ Os fiscais de obras pertencem ao grupo de pessoal auxiliar.

¹⁷⁹ Os conteúdos funcionais de fiscal municipal e de fiscal de obras constam dos despachos SEALOT n.º 38/88 e n.º 20/SEALOT/94 publicados, respectivamente, in DR, II Série, n.º 22, de 26/01/89 e DR II Série, n.º 110, de 12/05/94. Dos mesmos verifica-se que os conteúdos funcionais apenas coincidem no que concerne à fiscalização de obras.

3. Assim, uma vez que a questão já se arrasta há mais de vinte anos, procedeu a Provedoria de Justiça à análise da evolução legislativa nesta matéria, que apontou no sentido de uma clara diferenciação funcional entre as duas categorias de pessoal, pelo que se sugeriu ao Secretário de Estado Adjunto e da Administração Local a eliminação da descrição do conteúdo funcional sobreposto em relação às duas categorias profissionais, já que convinha eliminar, dentro do possível, a causa que possibilitava as autarquias locais a recrutar *“indiscriminadamente, fiscais de obras ou fiscais municipais para tarefas idênticas, sendo que, no primeiro caso, se verifica a economia de meios financeiros”*, conforme referia a DGAP. Entendeu-se não poder a Administração fazer prevalecer as dificuldades funcionais ou constrangimentos financeiros, para vincular os funcionários em causa, de forma permanente ao exercício de funções correspondentes à sua categoria, sem a correspondente remuneração, sob pena de violação do princípio geral de proibição de enriquecimento injusto ¹⁸⁰.

III

O comportamento das entidades visadas não tem sido uniforme na prestação de esclarecimentos solicitados para a instrução dos processos, sendo certo que, normalmente, são raros os serviços ou organismos públicos a responder com presteza ao Provedor de Justiça. Embora se possa referir que organismos como a Direcção-Geral de Impostos ou alguns serviços do Ministério da Educação ou do Ministério da Saúde tardem em dar resposta, importa realçar apenas alguns casos no que concerne a estes dois últimos Ministérios.

1. Verificou-se, em relação a diferentes serviços e organismos do Ministério da Educação, alguma demora na prestação de informação pertinente, nomeadamente no processo R-1063/02 e que deu origem à Recomendação n.º 1/A/2005, em que foi visada a Secretaria-Geral do Ministério e no processo R-2467/04 tendo a resposta, além de demorada, sido inconclusiva. De modo semelhante, a Direcção-Geral dos Recursos Humanos da Educação, no processo R-4066/02 acabou por fornecer, depois de instada a fornecer os

¹⁸⁰ Sobre esta questão ainda não se verificou tomada de posição do membro do Governo.

elementos solicitados, repetindo o envio de documentos já juntos ao processo. Noutro processo (R-2405/03), para além de uma resposta demorada, verificou-se uma deficiente articulação interdepartamental em que foram intervenientes o ex-Departamento da Educação Básica ¹⁸¹, a ex-Direcção-Geral da Administração Educativa ¹⁸² e a Coordenação do ensino português em Londres.

2. No que concerne ao Ministério da Saúde, e para além do atraso na resposta, por parte dos Ministros da Saúde de vários Governos, relativamente ao processo R-4584/00, em que se questiona este departamento governamental quanto à adequada transposição de Directiva Comunitária relativa à Duração de Trabalho dos Médicos, verificou-se ainda no processo R-1839/04 em que foi visada a Administração Regional de Saúde do Alentejo, relativamente à indevida reclassificação de funcionários para a carreira de informática sem que exercessem funções próprias desta carreira, uma instrução demorada, não tendo a entidade visada assumido claramente a ilegalidade praticada.

¹⁸¹ Actual Direcção-Geral de Inovação e Desenvolvimento Curricular.

¹⁸² Actual Direcção-Geral dos Recursos Humanos da Educação.

Processos entrados em 2005

ASSUNTO	Total 2005	
	N.º DE QUEIXAS	%
1. Organização administrativa	83	12,61%
Criação, Extinção e Fusão de Serviços:	4	0,61%
a) Administração Central	0	0,00%
b) Autarquias	0	0,00%
Regime de instalação	2	0,30%
Funcionamento dos serviços	2	0,30%
Petições	2	0,30%
Direito à Informação - Consulta do processo e passagem de certidões	18	2,74%
Princípio da decisão administrativa (omissão de pronúncia)	33	5,02%
Fundamentação do acto administrativo	8	1,22%
Audiência de interessados	0	0,00%
Reclamação e recursos administrativos	0	0,00%
Contrato administrativo	4	0,61%
Execução de decisões de tribunais administrativos	2	0,30%
Omissão do dever regulamentar	8	1,22%
2. Relação de emprego público		81,16%
Quadros de pessoal	0	0,00%
Acesso e ingresso	7	1,06%
Provedimento - requisitos - início de funções	0	0,00%
Nomeação	5	0,76%
Eleição	1	0,15%
Acumulações/Incompatibilidades	1	0,15%
Mobilidade-transferência, requisição e destacamentos	14	2,13%
Substituição	2	0,30%
Sistema retributivo	1	0,15%
Remunerações/índice/escalão	41	6,23%
Suplementos/subsídios/deslocações em serviço	33	5,02%
Reposição de abonos	1	0,15%
Concursos (Geral)	94	14,29%
Contrato administrativo de provimento	6	0,91%
Contrato a termo resolutivo	7	1,06%
Contrato individual de trabalho	15	2,28%
Contrato de prestação de serviços	4	0,61%
Licenças, faltas e férias	37	5,62%
Cessação de funções	4	0,61%
Horário de trabalho	5	0,76%
Duração do trabalho/Condições de trabalho/Turnos	18	2,74%

Assuntos de organização administrativa...

ASSUNTO	Total 2005	
	N.º DE QUEIXAS	%
Trabalho extraordinário, em dias de descanso semanal, nocturno e feriados	10	1,52%
Conteúdo funcional	1	0,15%
Ocupação efectiva	0	0,00%
Variação funcional	5	0,76%
Tempo de serviço	15	2,28%
Listas de antiguidade	1	0,15%
Actividade Sindical	2	0,30%
Cargos dirigentes	6	0,91%
Cessação de comissão de serviço	4	0,61%
Classificação de serviço/Avaliação de desempenho	11	1,67%
Aposentação/Reforma	1	0,15%
Acidente de trabalho/Doenças profissionais	7	1,06%
Formação profissional	1	0,15%
Reclassificação e reconversão profissional	28	4,26%
Negociação colectiva	3	0,46%
Direito à greve	2	0,30%
Ação disciplinar	14	2,13%
Carreiras - promoção e progressão	27	4,10%
Intercomunicabilidade/mobilidade entre carreiras	0	0,00%
Corpos especiais	1	0,15%
Carreiras médicas (regime remuneratório, laboral)	13	1,98%
Estatuto da Carreira Docente	9	1,37%
Concurso/recrutamento	61	9,27%
Acesso à docência	1	0,15%
Formação/profissionalização	15	2,28%
Ensino particular/cooperativo	0	0,00%
Ensino Superior	0	0,00%
3. Forças Armadas e Forças de Segurança	13	1,98%
Estatuto militar	9	1,37%
Condição militar (incentivos)	1	0,15%
Serviço militar (regime de contrato)	2	0,30%
Carreiras e disciplina (PSP, GNR)	1	0,15%
Pessoal civil das FA e FS	0	0,00%
4. Outros	28	4,26%
TOTAL	658	100%

2.4.2. Recomendações

Sua Excelência
O Secretário de Estado Adjunto
e da Administração Educativa

R-1063/02
Rec. n.º 1/A/2005
Data: 03.02.2005
Assessora: Elisa Morgado

1. Uma funcionária do grupo de pessoal administrativo do quadro de vinculação do distrito da Guarda, em exercício de funções na Escola Básica dos 2.º e 3.º Ciclos de S. Miguel, distrito da Guarda, dirigiu-me uma reclamação, baseada, em síntese, no facto de não se conformar com o posicionamento remuneratório que lhe foi fixado na sequência da promoção a ecónoma especialista — escalão 1, índice 260 —, alegando que, na categoria imediatamente anterior, estava já posicionada em escalão a que correspondia o mesmo índice.

2. Apurados os factos e apreciada a questão em sede instrutória do processo a que a referida reclamação deu origem, concluiu a Provedoria de Justiça pela inteira procedência desta, tendo, em consequência, convidado a Direcção-Geral dos Recursos Humanos da Educação a reformar a situação da reclamante, nos termos dos ofícios de 23 de Janeiro e de 6 de Novembro de 2003.

3. Muito embora aquela Direcção-Geral haja transmitido, a final, e a coberto do ofício de 23 de Março de 2004, que tal possibilidade estava afastada, entendo que as razões alegadas, que se resumem à afirmação da inexistência de ilegalidade e à conveniência administrativa, impõem a minha intervenção junto de V. Ex.^a.

4. Importa, assim, retomar os seguintes factos essenciais ¹⁸³:

- a reclamante, por aplicação dos n.ºs 2, alínea b), e 3 do artigo 2.º do Decreto Regulamentar n.º 30-A/98, de 31 de Dezembro, transitou para a categoria de ecónoma principal e foi posicionada no escalão 3, índice 235;
- em 1 de Janeiro de 1998, progrediu ao escalão seguinte, índice 245, e, em 1 de Janeiro de 2001, ao escalão 5, índice 260;
- em 19 de Janeiro de 2001, no Diário da República, II Série, n.º 16, Ap. n.º 7, é publicado o Despacho n.º 424/2001, de 1 de Agosto de 2000, nomeando a reclamante, entre outros, na categoria de ecónoma especialista, escalão 1, índice 260, “(...) por urgente conveniência de serviço, com efeitos a partir de 1 de Agosto de 2000 (...)”;
- só em 19 de Janeiro de 2001 a reclamante aceita a nomeação, sendo então reposicionada, com efeitos a 1 de Agosto de 2000, no escalão 1, índice 260, da escala salarial da nova categoria, nos termos do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, em função, portanto, do posicionamento que detinha naquela data (escalão 4, índice 245) e não do que alcançara entretanto (escalão 5, índice 260).

5. Para determinar o posicionamento salarial devido em virtude da promoção a categoria superior, questão que constitui o objecto da reclamação, importa definir o momento a partir do qual o acto de nomeação se tornou eficaz, isto é, há que esclarecer se este acto é susceptível de produzir efeitos logo a partir da data da sua prolação, em 1 de Agosto de 2000, como sustenta a Direcção-Geral dos Recursos Humanos da Educação, ou se, diversamente, os seus efeitos se produzem a partir de 19 de Janeiro de 2001, data da respectiva publicação e aceitação.

Esse acto de nomeação foi, na verdade, proferido “por urgente conveniência de serviço” em 1 de Agosto de 2000 e, nos seus próprios termos, “com

¹⁸³ Transmitidos através de ofícios da Direcção Regional de Educação do Centro, cujas cópias foram remetidas à Direcção-Geral dos Recursos Humanos da Educação, pelo ofício de 23 de Janeiro de 2003, da Provedoria de Justiça.

efeitos” a partir desta mesma data. Mas não se pode pretender que, no caso, a simples menção da urgente conveniência de serviço seja determinante.

O regime da urgente conveniência de serviço permitia que os actos relativos à situação e movimentação de pessoal, enquanto estiveram sujeitos ao visto prévio do Tribunal de Contas, fossem executados ou produzissem efeitos antes de serem visados e publicados no Diário da República (cfr. artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 146-C/80, de 22 de Maio).

A indicação de urgente conveniência de serviço conferia, portanto, executoriedade ao acto. De todo o modo, e como sustentou João Alfaia ¹⁸⁴, porque a lei era omissa quanto à investidura consequente deste tipo de nomeação, para que os diplomas de provimento produzissem efeitos antes de obtido o visto, não podia ser dispensada a investidura. Em causa mais não estava do que permitir a executoriedade antes do visto do Tribunal de Contas e da publicação, pelo que a solução seria assim “a de conferir, logo que possível e antes do exercício de funções, a referida investidura através da *posse*.”.

Ora, o que acontece é que a urgente conveniência de serviço não tinha já existência legal no momento em que o despacho de nomeação foi proferido, pois desde Janeiro de 1999 que todos os actos em matéria de pessoal da função pública deixaram de estar sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas (cfr. artigo 114.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto).

Mas, ainda que admita que a mesma pudesse ter sido validamente invocada, na medida em que, para a nomeação, em qualquer das suas modalidades, se mantém a exigência da publicidade (cfr. artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro), parece-me incontestável a sua irrelevância jurídica neste caso.

É que, muito embora haja sido reconhecida expressamente, essa urgente conveniência de serviço foi insusceptível de conferir executoriedade ao despacho. Que assim foi, demonstra-o o facto de se ter aguardado pela publicação para que se iniciasse a sua execução, pois, como se sabe, a reclamante não foi, desde logo, chamada a aceitar a nomeação, nem passou a desempenhar funções diferenciadas em exigências, complexidade e responsabilidade ¹⁸⁵ e a

¹⁸⁴ JOÃO ALFAIA, in “Conceitos fundamentais do regime jurídico do funcionalismo público”, Vol. I, pág. 390.

¹⁸⁵ Como é próprio, nas carreiras verticais, do acesso à categoria superior e se infere dos artigos 4.º e 5.º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho.

ser remunerada pela nova categoria, tendo antes progredido efectivamente ao escalão seguinte da categoria de que ainda permanecia titular.

E faço notar, aliás, que tanto bastaria para retirar todo e qualquer fundamento àquela menção, sendo certo que também não foram apresentados quaisquer factos ou aduzidas razões concretas que a justificassem.

Considerar, nestas circunstâncias, portanto, que a nomeação se verifica no momento da prática do despacho, equivale, no fundo, a atribuir-lhe efeitos retroactivos, em clara e inequívoca violação do disposto no n.º 2, alínea a), do artigo 128.º do Código do Procedimento Administrativo. É óbvio que ao atender-se à situação detida em momento anterior para efeitos de integração no escalão de promoção, desprezando a progressão entretanto operada, se penaliza a Reclamante naquilo que é essencial nesta evolução na carreira: o aumento da remuneração, garantido pelo impulso salarial relativamente à categoria precedente expressamente determinado na lei (cfr. artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro).

Afastada a relevância da urgente conveniência de serviço, não pode senão atender-se à data de 19 de Janeiro de 2001, data da publicação e da aceitação, para a determinação da produção dos efeitos do acto.

De acordo com o já citado artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, a nomeação, em qualquer das suas modalidades, está sujeita a publicação no Diário da República, ainda que por extracto. Depois, o artigo 130.º do Código do Procedimento Administrativo determina que, enquanto não for publicado, o acto administrativo é ineficaz.

Por sua vez, e nos termos do artigo 12.º do mesmo Decreto-Lei n.º 427/89, a aceitação fixa, em regra, o início de funções para todos os efeitos legais, designadamente, o abono de remunerações e contagem de tempo de serviço.

Neste condicionalismo legal, impõe-se a conclusão de que o despacho que nomeia a reclamante na nova categoria só se tornou eficaz com a publicação e com a imediata aceitação em 19 de Janeiro de 2001, não produzindo antes disso quaisquer efeitos. Até lá tudo permaneceu no estado originário, operando-se, portanto, a progressão na categoria anterior, à qual se deve atender para efeitos de determinação do escalão de promoção, nos termos do disposto no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro.

Finalmente, e porque é patente a ilegalidade deste despacho, entendo que não colhem as razões de organização administrativa invocadas para a sua

manutenção. A eficiência administrativa não pode ser alheia à realização da legalidade e os órgãos administrativos prosseguem o interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (cfr. artigo 266.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, e artigo 4.º do Código do Procedimento Administrativo).

De resto, não pode haver dúvidas quanto à natureza do despacho de nomeação que, sendo embora um acto plural, integra tantos actos únicos quantos os respectivos destinatários, a cuja situação é imperioso atender.

6. Nestes termos, e ao abrigo do disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a Vossa Excelência:

que seja corrigido o posicionamento salarial da reclamante decorrente da promoção a ecónoma especialista, reconhecendo-se-lhe o direito ao escalão 2, índice 270, desde 19 de Janeiro de 2001, data em que foi publicado o despacho de nomeação e se verificou a respectiva aceitação.

Permito-me lembrar a V. Excelência que, nos termos do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 38.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, deve ser comunicada a este órgão do Estado a posição que vier a ser assumida sobre a Recomendação ora formulada.

Não acatada

2.4.3. Processos anotados

R- 2405/03

Assessora: Fátima Almeida

Assunto: Contratação local de pessoal docente para o ensino português no estrangeiro — candidatura a oferta de emprego.

Objecto: Exclusão da oferta de emprego para contratação local de professores de ensino de Português no Reino Unido a professor do quadro de nomeação definitiva aquando da abertura do processo de recrutamento.

Decisão: Arquivamento da reclamação apresentada, por acolhimento da recomendação formulada.

Síntese:

Na sequência da reclamação apresentada e da instrução do processo, foi dirigido pelo Provedor de Justiça ao Secretário de Estado Adjunto e da Administração Educativa o seguinte ofício:

“1. Organizou a Provedoria de Justiça um processo para apreciar reclamação apresentada pela docente ..., na qual a mesma manifestara incompreensão por ter visto excluída a sua candidatura à oferta de emprego para contratação local de professores de ensino português na área consular de Londres, Reino Unido, relativa ao ano lectivo de 2002/2003, em virtude de ser professora do quadro de nomeação definitiva à data da abertura deste processo de recrutamento.

1.1. Arguia a mesma peticionante, fundamentalmente, falta de suporte legal para tal exclusão, assim como a ausência de pronúncia ou decisão sobre os diversos pedidos de reapreciação e revisão administrativa da sua situação que oportunamente formulara junto do Ministério da Educação.

2. No âmbito das sucessivas diligências instrutórias levadas a cabo, ao longo deste tempo, junto dos competentes serviços do Ministério da Educação (o ex-Departamento da Educação Básica e a ex-Direcção-Geral da Admi-



nistração Educativa, adiante abreviadamente designada por DGAE), tendentes à boa elucidação das questões suscitadas, resultou apurada, em síntese e com interesse, a seguinte factuality:

- a) a referida docente é professora do 9.º Grupo de nomeação definitiva do quadro de pessoal da Escola Secundária Ferreira Dinis, em Lisboa;
- b) por aviso publicitado em data desconhecida a Coordenação do Ensino Português no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte procedeu à abertura de uma oferta de emprego para a colocação de docentes de ensino português no estrangeiro, em regime de contrato administrativo de serviço docente, na área consular de Londres, nos termos conjugados do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 13/98, de 24/01, e da Portaria n.º 367/98, de 29/06, tendo em vista o preenchimento dos horários lectivos disponíveis para o ano lectivo de 2002/2003;
- c) a aqui reclamante terá formalizado a sua candidatura ao processo de recrutamento em causa mas no âmbito da lista provisória referente à ordenação dos respectivos candidatos figurou como candidata excluída por se encontrar provida em lugar do quadro no momento da abertura deste processo;
- d) do acto que a retirou da lista definitiva de colocação a mesma impetrante interpôs em 25/10/2002 recurso hierárquico dirigido ao então Secretário de Estado da Administração Educativa, tendo o antecessor de V. Ex.^a proferido despacho em 12/03/2004 que, aderindo às conclusões expendidas na informação n.º .../2003-DSAJC, elaborada na DGAE, se pronunciou pelo improvimento do mesmo recurso estribado, em suma, na seguinte linha de argumentação:
 - i) — que a contratação local prevista para a prestação de serviço docente no estrangeiro é uma situação excepcional promovida, de harmonia com a lei, em caso de justificada necessidade do sistema educativo não colmatada por pessoal dos quadros de nomeação definitiva no âmbito de concurso quadrienal a que os mesmos podem ser opositores, ou ainda resultante de ausências temporárias e eventuais de docentes já colocados;

- ii*) — neste contexto e sendo a reclamante professora de nomeação definitiva de quadro de escola pertencente à rede escolar nacional, poderia a mesma candidatar-se a prestar serviço docente no estrangeiro, em regime de destacamento, precedendo concurso aberto nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 13/98, de 24/01, e do Decreto Regulamentar n.º 4-A/98, de 6/04;
- iii*) — tanto assim que a celebração do contrato administrativo em causa não constitui uma forma de mobilidade dos docentes de nomeação definitiva prevista no artigo 64.º do Estatuto da Carreira Docente dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário (ECD), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28/04, com as alterações introduzidas pelo Decretos-Leis n.ºs 105/97, de 29/04, e 1/98, de 2/01;
- iv*) — no caso vertente, o afastamento da interessada era legítimo e legalmente admissível por ser à data da abertura da oferta de emprego professora de nomeação definitiva em exercício efectivo de funções docentes e não beneficiar da suspensão do respectivo vínculo laboral, designadamente por via do gozo de licença sem vencimento de longa duração ou para acompanhamento de cônjuge no estrangeiro por período superior a um ano, tendo presente o despacho do mesmo membro do Governo exarado na Informação n.º/SEAE/JAR/2003 de 20/02.

3. Devidamente apreciadas e ponderadas as razões fáctico-jurídicas que fundamentam os actos administrativos questionados e importando tomar posição sobre a questão em dissonância à luz do quadro normativo pertinente, antecipo desde já junto de V. Ex.^a que não posso sufragar o entendimento desse Ministério acima enunciado.

4. Permita-me desde logo trazer à colação o regime legal específico aplicável aos docentes colocados pelo Ministério da Educação em funções no âmbito do ensino português no estrangeiro, enquanto modalidade especial de educação escolar (artigos 1.º, n.º 4, 16.º, n.º 2, e 22.º da Lei de Bases do Sistema Educativo), que tem o seu assento prioritário no Decreto-Lei n.º 13/98,

de 24/01 (artigo 1.º). Este diploma que define os princípios orientadores da actividade docente neste subsistema de ensino, para a análise que aqui interessa esmiuçar, consagra o concurso como o processo normal de recrutamento de professores de ensino português no estrangeiro que possuam a necessária habilitação profissional (artigo 2.º, n.º 1) para preenchimento de lugares docentes nos diferentes ciclos e níveis de ensino. As regras gerais deste concurso são as concretizadas no Decreto Regulamentar n.º 4-A/98, de 6/04 (cfr. artigo 2.º, n.ºs 3 e 4, do Decreto-Lei n.º 13/98) e ao mesmo processo podem ser opositores os educadores de infância e os professores dos quadros com nomeação definitiva e comprovado domínio da língua estrangeira do país a que concorrem (artigo 3.º, n.º 1). A colocação do pessoal docente seleccionado por esta via é efectuada em regime de destacamento por um período mínimo de quatro anos, eventualmente renovável nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), e n.º 4, do Decreto-Lei n.º 13/98, de 24/01 (cfr. artigo 10.º, n.º 1, *in fine*, daquele diploma regulamentar), distinguindo-se, de forma clara e precisa, do processo de colocação de pessoal docente em regime de contratação local (cfr. artigo 4.º, n.º 1, alínea b)).

5. Como bem salientou esse departamento ministerial na informação oficiosa carreada para os autos, a possibilidade de celebração de contrato administrativo para prestação de serviço docente no estrangeiro é tendencialmente admitida para suprimimento de necessidades residuais ou sobrevenientes de pessoal docente que não possam ser asseguradas "por impossibilidade de colocação de candidatos aprovados no concurso" ou para "substituição temporária e eventual de docentes" já colocados (cfr. artigo 5.º, n.º 1, *in fine*, do aludido Decreto-Lei n.º 13/98), mediante regras e procedimentos próprios de selecção a realizar separadamente.

6. Ora, a formação deste contrato administrativo é, nos termos da lei, precedida de um processo de selecção sumário que obedece ao princípio da transparência administrativa (cfr. artigo 5.º, n.º 3) e tem, antes de mais, por destinatários os indivíduos que observem qualquer dos requisitos previstos no artigo 22.º do atrás aludido ECD para o exercício de funções docentes, por força da remissão contida no n.º 1 do mencionado artigo 5.º e, bem assim, da aplicação subsidiária e adaptada das normas da contratação a que alude o artigo 33.º, n.º 4, do mesmo Estatuto (cfr. artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 13/98), como também da aplicação supletiva do regime jurídico aplicável

aos funcionários e agentes da Administração Pública (cfr. artigo 21.º, também deste último diploma).

6.1. Porém, nenhum dos requisitos elencados no citado artigo 22.º do ECD oferece base legal para a fixação de um requisito de exclusão como o que foi invocado para afastar a reclamante.

7. Para além do enquadramento legislativo invocado em abstracto, não posso, todavia, deixar de assinalar as dificuldades adicionais com que esses Serviços se defrontaram para perceber os exactos contornos dos actos reguladores da oferta de emprego concretamente em causa, em face do desaparecimento ou falta não colmatada de algumas peças integrantes do processo de candidatura remetido à ex-DGAE pela Coordenação de Ensino do Reino Unido, nomeadamente a ausência de aviso de abertura, de indicação das datas de exclusão da interessada e de eventual reclamação, dificuldades em que se enreda a apreciação feita pelo antecessor de V. Ex.^a mas que são afinal demonstrativas de uma incompreensível falta de articulação interinstitucional entre as diversas estruturas responsáveis pela coordenação e acompanhamento da colocação do pessoal docente do ensino português no estrangeiro a nível central e local (até então, a DGAE, DEB e a estrutura de coordenação local).

8. Apesar da incompletude de alguns elementos factuais, é de admitir que os dados publicitados no aviso da oferta de emprego em causa não andassem muito longe daqueles que constam do aviso de abertura de idêntico processo de selecção que a mesma estrutura de coordenação local difundiu para o ano lectivo 2004/2005, este acessível através do sítio da Internet do Gabinete de Assuntos Europeus e Relações Internacionais, documento que, para além de incluir indicação do tipo de contrato a celebrar, horários lectivos disponíveis e formalidades de apresentação de candidatura, remete em tudo o mais para a Circular n.º 54-CAERI/DCIDC/DGHRE, de 9/07/2004, também disponível no mesmo endereço electrónico. Seguro é que a mesma circular se limita, no essencial, a explicitar os requisitos legais de admissão de candidatura ao normal concurso de provimento, com referência particular às habilitações literárias e profissionais exigidas para a leccionação, critérios de graduação e ordenação dos candidatos admitidos e efeitos da contratação a celebrar.

9. É bem certo que em nenhum trecho dos referidos documentos administrativos se localiza menção directa ou implícita a qualquer condição negativa de admissão que permita circunscrever a área de recrutamento para tal oferta de emprego aos indivíduos não pertencentes aos quadros do Minis-

tério da Educação, limitando-se, *grosso modo*, e na esteira da orientação legal contida no artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 13/98, a explicitar as habilitações literárias e o requisito linguístico necessários, cuja observância deve verificar-se até ao termo do prazo fixado para apresentação de candidatura — cfr. pontos 4 e 5 da circular.

10. Sendo estas as únicas condições materiais legalmente exigidas para admissão ao processo de recrutamento em apreço, nada impede, na verdade, que qualquer pessoa com interesse possa aceder ao mesmo em pé de igualdade, esteja ou não vinculado à Administração Pública, sempre que observe os requisitos previstos na lei (artigo 22.º do ECD), opção de prioridade funcional que se mostrará condicionada, seja pela ordenação em lugar recrutável, seja ainda pela sorte da relação de emprego originária (cessação ou suspensão do vínculo laboral devidamente autorizada nos termos legais). Tal condicionante negativa não surge de qualquer critério enunciado na lei, como também não podia surgir do conteúdo do aviso de abertura da oferta de emprego, sob pena deste acto concursal exorbitar ou exceder a normação legal habilitante.

11. Irreleva, noutro plano, argumentar com as diferenças de oportunidade conferidas para a prestação de serviço docente no estrangeiro entre aqueles docentes que exercem tais funções em regime de destacamento daqueles outros que as desempenham em regime de contratação local, por apenas o primeiro constituir instrumento de mobilidade interna.

12. Como se viu da breve resenha normativa, o processo de selecção e colocação de docentes do ensino português no estrangeiro tem duas partes distintas e autónomas que servem propósitos diferenciados mas não estanques: a primeira destinada à obtenção de lugares docentes, enquanto que a segunda visa o preenchimento de necessidades sobrevenientes, podendo, pois, a interessada desinteressar-se desta primeira parte e apenas candidatar-se à oferta de emprego. É, aliás, facilmente conjecturável que interesses de variada índole possam determinar um docente com vínculo anterior ao Ministério da Educação a candidatar-se a uma colocação no exterior em diferentes condições das que estão prefiguradas para o destacamento no estrangeiro. O que não parece compreensível é que se comprometa, desde logo, as suas hipóteses de colocação nos horários disponíveis numa altura em que se desconhece a sorte que lhe cabe neste processo, com base num mero juízo de prognose relativamente a

uma eventual impossibilidade material de exercer outras funções docentes por força do vínculo laboral preexistente.

13. Convirá V. Ex.^a que as perspectivas de colocação do pessoal vinculado ou não ao Ministério da Educação só poderão ser aferidas a partir da publicação da lista de graduação definitiva e, no caso concreto, se a interessada não lograr obter a suspensão do respectivo vínculo laboral originário, por via do gozo de licença sem vencimento por um ano (artigo 106.º do ECD), de licença sem vencimento de longa duração (artigo 107.º do ECD), ou de licença sem vencimento para acompanhamento de cônjuge colocado no estrangeiro (artigos 84.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31/03). Na realidade, enquanto a mesma interessada não souber se vai ser suspensa das anteriores funções inexistente obstáculo legal que impeça a sua colocação nos horários concursados.

14. É de realçar, a propósito, que a aqui reclamante não é opositora ao processo de selecção apreciado enquanto professora de nomeação definitiva mas apenas por ser possuidora dos requisitos legalmente exigidos para a sua admissão.

15. Ademais, a possibilidade de fazer valer o vínculo prévio à Administração como uma condição negativa que a impede de aceder em condições de igualdade e liberdade ao exercício de outras funções públicas, representa uma solução questionável na perspectiva do princípio da igualdade consignado no artigo 13.º, n.º 2, da Constituição, como também do direito enunciado no artigo 47.º, n.º 2, da mesma Lei Fundamental, que não encontra justificação em qualquer valor constitucionalmente tutelável.

16. Em consequência, afigura-se, pois, que o motivo invocado para a exclusão da impetrante se apresenta destituído de qualquer fundamento legal à luz da legislação reguladora do processo de selecção em causa.

17. Assim sendo, não posso deixar de concluir que a decisão administrativa concretamente sindicada fez uma errónea interpretação da lei que não encontra apoio na letra da lei e não é compatível com as regras gerais de interpretação dos textos legais (artigo 9.º do Código Civil), designadamente a presunção de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados. Acresce salientar que tal actuação, para além da iniciativa concursal em causa, foi reiterada no âmbito da lista provisória para contratação local no Reino Unido, relativa ao ano lec-

tivo de 2003/2004, lista na qual a mesma reclamante voltou a figurar como candidata excluída por igual fundamento.

18. Reconhecendo, Senhor Secretário de Estado, a impossibilidade de extrair efeitos jurídico-práticos de uma eventual revisão da situação concretamente exposta e, em particular, da reconstituição da situação hipotética actual, em face do longo tempo transcorrido e do curto prazo de validade do processo de selecção questionado (um ano), entendo, ainda assim, expressar a V. Ex.^a a minha censura relativamente à conduta administrativa denunciada, devidamente justificada nas considerações de direito vindas de expor, e instá-lo, na oportunidade, a promover a adopção das medidas e orientações adequadas a garantir a necessária clarificação desta matéria para futuro, incluindo a deficiente articulação interdepartamental patenteada na instrução do procedimento burocrático apreciado, de molde a evitar a repetição de factos como os que foram objecto deste processo.

Aguardando, naturalmente, nova informação de V. Ex.^a relativamente à posição final que vier a ser assumida sobre o assunto em face das conclusões acima expendidas e, bem assim, da revisão de procedimentos igualmente sugerida.

R-92/04

Assessora: Ana Sofia Firmino

Assunto: ARS do Norte — Hospital de S. João — médico — horas extraordinárias.

Objecto: Pagamento de horas extraordinárias aos médicos do internato médico que prestem serviço nas equipas de urgência hospitalares, nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março.

Decisão: Arquivamento do processo, após realização formal da instrução.

Síntese:

Foi apresentada uma reclamação, por um médico do internato médico, na qual se solicitava a intervenção deste órgão do Estado relativamente ao pagamento de horas extraordinárias aos médicos do internato médico que

estão integrados em equipas de urgências hospitalares, nos termos do sistema remuneratório previsto no Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março ¹⁸⁶.

Nos termos da exposição apresentada, queixava-se o reclamante de que a Administração Regional de Saúde do Norte se recusava a proceder ao pagamento, aos médicos do internato complementar (hoje designado unicamente por internato médico ¹⁸⁷), das horas prestadas em trabalho extraordinário, segundo a tabela das quarenta e duas horas em regime de exclusividade, prevista no Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, por entender que este diploma não se aplica aos médicos que se encontrem a frequentar o período de formação do internato.

Na sequência da reclamação apresentada, procedeu-se à instrução do processo, tendo-se solicitado ao Chefe de Gabinete do Ministro da Saúde que prestasse à Provedoria de Justiça os esclarecimentos que entendesse por convenientes sobre o assunto em questão.

Em resposta ao solicitado, o Chefe de Gabinete do Ministro da Saúde informou a Provedoria de Justiça da posição sustentada pelo Ministério da Saúde a propósito do Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, e, mais especificamente, sobre a questão relativa ao pagamento, ao abrigo de tal diploma,

¹⁸⁶ Este diploma instituiu um novo modelo de pagamento do trabalho extraordinário prestado pelos médicos integrados em equipas de urgências hospitalares.

¹⁸⁷ À data de apresentação da reclamação, encontrava-se ainda em vigor o Decreto-Lei n.º 128/92, de 4 de Julho, que aprovou o regime jurídico dos internatos médicos, e que contemplava dois processos formativos — o internato geral e o internato complementar -, autónomos entre si, embora a frequência deste último tivesse como pressuposto a aprovação no internato geral.

A partir do dia 1 de Setembro de 2004 entrou em vigor o Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto, que revogou o referido Decreto-Lei n.º 128/92, de 4 de Julho, e redefiniu o regime jurídico da formação após a licenciatura em Medicina.

Entre as várias alterações introduzidas, conta-se a criação de um internato médico único, em substituição do internato geral e do internato complementar.

A entrada em vigor deste novo diploma não prejudica, porém, o sentido da reclamação, uma vez que, independentemente da organização específica do período de formação após a conclusão da licenciatura em Medicina, o que está aqui em causa é o pagamento, segundo o modelo remuneratório instituído pelo Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, das horas extraordinárias prestadas pelos médicos que frequentam tal período de formação quando integrados em equipas de urgências hospitalares.

De todo o modo, de ora em diante adoptaremos a nomenclatura resultante do diploma legal actualmente em vigor.

das horas extraordinárias prestadas pelos médicos do internato médico quando integrados em equipas de urgência hospitalares.

De acordo com a informação transmitida, constitui entendimento do Ministério da Saúde, de acordo com os pareceres do Departamento de Modernização e Recursos Humanos, que o Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, não se aplica aos médicos que se encontrem a frequentar o internato médico, e, como tal, não é devido o pagamento de horas extraordinárias segundo o sistema remuneratório ali definido.

Para tanto, invocam-se os seguintes argumentos:

- i) O pagamento de horas extraordinárias previsto no Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, não se reconduz a um “normal” pagamento de horas extraordinárias, encontrando-se associado às medidas instituídas pelo Decreto-Lei n.º 412/99, de 15 de Outubro, que introduziu, de forma faseada e progressiva, alterações pontuais aos regimes de trabalho do pessoal médico abrangido pelo Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março¹⁸⁸;
- ii) O regime remuneratório instituído pelo Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, assenta na disponibilidade manifestada pelos médicos de dar cumprimento a determinadas medidas que visam proporcionar a melhoria do funcionamento dos serviços de saúde;
- iii) O Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, tem subjacentes determinados objectivos que não se compaginam com os prosseguidos pelo internato médico;
- iv) Decorre inequivocamente do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, que o modelo de pagamento de horas extraordinárias instituído por este diploma apenas se aplica aos médicos integrados nas carreiras médicas, já que naquele se alude especificamente ao regime de trabalho dos médicos abrangidos pelo *Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março*, que não abrange os médicos do internato médico;
- v) O internato médico constitui um período de formação técnica e prática especializada em área individualizada da medicina, que

¹⁸⁸ Este diploma aprovou o regime legal das carreiras médicas.

- tem como objectivo habilitar o médico ao exercício autónomo e tecnicamente diferenciado em área médica ou cirúrgica;
- vi*) Os médicos do internato médico têm um regime especial dedicado à sua formação diferenciada, que lhes impõe um enquadramento jurídico forçosamente diferente daquele que é fixado para os médicos das carreiras médicas;
 - vii*) Os médicos do internato médico são contratados com determinadas finalidades e, sendo esse o compromisso que firmaram, compete-lhes cumprir as tarefas inerentes ao programa do respectivo internato, com a contrapartida remuneratória que lhes cabe;
 - viii*) As finalidades subjacentes ao internato médico não se coadunam com o conjunto de responsabilidades inerentes ao Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março — que resultam do compromisso de reorganização de consultas hospitalares, ou dos programas para a melhoria de acesso —, já que pressupõem uma disponibilidade e autonomia profissional que os médicos do internato médico não detêm, não podendo, por isso, assumir compromissos com programas de tal natureza, em colisão com o seu normal processo formativo;
 - ix*) O n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, refere que o pagamento do trabalho extraordinário é feito com base na remuneração correspondente ao regime de trabalho de dedicação exclusiva com o horário de quarenta e duas horas semanais para a respectiva *categoria* e *escalão*, e o interno do internato médico não se pode considerar como uma verdadeira *categoria em sentido técnico*, tal como vem definida no artigo 4.º, do Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março, que aprovou o regime legal das carreiras médicas;
 - x*) O artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 128/92, de 4 de Julho ¹⁸⁹ — segundo o qual, em matéria de suplementos remuneratórios com fundamento legal em trabalho extraordinário, nocturno, em dias de descanso semanal ou feriados, os internos estão abrangidos pelo regime aplicável aos médicos de carreira — está directa-

¹⁸⁹ Hoje substituído pelo artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto.

mente relacionado com o regime dos *suplementos vigentes para o pessoal hospitalar*, previsto no Decreto-Lei n.º 62/79, de 30 de Março e não com o sistema remuneratório previsto no Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março.

Uma vez analisada a reclamação dirigida a este órgão do Estado, bem como a resposta apresentada pelo Chefe de Gabinete do Ministro da Saúde, a Provedoria de Justiça debruçou-se sobre a questão de saber se o sistema remuneratório previsto no *Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março*, é aplicável, ou não, no caso de trabalho extraordinário prestado pelos médicos dos internatos quando estes estejam integrados em equipas médicas de urgências hospitalares.

Para o efeito, procedeu-se ao enquadramento jurídico do referido diploma, bem como à análise do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto, que regula actualmente o regime jurídico do internato médico.

Começando, então, pela análise do Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, a Provedoria de Justiça apurou o seguinte:

O Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, instituiu um novo modelo de pagamento de horas extraordinárias prestadas pelos médicos nas urgências hospitalares, tendo surgido, de acordo com o respectivo preâmbulo, na sequência da aprovação do Decreto-Lei n.º 412/99, de 15 de Outubro, que introduziu, de forma faseada e progressiva, alterações aos regimes de trabalho do pessoal médico abrangido pelo Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março, tendo em vista a alteração gradual, mas substancial, da prestação de cuidados de saúde e do desempenho dos médicos.

Mais especificamente, o Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, consagrou, de entre as medidas previstas no Decreto-Lei n.º 412/99, de 15 de Outubro, novas regras remuneratórias no que toca ao trabalho prestado em serviço de urgência para além das 35 horas semanais.

Conforme resulta do disposto no n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, “*o trabalho extraordinário praticado pelos médicos integrados em equipas de urgência hospitalares é pago com base na remuneração correspondente ao regime de trabalho de dedicação exclusiva com o horário de 42 horas semanais, aos médicos que não estejam abrangidos por este regime, para a respectiva categoria e escalão, independentemente do regime de trabalho praticado*”.

O pagamento do trabalho extraordinário com base neste critério deve ser, de acordo com o n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, concretizado de forma *progressiva*, à medida que, cumulativamente, se verifique a *reestruturação das consultas externas hospitalares* e a *adesão ao programa para a promoção de acesso*.

Através do Despacho n.º 24236/2001, do Ministro da Saúde, de 12 de Outubro de 2001, foi aprovado o *Regulamento de Aplicação do Sistema Remuneratório* previsto no Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, tendo-se definido três períodos temporais, com diferentes exigências de verificação de condições para a aplicação do novo sistema compensatório:

- a) De 1 de Julho de 2000 até 31 de Março de 2001;
- b) De 31 de Março até 31 de Dezembro de 2001; e
- c) De 1 de Janeiro de 2002 a 1 de Janeiro de 2003.

Para o *primeiro período*, qualificavam-se para o sistema remuneratório previsto no Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, os hospitais que cumulativamente tivessem satisfeito os seguintes critérios: *i*) adesão ao programa de promoção de acesso e comprovação de um nível mínimo de 70% de cumprimento dos objectivos contratualizados; e *ii*) reestruturação do funcionamento das consultas externas.

Para o *segundo período*, qualificavam-se para o sistema remuneratório previsto no Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, os hospitais que cumulativamente tivessem satisfeito os seguintes critérios: *i*) adesão ao programa de promoção de acesso e comprovação de um nível mínimo de 80% de cumprimento dos objectivos contratualizados; e *ii*) reestruturação do funcionamento das consultas externas.

Para o *terceiro período*, qualificavam-se para o sistema remuneratório previsto no Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, os hospitais que cumulativamente satisfizessem os seguintes critérios: *i*) critérios institucionais; *ii*) critérios a nível de serviços; e *iii*) critérios de cumprimento individual.

Para cada um dos períodos, os médicos interessados em beneficiar do sistema compensatório previsto no Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, deveriam manifestar a sua disponibilidade para participarem num dos dois programas previstos (reorganização das consultas externas e promoção do

acesso), obtendo posteriormente uma declaração do hospital ou centro de saúde que confirmasse o cumprimento dos objectivos propostos.

Passando agora à análise do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto — diploma que define o regime jurídico da formação médica, após a licenciatura em Medicina, com vista à especialização, e estabelece os princípios gerais a que deve obedecer o respectivo processo — a Provedoria de Justiça considerou que importava destacar os seguintes aspectos do respectivo regime jurídico:

- Após a licenciatura em Medicina inicia-se o *internato médico*, que corresponde a um processo único de *formação médica especializada*, teórica e prática, tendo como objectivo habilitar o médico ao exercício tecnicamente diferenciado na respectiva área profissional de especialização (artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto);
- O internato médico estrutura-se em *áreas profissionais de especialização* e é composto por um período de formação inicial e por um período subsequente de formação específica (artigos 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto);
- Realiza-se em estabelecimentos públicos (com contrato de gestão ou em regime de convenção), do sector social, privados, ou em hospitais sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos, reconhecidos como idóneos para o efeito e de acordo com a sua capacidade formativa (artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto);
- A admissão ao internato médico efectua-se por um único exame, de âmbito nacional, a realizar no 4.º trimestre de cada ano civil (artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto);
- Os internos do internato médico são colocados mediante *contrato administrativo de provimento* ou por nomeação em regime de *comissão de serviço extraordinária*, caso sejam funcionários públicos e a colocação rege-se pelos seguintes princípios (artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto):
 - a) É feita pelo período de duração estabelecido para o internato;
 - b) O médico interno dos internatos que seja colocado fica sujeito ao regime estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de

Agosto, e pelo regulamento dos internatos, designadamente quanto ao regime de trabalho, condições de frequência e de avaliação do internato;

- c) Os encargos com o interno são directamente suportados pelo estabelecimento de colocação, quanto às remunerações, regime de protecção social aos agentes e funcionários da Administração Pública, subsídios ou suplementos fixados para o respectivo internato;
- Os internos do internato médico estão sujeitos ao horário de 42 horas semanais, sem dedicação exclusiva (artigo 16.º, do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto);
- Os médicos do internato médico devem dedicar à formação teórica e prática a sua actividade profissional durante toda a semana de trabalho e durante todo o ano estão impedidos de acumular outras funções públicas, salvo funções docentes (artigo 16.º, do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto);
- Os horários dos internos são estabelecidos e programados em termos idênticos aos dos médicos de carreira, tendo em conta as actividades do internato (artigo 16.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto);
- Os internos são remunerados pelo valor correspondente aos índices 90 e 95, respectivamente, para o escalão 1 e 2 da categoria de interno do internato médico (artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto);
- Em matéria de suplementos remuneratórios com fundamento legal em trabalho extraordinário, nocturno, em dias de descanso semanal ou feriados, *“os internos estão abrangidos pelo regime aplicável aos médicos de carreira”* (artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto).

Atento o agora exposto sobre o regime jurídico dos médicos que frequentam o internato médico, bem como o acima descrito sobre o sistema remuneratório instituído pelo Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, a Provedoria de Justiça concluiu que, atentas as finalidades subjacentes a este diploma, o sistema remuneratório no mesmo instituído reconduz-se a um

regime especial de compensação pelo trabalho extraordinário prestado pelos médicos que se comprometeram a executar os programas, previstos no Decreto-Lei n.º 412/99, de 15 de Outubro, de reorganização das consultas hospitalares e programas de melhoria de acesso.

De facto, o pagamento de tal trabalho extraordinário está, como se viu, dependente da verificação de algumas condições específicas, relacionadas com o cumprimento de certos objectivos de melhoria efectiva do funcionamento dos serviços de saúde, indissociáveis dos objectivos descritos no Decreto-Lei n.º 412/99, de 15 de Outubro, de compensar os melhores desempenhos.

Ora, os internos que frequentam o internato médico não possuem nem a autonomia profissional suficiente, nem a disponibilidade bastante, para se qualificarem e participarem num dos referidos programas que visam a melhoria da prestação dos cuidados de saúde.

O internato médico corresponde a um processo de *formação médica* especializada, teórica e prática, que tem como objectivo *habilitar* o médico ao exercício tecnicamente diferenciado na respectiva área profissional de especialização (artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto).

Trata-se, pois, de uma fase de aprendizagem, sujeita a programas próprios e efectuada em estabelecimentos idóneos, que impõe um enquadramento jurídico forçosamente diferente daquele que é fixado para os médicos das carreiras médicas.

O Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, revela, pois, objectivos que não se compaginam com os prosseguidos pelo internato médico.

Acresce que, como se verificou, o n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, estipula que o pagamento do trabalho extraordinário é feito com base na remuneração correspondente ao regime de trabalho de dedicação exclusiva com o horário de 42 horas semanais, para a respectiva *categoria e escalão*.

Ora, o interno do internato médico não está, como resulta do Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março, inserido nas carreiras médicas, nem detém uma categoria própria das carreiras médicas.

Pelo que, também do próprio teor literal daquele artigo, se pode concluir que os médicos do internato médico não podem ficar abrangidos pelo sistema remuneratório instituído pelo Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março.

No mesmo sentido, encontra-se redigido o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, quando, logo no início, alude aos médicos abrangidos pelas carreiras médicas no âmbito do Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 da Março, do qual não faz parte o internato médico.

Poder-se-ia invocar contra esta posição o disposto no artigo 21.º do Decreto-Lei 203/2004, de 18 de Agosto, na medida em que aqui se estipula que, em matéria de suplementos remuneratórios com fundamento legal em trabalho extraordinário, nocturno, em dias de descanso semanal ou feriados, os internos estão *abrangidos* pelo regime aplicável aos médicos integrados nas carreiras médicas.

Acontece que, como acima se viu, o Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, não instituiu um regime geral de pagamento de horas extraordinárias aos médicos que integram equipas de urgência. Trata-se de um regime especial, que, só em determinadas condições, e uma vez demonstrado o cumprimento pelos médicos dos objectivos a que se propunham, é que daria lugar ao pagamento de horas extraordinárias de acordo com o regime previsto no artigo 1.º daquele diploma.

O artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto, respeita, pois, ao regime geral do Decreto-Lei n.º 62/79, de 30 de Março, que estabelece um modelo próprio de remunerações pelo trabalho extraordinário diurno, nocturno e aos sábados, domingos, feriados e dias de descanso semanal para o pessoal hospitalar.

Contra este entendimento poderia ainda alegar-se que, a não ser aplicável aos internos do internato médico integrados em equipas de urgência hospitalares o Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, estar-se-ia a violar o princípio constitucional da igualdade de tratamento.

Porém, como acima se demonstrou, a fase de internato médico corresponde a um período de formação, em que os internos são contratados com uma determinada finalidade, competindo-lhes cumprir as tarefas inerentes ao programa do respectivo internato, com a contrapartida remuneratória que lhes cabe.

A situação dos médicos do internato médico não é, pois, idêntica à dos restantes médicos, que já concluíram tal período de formação, e que estão aptos a assumir os compromissos delineados pelo Decreto-Lei n.º 412/99, de 15 de Outubro, de reorganização de consultas hospitalares e programas de melhoria de acesso, os quais justificam, uma vez cumpridos, o pagamento

de horas extraordinárias segundo o regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março.

Em suma, atentas as finalidades subjacentes ao Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, bem como o regime jurídico inerente ao período de formação do internato médico, plasmado no Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto, entendeu a Provedoria de Justiça que não é devido o pagamento de horas extraordinárias, segundo o regime previsto no Decreto-Lei n.º 92/2001, de 23 de Março, aos médicos do internato médico integrados em equipas de urgência hospitalar, tendo, por esse motivo, determinado o arquivamento do processo a que a reclamação apresentada deu origem, nos termos da alínea *b*) do artigo 31.º do Estatuto do Provedor de Justiça (aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

No âmbito do presente processo, a Provedoria de Justiça foi ainda informada de que se encontravam pendentes em tribunal várias acções sobre a questão aqui em causa, pelo que se alertou o reclamante para o facto de as eventuais decisões que viessem a ser proferidas nos referidos processos poderem vir a ser estendidas a outros interessados, nos exactos termos definidos no artigo 161.º da Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, que aprovou o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) ¹⁹⁰.

¹⁹⁰ De acordo com o n.º 1 do artigo 161.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, os efeitos de uma sentença transitada em julgado que tenha anulado um acto administrativo desfavorável ou reconhecido uma situação jurídica favorável a uma ou várias pessoas podem ser estendidos a outras que se encontrem na mesma situação, quer tenham recorrido ou não à via judicial, desde que, quanto a estas, não exista sentença transitada em julgado. O disposto neste preceito vale apenas para situações em que existam vários casos perfeitamente idênticos, nomeadamente, no domínio do funcionalismo público e no âmbito de concursos, e só quando, no mesmo sentido, tenham sido proferidas cinco sentenças transitadas em julgado ou, existindo situações de processos em massa, nesse sentido tenham sido decididos em três casos os processos seleccionados segundo o disposto no artigo 48.º (n.º 2 do artigo 161.º do CPTA).

Os interessados em beneficiar da extensão dos efeitos de uma sentença devem apresentar, no prazo de um ano contado da data da última notificação de quem tenha sido parte no processo em que a sentença foi proferida, um requerimento dirigido à entidade administrativa que, nesse processo, tenha sido demandada (n.º 3 do artigo 161.º do CPTA).

Assunto: Chefe do Estado-Maior da Armada — remuneração suplementar — actualização de valores — execução de sentença.

Objecto: Pagamento das quantias considerados em dívida, relativas aos anos compreendidos entre 1989 e 1996, em resultado da actualização da *remuneração suplementar* a que o reclamante alega ter direito.

Decisão: Arquivamento do processo, após realização formal da instrução.

Síntese:

Foi apresentada uma reclamação na Provedoria de Justiça, relativamente à actualização da *remuneração suplementar*, prevista no Despacho Conjunto n.º CEMGFA/MFA — 220/81, de 2 de Setembro de 1981, do Chefe do Estado-Maior General das Forças Armadas e do Ministro das Finanças e do Plano.

Nos termos da exposição apresentada, queixava-se o reclamante de não ter ainda recebido resposta a um requerimento dirigido ao Chefe do Estado-Maior da Armada, no qual solicitava o ressarcimento dos valores correspondentes a tal actualização, referentes aos anos compreendidos entre 1989 — aquando da transição para o novo regime remuneratório, através dos Decretos-Lei n.º 184/89, e 353-A/89, respectivamente, de 2 de Junho e 16 de Outubro de 1996 — altura em que transitou para o *Quadro de Pessoal Civil da Marinha* (QPCM), conforme previsto no Decreto-Lei n.º 99/95, de 19 de Maio.

Para fundamentar o requerimento apresentado, o reclamante alegava que, numa situação semelhante à sua, o *Tribunal Central Administrativo* (no âmbito do processo n.º 2668/99) já havia decidido que era devido o pagamento correspondente à diferença entre as remunerações efectivamente percebidas entre 1989 e 1996 e aquelas que deveriam ter sido percebidas de acordo com o *valor actualizado* da remuneração suplementar.

Na sequência da exposição apresentada, procedeu-se à instrução do processo, tendo-se solicitado, em 22 de Março de 2004, ao Chefe de Estado-Maior da Armada, que prestasse os esclarecimentos tidos por convenientes sobre o assunto em questão, designadamente, qual a decisão que recaía sobre o requerimento apresentado pelo reclamante.

Através de ofício de 31 de Março de 2004, o Chefe de Estado-Maior da Armada informou a Provedoria de Justiça que o requerimento em causa, à semelhança de outros, encontrava-se em fase de apreciação na *Assessoria Jurídica* do Gabinete, tendo em vista a emissão de um parecer jurídico.

Posteriormente, a coberto de ofício de 7 de Junho de 2005, a Provedoria de Justiça foi informada de que, na sequência do parecer entretanto elaborado, o requerimento apresentado pelo reclamante havia sido *indeferido*, através de um despacho de concordância, de 25 de Maio de 2005, do Chefe do Estado-Maior da Armada.

De acordo com o parecer jurídico subjacente ao referido despacho de concordância, os requerimentos dirigidos ao Chefe de Estado-Maior da Armada, respeitantes ao ressarcimento dos valores resultantes da reclamada actualização da remuneração suplementar, relativos aos anos compreendidos entre 1989 e 1996, deveriam ser *indeferidos* fundamentalmente pelos seguintes motivos:

- i) Os actos de processamento do pagamento da remuneração suplementar, relativos aos anos compreendidos entre 1989 e 1996, constituem verdadeiros *actos administrativos* que já se consolidaram na ordem jurídica;
- ii) A sentença proferida no âmbito do processo que correu termos no *Tribunal Central Administrativo*, com o n.º 2668/99, de 17 de Janeiro de 2002 — e que versou sobre matéria idêntica àquela que está em causa nos requerimentos apresentados — não constitui a Administração no dever de adoptar procedimento idêntico àquele que ali foi definido, tendo tal decisão apenas de ser acatada relativamente às partes visadas no mesmo;
- iii) Não existe qualquer fundamento para que, depois da transição de pessoal, operada por via do Decreto-Lei n.º 99/95, de 19 de Maio, os funcionários que transitaram de quadro de pessoal continuem a beneficiar do suplemento remuneratório, uma vez que: a) por um lado, aqueles deixaram de ser os beneficiários do regime instituído pelo Despacho Conjunto n.º CEMGFA/MFA — 220/81, de 2 de Setembro — os funcionários abrangidos por aquela remuneração eram os funcionários civis, em regime de tempo completo, que prestavam serviço nas infra-estruturas NATO —, e, b) por outro

lado, deixou de se verificar a condição de que dependia a atribuição de tal suplemento remuneratório, que residia na prestação de serviço média diária não inferior a duas horas para além do período normal de trabalho.

Tendo em conta os motivos acima expostos, conclui o referido parecer pela improcedência dos pedidos formulados a propósito da actualização do suplemento remuneratório, entre os quais se inclui o requerimento formulado pelo reclamante em 30 de Abril de 2005.

Uma vez analisada a queixa dirigida a este órgão do Estado, bem como a resposta apresentada pelo Chefe do Estado-Maior da Armada, importa, então, esclarecer a posição da Provedoria de Justiça relativamente à questão do *direito à actualização da remuneração suplementar*.

A este propósito importa começar por tecer algumas considerações sobre o regime remuneratório introduzido através dos Decretos-Leis n.º 184/89 e 353-A/89, respectivamente, de 2 de Junho e 16 de Outubro.

Com a publicação do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, foram definidos os princípios gerais em matéria de remunerações do funcionalismo público, no âmbito de uma reforma que pretendia pôr cobro à vasta teia de subsistemas retributivos e de remunerações acessórias praticadas, que originavam um sistema complexo e desconexo.

No âmbito do referido decreto-lei estabeleceu-se, no artigo 39.º, a extinção de todas as *remunerações suplementares* que não se enquadrassem no artigo 15.º.

Ou seja, todas as remunerações que não fosse possível enquadrar no âmbito da *i)* remuneração base, *ii)* prestações sociais e subsídio de refeição, e *iii)* suplementos, deveriam ser extintas ¹⁹¹.

¹⁹¹ O sistema retributivo vigente até Outubro de 1989 assentava num vencimento principal, referenciado por uma letra, e num conjunto de vencimentos acessórios que iam desde as diturnidades às gratificações especiais pelo desempenho de funções, passando pelos subsídios e abonos destinados a indemnizar despesas ou riscos especiais decorrentes do exercício de funções, etc.. A partir de Outubro de 1989, o sistema retributivo da função pública passou a estruturar-se com base em princípios de equidade interna e externa e a ser composto apenas pelos seguintes elementos: remuneração base, suplementos, prestações sociais e subsídio de refeição.

De todo o modo, todas as medidas que, em execução do referido diploma, fossem tomadas, em matéria de relação jurídica de emprego público, não deveriam prejudicar a situação que os funcionários ou agentes já detinham (n.º 1 do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho).

Igualmente, em caso algum podia resultar da introdução do novo sistema retributivo redução da remuneração que o funcionário ou agente já auferia ou diminuição das expectativas de evolução decorrentes quer da carreira em que se inseria, quer do regime de diuturnidades então vigente (n.º 2 do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho).

Em desenvolvimento dos princípios gerais contidos no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, foi publicado o Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, que veio estabelecer as regras sobre o estatuto remuneratório dos funcionários e agentes da Administração Pública e a estrutura das remunerações base das carreiras e categorias nele contempladas.

Para efeitos de transição para o novo regime remuneratório, o artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, previa que a integração na nova estrutura salarial se fizesse de acordo com as seguintes regras: *a)* na mesma carreira e categoria; *b)* em escalão a que correspondesse na estrutura da categoria remuneração igual ou, se não houvesse coincidência, a remuneração imediatamente superior.

De acordo com o n.º 2 daquele mesmo artigo, a remuneração a considerar para efeitos da transição referida no n.º 1 resultaria do valor correspondente à *remuneração base* decorrente do Decreto-Lei n.º 98/89, de 29 de Março, actualizada a 12%, acrescida do montante da remuneração acessória a que, eventualmente houvesse direito, com excepção das que fossem consideradas *suplementos*, nos termos do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro.

Sempre que o montante apurado nos termos dos n.ºs 1 a 3 do artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, ultrapassasse o valor do escalão máximo da respectiva categoria, seria criado um *diferencial de integração* correspondente à diferença entre a remuneração indiciária e o montante que o funcionário ou agente teria direito (n.º 4 do artigo 30.º).

Voltando agora à situação que subjaz à presente reclamação, e à questão relativa ao direito à actualização da remuneração suplementar, importa começar por sublinhar que, de acordo com os elementos carreados para o presente processo, o Ministério da Defesa Nacional, aquando da transição para o

novo regime remuneratório, enquadrrou — em nosso entender, incorrectamente — a remuneração suplementar, prevista no Despacho Conjunto do Chefe do Estado-Maior General das Forças Armadas e do Ministro das Finanças e do Plano n.º A-220/81, de 2 de Setembro de 1981, como um *suplemento*, para efeitos no artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, aguardando-se que a fixação das condições de atribuição do mesmo fosse estabelecida em decreto-lei a publicar posteriormente, segundo se prevê no n.º 3 do mesmo artigo 20.º ¹⁹².

Tal enquadramento foi, em nosso entender, *incorrecto*, uma vez que, como se refere na sentença proferida pelo *Tribunal Central Administrativo*, no âmbito do processo n.º 2668/99, a referida remuneração suplementar era abonada todos os meses em que os funcionários realizavam a sua prestação laboral, independentemente da ocorrência efectiva das situações de emergência e da duração das mesmas, não decorrendo daqui que a mesma fosse devida por particularidades específicas da prestação de trabalho.

Pelas suas características, como remuneração certa e permanente, a remuneração suplementar, prevista no Despacho Conjunto CEMGFA/MFA — 220/81, deveria, aquando da transição para o novo regime remuneratório, ter sido qualificada, não como *suplemento*, mas como integrando a *remuneração base* dos funcionários.

A remuneração a considerar para efeitos de transição seria, consequentemente, a que resultasse do somatório dos montantes correspondentes à *remuneração base* e à *remuneração acessória*, nos termos do n.º 3.º do artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho. E, se o montante apurado ultrapassasse o valor do escalão máximo da respectiva categoria, deveria ter sido criado um *diferencial de integração* de valor correspondente à diferença entre a remuneração indiciária e o montante já percebido, o qual continuaria a ser totalmente absorvido por aumentos decorrentes das actualizações salariais gerais (n.º 4 do artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho).

A remuneração suplementar, prevista no Despacho Conjunto CEMGFA/MFA — 220/81, não integrava, pois, em nosso entender, o conceito

¹⁹² Nos termos do artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, os suplementos deveriam manter-se nos montantes à data definidos, estando sujeitos à actualização nos termos em que vinha sendo feita, ou seja, de acordo com os aumentos salariais.

de *suplemento*, para efeitos do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, uma vez que os suplementos se destinam a remunerar as específicas condições em que o trabalho é prestado ou as particularidades que envolvem a sua execução ¹⁹³.

Nesta medida, a remuneração em causa, atendendo a que não poderia ser considerada como suplemento, não poderia ser actualizada.

Posteriormente, porém, o Ministro da Defesa Nacional, aquando da transição de pessoal operada na sequência da aprovação do Decreto-Lei n.º 99/95, de 19 de Maio (que regula a transição do pessoal afecto aos quadros das infra-estruturas OTAN e das respectivas Comissões de Manutenção e Executiva, possuidor do título jurídico adequado, para os quadros de pessoal dos organismos do Ministério da Defesa Nacional e dos ramos das Forças Armadas que absorveram as respectivas competências) qualificou a remuneração suplementar, prevista no Despacho Conjunto n.º A-220/81, como integrando a *remuneração*, e não já como *suplemento*.

Efectivamente, parece ser neste momento que o Ministério da Defesa assume que a remuneração suplementar em causa não poderia ser considerada como suplemento, posição essa que deveria ter sido assumida em 1989, aquando da transição para o novo sistema retributivo.

De acordo com o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 99/95, de 19 de Maio, a transição do pessoal devia fazer-se para o escalão a que correspondesse o mesmo índice remuneratório ou, quando não se verificasse coincidência de índices, para o escalão a que correspondesse o índice superior mais aproximado na estrutura da respectiva carreira, nos termos da lei geral.

¹⁹³ De acordo com o artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, os suplementos são atribuídos em função de particularidades específicas da prestação de trabalho. No mesmo sentido, veja-se o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, segundo o qual “*consideram-se suplementos os acréscimos remuneratórios atribuídos em função de particularidades específicas da prestação de trabalho*”. Daí que só possa haver lugar ao pagamento dos mesmos quando o funcionário se encontre *efectivamente* no exercício das suas funções e quando as mesmas sejam exercidas nas condições que justificam a atribuição do suplemento. Também a jurisprudência dos tribunais administrativos se tem pronunciado nesse sentido, considerando que, uma vez que os suplementos constituem um acréscimo à remuneração base e se destinam a remunerar as específicas condições em que o trabalho é prestado, “*a sua atribuição só se justifica enquanto se verificam tais condições*” (cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 20 de Maio de 2004, processo n.º 6944/03).

Ora, segundo a informação que consta do presente processo, o Ministério da Defesa Nacional não deixou de ponderar o valor da remuneração suplementar para efeitos do artigo 2.º daquele mesmo diploma, ou seja, para efeitos de *definição do escalão remuneratório* no novo quadro de pessoal, pelo que a remuneração suplementar foi, aquando da transição do pessoal, absorvida na remuneração base, para efeitos de aplicação do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 99/95, de 19 de Maio.

E, conseqüentemente, a referida remuneração suplementar extinguiu-se definitivamente (salvo a eventual existência de diferencial de integração), não existindo, presentemente, qualquer fundamento para que se continue a equacionar a possibilidade de os funcionários que transitaram de quadro, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 99/95, de 19 de Maio, continuarem a beneficiar da remuneração suplementar ao abrigo do Despacho Conjunto A-220/80, de 2 de Setembro.

Invoca o reclamante que é devida tal actualização da remuneração suplementar, relativa aos anos compreendidos entre 1989 e 1996, à semelhança do decidido no âmbito do processo n.º 2668/99 que correu termos no *Tribunal Central Administrativo*.

Porém, tal sentença, como se sabe, apenas é obrigatória para as partes que intervieram no referido processo.

O Ministério da Defesa Nacional não está vinculado, por virtude de tal sentença, a pagar, em casos semelhantes, o valor correspondente à diferença entre as remunerações efectivamente percebidas entre 1989 a 1996 e aquelas que deveriam ter sido percebidas de acordo com o valor actualizado da remuneração suplementar.

E, como resulta da instrução feita no âmbito do presente processo, o Ministério da Defesa Nacional não pretende reapreciar esta questão.

Apesar de, em nosso entender, a qualificação da remuneração suplementar, prevista no Despacho Conjunto A-220/81, de 2 de Setembro, como *suplemento*, ter sido incorrecta, a verdade é que os actos de processamento do pagamento de tal remuneração, relativos aos anos compreendidos entre 1989 e 1996, já não podem ser atacados judicialmente, tendo-se consolidado na ordem jurídica.

Não pretendendo, como se verifica do presente processo, o Ministério da Defesa Nacional reapreciar tal questão, já não é possível reclamar a actua-

lização da remuneração suplementar, quer por via judicial, quer por via não judicial.

Em suma, pelos motivos acima expostos, entendeu a Provedoria de Justiça que não era devida qualquer actualização da remuneração suplementar, relativamente aos anos compreendidos entre 1989 e 1996, tendo, por esse motivo, determinado o arquivamento do processo a que a reclamação apresentada deu origem, nos termos da alínea *b*) do artigo 31.º do Estatuto do Provedor de Justiça (aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril).

R-3476/04

Assessora: Ana Sofia Firmino

Assunto: Direcção-Geral de Impostos — serventuária (pessoal auxiliar) — vinculação.

Objecto: Regularização da situação profissional da reclamante junto da Direcção-Geral dos Impostos.

Decisão: Arquivamento do processo, após realização formal da instrução.

Síntese:

Uma funcionária, a exercer funções, como serventuária, nos serviços centrais da Direcção-Geral dos Impostos, desde 27 de Outubro de 1997, solicitou a intervenção da Provedoria de Justiça relativamente à sua situação profissional.

De acordo com a reclamação apresentada, queixava-se a reclamante de que, desde aquela data, vinha exercendo “*funções administrativas, de modo permanente*”, não tendo, até à data de apresentação da presente reclamação, e contrariamente ao sucedido em outras situações similares, sido regularizada a sua situação laboral na Direcção-Geral dos Impostos.

Na sequência da exposição apresentada, procedeu-se à instrução do processo, tendo-se solicitado à Direcção-Geral dos Impostos que informasse a Provedoria de Justiça o que tivesse por conveniente sobre o assunto em questão, designadamente no que diz respeito ao vínculo laboral da reclamante.

Em resposta ao solicitado, a Direcção-Geral dos Impostos informou a Provedoria de Justiça de que a reclamante celebrou, em Outubro de 1997, um

contrato de prestação de serviços, ao abrigo da Circular n.º 439, Série A, de 30 de Dezembro de 1959, da então Direcção-Geral da Contabilidade Pública, tendo tal vínculo sido mantido pelo n.º 4 do artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e que, recentemente, em virtude da entrada em vigor da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, tal contrato passou a estar sujeito ao regime do contrato individual de trabalho na Administração Pública.

Refere ainda a Direcção-Geral dos Impostos que o último processo de regularização de situações laborais ocorreu com a publicação do Decreto-Lei n.º 81-A/96, de 21 de Junho, ou seja, em momento anterior à data da contratação da reclamante, e que, por esse motivo, esta não foi abrangida naquele universo de situações regularizadas.

Uma vez analisada a reclamação apresentada, bem como a resposta da Direcção-Geral dos Impostos, a Provedoria de Justiça debruçou-se sobre a questão de saber se a reclamante se encontrava numa situação laboral *irregular*, ou, pelo contrário, o vínculo jurídico que constituiu com a Direcção-Geral dos Impostos era legal, não sendo, por isso, de equacionar a possibilidade de vir a ser abrangida por qualquer processo de regularização das situações laborais precárias.

Relativamente a este questão, apurou-se, em sede de instrução, que a reclamante foi contratada ao abrigo da Circular n.º 439, Série A, de 30 de Dezembro de 1959, da então Direcção-Geral da Contabilidade Pública.

Tal circular previa a possibilidade de a Administração contratar, em regime de administração directa, e mediante a celebração de contratos de prestação de serviço, os serviços de limpeza, uma vez que estes não correspondem a necessidades permanentes dos serviços e organismos da Administração Pública ¹⁹⁴.

A admissibilidade de tal vínculo jurídico não foi posta em causa aquando da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro ¹⁹⁵, na medida em que aí se prevê expressamente — no artigo 44.º, n.º 4 —, que o pessoal admitido em regime de administração directa mantém-se a prestar serviço nesse regime.

¹⁹⁴ Entende-se por “*necessidades permanentes dos serviços*” aquelas que são satisfeitas por pessoal que assegure o exercício das competências das entidades públicas.

¹⁹⁵ Diploma que define o regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública.

E no âmbito do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 Junho ¹⁹⁶, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 25/98, de 26 de Maio, consagrou-se expressamente a possibilidade de o pessoal que integra o grupo de pessoal auxiliar poder ser contratado sob o regime do *contrato individual de trabalho*, quando a duração semanal do trabalho não excedesse dois terços do horário normal fixado para a Administração Pública, sendo obrigatoriamente inscrito no regime geral de segurança social, salvo se já estiver inscrito na Caixa Geral de Aposentações (artigo 11.º-A).

Mais recentemente, a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprovou o regime jurídico do contrato de trabalho nas pessoas colectivas públicas, veio estabelecer, por força do artigo 26.º, que todos os contratos de trabalho celebrados ou aprovados antes da sua entrada em vigor que abrangessem pessoas colectivas públicas ficavam sujeitos ao regime desta lei.

No caso do pessoal auxiliar, porém, a aplicação de tal regime já decorria, no entender deste órgão do Estado, do disposto no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 Junho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 25/98, de 26 de Maio, conforme acima referido.

Neste contexto, a Provedoria de Justiça concluiu que não era correcta a afirmação de que a situação laboral da reclamante era *irregular*, uma vez que o vínculo jurídico que constituiu com a Direcção-Geral dos Impostos, em 1987, e que mantém até hoje, é adequado às necessidades que satisfaz nos respectivos serviços centrais e encontra, como agora se demonstrou, perfeito acolhimento nos diplomas legais atrás citados.

Consequentemente, este órgão do Estado entendeu que a situação exposta pela reclamante não consubstanciava uma situação laboral precária *irregular*, susceptível de vir a ser regularizada através de um processo semelhante ao que foi desencadeado através do Decreto-Lei n.º 81-A/96, de 21 de Junho, tendo determinado, por esse motivo, o *arquivamento* do processo a que a reclamação apresentada deu origem, nos termos da alínea *b*) do artigo 31.º do Estatuto do Provedor de Justiça (aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, e alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto).

¹⁹⁶ Diploma que estabelece os princípios gerais em matéria de emprego público, remunerações e gestão de pessoal da função pública.

- Assunto:** Procedimento de avaliação para promoção de funcionários diplomados com o Curso de Estudos Avançados em Gestão Pública (CEAGP) — avaliação extraordinária e avaliação de desempenho — sucessão de leis no tempo — situações de ilegalidade susceptíveis de correcção.
- Objecto:** Apreciação da legalidade dos requisitos de promoção de dois funcionários diplomados com o CEAGP, cuja avaliação extraordinária foi impossibilitada, em 2004, pela aplicação do novo sistema de avaliação do desempenho na Administração Pública (SIADAP), aprovado pela Lei n.º 10/2004, de 22 de Março, e regulamentado pelo Decreto Regulamentar n.º 19-A/2004, de 14 de Maio.
- Decisão:** Arquivamento do processo, por se entender não existir ilegalidade no caso concreto, com comunicação à Direcção-Geral da Administração Pública (DGAP), relativa à existência de eventuais ilegalidades nalguns casos que poderiam, eventualmente, ser corrigidas.

Síntese:

Foi submetida à Provedoria de Justiça uma queixa relacionada com a desigual aplicação da lei à situação dos técnicos oriundos do curso acima indicado, ministrado no ano lectivo de 2002/2003, e das promoções respectivas.

Efectivamente, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 54/2000, de 07 de Abril, os alunos não vinculados à função pública “*que concluem o CEAGP com aproveitamento adquirem a qualidade de técnico superior de 2.ª classe, sendo promovidos à categoria de técnico superior de 1.ª classe ao fim de um ano, desde que tenham a classificação de serviço de Muito Bom*”.

Em 25 de Novembro de 2004, em resposta a uma consulta da Administração de Saúde do Norte, a Direcção-Geral da Administração Pública informou não haver lugar a avaliação extraordinária nesse ano (2004), em virtude do disposto no número 3. do artigo 41.º do Decreto Regulamentar n.º 19-A/2004, de 14 de Maio.

Acrescentava-se, ainda, no mesmo documento e após invocação do artigo 41.º-4 do referido diploma regulamentar e quanto ao caso concreto objecto da consulta, que, por não haver lugar, de acordo com a nova legislação, “*a avaliação extraordinária em 2004, deverão estes funcionários ser objecto de avaliação ordinária em Fevereiro de 2005 (de acordo com o calendário de avaliação de desempenho fixado), relativa ao ano de 2004*”.

Na reclamação apresentada à Provedoria de Justiça, todavia, os funcionários interessados, entre outras razões, indicavam a existência de diversas situações, publicadas em “Diário da República”, conducentes à verificação de que funcionários do mesmo Curso de Estudos Avançados em Gestão Pública que os reclamantes haviam frequentado tinham sido promovidos, o que implicaria desigualdade ou divergente interpretação da lei.

Após instrução, o Provedor de Justiça decidiu, sem prejuízo do arquivamento do processo, remeter à Direcção-Geral da Administração Pública um ofício do teor seguinte:

1. No decurso da instrução de um processo pendente neste órgão do Estado, tomou-se agora conhecimento de um ofício de V. Ex.^a dirigido ao Presidente da Administração Regional de Saúde do Norte, registado e com data de 25 de Novembro de 2004.

2. A posição nele defendida não suscita dúvida, nomeadamente em face da publicação do Decreto Regulamentar n.º 19-A/2004, de 14 de Maio.

3. Todavia, da instrução do presente processo alcança-se que, pelo menos nove diplomados pelo CEAGP foram, efectivamente, promovidos à categoria de técnico superior de 1.ª classe, tendo essas promoções sido publicadas em “*Diário da República*”.

4. Sucede que, segundo a posição assumida por essa Direcção-Geral no ofício supramencionado, e difundida no vosso site como resposta a pergunta frequentemente colocada, ainda em 2004, e que se tem por correcta, tais nomeações incorrem em violação de lei e podem, consequentemente, ser revogadas, uma vez que não foi, ainda, ultrapassado o prazo de um ano (artigo 141.º-1 e 2 do CPA).¹⁹⁷

¹⁹⁷ Cfr., entre muitos, o Acórdão do STA, de 28-01-2004, Proc. n.º 40.994, Pleno da Secção de C. A..

5. A situação detectada é particularmente notória quanto à amplitude da ilegalidade cometida nos despachos de nomeação anexos, não só porque o diploma regulamentar foi publicado em 14 de Maio de 2004, mas também por se criarem, por essa via, situações de flagrante desigualdade.

6. E nem se diga que essa desigualdade ficará completamente solucionada pelos “efeitos retroagidos à data em que completaram um ano de serviço efectivo”, como se diz no ofício de V. Ex.^a, uma vez que ela permanecerá para os funcionários relativamente aos quais a lei for cumprida, uma vez que terão de ser avaliados, com resultados que podem impedir a promoção, quer em si mesmo, quer pela existência do sistema agora vigente de quotas relativas às classificações de Muito Bom e Excelente, contrariamente ao que parece ter sucedido com os seus colegas ilegalmente promovidos.

7. O que acima se deixa indicado evidencia, assim, a ilegalidade das nomeações, que, no caso concreto, se traduz também em flagrante desrespeito do princípio constitucional da igualdade dos cidadãos perante a lei relativamente aos diplomados do CEAGP que concluíram o curso em 2003.

8. Em face do exposto, e sem embargo do arquivamento do processo aberto na Provedoria de Justiça, entende-se que as conclusões obtidas no parecer da DGAP, de 25 de Novembro de 2004, a que inicialmente nos referimos, correspondente, aliás, à posição difundida, por via informática, deverão ser comunicadas à Inspeção-Geral da Administração Pública, para realização de auditoria relativamente aos casos documentados e acima indicados, em que se revela eventual desvio dos objectivos estabelecidos, nos termos estabelecidos pelo artigo 38.º-2 do Decreto Regulamentar n.º 19-A/2004, de 14 de Maio.

R-351/05

Assessora: Ana Sofia Firmino

Assunto: LNEC — técnico superior — concurso — anulação de concurso interno geral de acesso à categoria de assessor principal.

Objecto: Revogação pelo Secretário de Estado Adjunto e das Obras Públicas do despacho do Presidente do LNEC de homologação da lista de classificação final do *concurso interno geral de acesso para a categoria de assessor principal da carreira técnica superior, da área*

funcional de gestão pública, difusão da cultura científica e tecnológica no domínio da arquitectura e fiscalização de obras, do quadro de pessoal do *Laboratório Nacional de Engenharia Civil (LNEC)*, e anulação do concurso em referência.

Decisão: Arquivamento do processo, após realização formal da instrução.

Síntese:

Foi apresentada uma reclamação na Provedoria de Justiça relativamente ao *concurso interno geral de acesso para a categoria de assessor principal da carreira técnica superior, da área funcional de gestão pública, difusão da cultura científica e tecnológica no domínio da arquitectura e fiscalização de obras*, do quadro de pessoal do *Laboratório Nacional de Engenharia Civil (LNEC)*, aberto através do Aviso n.º 217/2004, publicado no *Diário da República*, II Série, n.º 6, de 8 de Janeiro de 2004.

De acordo com a reclamação apresentada, queixava-se a interessada de, através do despacho do então Secretário de Estado Adjunto e das Obras Públicas, de 23 de Dezembro de 2004, ter sido revogado o despacho do Presidente do LNEC de homologação da lista de classificação final do referido concurso (em que ficara colocada em 1.º lugar) e de este ter sido anulado.

Tal despacho teve como fundamento o facto de o júri do concurso ter fixado os critérios de apreciação e ponderação de avaliação curricular quando já tinha à sua disposição o currículo da candidata que viria a ser classificada em primeiro lugar, considerando-se, por esse motivo, violados os princípios inerentes ao artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, que visam salvaguardar a *imparcialidade* e a *transparência concursal*.

Nos termos da exposição apresentada, referia a interessada que se havia oposto, em sede de audiência prévia, à anulação do referido concurso — anulação essa requerida pela candidata colocada em 2.º lugar, no âmbito de um designado “*recurso hierárquico*” interposto do despacho do Presidente do LNEC de homologação da lista de classificação final do concurso —, por entender, entre outros aspectos, que do acto de homologação não cabia recurso hierárquico.

Segundo alegava, em casos semelhantes, o Ministro das Obras Públicas já havia decidido que do acto de homologação da lista de classificação final praticado pelo Presidente do LNEC não cabia recurso hierárquico, uma vez

que, nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 422/99, de 21 de Outubro ¹⁹⁸, não existe uma *relação hierárquica* entre o Ministério das Obras Públicas e o LNEC.

Na sequência da exposição apresentada, procedeu-se à instrução do processo, tendo-se solicitado ao Chefe de Gabinete do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações que prestasse os esclarecimentos tidos por convenientes sobre o assunto em questão.

A coberto de ofício de 8 de Agosto de 2005, o Chefe de Gabinete informou que, segundo entende o Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, ao pessoal do LNEC deve aplicar-se, em matéria de procedimento concursal, o estabelecido no n.º 2 do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, nos termos do qual da homologação da lista de classificação final feita pelo dirigente máximo do serviço cabe recurso hierárquico, com efeito suspensivo, a interpor para o membro do Governo competente, por remissão do disposto nos artigos 42.º e 43.º do Decreto-Lei n.º 422/99, de 21 de Outubro.

Refere-se ainda, no que toca à apreciação do recurso em si, que a decisão tomada foi *oportuna*, não havendo qualquer razão para alterar o teor do despacho proferido de revogação do acto do Presidente do LNEC de homologação da lista de classificação final do concurso.

Na sequência da resposta remetida pelo Chefe de Gabinete, a Provedoria de Justiça dirigiu ofício de insistência àquele Gabinete, o qual, contudo, manteve a sua posição inalterada, considerando que o artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 422/99, de 21 de Outubro, dada a remissão operada pelo disposto no artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 422/99, de 21 de Outubro, contemplava uma hipótese de *recurso tutelar*.

Uma vez finda a instrução do processo, a Provedoria de Justiça concluiu que a reclamação apresentada suscitava, essencialmente, a análise de duas questões:

- a) Por um lado, a questão relativa à (in)susceptibilidade de interposição de *recurso hierárquico* e/ou *tutelar* do acto de homologa-

¹⁹⁸ Diploma que aprovou a lei orgânica do LNEC, revogando o Decreto-Lei n.º 519-D1/79, de 29 de Dezembro.

ção da lista de classificação final praticado pelo Presidente do LNEC; e

- b) Por outro lado, a apreciação da questão de fundo de saber até que momento o júri do concurso pode legalmente proceder à fixação dos critérios de apreciação e ponderação no âmbito de concursos públicos, como o do presente processo.

Começando pela análise da primeira questão indicada, verificou-se que a posição sustentada pelo Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, bem como pelo Ministro das Obras Públicas, Transportes e Habitação do XVI Governo Constitucional, relativamente ao concurso em causa na presente reclamação, diferia substancialmente do entendimento anteriormente sufragado, pelo ministro que tinha a seu cargo as obras públicas, quanto à susceptibilidade de interposição de “*recurso hierárquico*” do acto de homologação da lista de classificação final praticado pelo Presidente do LNEC.

Tendo em conta tal diferença de entendimento sobre a susceptibilidade de interposição de “*recurso hierárquico*” do acto de homologação da lista de classificação final praticado pelo Presidente do LNEC, concluiu a interessada que o Ministro das Obras Públicas tem “*dois pesos e duas medidas*” no tratamento de tal questão, facto ao qual este órgão do Estado — independentemente da posição que possa adoptar sobre a mesma e a que mais à frente se aludirá — ficar indiferente, uma vez que, desde logo, é o *princípio da igualdade* que é posto em causa por tal diferença de tratamento.

De facto, uma das vertentes essenciais do *princípio da igualdade* reside, como refere MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA E OUTROS, em anotação ao artigo 5.º do *Código do Procedimento Administrativo* ¹⁹⁹ (CPA), na autovinculação da Administração à conduta que antes haja adoptado, desde que, naturalmente, tal conduta seja *legal*, exista uma *identidade subjectiva* (as actuações — precedente e actual — têm de provir do mesmo órgão ou dos seus sucessores legais nessa competência) *objectiva* (os elementos objectivos das duas situações têm que ser similares) e *normativa* (ou seja, identidade da respectiva disciplina jurídica).

¹⁹⁹ *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Almedina, 2001, pág. 101.

Ora, no caso em análise, verificou-se, por um lado, que existia *identidade subjectiva* e *objectiva* relativamente às situações em que foi posta em causa, por via do designado “*recurso hierárquico*”, uma deliberação do Presidente do LNEC que homologou a lista de classificação final dos concursos em referência, e, por outro, não se detectou qualquer alteração *normativa* que pudesse justificar tal alteração de entendimento.

Pelo contrário, a posição outrora sustentada sobre a insusceptibilidade de interposição de “*recurso hierárquico*” do acto de homologação da lista de classificação final praticado pelo Presidente do LNEC parece ser aquela que melhor se coaduna com a natureza dos poderes exercidos sobre o LNEC — *tutela* e *superintendência* — bem como com a necessidade de previsão expressa do *recurso tutelar*.

Não existindo, como resulta expressamente do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 422/99, de 21 de Outubro, entre o Ministro das Obras Públicas e o LNEC qualquer relação de hierarquia, os actos administrativos praticados pelos órgãos deste Laboratório não podem ser objecto de recurso hierárquico, já que este, como se sabe, apenas se encontra previsto para situações que têm subjacente uma *relação de hierarquia* no seio da mesma pessoa colectiva.

Assim sendo, concluiu este órgão do Estado que se encontra excluída a hipótese de aplicação do n.º 2 do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, que prevê que da homologação da lista de classificação final feita pelo dirigente máximo de serviço cabe *recurso hierárquico* a interpor para o membro do Governo competente.

Poderia dizer-se, como parece ser o entendimento do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, que, dada a natureza dos poderes exercidos sobre o LNEC, tal *recurso hierárquico* deveria ser configurado como um *recurso tutelar*, uma vez que ao pessoal do LNEC, cujo regime jurídico aplicável é o constante das leis gerais da Administração Pública, se aplica, em matéria de procedimento concursal, o estabelecido no já citado artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, por remissão do disposto nos artigos 42.º e 43.º do *Decreto-Lei n.º 422/99, de 21 de Outubro*.

Acontece que o facto de o artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 442/99, de 21 de Outubro, remeter para a “*legislação geral da Administração Pública*” — entre a qual se encontra o Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho — não parece ser suficiente para que se considere estarmos perante uma previsão

expressa de recurso tutelar, conforme exigido pelas supra citadas disposições do CPA.

De facto, conforme jurisprudência constante dos tribunais administrativos, o recurso tutelar não se presume, sendo necessária a previsão *expressa* de tal recurso (cfr., entre outros, o Acórdão do *Tribunal Central Administrativo do Sul*, de 3 de Março de 2005, processo n.º 11162/02).

Aliás, deve ainda sublinhar-se que o próprio Decreto-Lei n.º 422/99, de 21 de Outubro, não contém qualquer norma relativamente a poderes de tutela, por parte do Ministro das Obras Públicas, no que toca a matéria de pessoal, e muito menos, relativamente a concursos de pessoal.

Os actos administrativos praticados por órgãos do LNEC só podem, pois, ser revogados, pelo Ministro das Obras Públicas, nos casos *expressamente* permitidos por lei (cfr. n.º 3 do artigo 142.º e n.º 2 do artigo 177.º do CPA).

Em conclusão, atendendo à inexistência de qualquer relação hierárquica entre o LNEC e o ministro que tem a seu cargo as obras públicas e à necessidade de previsão expressa do recurso tutelar, não se considera viável a conclusão segundo a qual o n.º 2 do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, contempla uma hipótese de recurso tutelar.

Neste sentido, considerou a Provedoria de Justiça que os argumentos aduzidos pelo Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, no âmbito do presente processo, para sustentar a susceptibilidade de interposição de recurso hierárquico/tutelar do acto de homologação da lista de classificação final praticado pelo Presidente do LNEC não permitiam, por si, tal entendimento, e, nessa medida, concluiu-se que tal posição deveria ser reponderada, sob pena de violação do n.º 3 do artigo 142.º e do n.º 2 do artigo 177.º do CPA.

Finalmente, no que toca à apreciação do recurso em si, verificou-se que o despacho do então Secretário de Estado Adjunto e das Obras Públicas, de 23 de Dezembro de 2004, teve por fundamento o facto de o júri do concurso ter fixado os critérios de apreciação e ponderação de avaliação curricular quando já tinha à sua disposição o currículo da candidata que viria a ser classificada em primeiro lugar, considerando-se, por esse motivo, violados os princípios inerentes ao artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, que visam salvaguardar a *imparcialidade* e a *transparência concursal*.

Ora, a legalidade de tal despacho também suscitou a este órgão do Estado algumas dúvidas, uma vez que, segundo decorre da jurisprudência dos tribunais administrativos sobre esta matéria, a fixação dos critérios de apreciação e ponderação pode ocorrer até ao termo do prazo previsto para a apresentação de candidaturas, dado que só depois daquele momento ocorrer é que o júri toma conhecimento da identidade dos candidatos e procede à verificação dos requisitos de admissão ²⁰⁰.

O referido prazo, de acordo com os elementos disponíveis, foi respeitado no caso do concurso em causa na presente reclamação, uma vez que tendo o mesmo sido aberto por aviso publicado no *Diário da República* de 8 de Janeiro de 2004, e tendo-se fixado o prazo de 10 dias úteis para a apresentação de candidaturas, os critérios de apreciação e ponderação aparentemente poderiam ter sido fixados até ao dia 22 de Janeiro de 2004.

Levar em linha de conta, para aferir da violação do *princípio da imparcialidade*, a concreta e contingente entrada de um ou outro processo de candidatura é, *prima facie*, desconsiderar que o júri do concurso pode legalmente definir tais critérios até ao termo do prazo de entrega das candidaturas, e bem ainda o efeito útil da entrada de um número potencialmente indeterminado de outras candidaturas, para além da que, no caso concreto, se verificou em 13 de Janeiro de 2004.

Em suma, e pelos motivos acima expostos, a Provedoria de Justiça concluiu pela *ilegalidade* do despacho do então Secretário de Estado Adjunto e das Obras Públicas, de 23 de Dezembro de 2004, de revogação do despacho do Presidente do LNEC de homologação da lista de classificação final do concurso em referência, por tal acto carecer de fundamento legal, e, em consequência, remeteu ao Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações uma exposição na qual se assinalaram as *ilegalidades* cometidas e a necessidade de correcção da interpretação relativa à susceptibilidade de interposição de *recurso hierárquico/tutelar* do acto de homologação da lista de classificação final praticado pelo Presidente do LNEC.

²⁰⁰ Entre outros, podem consultar-se os acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo n.ºs 36164, de 14 de Maio de 1996, 29139, de 21 de Março de 2001, 41737, de 24 de Janeiro de 2002, 1179/02, de 27 de Março de 2003, e 1524/02, de 13 de Novembro de 2003.

Em resposta à referida exposição, o Chefe de Gabinete do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações informou a Provedoria de Justiça de que, não obstante se manter o entendimento anteriormente sufragado quanto à possibilidade de impugnação administrativa para o membro do Governo competente, em sede de concursos de pessoal do LNEC, haviam sido dadas instruções a este instituto no sentido de ser lançado novo concurso, de forma a salvaguardar os interesses das partes e a conferir Justiça à situação controvertida.

R-462/05

Assessor: Jorge Castelo Branco

Assunto: Nomeação de chefias para organismo extinto.

Objecto: Apreciação da legalidade de um despacho de nomeação, publicado em 21 de Janeiro de 2005, pelo qual se procede à nomeação de chefes de divisão para um serviço cuja extinção é determinada pelo artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 8/2005, de 6 de Janeiro.

Decisão: Arquivamento do processo, por se entender não existir qualquer ilegalidade ou incorrecção procedimental no referido acto.

Síntese:

Para intervenção e eventual remessa às instâncias competentes, foi submetida à Provedoria de Justiça uma queixa relativa à nomeação de diversos dirigentes, por despacho de 15 de Dezembro de 2004, publicado em 21 de Janeiro de 2005, para um organismo do Ministério das Actividades Económicas e do Trabalho cuja extinção se verificara, alegadamente, em 6 de Janeiro do mesmo ano.

Analizada a questão concluiu-se não se verificar na actuação da Administração que foi posta em causa, qualquer ilegalidade ou vício procedimental de outra natureza, incluindo a violação de princípios gerais de ética que não constituam vícios autónomos e se possam abranger na estatuição do artigo 4.º da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro.

Efectivamente, na hipótese em apreciação, o artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 8/2005, de 6 de Janeiro, que aprova a orgânica do Ministério das Acti-

vidades Económicas e do Trabalho (MAET), determina a extinção do GAGEST, nos seguintes termos:

“Artigo 46.º — Extinção e sucessão

1 — É extinto o Gabinete de Gestão do Ministério da Economia, adiante designado por GAGEST, o Auditor Jurídico e o Conselho para o Desenvolvimento Económico.

2 — A Secretaria-Geral sucede ao GAGEST nas respectivas competências, salvo no domínio do turismo.”

Todavia, o artigo 50.º do mesmo diploma, como é usual nas situações de aprovação de macroestruturas, estabelece quanto ao regime legal aplicável que,

“Regime legal aplicável

Artigo 50.º — Legislação decorrente deste diploma

Enquanto não entram em vigor os diplomas próprios e respectivos quadros e mapas de pessoal dos serviços e organismos do MAET, estes continuam a reger-se pelo regime actualmente em vigor”.

O regime assim definido, até pela ressalva da parte final do número 2 do artigo 46.º, acima transcrito, implica, ao menos no caso do GAGEST, que toda a orgânica vigente se manterá até à sua substituição por diploma próprio.

Na realidade, a condição estabelecida por lei implica que a extinção do organismo, mais do que efectuada pela norma que a enuncia, seja meramente anunciada.

Sendo certo que *“toda orgânica vigente se manterá até à sua substituição por diploma próprio”*, nela se integra o Decreto-Lei n.º 191/2003, de 22 de Agosto, que aprova a orgânica do GAGEST, na sequência, aliás, da *“profunda reestruturação”* operada no Ministério da Economia pelo Decreto-Lei n.º 186/2003, de 20 de Agosto, que, segundo também se lê no relatório preambular do Decreto-Lei n.º 8/2005, de 6 de Janeiro, *“criou um novo modelo organizativo, enquadrado no processo global de reforma da Adminis-*

tração Pública, com os objectivos específicos de melhoria dos níveis de eficiência interna, de desburocratização e de aproximação dos agentes económico”.

Assim, os lugares de chefe de divisão criados pelo Decreto-Lei n.º 191/2003, de 22 de Agosto, mantêm-se e nada, no contexto referido e actual, impede, ou impediria, o respectivo provimento, uma vez que o n.º 6 do artigo 19.º da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, restringe a proibição que impõe, aos cargos de direcção superior.²⁰¹

Analizando o despacho criticado na queixa e publicado como Aviso n.º 505/2005, (2.ª Série) no Diário da República, II Série, n.º 15, de 21 de Janeiro de 2005, deve ainda notar-se o seguinte:

- As nomeações ocorrem na sequência de um processo de recrutamento e selecção que decorre desde 13 de Agosto de 2004, nos termos legais;
- Os nomeados já exercem, todos, cargos de direcção intermédia no GAGEST, como resulta dos curricula que integram o despacho;
- A nomeação é efectuada em 15 de Dezembro de 2004 (antes, por conseguinte, da publicação do Decreto-Lei n.º 8/2005, de 6 de Janeiro,²⁰² o que, in casu e pelas razões acima explicitadas, é completamente irrelevante, porquanto tais nomeações seriam perfeitamente possíveis após a publicação);
- As nomeações são feitas, e bem (como hoje o teriam de ser), para o GAGEST do Ministério da Economia.

Resta esclarecer uma dúvida que se poderia colocar a uma primeira leitura do despacho, e que se analisa na questão de saber os motivos determinantes das nomeações, antecedidas de processo de recrutamento, atendendo a que os nomeados já exerciam idênticos cargos no serviço em questão, em comissão de serviço, que se manteria pelas razões já referidas e expressamente previstas, aliás, no artigo 49.º do Decreto-Lei n.º 8/2005, de 06 de Janeiro.

²⁰¹ “*Não pode haver nomeações para cargos de direcção superior depois da demissão do Governo ou da convocação de eleições para a Assembleia da República, nem antes da confirmação parlamentar do Governo recém-nomeado*”.

²⁰² Diploma este que, aprovado em Conselho de Ministros de 28 de Outubro de 2004, só foi promulgado em 23 de Dezembro seguinte.

Decorrendo dos curricula que essas nomeações tinham a duração de um ano e procurando a respectiva fonte, chega-se ao Despacho do Ministro da Economia, datado de 5 de Dezembro de 2003 e publicado no Diário da República, II Série, n.º 2, de 3 de Janeiro de 2004, sob o n.º 55/2004 (2.ª Série), que efectuou as nomeações por um ano, nos termos aplicáveis da Lei n.º 49/99, de 22 de Junho, então vigente, com efeitos a 25 de Agosto de 2003.

Assim, o processo foi arquivado nos termos da alínea *b*) do artigo 31.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, por falta de fundamento.

R-2184/05

Assessor: Elisa Morgado

Assunto: Regime jurídico das faltas, férias e licenças dos funcionários e agentes da Administração Pública — faltas para doação de sangue.

Objecto: Negação de autorização por motivo não previsto na lei.

Decisão: Mostrando-se já impossível a alteração da situação contestada, pelo decurso do tempo, foi determinado o arquivamento do processo, com formulação de uma chamada de atenção ao dirigente competente.

Síntese:

1. Um enfermeiro chefe, inscrito como dador benévolo de sangue em hospital onde comprovadamente se desloca com regularidade para a respectiva colheita, apresentou queixa ao Provedor de Justiça, pelo facto de o director do centro de saúde em que trabalha haver indeferido o pedido de autorização para faltar num dia determinado, a fim de doar sangue benevolamente, por motivos não previstos na lei e sendo certo que a sua substituição estava garantida.

2. Em sede instrutória, o referido director veio confirmar que o indeferimento fundamentava-se na convicção de que estaria em causa uma forma camuflada de gozar uma ponte, convicção esta fundada na fraca assiduidade do funcionário, que muito se ausentava — designadamente, para frequência de acções de formação ou reuniões, para idas ao médico e por doença —, e

na circunstância de o dia em questão ser uma sexta-feira a seguir a um dia feriado.

3. Concluiu-se então ser esta uma apreciação subjectiva quanto à conduta do funcionário, que violava o regime das faltas para doação de sangue estabelecido no artigo 61.º do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março, cujo n.º 2, atendendo à importância deste acto, apenas admite a denegação da ausência solicitada para tal fim por motivos urgentes e inadiáveis decorrentes do funcionamento do serviço.

4. Por outro lado, a assiduidade e a pontualidade são deveres gerais dos funcionários e agentes, cuja violação constitui infracção disciplinar, mas que em nada se aproximam das situações legítimas de ausência que, além do mais, e em regra geral, carecem de autorização ou aprovação superior.

5. De resto, existem mecanismos para prevenir abusos e verificar atitudes fraudulentas por parte do funcionário, designadamente em matéria de faltas por doença e de faltas para tratamento ambulatorio, realização de consultas médicas e exames complementares de diagnóstico (cfr. respectivamente, artigos 33.º, 36.º e 52.º todos do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março).

6. E justamente para o caso das faltas para doação de sangue, para as quais não está legalmente prevista a junção de meios de prova ou processos de justificação específicos e que, aliás, só podem ser dadas pelo tempo necessário para o efeito, o n.º 2 do artigo 21.º do mesmo Decreto-Lei n.º 100/99 permite que o dirigente, quando entenda insuficiente a mera declaração, solicitação ou comunicação do interessado, exija a apresentação de meios adequados à prova da ocorrência dos motivos justificativos das faltas.

7. Assim, e considerando que pelo decurso do tempo se mostrou impossível a alteração da situação contestada, foi o processo arquivado, tendo sido, todavia, formulada uma chamada de atenção ao director do centro de saúde, ao abrigo do artigo 33.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, nos termos descritos.

R-2265/05

Assessor: Jorge Castelo Branco

Assunto: Licença de maternidade — abonos devidos — indeferimento do pagamento de subsídio de refeição a trabalhadora em regime de contrato individual de trabalho, durante a referida licença.

Objecto: Obtenção do pagamento do subsídio referido, entendendo a interessada que tal abono lhe era devido, por força do estabelecido no artigo 68.º da Constituição da República e no artigo 10.º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 70/2000, de 4 de Maio.

Decisão: Arquivamento do processo, por falta de fundamento da reclamação apresentada.

Síntese:

A interessada requereu ao Instituto da Segurança Social, I.P., enquanto sua entidade empregadora o pagamento do abono referido acima, respeitante ao período em que se encontrou na situação de baixa e de licença de maternidade, entre, respectivamente, 30-10-02 e 18-11-02 e 28-11-03 a 26-03-04, fundada na interpretação da lei já indicada e invocando, ainda, a doutrina do Parecer n.º 35/CITE/2000 e em duas decisões jurisprudenciais do Tribunal da Relação de Lisboa.

A entidade requerida veio a indeferir o pedido, considerando que à situação da requerente era aplicável “a Lei n.º 70/2000, de 4 de Maio, que no seu artigo 23.º, n.º 1, prescreve que as licenças, faltas e dispensas previstas no artigo 10.º do mesmo diploma (licença por maternidade), não determinam perda de quaisquer direitos e são consideradas para todos os efeitos legais salvo *quanto à retribuição*”²⁰³, como prestação efectiva de serviços.”

Acrescenta-se, na mesma fundamentação, ainda o seguinte:

“É assente quer doutrinariamente, quer jurisprudencialmente que o subsídio de refeição enquanto prestação regular e permanente integra o conceito de retribuição, inexistindo à data”²⁰⁴, para os trabalhadores do contrato individual de trabalho norma semelhante à existente para os trabalhadores da administração pública que consagra expressamente o direito ao subsídio de refeição”.²⁰⁵

²⁰³ Sublinhado no texto transcrito.

²⁰⁴ Regime este agora alterado pelo art. 107.º-1, da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, que se reporta expressamente ao pagamento do subsídio de refeição, em casos como o referido.

²⁰⁵ Transcrições feitas da Informação de 22 de Dezembro de 2004, do Departamento de Recursos Humanos/Unidade de Regime Jurídico e Condições de Trabalho, subscrita pela Dr.ª ... e que fundamentou a decisão do Conselho Directivo do Instituto da Segurança Social, I.P..

Para elucidação da reclamante, entendeu o Provedor de Justiça, enviar-lhe ofício do seguinte teor:

“Analisados os elementos relativos à fundamentação da posição da entidade visada pela queixa acima identificada e porque a questão é estritamente jurídica, não se mostra necessário proceder a ulteriores diligências instrutórias, merecendo inteira concordância a posição sustentada na Informação n.º 1744/2004, de 22 de Dezembro de 2004, da Unidade de Regime Jurídico e Condições de Trabalho do Departamento de Recursos Humanos do Instituto de Segurança Social I.P..

Uma vez que o indeferimento da pretensão oportunamente formulada por V. Ex.^a, se funda nessa informação, também esse acto não merece crítica.

Para além da jurisprudência citada na aludida Informação,²⁰⁶ convirá referir que os acórdãos da Relação de Lisboa que V. Ex.^a invocou em sede de audiência prévia, tal como se nota relativamente ao Parecer n.º 35/CITE/2000, se reportam a um regime definido por acordo colectivo de trabalho e não à aplicação da legislação vigente ao tempo em que se verificou a situação a que se reporta o seu pedido.

De resto, a posição da Relação de Lisboa que tem sido uniformemente seguida a respeito da questão controvertida por V. Ex.^a, é idêntica à que vem defendida pelos Serviços do Instituto de Segurança Social I.P., como poderá constatar pela leitura do Acórdão do referido Tribunal superior, lavrado em 23 de Fevereiro de 2005, no processo n.º 4042/2004 e pela análise das remissões aí feitas para anterior jurisprudência, própria e de outros tribunais.

De notar, ainda, que a análise feita no citado aresto integra a linha jurisprudencial que não se queda pela discussão, verdadeiramente pouco importante para a exegese a efectuar neste caso, da natureza do subsídio de refeição em termos de parcela integrante, ou não, da “retribuição”:

“Finalmente, (...), lembra-se o já dito de que tal subsídio é uma contrapartida específica da prestação de actividade desenvolvida

²⁰⁶ Nomeadamente, pela sua relevância, a do Tribunal Constitucional.

pelo trabalhador, sendo, por isso, devido apenas por cada dia de trabalho efectivo.

Como se refere no Ac. da Rel. de Coimbra de 29/4/99, junto aos autos a fls. 117 a 132, o “alcance programático de tal previsão não posterga ou anula a etiologia do falado subsídio, não podendo considerar-se “regalia” uma componente da retribuição que tem como pressuposto sinalagmático a efectiva prestação de trabalho.

O que se postula, inequivocamente, é a salvaguarda de qualquer prejuízo relacionado com a maternidade: para além [do] direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, incluída a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda de retribuição ou de quaisquer regalias, “subjacente ao direito à licença está (como anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira, in CRP Anotada, 3.ª edição revista, pag. 354), o direito de restabelecimento de todos os direitos e deveres emergentes da relação de trabalho”.

Igualmente subscrevemos, por inteiro, as seguintes palavras do Acórdão da Relação de Lisboa de 12/1/2000 — fls. 141-148:

“Quando o preceito constitucional dita que a trabalhadora não deve perder direito à retribuição ou a qualquer regalia, reporta-se, pois, à retribuição e regalias, normalmente asseguradas em virtude da celebração do contrato, com exclusão daquelas apenas justificáveis em face de circunstâncias especiais da prestação efectiva da sua actividade.

A seguir-se entendimento contrário, então também seriam devidas, por exemplo, ajudas de custo, subsídio de risco, subsídio para falhas, remuneração por trabalho suplementar ou quaisquer outras prestações, legitimadas tão-só pelo particular condicionalismo da execução do trabalho, que a trabalhadora eventualmente estivesse a receber ao entrar de licença de maternidade, o que não parece defensável”.

De tudo isto resulta não só que não se verificam as inconstitucionalidades propostas pelas Autoras, como igualmente que

*nenhuma censura pode ser feita à Ré pelo facto de não pagar às suas trabalhadoras o subsídio de refeição nos períodos de licença de maternidade.”*²⁰⁷

A este respeito poderá ver-se, ainda, o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República publicado no Diário da República, II Série, n.º 4, de 5 de Janeiro de 2002, também disponível no *site* já antes indicado.

Pelo exposto, informo V. Ex.^a que determinei o arquivamento do processo aberto pela queixa apresentada, nos termos do segmento inicial da alínea *b*) do art. 31.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (falta de fundamento).

²⁰⁷ Cfr. <http://www.dgsi.pt/jtrl>.

2.4.4. Pareceres

R-2092/03

Assessora: Maria José Castello-Branco

Entidade visada: Secretário de Estado da Administração Pública

Assunto: Regime de reclassificação e reconversão previsto no Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro.

1. O objecto do processo

Têm sido inúmeras as queixas apresentadas por funcionários da Administração Pública portuguesa, insurgindo-se contra as dificuldades na aplicação do regime do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, adaptado à Administração Local pelo Decreto-Lei n.º 218/2000, de 9 de Setembro, que aprovou o regime de reclassificação e reconversão profissionais nos serviços e organismos da Administração Pública. Invocam as demoras na sua aplicação, as desigualdades de tratamento e, ainda, a manutenção de situações funcionalmente desajustadas.

Da instrução de processos relativos a esta questão, ressalta a dificuldade, comum a todos os sectores da Administração Pública, de controlar a formação profissional adquirida ou a adquirir, sendo frequentes os casos em que são solicitadas orientações à Direcção-Geral da Administração Pública (DGAP) a fim de se adoptarem critérios de equidade de procedimentos relativamente a situações semelhantes.

2. A posição da DGAP

Veio a apurar-se, no âmbito da instrução procedimental, que a orientação seguida pela DGAP ²⁰⁸, fundamentada na problemática da definição

²⁰⁸ Ofício de 21.07.04, *in* processo da Provedoria de Justiça n.º 2092/03.



individual da formação, impõe a futura adopção de um sistema próprio e adequado de validação de conhecimentos adquiridos ao longo do programa do curso tal como prevê o n.º 2 do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 50/98, de 11 de Março, diploma definidor das regras que regem a formação profissional na Administração Pública.

2.1. De acordo com a DGAP, os serviços públicos não deveriam viabilizar processos de reconversão massiva através do suprimimento de habilitações literárias por modelos formativos tipificados, admitindo-se contudo que poderiam ser viabilizados os projectos que, atentando no perfil do novo posto de trabalho, apresentem um figurino de formação adequado ao novo desempenho funcional e com uma carga horária próxima da que é exigida pela aquisição normal das habilitações.

2.2. Por último, é entendimento desta Direcção-Geral que os serviços proponentes de actos de reconversão deveriam ainda inviabilizar as situações de desajustamento funcional entre carreiras auxiliares, quando os funcionários não detenham a escolaridade obrigatória exigida, por não ser materialmente concretizável o suprimimento habilitacional. Assume assim, até às últimas consequências, a estrutura habilitacional formal, inicialmente prevista pelo Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho.

Da dificuldade da aplicação do actual regime de reconversão e reclassificação é exemplo o reduzido número de funcionários que são objecto de tais medidas. Elaborada uma pequena amostra, relativa ao universo da Administração Pública portuguesa, verificamos que apenas uma média de 0,7% de funcionários foi objecto de reclassificação ou de reconversão durante o ano de 2003²⁰⁹ 210.

²⁰⁹ Amostra: foram analisados os balanços sociais relativos a 2003 de dez entidades escolhidas aleatoriamente da Administração Pública portuguesa, referenciando todas as possibilidades de reconversão e de reclassificação, representando cerca de 3000 efectivos. A reclassificação ou reconversão foi aplicada a 23 destes efectivos.

Fonte:

Infarmed

http://www.infarmed.pt/pt/noticias_eventos/noticias/nt_08_07_2004.pdf

Direcção-Geral do Orçamento

http://www.dgo.pt/Actividades/BalancosSociais/2003/BalancoSocial_2003.htm

Instituto Politécnico de Viseu

http://www.ipv.pt/secretaria/bs_2003.pdf

Parece assim verificar-se o “*carácter irritante de um problema insolúvel pelos princípios habituais de direito do trabalho*”²¹¹.

3. Pressupostos de análise

Partindo destes factos preliminares e após uma primeira análise do sistema de reclassificação e reconversão vigente em Portugal, chegamos a cinco pressupostos de exame:

3.1. Constata-se, em primeiro lugar, que nos encontramos perante matéria que, de um ponto de vista sistémico, não configura uma especialidade da Administração Pública, e que se encontra prevista, regulada e profusamente analisada no âmbito do direito do trabalho, relacionando-se com o objecto de trabalho e o poder da entidade empregadora determinar unilate-

Direcção-Geral do Tribunal de Contas

<http://www.tcontas.pt/pt/recursos/bsocial/bsoc2003.shtm>

Instituto Nacional de Investigação Agrária

http://www.iniap.min-agricultura.pt/bal_soc_2003.asp

Serviços Sociais do Ministério das Finanças

http://www.sofe.min-financas.pt/balanco_social/efectivos_saidos.htm#promocoas

Instituto Geográfico do Exército

http://www.igeo.pt/IGEO/portugues/o_instituto/Docs%20Oficiais/Balanco%20Social%20ICP%202003.pdf

Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Portimão

<http://www.emarp.pt/sobrenos/relatoriocontas/relatorio2003/BalancoSocial40-52.pdf>

ADSE

<http://www2.adse.pt/page.aspx?IdCat=230&IdMasterCat=0&preview=&id=149#6>

Secretaria-Geral do Ministério das Finanças

<http://www.sgmf.pt/NR/rdonlyres/E28341D2-236A-46A5-8C10-03C8B44079ED/1979/Balan%C3%83%C2%A7oSocial2005.pdf>

²¹⁰ Os processos de pedidos de reconversão e de reclassificação originaram, só no ano de 2004, 31 processos novos na Área 4 da Provedoria de Justiça, o que representa 4,37% do total de processos desta área. Fonte: Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 2004, pág. 557.

²¹¹ T. Aubert “Les erreurs de classement”, mémoire DEA, Toulouse, 1980, cit. por «Aspects juridiques de la qualification professionnelle», Josette Yung Hing, Centre National de la Recherche Scientifique, CRPT, Paris, 1986. Trata-se, na realidade, de uma questão de “extrema dificuldade”, na expressiva locução de Bernardo da Gama Lobo Xavier, “A mobilidade funcional e a nova redacção do art. 22.º da LCT”, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Janeiro-Setembro 1997, Ano XXXIX, n.ºs 1-2-3, pág. 51 e seguintes.

ralmente a sua modificação ²¹². Este facto permite-nos, não apenas aproveitar da experiência recolhida no âmbito do direito laboral, como também perspetivar o relacionamento que irá existir entre ordens jurídicas pública e privada, face à Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprova o regime jurídico do contrato individual de trabalho na Administração Pública.

3.2. Em ambas as ordens, pública e privada, é um princípio geralmente aceite que o trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à actividade para a qual foi recrutado, correspondente a um nível de qualificação determinada e que se cristaliza em categorias profissionais ²¹³. No entanto, apesar de a situação normal respeitar a concordância entre pres-

²¹² A questão que nos ocupa foi tratada pela doutrina no âmbito do direito privado, como já referimos, a propósito das alterações do objecto do contrato e, em especial, das alterações excepcionais permitidas ao abrigo do *jus variandi*. No âmbito da lei do trabalho, cujo regime jurídico foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49.408, de 24.11.69, era jurisprudência firmada (cfr. Anotação ao Acórdão do STJ de 6.07.00, processo 100/99, in BMJ 499 (2000)) que a posição do trabalhador na empresa e a respectiva categoria profissional são definidas pelo conjunto de tarefas ou de serviços para os quais aquele é contratado ou que efectivamente desempenha no desenvolvimento do contrato. Essa categoria profissional, revelada pelo núcleo essencial das tarefas que constituem objecto da prestação laboral (categoria-função) ganha sentido na medida em que encontra tutela na lei e nos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, que assim protegem a posição contratual do trabalhador, garantindo o desempenho daquelas tarefas e o direito à correspondente retribuição (categoria-estatuto). Assim, "deve ser reconhecida ao trabalhador a categoria cujo conteúdo funcional mais se aproxime do tipo de tarefas concretamente desempenhadas e a categoria mais elevada, quando tais tarefas se ajustam a mais do que uma categoria", cfr. Monteiro Fernandes, "Direito do Trabalho", I, 9.ª ed., pág. 185, in Acórdão cit. no Acórdão do STJ de 6.07.2000, processo 100/99. Cfr. ainda, Lobo Xavier, *opus cit.*

²¹³ De acordo com o novo Código de Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27.08, cabe às partes definir a actividade para que o trabalhador é contratado, podendo tal definição ser efectuada por remissão para categoria constante do instrumento de regulamentação colectiva ou de regulamento interno (cfr. art. 111.º). A actividade contratada, ainda que descrita por remissão para categoria profissional constante de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou regulamento interno de empresa, compreende as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais o trabalhador detenha a qualificação profissional adequada e que não impliquem desvalorização profissional. Para estes efeitos, consideram-se afins ou funcionalmente ligadas, designadamente, as actividades compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional, conferindo ao trabalhador, sempre que o exercício das funções acessórias exigir especiais qualificações, o direito a formação profissional não inferior a dez horas anuais (cfr. art. 151.º).

Para a concretização do contrato, é conferido ao empregador o poder de direcção, definido como o poder de fixar os termos em que deve ser prestado o trabalho (cfr.

tação de trabalho e qualificação, pode verificar-se desconformidade entre a categoria profissional detida e as funções efectivamente exercidas, sem que tal facto seja necessariamente negativo ou ilícito.

3.3. Quando esta desconformidade se verifica, há que decompor a situação nos seus vários elementos e analisar a substância da alteração. Importa fundamentalmente partir do objecto da prestação do contrato, verificar a sua duração, constatar se é ou não definitiva, e se pode, ou não, constituir um facto jurídico modificativo da relação contratual ²¹⁴. Decisivos são, a este propósito, os conceitos de “funções efectivamente exercidas”, pelo funcionário — que necessariamente implicam a análise do conteúdo funcional da categoria profissional onde o trabalhador se encontra inserido e aquela para a qual pretende ser reclassificado ou reconvertido — e a dimensão de temporalidade na qual se verificam.

3.4. Em quarto lugar, interessa operacionalizar a validação pela entidade empregadora das aprendizagens anteriores. Trata-se de questão aparentemente de ordem lateral, mas que acaba por revelar-se essencial, já que pode conduzir frequentemente, dentro da própria Administração Pública, a gravosas situações de estagnação profissional. Daí o interesse em analisar o actual sistema de formação profissional na Administração Pública portuguesa e, ainda, de procurar alternativas.

3.5. Por último, constata-se que tanto o Decreto-Lei n.º 497/99, individualmente considerado, como o seu enquadramento, compõem um conjunto desestruturado, com soluções incoerentes e com exigências burocráticas irrelevantes permitindo a confusão deliberada de conceitos e de pressupostos, a necessitar de uma intervenção clarificadora.

art. 150.º) e, ao trabalhador, é estabelecido o dever de obediência, devendo cumprir as ordens e instruções do empregador em tudo o que respeite à execução e disciplina do trabalho, salvo na medida em que se mostrem contrários aos seus direitos e garantias (cfr. alínea *d*) do n.º 1 do art. 121.º). A desobediência ilegítima às ordens dadas pelos responsáveis hierarquicamente superiores constitui justa causa de despedimento (cfr. alínea *a*) do n.º 3 do art. 396.º) mas, em contrapartida, o empregador não pode, salvas as excepções legalmente previstas, diminuir a retribuição, baixar a categoria ou transferir o trabalhador para outro local de trabalho.

²¹⁴ Cfr. Alfaia, João, “Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público”, vol. I, Almedina, 1985, pág. 318 e seguintes, cit. Parecer do Tribunal de Contas, sentença n.º 18/03/Nov03/3.ª, in Processo n.º 01/JC/03.

4. Enquadramento histórico-legislativo

Uma análise mais detalhada carece, no entanto, de um enquadramento histórico-legislativo, para o que convém recordar, embora de forma brevíssima, os principais marcos de evolução no ordenamento jurídico português, nas últimas décadas, no âmbito da função pública.

Com a “Reforma de vencimentos do funcionalismo civil” de 1935²¹⁵ e sem existir um regime geral de carreiras, estabeleceu-se o princípio da habilitação mínima para ingresso nos quadros e promoções a determinados postos (acima do grupo “T”, em 27 grupos) salvaguardando-se a existência de curso especial e as situações de chefia de secção e de repartição após 1936, desde que possuísem curso superior adequado ao exercício desses cargos. Estas disposições não invalidavam as disposições especiais de serviços que as exigissem (art. 21.º). As reformas subsequentes²¹⁶, particularmente a ocorrida em 1969²¹⁷, manteve esta flexibilidade, determinando-se, como regra geral, a exigência de habilitações mínimas para provimento em cargos públicos, sem prejudicar, contudo, os preceitos que exigissem curso superior para o provimento de determinados cargos (art. 25.º).

Em 1979, e face à inexistência de um diploma legal que definisse os princípios gerais a que deve obedecer a estruturação da carreira, procedeu-se à tipificação das categorias base da função pública, passando a determinar-se, taxativamente, os requisitos habilitacionais de ingresso para cada carreira, com o objectivo de alterar o “universo confuso”²¹⁸ vigente à data²¹⁹.

²¹⁵ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 26115, de 23.11.35.

²¹⁶ Que se limitaram a introduzir alguns ajustamentos aos princípios gerais estabelecidos em 1935.

²¹⁷ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 49410, de 24.11.69, que já introduzia alguns princípios estabelecidos no Plano para a Reforma Administrativa elaborado em 1966, a coberto do III Plano Intercalar de Fomento.

²¹⁸ Cfr. preâmbulo e alínea a) do n.º 1 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 191-C/79, de 25.06.

²¹⁹ Com esta consolidação da carreira concebida como suporte de motivação do pessoal, perdeu-se em termos de flexibilidade o que se aumentou em termos de burocracia e rigidez. É a partir desta data que se começou a sentir a necessidade de introduzir flexibilidade nos requisitos habilitacionais de forma a considerar a função desempenhada tendo em conta a categoria.

Em 1982, considerando que o respeito pelo preceito constitucional, que determina o acesso de todos os cidadãos em igualdade de condições ao exercício de funções públicas, apenas poderia ser garantido pela supressão do critério de livre escolha, que predominava no preenchimento de lugares de ingresso e de acesso da função pública, institucionalizou-se o sistema de concurso como forma de provimento de todos os seus lugares, excepto dos cargos de direcção ²²⁰. Consequentemente, só podiam ser admitidos a concurso, os candidatos que satisfizessem os requisitos para o provimento em funções públicas.

Em 1984, a preocupação com a mobilidade dos recursos humanos da Administração Pública, levou à consagração legislativa das figuras de reclassificação e reconversão conceptualmente idênticas às que actualmente existem ²²¹; mas, é em 1985, com a publicação do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho, que se estabilizam as noções que viriam a ser fundamentais na construção do sistema de vinculação pública e que ainda se encontram parcialmente vigentes:

- Determina-se, assim, que as funções públicas podem ser asseguradas em regime de carreira ou em regime de emprego ²²², devendo o desempenho de funções correspondentes a necessidades permanentes e próprias dos serviços ser, em princípio, assegurado por pessoal em regime de carreira, estruturada na base do princípio de adequação às funções; define-se a carreira como o conjunto hierarquizado de categorias às quais correspondem funções da mesma natureza a que os funcionários terão acesso de acordo com a antiguidade e o mérito evidenciado no desempenho profissional e estabelece-se a noção de categoria, como a posição que os funcionários ocupam no âmbito de uma carreira, fixada de acordo com o conteúdo e qualificação da função ou funções, referida à escala salarial da função pública ²²³; por último, menciona-se o reforço dos mecanismos de

²²⁰ Cfr. Decreto-Lei n.º 171/82, de 10.05.

²²¹ Cfr. art. 30.º do Decreto-Lei n.º 41/84, de 3.02, embora se verificasse o controle do Tribunal de Contas.

²²² Situação que já se verificava antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 191-C/79, face à inexistência de um regime geral de carreiras e concursos.

²²³ Cfr. arts. 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 248/85. Fixaram-se, assim, na lei conceitos que a jurisprudência e a doutrina já há muito tinham estabelecido.

intercomunicabilidade entre carreiras mediante a supressão de obstáculos apenas baseados no factor formação académica, passando a valorizar-se a qualificação profissional ²²⁴.

- Fixaram-se, portanto, os conceitos em redor dos quais passou a gravitar a estruturação das carreiras da função pública, incluindo o estatuto remuneratório ²²⁵ e a progressão dos funcionários e agentes da Administração Pública, conceitos em redor dos quais se centra a problemática da reclassificação e reconversão.
- Em simultâneo, com a adopção de um ordenamento de carreiras, caracterizaram-se consequentemente as funções mediante a sua descrição e qualificação, visando permitir uma adequada gestão de recursos humanos, nomeadamente o dimensionamento das necessidades de pessoal. Cautelosamente, determinou-se que a descrição dos conteúdos funcionais em caso algum e de acordo com um princípio tradicional de direito administrativo, poderia constituir fundamento para o não cumprimento do dever de obediência, sem prejuízo da atribuição aos funcionários de tarefas de complexidade e responsabilidade equiparáveis, não expressamente mencionadas, conforme se prevê no n.º 4 do art. 9.º do Decreto-Lei n.º 248/85 ²²⁶.

Reconhece-se assim, claramente, que a realização do trabalho não é imutável e não é concebível como uma realização jurídica cristalizada ou totalmente inalterada.

²²⁴ Cfr. art. 16.º do Decreto-Lei n.º 248/85. Consagrou-se neste diploma um sistema de intercomunicabilidade vertical (art. 17.º) para a falta de habilitação e um sistema de formação para carreiras técnico-profissionais de nível I e II (art. 20.º). Partiu-se do princípio que caberia ao sistema educativo, tendo em conta as reformas entretanto efectuadas, com a introdução dos cursos profissionais, suprir as habilitações profissionais exigíveis. Na ausência de resposta do sistema educativo, bem como das instituições formativas existentes — Instituto Nacional de Administração e Centro de Estudos de Formação Autárquica —, passou a formação a ficar sujeita ao escasso mercado disponível.

²²⁵ Que se manteve até 1989, tendo por base uma escala remuneratória, constante de letras do alfabeto, que já vinha sendo praticada e que condicionou uma aplicação adequada do novo regime de carreiras.

²²⁶ Princípio este que transformava a aplicabilidade do conteúdo funcional das várias carreiras, num indicador para a boa gestão dos recursos humanos.

Este entendimento é reforçado em 1989, quando, sem modificar substantivamente o regime anterior, se estabeleceram os princípios gerais em matéria de emprego público, remunerações e gestão de pessoal da Administração Pública, expressamente recepcionando na ordem jurídica, decorrente do princípio geral da *mobilidade de recursos humanos* ²²⁷, o princípio da mobilidade para os funcionários públicos no art. 23.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho.

- Previram-se medidas que visavam imprimir racionalidade à gestão dos efectivos, pela adopção de quadros de pessoal anuais e pela flexibilização dos mecanismos que permitiriam desenvolver uma política de redimensionamento; ²²⁸
- Paralelamente, adoptou-se o princípio do enriquecimento do conteúdo funcional de cargos, estatutando-se que, com o objectivo de simplificar o sistema de carreiras e quadros, facilitar a gestão dos recursos humanos e desenvolver as capacidades e motivação dos funcionários, a Administração deveria promover a agregação de funções essencialmente repetitivas em cargos com conteúdos funcionais diversificados, que exigissem aptidões idênticas ou semelhantes ²²⁹.

Já em 1998, pretendeu-se criar condições para operacionalizar a intercomunicabilidade entre carreiras e valorizou-se o papel da formação profissional no contexto do racional aproveitamento dos recursos próprios da Administração ²³⁰, datando, também desta altura, o já mencionado Decreto-Lei n.º 50/98 que, definindo as regras e os princípios que regem a formação profissional na Administração Pública, integra no sistema a formação da reconversão profissional ²³¹ e, também, a da intercomunicabilidade ²³² no âmbito da formação contínua ²³³.

²²⁷ No âmbito da gestão global dos recursos humanos.

²²⁸ O disposto no art. 25.º do Decreto-Lei n.º 184/89, relativo a quadros de pessoal, não passou de letra morta, já que as sucessivas leis de execução orçamental sempre impediram a sua aplicabilidade prática.

²²⁹ Art. 34.º do Decreto-Lei n.º 184/89.

²³⁰ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 404-A/98.

²³¹ Cfr. n.º 2 do art. 13.º do Decreto-Lei n.º 50/98.

²³² Cfr. alínea c) do n.º 2 do art. 12.º do Decreto-Lei n.º 50/98.

²³³ Definida como aquela que visa promover a actualização e a valorização pessoal e profissional dos funcionários e agentes, e que reveste as modalidades de aperfeiçoamento, especialização e reconversão. Cfr. arts. 12.º e 13.º do Decreto-Lei n.º 50/98.

Chega-se, assim, a 1999, ano da publicação do Decreto-Lei n.º 497/99, que impõe o desenvolvimento dos mecanismos de reconversão e de reclassificação, como instrumentos privilegiados de gestão e que revoga o art. 30.º do Decreto-Lei n.º 41/84 ²³⁴.

Porém, esta evolução legislativa não evitou que os resultados finais pudessem ser analisados da seguinte forma:

“A fim de prestar serviços públicos de uma forma mais eficiente em termos de custos, a reforma do sector público deverá incidir numa maior aproximação a uma abordagem orçamental e de gestão orientada para os resultados (...). A fim de melhorar a eficiência do sector público, serão necessárias práticas de gestão de pessoal mais flexíveis (...). As recentes reformas destinadas a aumentar a mobilidade laboral na Administração Pública, nomeadamente a nova Lei sobre a mobilidade de trabalho e uma “bolsa” de emprego a partir de 2003 são iniciativas no bom sentido. Estas medidas são essenciais para uma reafectação mais eficaz de recursos humanos, em especial visto que parece existir um número excessivo de funcionários públicos relativamente aos serviços prestados, o que está a colocar as despesas públicas sob pressão crónica.” ²³⁵

Mais recentemente, a Resolução do Conselho de Ministros (RCM) n.º 109/2005, de 30 de Junho, fundamentando-se no excessivo peso estrutural da Administração Pública e na necessidade de reavaliar a sua dimensão, através da extinção, fusão e reestruturação de serviços e organismos, prevê a constituição de contingentes de pessoal supranumerário. Pretende-se, assim, consagrar soluções que contribuam para a redução global de efectivos da Administração Pública, para o apoio aos funcionários nessa situação, mas também para a sua requalificação e reconversão profissionais.

Também na vertente da formação refere a RCM que se prevêm medidas de reforço da qualificação dos recursos humanos da Administração

²³⁴ Revogando-se também, com o Decreto-Lei n.º 218/2000, o disposto no art. 51.º do Decreto-Lei n.º 247/87.

²³⁵ Cfr. “OCDE — Estudo Económico: Portugal — Avaliação e Recomendações” Janeiro 2003, in http://www.lportugal.pt/publish/other/ocde_03_p.htm.

Pública, apostando-se na formação de requalificação tendo em vista a reafecção no âmbito da Administração Pública e a reconversão profissional dos funcionários supranumerários.

5. Algumas considerações sobre a formação profissional na Administração Pública.

O presente estudo exige que nos debrucemos, com um pouco mais de detalhe, sobre a evolução, nos anos mais recentes, da questão da formação profissional em Portugal e particularmente no que concerne à função pública.

Em termos gerais, as questões sobre formação profissional em Portugal não mereciam papel de destaque no discurso político, pelo menos até à adesão à Comunidade Europeia, baseando-se o discurso político, a partir desta data, no atraso estrutural em que se vivia face aos baixos níveis de formação, o que obrigava à adopção de medidas que permitissem dotar o país de recursos humanos qualificados, sem os quais seria impossível competir num mercado mais exigente.

Actualmente, o enquadramento jurídico da formação profissional tem a sua sede no disposto nos Decretos-Leis n.ºs 401/91 e 405/91²³⁶, de 16 de Outubro, que estabelecem os regimes jurídicos da formação profissional, inserida no sistema educativo e no mercado de emprego, respectivamente.

Esta separação resulta do “princípio da verticalidade”, definido como *“segmentação interna, através da qual as fileiras liceal e técnica se foram autonomizando, permitindo em cada uma delas uma progressão vertical no seu interior”*²³⁷ e permite que se faça a sua distinção, quer através da sua base institucional dominante, a escola ou a empresa, respectivamente, quer pelos seus destinatários específicos, no primeiro caso, a população escolar, incluindo

²³⁶ Estes diplomas tiveram a sua génese em sede de concertação social, em que o Governo da época, juntamente com os parceiros sociais, acordou num conjunto de medidas relativas à formação profissional que eram também aplicáveis à Administração Pública.

²³⁷ Cfr. Alves, Natália, “Modos de aprendizagem e evolução da formação profissional em Portugal” in “As modalidades da empresa que aprende e da empresa qualificante”, Observatório do Emprego e Formação Profissional, “Estudos e análises”, 1998, pág. 69.

o ensino recorrente de adultos e a educação extra-escolar, e, no segundo, a população activa empregada ou desempregada, incluindo nesta os candidatos ao primeiro emprego. Como ponto comum a ambas, os conceitos, as finalidades, a certificação de componentes, a consideração dos níveis e perfis profissionais; a avaliação e a coordenação que foram distribuídas, respectivamente, ao Ministério da Educação e ao Ministério do Emprego e da Segurança Social.

Ora, também neste caso, a avaliação feita passados dez anos é claramente negativa: de acordo com o relatório da Comissão Europeia, *“A situação social na União Europeia em 2004”*, em Portugal o nível de escolaridade dos jovens é de 43,7%, contra a média europeia relativa a 25 Estados-membros, de 76,6% (valor provisório), e uma taxa de 2,9% de aprendizagem ao longo da vida sendo a média europeia de 8,5%. Também os níveis de habilitação escolar dos jovens em 2002, que reflectem a percentagem de população entre os 20 e os 24 anos que concluíram, pelo menos, o ensino secundário superior, é menor que a média europeia: 43,7% contra 76,6% (valor provisório). Simultaneamente, refere-se que, em Portugal, se verifica uma taxa que chega aos 45% de abandono escolar precoce, sendo este definido como abrangendo a percentagem de população com idade entre os 18 e os 24 anos cujas habilitações correspondem apenas ao ensino secundário inferior e que não participam em outras acções de educação e formação (mais do dobro da média europeia). Aliás, a distância que em 2001 separava as qualificações certificadas da população adulta portuguesa do padrão de qualificações académicas da generalidade dos países europeus era ainda grande, estimando-se que em 4.700.000 activos cerca de 2.400.000 não possuísem a escolaridade de nove anos ²³⁸.

Esta situação reflecte-se necessariamente na Administração Pública ²³⁹, razão pela qual nos mereceu especial atenção salientar, na nebulosa do sistema de educação e de formação profissional ²⁴⁰, a questão da formação profissional neste sector, cujas condicionantes e princípios gerais não são diversos, apesar de consagrados em normativos autónomos, daqueles que respeitam à for-

²³⁸ Cfr. “A situação social na União Europeia-2004-síntese” in <http://europa.eu.int>; cfr. ainda o Preâmbulo da Portaria n.º 1082-A/2001, de 5.09.

²³⁹ Para as Administrações Públicas, enquanto entidades empregadoras, a formação profissional assume papel de relevo.

²⁴⁰ De forma a ilustrar a variedade de situações existente apenas no ensino secundário, cfr. ponto 1 do parecer do Conselho Nacional de Educação de 13.02.03.

mação profissional em geral. Parece ter querido sustentar-se que a formação profissional para a Administração Pública apresentaria especificidades não compatíveis com os princípios gerais em vigor nesta matéria. No entanto, esta aparente *especificidade* do sistema de formação profissional para a Administração Pública em Portugal resultaria, tão só, do facto de em 1990 a União Europeia ter desbloqueado, ainda no âmbito do QCA I, pela primeira vez, verbas destinadas a programas de formação profissional de funcionários públicos ²⁴¹, tendo então sido atribuída ao Secretariado para a Modernização Administrativa a competência para a gestão das verbas assim atribuídas dentro de uma política de formação de activos da função pública.

Com a publicação do Decreto-Lei n.º 9/94, de 13 de Janeiro, procurou estabelecer-se a articulação de um conjunto de órgãos que tinham a seu cargo a formação profissional, do mesmo passo que se contemplava um conjunto de normas visando uma determinada política de formação ^{242 243}. Na génese deste diploma não terão estado, portanto, razões ligadas ao conceito de formação profissional que apenas varia em função dos seus destinatários, nem sequer razões ligadas à sua estrita necessidade.

Mas, o que é certo, é que esta autonomização veio a aprofundar-se com a publicação do Decreto-Lei n.º 50/98, que procedeu à reformulação do sistema existente com o declarado objectivo gestor de facilitar o levantamento das necessidades de formação e a elaboração dos planos adequados à sua satisfação, em sintonia com a feitura dos planos de actividade e os orçamentos dos serviços ²⁴⁴. Com o objectivo de melhorar a coordenação das entidades formadoras, atribui-se à Direcção-Geral da Administração Pública a função de coordenadora do sistema e impõe-se a exigência de acreditação a todas as entidades que promovam a formação para a Administração Pública, com excepção do Instituto Nacional de Administração e do Centro de Estudos e Formação Autárquica, nos mesmos moldes que as entidades privadas. Regu-

²⁴¹ A função pública não era, até àquela data, destinatária de acções de formação profissional co-financiadas por fundos comunitários.

²⁴² Este diploma, do ponto de vista jurídico, era inútil, já que se limitou a transpor as normas do Decreto-Lei n.º 401/91, já aplicáveis à Administração Pública.

²⁴³ As normas contidas no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 247/87 continham já suficiente determinação sobre esta questão, embora fossem apenas aplicáveis à Administração Local.

²⁴⁴ Que já o Decreto-Lei n.º 247/87, aplicável à Administração Local, contemplava.

lamentou-se o direito à autoformação profissional ²⁴⁵, através da atribuição de um crédito de trinta e cinco horas anuais ao pessoal ²⁴⁶ que, por sua iniciativa, o pode utilizar em acções de formação, quando não seja contemplado nos planos de formação dos serviços.

Deste modo, considerou-se que se tinham atribuído à Administração Pública os mecanismos considerados oportunos, para dar resposta às contínuas transformações económicas, sociais, culturais e tecnológicas.

I. Análise

É neste enquadramento que se desenvolve o regime de reclassificação e de reconversão, figuras cujas delicadeza, patente nas definições constantes do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 497/99, não se reflecte no regime a que estão sujeitas.

Optamos por utilizar um método de estudo comparativo que proporcione uma maior visibilidade aos limites das figuras da reconversão e reclassificação. Por isso, partimos frequentemente da comparação com outras figuras de mobilidade intercarreiras, a de intercomunicabilidade horizontal e a de intercomunicabilidade vertical, que se encontram reguladas, respectivamente, no Decreto-Lei n.º 404-A/98 ²⁴⁷ e pelo Decreto-Lei n.º 248/85 ²⁴⁸.

6. Fontes jurídicas da mobilidade: intercomunicabilidade, reclassificação e reconversão

Estas quatro figuras de mobilidade intercarreiras foram agrupadas em redor de oito eixos: o âmbito de aplicação; os objectivos; as condições de apli-

²⁴⁵ Em moldes substancialmente diversos do estabelecido no Decreto Regulamentar n.º 15/96, relativo ao regime de formação profissional co-financiada pelo Fundo Social Europeu.

²⁴⁶ Os limites foram alterados pela Decreto-Lei n.º 174/2001, de 31.05. Sobre a natureza deste direito, manifestamos as maiores reservas em face do teor do n.º 6 do art. 24.º e n.º 3 do art. 25.º do Decreto-Lei n.º 50/98, com as alterações do art. 42.º do Decreto-Lei n.º 70-A/2000, de 5.05, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 174/2001, de 31.05.

²⁴⁷ Adaptado à Administração Local através do Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30.12.

²⁴⁸ Nesta abordagem comparativa foi-nos útil “Reclassificação, reconversão e intercomunicabilidade”, Santos, Angela, RAL, n.º 187, Janeiro-Fevereiro de 2002, pág. 51 a 58.

cação e os requisitos habilitacionais; o conteúdo da alteração; a forma de transição; as funções; o destino de mudança; e as normas de controlo gestionário.

6.1. O âmbito de aplicação

O princípio da intercomunicabilidade das carreiras, previsto nos arts. 16.º e 17.º do Decreto-Lei n.º 248/85, pressupõe que o candidato a concurso de acesso seja funcionário e se encontre já integrado em lugar dos quadros em regime de carreira, o que, conjugado com o requisito de tempo de serviço necessário para a promoção, permite concluir que não podem ser admitidos a concurso de promoção funcionários que tenham completado o módulo de tempo de serviço necessário à promoção, na qualidade de meros agentes administrativos, em regime de destacamento ou requisição ²⁴⁹.

Da mesma forma, a reclassificação e reconversão só são aplicáveis a funcionários (cfr. alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 497/99), exceptuando-se a situação transitória da reclassificação e da reconversão prévias à reabilitação, nos termos do art. 12.º do Decreto-Lei n.º 497/99 ²⁵⁰.

Não deixa, no entanto, de causar alguma estranheza esta sequência legalmente exigida, já que, se por um lado os agentes podem sempre celebrar novo contrato ou alterar o seu, sendo também admissível que possam ser objecto da figura de reabilitação, como resultado do reconhecimento da responsabilidade da entidade empregadora, já não se compreende que, para que um agente possa ser reabilitado, tenha de ser, prévia e obrigatoriamente, objecto de reclassificação ou de reconversão.

6.2. Objectivos

Claramente é possível proceder à delimitação de dois tipos de objectivos prosseguidos pelas normas de mobilidade intercarreiras que acabam por

²⁴⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 026901 de 6.12.94, in <http://www.dgsi.pt>.

²⁵⁰ Estabelece o n.º 1 deste artigo que a reabilitação profissional se concretize através de um processo de reclassificação ou reconversão profissionais, determinado por incapacidade permanente decorrente de doença natural, doença profissional ou acidente em serviço que torne o funcionário ou agente incapaz para o exercício das suas funções mas apto para o desempenho de outras.

conduzir, quer às figuras de intercomunicabilidade, por um lado, quer às figuras de reclassificação e reconversão, por outro.

Assim, encontramos objectivos diferenciados que acabam por corresponder às duas relações distintas que existem na estrutura jurídica da relação de emprego público: a figura de intercomunicabilidade tem a ver com a relação fundamental ou de serviço que enquadra os aspectos que pressupõem a autonomia jurídica do funcionário; as figuras de reclassificação e reconversão têm a ver com uma relação orgânica ou de funcionamento, que permite ver o funcionário como um meio integrado num serviço público ou suportando um órgão administrativo, sem subjectividade jurídica, apenas relevante no âmbito da organização interna da Administração e cuja prestação se identifica com a actividade administrativa, imputação esta que resulta da sua inclusão numa entidade pública ²⁵¹.

Assim, a lei visa garantir através da intercomunicabilidade, entre outros benefícios ²⁵², maiores possibilidades de progressão a médio e longo prazo do funcionário na nova carreira ²⁵³; mas, *“Os objectivos que se visam alcançar com a reclassificação profissional impedem que a mesma possa ser entendida ou utilizada como um meio dos funcionários ou agentes melhorarem a sua situação ou ingressarem em nova carreira sem ser por concurso”* ²⁵⁴, com o objectivo de redistribuição de efectivos e não de promoção ou a alteração de nível de vencimentos ²⁵⁵, estabelecendo-se normas de acentuado cui-

²⁵¹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 039514 de 1.3.00, in <http://www.dgsi.pt>.

²⁵² Não esquecendo que o reforço dos mecanismos de intercomunicabilidade entre carreiras efectuado pelo Decreto-Lei n.º 245/85 se inseriu num diploma de reestruturação de carreiras, tal como o Decreto-Lei n.º 404-A/98, que pretenderam introduzir mais justiça relativa no sistema vigente.

²⁵³ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 0505/02 de 11.12.02, in <http://www.dgsi.pt>.

²⁵⁴ Moura, Paulo Veiga e, cit. por Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 10666/01 de 28-04-03. A inclusão da referência feita por este autor aos agentes.

²⁵⁵ De acordo com a Lei n.º 99/2003, a determinação pelo empregador, do exercício, ainda que acessório, de funções afins ou funcionalmente ligadas, a que corresponda uma retribuição mais elevada, confere ao trabalhador o direito a esta, enquanto tal exercício se mantiver (cfr. art. 152.º). Por outro lado, permite-se a título de mobilidade funcional (cfr. art. 315.º), que o empregador possa, quando o interesse da empresa o exija, encarregar temporariamente o trabalhador de funções não compreendidas na actividade contratada, desde que tal não implique modificação substancial da posição do trabalhador, sem implicar diminuição da

dado quanto à equiparação remuneratória²⁵⁶. O mesmo é aplicável à reconversão, já que faz parte de um conjunto de medidas cuja utilização fica reservada à Administração, que disporá assim, “*de instrumentos privilegiados de gestão, optimização e motivação do capital de recursos humanos*”^{257 258}.

Mas nem sequer os procedimentos constantes do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 497/99 contribuem para o esclarecimento dos objectivos.

A formulação do n.º 1 do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 497/99 não é particularmente feliz já que contribui para a dificuldade de caracterização conceptual da reclassificação e da reconversão. Ora, sendo os objectivos tendencialmente relacionados com o interesse público — pois só subsidiariamente são consideráveis os interesses particulares — e, não constituindo a reclassificação profissional nos serviços e organismos da Administração Pública um direito subjectivo do funcionário²⁵⁹, mas tão só um instrumento de gestão a utilizar

retribuição, tendo o trabalhador direito a auferir das vantagens inerentes à actividade temporariamente desempenhada. Neste caso a ordem de alteração deve ser justificada, com indicação do tempo previsível. Assim, conseguiu-se pôr termo “*aos espartilhos decorrentes da exacerbada invocação da categoria profissional, enquanto factor inultrapassável para a delimitação da actividade exigível ao trabalhador*”, como se deu um “*passo em frente em relação ao regime introduzido pela Lei n.º 21/96, de 23.07, no art. 22.º da LCT, cuja falta de clareza constituía um dado insofismável*”, Neto, Abílio, “Contrato de trabalho”, Ediforum Lisboa, nota ao art. 151.º, pág. 110; cfr. Martinez, Pedro Romano, in “Código do Trabalho. Anotado”, 4.ª edição, Almedina, 2005.

²⁵⁶ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo 043314 de 26-02-98, cit. por Acórdão do Tribunal Central Administrativo, processo n.º 10666/01 de 28-04-03, in <http://www.dgsi.pt>. A lei estabeleceu que a reclassificação profissional se dá para a categoria de nova carreira remunerada para a mesma letra de vencimento ou para a imediatamente superior.

²⁵⁷ Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 497/99.

²⁵⁸ Isto não impede a verificação de que “*as figuras de reconversão e da reclassificação constituem reivindicações mais ou menos constantes dos sindicatos da Função Pública que, sobretudo com o fundamento na valorização obtida no exercício de funções, pretendem introduzir alguma flexibilidade na rigidez da estratificação de carreiras*”, cfr. processo da Provedoria de Justiça n.º 1410/00.

²⁵⁹ Ora, para a finalidade deste estudo, interessa reter em especial e mais do que as questões doutrinárias surgidas a propósito da evolução sofrida neste âmbito a propósito dos n.º 2 a 6 do art. 22.º da Lei 49 408 de 24.11.69, nomeadamente com a Lei n.º 21/96, de 23.7, a profunda alteração que a lei sofreu e que deixou assim, de consagrar o direito do trabalhador a ser reclassificado na nova categoria profissional, no prazo de seis meses. Sobre a noção de polivalência e a sua delimitação face ao *jus variandi*, cfr. o estudo de António da Gama Lobo Xavier, *opus cit.* e António Damasceno Correia, “A polivalência e o direito da empresa a alterar o objecto da prestação laboral”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Janeiro-Março 2002, Ano XLIII (XVI da 2.º Série), n.º 1, pág. 5.

por essa mesma Administração à luz de critérios de oportunidade e de necessidade ²⁶⁰, o que esta norma traduz, é uma conciliação com os objectivos particulares dos funcionários que procuram a melhoria da sua situação sem ser por concurso, de tal forma, que o pedido do funcionário com mais de três anos de categoria, acaba por excepcionar as condições de aplicação do art. 4.º, prevendo-se em sua substituição, uma fundamentação que justifique “o interesse e a conveniência do serviço” ^{261 262}.

6.3. Condições de aplicação e requisitos habilitacionais

6.3.1. Condições de aplicação

Entendeu o legislador que não haveria necessidade de tipificar a previsão das condições de aplicação dos mecanismos de intercomunicabilidade. Mas, pelo contrário, expressamente se previram estas condições no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99.

Acrescentaríamos que tal definição foi feita de forma imprecisa, na sua essência e nos seus limites: assim se, por um lado, praticamente qualquer situação de alteração funcional, real ou potencial, originada com o consentimento da Administração ou decorrente de alterações orgânicas, pode originar a reconversão e reclassificação, por outro, os seus limites sobrepõem-se, confundindo-se e, em alguns casos, exigindo interpretação complementar.

Este efeito é visível quando nos deparamos com:

- A necessidade de compatibilizar a condição prevista na alínea a) do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99, que permite a reclassificação ou reconversão profissionais, quando se verifique a alteração das atri-

²⁶⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, 12730/03 de 1.04.04, in <http://www.dgsi.pt>.

²⁶¹ Este fundamento de interesse público inclui formalmente o parecer favorável da Secretaria-Geral, ou do departamento responsável da área de gestão dos recursos humanos, cfr. alínea c) do n.º 1 do art. 7.º e alínea c) do art. 8.º.

²⁶² Embora o ónus da prova de qualificação das tarefas desempenhadas que sejam inequívoca e directamente relacionadas com as de outra categoria profissional incumba ao interessado, conforme doutrina maioritária na nossa jurisprudência, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, n.º 01755/03 de 10.03.04 e Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, n.º 01104/03 de 13.11.03, ambos in <http://www.dgsi.pt>.

buições e competências dos organismos e serviços da Administração Pública, com o regime de colocação e de afectação de funcionários integrados nos serviços e organismos que sejam objecto de extinção, fusão ou reestruturação previsto no Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro: é que este diploma, cujo objecto pode ou não incluir a redefinição de competências (cfr. alínea *c*) do art. 4 do Decreto-Lei n.º 93/2002)²⁶³, contempla um regime especial de reconversão e reclassificação nos termos das especialidades constantes dos n.ºs 2 a 9 do art. 16.º, consagrando, assim, um regime especial de reconversão e reclassificação para os funcionários e agentes afectos aos quadros de supranumerários (cfr. n.º 1 do art. 16.º do Decreto-Lei n.º 193/2002).

Deve entender-se, conformemente, que a condição da alínea *a*) do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99 tem de ser completada consoante a previsão respeite a uma situação de reestruturação de serviços, decorrendo deste enquadramento a aplicação de dois regimes diferentes²⁶⁴.

- A excessiva abrangência da fonte definida como “alteração de funções”, prevista na alínea *b*) do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99.

Esta alínea prevê como causa ou condição de reconversão e reclassificação, a alteração de funções ou a extinção de postos de trabalho, originadas, designadamente, pela introdução de novas tecnologias e métodos ou processos.

Assim a alínea *b*) do art. 4.º contém apenas uma enunciação exemplificativa e pode ainda induzir facilmente em erro o seu destinatário: a evolução tecnológica não justifica só por si a alteração de funções — “*a simples utiliza-*

²⁶³ Tal como o Decreto-Lei n.º 535/99, de 13.12, que o Decreto-Lei n.º 193/2002 veio revogar, contemplava as mesmas situações — alterações orgânicas acompanhadas ou não de alteração de funções — e que remetia para o Decreto-Lei n.º 497/99, no n.º 2 do art. 2.º.

²⁶⁴ O regime de reconversão e reclassificação previsto no Decreto-Lei n.º 193/2002 parece permitir a sua aplicação aos agentes, bem como a nomeação definitiva em lugar de quadro de outra carreira, que se considera automaticamente criado, a extinguir quando vagar, quando não exista vaga disponível para o efeito. Permite ainda que durante o tempo de nomeação em comissão de serviço extraordinário o funcionário ou agente veja o seu tempo de serviço contado para todos os efeitos legais na nova carreira sendo o vencimento correspondente à categoria da nova carreira, ao contrário do que defendemos para o regime do Decreto-Lei n.º 497/99. Cfr. ponto 6.6.

ção de computadores e programas informáticos para execução de tarefas inerentes a determinadas funções não é suficiente para motivar a reclassificação de funcionário” ²⁶⁵, pelo que a simples utilização de computadores e programas informáticos na execução de tarefas próprias da categoria, não pode facultar, só por si, a reclassificação e reconversão.

Por outro lado, para além de poder coincidir com as dificuldades de determinação da previsão da alínea *a*) — já que a alteração de atribuições e competências dos organismos e serviços da Administração Pública se encontra associada frequentemente a alteração de funções, podendo ou não, coincidir com a previsão de reestruturação de serviços do Decreto-Lei n.º 193/2002, haverá também de atender necessariamente, ao facto de a previsão da extinção de postos de trabalho se referir a extinção de vaga, o que implica necessariamente uma reestruturação ao abrigo do Decreto-Lei n.º 193/2002.

- Quanto à alínea *c*) do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99, que prevê como causa de reconversão e reclassificação a desadaptação ou a inaptidão profissional do funcionário para o exercício das funções inerentes à carreira e a categoria que detém, ressalta imediatamente a inexistência de parâmetros.

E se, por um lado, é difícil conceber que esta norma permita um abaixamento de categoria, como no direito privado ^{266 267}, em função da existência de direitos adquiridos, facilmente se constata que a norma não contém qualquer indicação sobre os métodos de avaliação que permitam verificar a desadaptação ou inaptidão profissional ²⁶⁸ e que o sistema integrado de ava-

²⁶⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 12730/03, de 01.04.04, in <http://www.dgsi.pt>.

²⁶⁶ E, muito menos, o despedimento por inadaptação previsto no art. 405.º da Lei n.º 99/2003.

²⁶⁷ Admite-se ainda que o trabalhador possa ser colocado em categoria inferior àquela para que foi contratado ou a que foi promovido quando tal mudança, imposta por necessidades prementes da empresa ou por estrita necessidade do trabalhador, seja por este aceite e autorizada pela Inspeção-Geral do Trabalho. Em princípio, o trabalhador não adquire a categoria correspondente às funções que exerça temporariamente, cfr. art. 313.º da Lei n.º 99/2003. O mesmo princípio constava do art. 23.º do DL 49 408.

²⁶⁸ Cfr. a noção de inadaptação do trabalhador em cargos de complexidade técnica, prevista no n.º 2 do art. 406.º do Código de Trabalho, que prevê o incumprimento dos objectivos previamente estabelecidos e formalmente aceites por escrito. Cfr. ponto 6.4.

liação de desempenho da Administração Pública, criado pela Lei n.º 10/2004, de 22.03, só é obrigatoriamente aplicável para efeitos de promoção e progressão nas carreiras e categorias, conversão da nomeação provisória em definitiva e renovação de contratos ²⁶⁹.

Assim, e porque a forma de aferição da compatibilidade ou conexão da actividade que o funcionário irá exercer com o conteúdo funcional da categoria correspondente ao lugar que se pretende irá prover, deve ser feita através do método previsto no art. 6.º, ou seja, do exercício de funções correspondentes à nova carreira em comissão de serviço extraordinária, remetemos para a análise desta questão, que consta do ponto 6.6 a propósito das funções que são exercidas neste regime.

- A alínea *d*) do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99 permite que a aquisição de novas habilitações académicas e/ou profissionais, desde que relevantes para área de especialidade enquadrável nas atribuições e competências dos serviços e organismos da Administração Pública, origine a reconversão e reclassificação do funcionário.

Trata-se, em nosso entender, de uma claríssima situação de excepcionalidade ao mecanismo de concurso, já que o funcionário ao deter as habilitações académicas necessárias deterá também os requisitos de admissão a um concurso interno. Porquê excepcionar, então, a comprovação de que aquele, e não outro, é melhor para o cargo, permitindo situações aberrantes de início de funções em desajustamento funcional, ou de propostas de reclassificação a partir do dia em que se obtêm as habilitações literárias? ²⁷⁰

Mas a alínea *d*) viabiliza também que a reconversão, em conjugação com o n.º 2 do art. 5.º, acabe por conduzir à atribuição de cargos em corpos especiais ou em carreiras em cujo ingresso seja exigida licenciatura ou curso superior, em situações de alteração das atribuições e competências dos organismos do mesmo organismo ou serviço da Administração Pública: estaríamos,

²⁶⁹ Cfr. n.º 1 do art. 7.º da Lei n.º 10/2004.

²⁷⁰ Situação comum em muitos organismos e de difícil aceitação do ponto de vista constitucional.

assim, em presença de reconversões sequenciais, que permitiriam legalmente um resultado ainda mais excepcional e não explicitado na lei.

- Quanto à alínea *e*) do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99, que possibilita a reconversão e reclassificação em situações de desajustamento funcional, caracterizado pela não coincidência entre o conteúdo funcional da carreira de que o funcionário é titular e as funções efectivamente exercidas, entende-se que é excessivamente ampla, já que descara a sua caracterização em função do modo, tempo, ou lugar: qualquer desajustamento funcional, independentemente da forma ou modo em que aconteça, da sua frequência ou duração, ou do local em que se verifique, pode originar uma situação de reclassificação ou de reconversão. Parece-nos manifestamente excessivo e inadequado.

A este propósito refira-se uma causa de reclassificação obrigatória ²⁷¹ constante do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, cujo valor, apesar de constante de uma norma esgotada temporalmente, reside no facto de ter originado dificuldades de aplicação e de interpretação. Estas dificuldades verificam-se fundamentalmente quanto à determinação do momento em que os funcionários devem reunir os requisitos para poderem beneficiar da reclassificação ou da reconversão ²⁷². A norma é suficientemente complexa para permitir um período relativamente indefinido já que, apesar de se definir o período de 180 dias como período máximo, foi-lhe já aplicado o art. 72.º do Código do Procedimento Administrativo, o que alargou este período até Agosto de 2000, ²⁷³ quando, se o consideramos, não de natureza procedimental, mas sim como um prazo de caducidade, tal data deveria reportar a Maio de 2000.

Ora o que parece poder extrair-se da alínea *a*) do n.º 1 do art. 15.º é que a Administração dentro do prazo máximo de 180 dias após entrada em vigor do diploma, ocorrida em Novembro de 1999, deveria verificar, se o fun-

²⁷¹ O art. 15.º do DL 497/99 não permitia reconversões profissionais obrigatórias, só reclassificações.

²⁷² Sobre questão de fundo semelhante cfr. Sentença n.º 18/03NOV/3.ª Secção do Tribunal de Contas.

²⁷³ Cfr. Processo n.º 1839/04 da Provedoria de Justiça.

cionário teria ²⁷⁴, até à conclusão desse mesmo prazo, mais do que um ano de funções correspondentes a carreira distinta daquela em que está integrado, fazendo retroagir os seus efeitos a Maio de 2000. Não foi esta a reacção da Administração, havendo sido referidos casos em que se procedeu, posteriormente àquela data, a reclassificações efectuadas ao abrigo desta norma, com violação de lei.

Por último, independentemente da verificação de qualquer uma destas causas, mas desde que exista interesse e conveniência do serviço, pode proceder-se à reclassificação e à reconversão a pedido de particular, desde que tenha mais de três anos na categoria, acabando por excepcionar-se assim, de forma total, a tipificação das condições de aplicação de reclassificação e da reconversão.

6.3.2. Requisitos habilitacionais

Na intercomunicabilidade vertical exigem-se, por princípio, as habilitações legais (n.º 1 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro), para lugares das carreiras de acesso, tal como na intercomunicabilidade horizontal, em que é pressuposto necessário, a posse das habilitações legalmente exigidas (n.º 1 do art. 16.º do Decreto-Lei n.º 248/85).

Da mesma forma, a reclassificação pressupõe a titularidade das habilitações literárias e das qualificações profissionais legalmente exigidas para o ingresso e ou acesso na nova carreira.

A falta de habilitação é, no entanto, permitida face à lei, na verificação da condição do n.º 2 do art. 3 do Decreto-Lei n.º 404-A/98: os funcionários detentores de formação adequada nos termos dos arts. 4.º, 5.º, 6.º e 15.º do mencionado diploma podem beneficiar do regime de intercomunicabilidade vertical. Quanto à reconversão e, sendo seu pressuposto, a falta de habilitações literárias ou de qualificação profissional, verifica-se que esta figura tem como requisito a frequência, com aproveitamento, do curso ou dos cursos de formação profissional que em cada caso seja determinada em função das habilita-

²⁷⁴ Assumindo uma natureza declarativa e não constitutiva de direitos, limitando-se a verificar os pressupostos legais exigidos para a reclassificação, cfr. Acórdão n.º 6600/02 do Tribunal Central Administrativo Sul de 24.06.04, in <http://www.dgsi.pt>.

ções já adquiridas e dos requisitos de ingresso e/ou acesso na nova carreira. Esta formação é fixada caso a caso, em despacho conjunto do membro do Governo da tutela e do que tiver a seu cargo a Administração Pública.

Na realidade, esta exigência tem-se mostrado gestionariamente desastrosa ²⁷⁵ e tem a sua origem em quatro questões estruturais complexas do Decreto-Lei n.º 50/98, que inclui a formação de reconversão entre as modalidades de formação contínua, que regula ²⁷⁶. Permitimo-nos, assim, analisar este decreto-lei com maior acuidade.

- Trata-se em primeiro lugar de um diploma que não responde às necessidades da evolução da sociedade respeitantes à forma como a aprendizagem é concebida, animada e avaliada, já que o diploma acentua a componente consumista e não estruturante da formação, facto este devidamente acarinhado pelo sistema de valorização de cursos de formação, no âmbito da progressão de carreira ²⁷⁷. A simples menção à articulação com os planos de actividades constante do art. 21.º deveria ser enquadrada com a atribuição ao dirigente da capacidade de optar por um sistema de aprendizagem que promova sobretudo a criação de valor e não o simples consumo de formação ²⁷⁸.
- Em segundo lugar, o Decreto-Lei n.º 50/98 esquece que na Administração Pública existe uma dicotomia nítida de funções, que separa aquelas que são comuns a todo o mercado de emprego e

²⁷⁵ O que é facilmente verificável, em função do número de queixas que a Provedoria de Justiça tem recebido e pela dificuldade originada pela configuração da dimensão desta situação: existem cerca de sete mil categorias funcionais na Administração Pública portuguesa, cujas combinações são inúmeras, já que é necessário proceder ao estudo da carreira e da categoria de origem, com as resultantes da reconversão profissional, cruzar esta informação com a formação relevante previamente adquirida pelo interessado, verificar se foi reconhecida, determinar quais os cursos de formação existentes a frequentar pelo funcionário, bem como, a entidade competente para os ministrar. Elementos que, aliás, devem constar do despacho conjunto dos dois membros dos Governo anteriormente referidos.

²⁷⁶ Cfr n.º 2 do art. 13.º, tal como tem por objecto também promover a intercomunicabilidade entre carreiras.

²⁷⁷ A questão da ponderação do número de cursos de formação autonomamente a todo um conjunto de factores em sede de concurso é matéria a tratar em lugar adequado.

²⁷⁸ Kimberley Hare e Larry Reynolds, “51 instrumentos para transformar a Formação”, Monitor — Lisboa, 2003.

aquelas que, pela sua especificidade, comportam características próprias da Administração Pública: é o caso das funções exercidas pelo pessoal dos impostos, das alfândegas ou da polícia, por exemplo ²⁷⁹. Ou seja, não se justifica em nosso entender que, só pelo facto de existir uma vinculação à Administração, o funcionário, de forma indiferenciada, tenha necessariamente de ser portador de um diploma de formação acreditado no âmbito do sistema de formação profissional para a Administração Pública.

- Esta exigência alargada conduz-nos, em terceiro lugar, a questionar qual o retorno do esforço exigido pelo art. 20.º do Decreto-Lei n.º 50/98: trata-se da acreditação realizada no âmbito da Portaria n.º 782/97, de 29 de Agosto, ao abrigo do n.º 2 do art. 14.º do Decreto Regulamentar n.º 15/96, de 23 de Novembro ²⁸⁰, que regula os apoios à formação a conceder no âmbito da vertente do Fundo Social Europeu. Esta acreditação passou, assim, a abranger todas as acções de entidades formadoras do sector público à excepção das que são promovidas por organismos de formação central, cuja vocação principal fosse a formação profissional para a Administração Pública, que estariam sujeitas a um regime de validação próprio ²⁸¹. Refira-se que esta acreditação compete de forma geral ao Instituto para a Inovação na Formação ²⁸², que se encontrava sobre a superintendência do Ministro da Qualificação e o Emprego ²⁸³.
- Em quarto lugar, a dimensão dos objectivos e os meios propostos, potencia a falência do próprio sistema, que ao tipificar a DCAP como órgão coordenador do sistema ²⁸⁴ conjuga um volume ingerível de trabalho e um aumento exagerado das competências especializadas com a falta de meios para o exercício destas competências.

²⁷⁹ Dicotomia que é considerada para efeitos de tendencial reserva do regime público de carreira para as funções relacionadas com o exercício de poderes soberanos e de poderes de autoridade, constante da alínea g) do n.º 1 da RCM n.º 109/2005, de 30 de Junho.

²⁸⁰ Revogado pelo Decreto Regulamentar n.º 12-A/2000, de 15.09

²⁸¹ Cfr. n.º 5 do art. 1 da Portaria n.º 782/97.

²⁸² Actualmente com a designação de “*Instituto para a Qualidade na Formação, IP*”, cfr. Decreto-Lei n.º 79/2005, de 15.04.

²⁸³ Cfr. n.º 1 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 115/97, de 12.05.

²⁸⁴ Cfr. art. 30.º do Decreto-Lei n.º 50/98.

Poder-se-á compreender, assim, a posição da DGAP referida em 2.²⁸⁵ como a tentativa de racionalizar a gestão do sistema de que está incumbida: de outra forma dificilmente se entenderia a limitação dos pressupostos legais da definição de reconversão, que faz apelo precisamente ao suprimimento das habilitações e que também se afasta do entendimento subjacente à estratégia de Lisboa “*Educação e formação para 2010*”²⁸⁶, documento no qual se procuram concentrar as reformas e os investimentos nas áreas fulcrais para a sociedade baseada no conhecimento, fazendo da aprendizagem ao longo da vida uma realidade concreta, que inclua a validação da aprendizagem anterior, mediante sistemas baseados na transparência, qualidade e reconhecimento de validações e qualificações.

Ao contrário do entendimento da DGAP, há que partir, como liminarmente se refere no parecer do Conselho Coordenador dos Institutos Superiores Politécnicos sobre validação, creditação de formação e experiência no ensino superior²⁸⁷, do “*axioma decisivo da educação e formação de adultos: todos os adultos são portadores de competências*”, e de que “*Em Portugal, este princípio tem que ser considerado com particular atenção, já que, por razões históricas bem conhecidas, há um desequilíbrio claro entre as estruturas das habilitações escolares e a das habilitações profissionais, que se manifesta,*

²⁸⁵ Na qual se defende que não deve haver lugar a processos de reconversão massiva através de suprimimento de habilitações literárias por modelos formativos tipificados, por não serem adequados às exigências de uma Administração dinâmica e qualificada, e acrescenta que as situações de desajustamento funcional entre carreiras auxiliares, onde os funcionários não detêm a escolaridade obrigatória exigida seriam de inviabilizar, por se não ser materialmente concretizável o suprimimento habilitacional exigido (cfr. Ofício DGAP n.º 5144 de 07.21, fls. 68 e seguintes do processo da Provedoria de Justiça n.º 2092/03) já que: “*um baixo nível habilitacional, independentemente de se ser detentor de formação profissional directamente relacionada com as funções que desempenha, limita o funcionário ao nível das suas competências, uma vez que as habilitações estão ligadas com as áreas do saber, do saber-fazer e saber-ser*” (apud despacho do subdirector-geral da Administração da Justiça, de 8.03.2005, fls. 252 do processo n.º 2092/03).

²⁸⁶ Cfr. Comunicação do Conselho “Educação e Formação para 2010, A urgência das reformas necessárias para o sucesso da estratégia de Lisboa. Relatório intercalar conjunto do Conselho e da Comissão sobre a realização do programa de trabalho pormenorizado relativo ao seguimento dos objectivos dos sistemas de ensino e formação na Europa” (2004/C 104/01) in JOCE 30.4.04.

²⁸⁷ Cfr. http://www.esac.pt/bolonha/doc_nac/pt/docs/CCISP/135.pdf.

sobretudo nas classes etárias mais elevadas, numa generalizada sub certificação escolar, sinal de que os adultos, nomeadamente os activos, dispõem de um conjunto de competências adquiridas por via das experiências profissionais e de vida que precisamos de reconhecer e validar”, processo esse, cuja sustentabilidade se fundamenta na urgência social e nas suas virtudes académicas: “Ninguém ganha se o seu avanço for socialmente encarado como um modo de degradação da qualidade da formação e de desvalorização dos diplomas, seja para efeitos profissionais ou de prosseguimento de estudos”.

Veja-se, por exemplo, que a recente doutrina veiculada pela jurisprudência não é contrária a esta tendência ²⁸⁸, quando adota a tese perfilhada pelo Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 288/04, de 7.10.04, no qual se refere: *“o regime de reclassificação profissional, enquanto instrumento de mobilidade e de intercomunicabilidade de carreiras, não pode ser prejudicado pelas regras relativas ao ingresso e acesso na Administração Pública* ²⁸⁹. *Se a reclassificação profissional por desajustamento funcional se pretende para carreira cujo ingresso normal dependeu da frequência de um estágio probatório com aproveitamento, os requisitos do n.º 1, alínea b) do referido art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, exigíveis ao reclassificando são apenas os de admissão ao concurso para esse estágio. Isto é, torna-se necessária a devida habilitação literária, mas não já o próprio estágio”.*

É que, como bem referem os acórdãos citados no parágrafo anterior: *“cedendo o formal ao material e ao facto naturalístico, o factor dominante deixa de ser o estágio (...) para ser o seu sucedâneo que realize os mesmos fins: potenciação da reclassificação como instrumento de gestão em ordem a facilitar a redistribuição de efectivos e o aproveitamento mais racional dos mesmos (...). Exigir para este, mecanismos de mobilidade que são próprios do concurso seria total despropósito e desvirtuamento dos fins que lhe estão subjacentes (cfr. art. 23.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/6) (...) seria ilógico, de resto, impor que o funcionário desempenhasse as funções próprias da nova carreira durante pelo menos um ano (supondo-se que neste período adquiriu conhecimentos, experiência e traquejo bastantes a fim de ser reconvertido)*

²⁸⁸ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 236/04 de 26.04.05, e n.º 0662/04 de 01.02.05, in <http://www.dgsi.pt>.

²⁸⁹ Cfr. art. 31.º do Decreto-Lei n.º 184/89.

para logo depois se exigir a posse de um estágio (precisamente com o mesmo fim de aquisição de conhecimentos) pelo mesmo período de um ano”.

6.4. Conteúdo da alteração

Quando analisamos o conteúdo das alterações produzidas pelas figuras de intercomunicabilidade, verificamos que, ao serem as mesmas voluntariamente requeridas pelo funcionário, através da oposição ao concurso, não podem levantar as mesmas questões que as alterações produzidas pela reclassificação e pela reconversão.

Encontrar-se-á na origem da reclassificação e da reconversão “*uma preocupação legítima que poderá resultar em benefício do trabalhador mas também em benefício dos padrões de desempenho dos serviços prestados pelo Estado*”²⁹⁰ e que tal desiderato se conseguirá através de actos de conteúdo positivo para o particular. No entanto, o Decreto-Lei n.º 497/99 não esclarece se, tal como acontece no âmbito privado, a própria norma contém uma disposição que preveja a possibilidade de alteração da posição jurídica do funcionário sem ser num sentido imediatamente positivo²⁹¹.

Esta hipótese seria teoricamente viável já que uma das condições de aplicação da reclassificação e reconversão é a inaptidão profissional do funcionário para o exercício das funções inerentes à carreira que detém (alínea c) do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99): bastaria assim que se verificasse a existência dos outros pressupostos para admitir que um funcionário, desde que detenha os requisitos legalmente exigidos para a nova carreira, possa ser reclassificado numa categoria não necessariamente superior à que detém, numa carreira com possibilidades de progressão diferentes ou que, não tendo as habilitações literárias ou qualificações profissionais necessárias, desde que supridas pela aprovação em curso ou cursos de formação profissional, seja reconvertido, também numa categoria não necessariamente superior à que detém ou numa carreira com possibilidades de progressão diferentes.

Falta no entanto à lei a clareza suficiente para explicitar o sentido, conteúdo e termos em que a previsão da norma se deve concretizar.

²⁹⁰ Cfr. Processo da Provedoria de Justiça n.º 1410/00.

²⁹¹ Cfr. nota 49.

6.5. A forma de transição

Decorre expressamente da Constituição Portuguesa o princípio do direito de acesso à função pública, em regra mediante concurso (n.º 2 do art. 47.º), resultando a dimensão da sua importância, muito claramente sintetizada do Parecer PGR n.º 93/87 citado pelo Parecer PGR n.º 55/1995: *“Trata-se de um sistema mediante o qual se faculta, a quantos aspiram ao desempenho de um cargo ou categoria de cargos, a apresentação de candidaturas no sentido de, em mútua competição, comprovarem que possuem as melhores aptidões para o seu exercício, possibilitando, assim, justamente, uma efectiva selecção segundo capacidades e méritos. O direito comparado oferece do concurso semelhante configuração, permitindo concebê-lo como “exame profissional que se desenrola periodicamente, em princípio anualmente, a fim de apresentar à autoridade hierárquica candidatos cuja formação e aptidão estejam controladas” ou como “procedimento regulado pela lei com o fim de escolher as pessoas mais idóneas para determinada função”, podendo também identificar-se como o processo de recrutamento do candidato mais idóneo* ²⁹², de forma a facultar à Administração prover os funcionários mais capazes para o desempenho dos serviços ²⁹³.

Por este motivo se ponderou a questão, também constante do referido Parecer PGR n.º 55/95, de a transferência ser *“um dos instrumentos de mobilidade territorial e profissional dos agentes a que se costuma opor sérias reservas pela possibilidade de um tratamento de favor ou de desfavor, para além de frustrar as expectativas de acesso à categoria superior dos que se vêem ultrapassados pelos transferidos (...). [H]á na verdade que reconhecer ao concurso o afastamento de um índice de subjectividade, presente nos instrumentos de mobilidade”*.

Ora, tanto a reclassificação como a reconversão, de forma totalmente excepcional, embora justificada pela necessidade de desenvolver os instrumentos privilegiados de gestão, optimização e motivação do capital de recursos humanos de que a Administração Pública dispõe, permitem a mudança de carreira sem a realização de concurso.

²⁹² Cfr. nota 6 do Parecer PGR 55/1995, in <http://www.dgsi.pt>.

²⁹³ Cfr. Parecer n.º 39/74, no Boletim n.º 247, pág. 48.

Recorde-se, no entanto, que foram afastadas por este órgão do Estado, as dúvidas acerca da constitucionalidade desta solução legislativa, com fundamento na não violação do núcleo essencial do art. 47.º, n.º 2, da Constituição ²⁹⁴ e que sucintamente apontam para o facto de a *“lei facultar a fraude ao princípio geral do concurso na função pública, beneficiando os funcionários reclassificados ou reconvertidos, que não se submetem a um processo de selecção em concorrência com outros que estariam em condições de aspirar à sua colocação nos cargos a ocupar. (...) A raiz das críticas reside em a lei (alínea e) do art. 4.º) instituir como um dos possíveis pressupostos desta formas de mobilidade o desajustamento funcional, caracterizado pela não coincidência entre o conteúdo funcional da carreira de que o funcionário é titular e as funções efectivamente exercidas (v. também o n.º 2 do artigo 7.º). Equivale esta previsão a reconhecer valor determinante a uma situação de puro facto que é ilegal, na medida em que viola o princípio geral da correspondência entre conteúdo funcional abstracto e trabalho efectivo, o tal desajustamento referenciado pelo legislador”* ²⁹⁵.

6.6. As funções

A intercomunicabilidade vertical processa-se sempre, mesmo nas situações excepcionais referidas em que é admitida a mudança de funcionários que não têm habilitações, para carreiras da mesma área funcional ²⁹⁶. Por sua vez, a intercomunicabilidade horizontal opera para carreiras integradas no mesmo grupo de pessoal desde que, entre outros, se verifique o requisito de existência de afinidade ou de identidade entre os conteúdos funcionais previstos para ambas as carreiras, considerando-se que se verifica identidade de conteúdo funcional quando a natureza e complexidade das tarefas e responsabilidades inerentes aos lugares forem idênticas (alínea a) n.º 2 do art. 16.º do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho) e afinidade, quando estas características forem semelhantes (alínea a) n.º 2 do art. 16.º do Decreto-Lei n.º 248/85).

²⁹⁴ Cfr. processo na Provedoria de Justiça n.º 1410/00.

²⁹⁵ Cfr. processo na Provedoria de Justiça n.º 1410/00.

²⁹⁶ Cujo conceito remonta a 1985, constando do n.º 4 do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 248/85.

A reclassificação e reconversão seguem um caminho diferente, já que permitem a transição para carreiras diferentes (n.º 2 do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 497/99) ²⁹⁷ o que significaria respeito pelas condições do art. 4.º, a que já fizemos referência em 6.3.1. e, em princípio o exercício, em comissão de serviço extraordinária, das funções correspondentes às da nova carreira por um período de 6 meses ou pelo período legalmente fixado para o estágio de ingresso, se este for superior ²⁹⁸.

Ora, a exigência da prestação em comissão de serviço extraordinária, das funções correspondentes à nova carreira, por um período de seis meses, ou por período legalmente fixado para o estágio de ingresso na carreira ²⁹⁹, afigura-se actualmente totalmente desnecessária quando o desajustamento funcional se venha verificando há mais de seis meses ou um ano ³⁰⁰.

Na prática, tal exigência significa que a nomeação em comissão de serviço extraordinária apenas inicia formalmente o processo de reclassificação e reconversão, só sendo o funcionário provido no lugar vago do quadro do serviço ou organismo após o termo do período do exercício em comissão de serviço extraordinária ³⁰¹, afastando-se, portanto, o regime do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, que regula a nomeação em lugar de ingresso. Durante este período de estágio, o funcionário, apesar de exercer funções correspondentes a outra categoria, encontra-se a vencer pela sua

²⁹⁷ Reiterado pela alínea b) do n.º 1 do art. 7.º do mesmo decreto-lei.

²⁹⁸ Sobre contagem do tempo de estágio, cfr. Decreto-Lei n.º 159/95, de 6.06, e sobre as normas de estágio cfr. Decreto-Lei n.º 265/88, de 28.07.

²⁹⁹ Neste sentido, por exemplo, quanto à carreira técnica superior, a alínea b) do n.º 1 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 265/88.

³⁰⁰ Pode considerar-se a hipótese de o funcionário não vir a ser reclassificado ou reconvertido, após o “período de estágio”, o que implicaria o regresso do funcionário considerado não apto ao lugar de origem. Cfr. ainda quanto à carreira técnica superior, a alínea g) do n.º 1 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 265/88.

³⁰¹ N.º 3 do art. 6.º e alínea b) do n.º 1 do art. 7.º, do Decreto-Lei n.º 497/99, cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul n.º 10824/01 de 15-05-03, no sentido a que já fizemos anteriormente referência: o exercício efectivo destas funções pode ser dispensado quando, em situação de reclassificação, seja comprovado o exercício, no mesmo serviço ou organismo, das funções correspondentes à nova carreira por período não inferior a um ano ou à duração do estágio de ingresso, se este não for superior.

categoria de origem, nos termos do n.º 6 do art. 25.º do Decreto-Lei n.º 427/89 ³⁰².

Acresce que é sempre possível, quanto à reclassificação, mas não quanto à reconversão, que este requisito seja dispensado quando comprovado com informação favorável do respectivo superior hierárquico, nos termos do n.º 2 do art. 7.º

A desigualdade criada pela necessidade de interpretação da norma levou já à existência de queixas junto deste órgão do Estado ³⁰³.

6.7. Vejamos o sétimo eixo, o destino da mudança

A intercomunicabilidade vertical permite aceder a lugares das categorias de acesso (art. 3.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98) cujo escalão 1 seja igual ou superior mais aproximado do escalão 1 da categoria de origem de carreiras de um grupo de pessoal diferente, desde que se trate de carreiras inseridas na mesma área funcional, mesmo para aqueles que excepcionalmente não têm requisitos de habilitações legalmente previstos (art. 3.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98), permitindo, assim, apenas, a transição para categorias que não sejam de base de uma carreira. Excepcionalmente, na previsão do n.º 2 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, não se limita a transição, para as categorias de acesso. A intercomunicabilidade horizontal também permite a oposição a concurso para lugares de acesso, mas de carreiras integradas no mesmo grupo de pessoal, quando a esta corresponda letra de vencimento igual ou superior ³⁰⁴ à que o interessado detém e exista identidade ou afinidade de con-

³⁰² O que não deve conflitar com o entendimento de que o exercício de funções às quais corresponda uma retribuição mais elevada confere o direito ao funcionário do direito a esta enquanto tal se mantiver, já que se trata de um período transitório, com carácter de aprendizagem.

³⁰³ Cfr. processo da Provedoria de Justiça n.º 4057/04.

³⁰⁴ À expressão utilizada *letra de vencimento igual ou imediatamente superior* corresponde actualmente, de acordo com os princípios contidos no DL n.º 353-A/89, de 16/10, ao estabelecido no n.º 1 do art. 18.º deste diploma, ou seja, para efeitos de intercomunicabilidade horizontal ou vertical ou de mobilidade entre carreiras, a relação de natureza remuneratória legalmente fixada estabelece-se entre os índices remuneratórios correspondentes ao escalão 1 da categoria em que o funcionário se encontre e o escalão 1 da nova carreira.

teúdo funcional para ambas as carreiras (art. 16.º do Decreto-Lei n.º 248/85, actualizado em função do Decreto-Lei n.º 404-A/98).

No entanto, o regime da reclassificação e reconversão determina a transição para categoria da nova carreira cujo índice correspondente ao escalão 1 seja igual ou superior mais aproximado ao do escalão 1 da categoria de origem, aplicando-se-lhe o disposto no art. 18.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, por força do n.º 1 do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 497/99. Não podendo em nenhuma circunstância a reclassificação e reconversão dar lugar à atribuição de cargos e categorias de chefia — o que aliás tem acontecido, de forma ilegal, conforme foi notado pelo Tribunal de Contas, no seu “Relatório de Actividades e Contas de 2004”, publicado in DR, n.º 130 II Série, pág. 10011 — não pode ainda, como regra, a reconversão dar origem à atribuição de cargos em corpos especiais ou em carreiras em cujo ingresso seja exigida licenciatura, ou curso superior. Dizíamos como regra porquanto tal é admitido em situação de alteração das atribuições e competências dos organismos e serviços de Administração Pública, quando ocorra no âmbito do mesmo organismo (n.º 2 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 497/99).

Da mesma forma, os limites expressamente consagrados no art. 5.º à reclassificação e à reconversão profissionais justificam-se, em nosso entender, mais pelo facto de não haver vagas de quadro para os cargos de direcção e chefia ³⁰⁵, do que pela exigência de parcimónia no uso destas figuras, sendo útil como suporte teórico proibir a atribuição de cargos e categorias de chefias pela via reclassificação ³⁰⁶. No entanto, o alcance da lei é limitado, já que o que está em causa é apenas a atribuição directa de tais cargos ou chefias, pois uma vez reclassificado ou reconvertido, o funcionário é detentor de todos os direitos da sua nova categoria.

6.8. Por último, vejamos as normas de controlo de gestão

A intercomunicabilidade vertical encontra limites gestionários, que relevam, fundamentalmente, da existência de vaga. Assim, o número de lugares a prover não pode ultrapassar a quota a fixar, em cada caso, no respectivo

³⁰⁵ Se bem que estes cargos, ainda que de nomeação definitiva, não integrem a carreira.

³⁰⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul n.º 10666/01 de 28.04.03.

aviso de abertura de concurso (n.º 3 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98); da mesma forma a intercomunicabilidade horizontal, só pode ocorrer para lugares de acesso integradas no mesmo grupo de pessoal (n.º 1 do art. 16.º do Decreto-Lei n.º 248/85).

Acaba, assim, por fazer-se um controle gestorário inserido ou englobado em decisões de gestão genéricas, como aquele que consta do n.º 3 da RCM, n.º 97/2002, determinando que a abertura ou prosseguimento de concursos, internos de acesso ou de ingresso, dependem do respectivo cabimento orçamental, em declaração expressamente assumida pelo dirigente máximo do serviço ou organismo, devendo a lista de classificação final ficar dependente da confirmação desse cabimento, junto da delegação respectiva de Direcção-Geral do Orçamento.

O regime de reclassificação e reconversão não admite a criação de vagas excepto numa situação particular: a do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, sobre o qual já nos pronunciámos.

II. Alternativas

Verifica-se, portanto, da análise efectuada a evidente necessidade de proceder a uma alteração legislativa, que contemple opções estratégicas, conceitos mais claros e, fundamentalmente, que admita opções de formação profissional que não obstaculizem a faculdade de reconverter e de reclassificar, e que, em simultâneo, libertem a Administração Pública para as suas funções essenciais, mediante a procura de soluções que admitam o esforço do mercado de trabalho.

7. Alternativas ao sistema de formação profissional na Administração Pública

Do exposto, resulta a necessidade de questionar os próprios fundamentos que aplicam à Administração Pública uma política autónoma de formação profissional, criando uma duplicidade não justificada de sistemas.

Da análise que fizemos merecem especial referência o Sistema Nacional de Certificação Profissional (SNCP), o Sistema Nacional de Reconhecimento, Validação e Certificação de Competências (RVCC) e os Cursos de Edu-

cação e Formação de Adultos (EFA). Porém, incidindo a nossa procura em sistemas eficazes, verifica-se que o SNCP não é uma alternativa válida, pelo que, nos referiremos em especial, aos efeitos de certificação de competências na progressão da carreira e ao caso da certificação escolar do pessoal dos museus.

7.1. O Sistema Nacional de Certificação Profissional

Parece-nos particularmente importante, porquanto reveladora da caótica situação que acabamos de descrever, a informação que, de forma resumida e aplicada à Administração Pública, se encontra no site da DGAP ³⁰⁷.

O enquadramento geral proporcionado pelo Decreto-Lei n.º 95/92, de 23 de Maio, que estabelece o regime jurídico de certificação profissional — com base no disposto nos Decretos-Leis n.ºs 401/91 e 405/91, sendo posteriormente desenvolvido quer pelo Decreto Regulamentar n.º 68/94, de 26 de Novembro, quer pelo Decreto Regulamentar n.º 35/2002, de 23 de Abril, no referente às condições gerais e à emissão de certificados de aptidão e de formação profissional, que contempla — contém a definição do que se entende por certificação profissional: é “*a comprovação da formação, experiência ou qualificação profissionais, bem como, eventualmente, da verificação de outras condições requeridas para o exercício de uma actividade profissional*” ³⁰⁸.

O Sistema Nacional de Certificação Profissional tem por objectivo implementar a certificação profissional com base nas qualificações adquiridas, pela via da formação, experiência profissional ou equivalência de títulos facilitando a empregabilidade dos trabalhadores e é constituído por estruturas de coordenação e de gestão, de composição tripartida (Administração Pública, confederações sindicais e patronais), nomeadamente, a Comissão Permanente de Certificação, criada junto do Conselho de Administração do Instituto de Emprego e Formação Profissional, e as comissões técnicas especializadas, constituídas por sector de actividade ou área profissional. Foram criadas 29 comissões técnicas especializadas desde 1994.

³⁰⁷ [Http://www.dgap.gov.pt/docs_down/perfis_prof/perfis_profissionais.htm](http://www.dgap.gov.pt/docs_down/perfis_prof/perfis_profissionais.htm).

³⁰⁸ Cfr. art. 2.º do Decreto-Lei n.º 95/92, de 23.05.

Entre estas, releva especialmente a Comissão Técnica Especializada dos Serviços Administrativos (CTE/SA) ³⁰⁹, que preparou a Portaria n.º 467/2003, de 6 de Junho, que estabelece as normas relativas às condições de emissão de certificados de aptidão profissional e de homologação dos cursos de formação profissional relativos aos perfis profissionais de assistentes administrativos, técnicos administrativos e técnicos de secretariado e técnico de contabilidade, já que, conforme dispõe o preâmbulo, se trata de área profissional que tem vindo a beneficiar de uma grande evolução, derivada essencialmente da generalização da utilização de programas e aplicações informáticas e da transformação da própria organização do trabalho, que tem determinado uma crescente exigência a nível das qualificações requeridas para o seu exercício.

Para a DAGP os vários processos de reconversão profissional, que foram analisados, abrangem maioritariamente as reconversões que se destinam à carreira de assistente administrativo, e em menor dimensão, a reconversão entre carreiras do grupo de pessoal auxiliar, podendo ainda haver situações em que as reconversões são para as carreiras técnico-profissionais ³¹⁰. É, por isso, especialmente tentadora a afirmação da DGAP, de que *“Destes perfis são especialmente relevantes para a Administração Pública, o do Técnico Administrativo, nível 3, que corresponde, em termos significativos, à carreira de Assistente Administrativo, o do Técnico de Contabilidade e o do Técnico de Secretariado, ambos de nível 3, subjacentes, em alguns organismos, à carreira de Assistente Administrativo ou à de Técnico-Profissional. O perfil profissional de Assistente Administrativo, nível 2, é relevante para a realidade organizacional e funcional empresarial, mas não tem significado para a realidade da Administração Pública, já que as carreiras cujas funções seriam enquadráveis neste nível foram extintas (Escriturário-Dactilógrafo, Auxiliar Técnico Administrativo)”*.

³⁰⁹ Criada pela Comissão Permanente de Certificação, em 1997.02.10, integra 2 representantes do IEF, um dos quais coordena, 2 da Administração Pública (DGAP e Ministério da Educação), 2 das confederações sindicais (CGTP e UGT) e 2 das confederações patronais (CIP e CCP).

³¹⁰ Cfr. Ofício DGAP n.º 5144 de 21.07.04, in processo da Provedoria de Justiça n.º 2092/03, fls. 71.

No entanto, rapidamente passamos à perplexidade quando, de seguida, a DGAP adverte: *“Na Administração Pública, enquanto não for devidamente ponderada e decidida a aplicação integral do Sistema Nacional de Certificação Profissional à gestão de recursos humanos, os perfis profissionais da área administrativa podem constituir referenciais para elaboração de propostas de reorganização de carreiras, para acções de recrutamento e selecção e definição ou aperfeiçoamento dos conteúdos programáticos de acções de formação”* ³¹¹.

7.2. O Sistema Nacional de Reconhecimento, Validação e Certificação de Competências

A questão da reclassificação e reconversão pode ter, no entanto, mais a ver com a identificação, avaliação e reconhecimento dos saberes adquiridos por via não formal, questão que tem vindo a ocupar um primeiro plano nos debates europeus ³¹².

Não podemos obviar o facto de que *“o ensino e a formação profissional estão a ser sujeitos a uma reorientação substancial de nível público que procura transformar os sistemas de ensino e de formação formais (sobretudo profissionais) de sistemas exclusivamente centrados nos meios, em sistemas centrados nos resultados (...). Enquanto o sistema formal se mantém muito fortemente centrado na formação inicial, um sistema de aprendizagem ao longo da vida deve enfrentar o desafio de aproximar diferentes domínios de aprendizagem, quer formal, quer não formal”* ³¹³.

³¹¹ [Http://www.dgap.gov.pt/docs_down/perfis_prof/perfis_profissionais.htm](http://www.dgap.gov.pt/docs_down/perfis_prof/perfis_profissionais.htm).

³¹² Sobre outros conceitos relacionados com a aprendizagem e conhecimento, como o saber-fazer profissional, a qualificação e as competências, com os saberes de base e as competências chave, com a identificação, a avaliação e o reconhecimento de competências e com a transferência e a capacidade de transferência, cfr. Bjornavold, Jens, *“Assegurar a visibilidade das competências, identificação, avaliação e reconhecimento da aprendizagem não formal na Europa”*, CEDEFOP: i, Inofor, Lisboa 2003, pág. 175 e seguintes. Cfr. sobre a situação em França (cfr. <http://www.afpa.fr>); Suécia (cfr. <http://sweden.gov.se>) ou Canadá (cfr. <http://www.leadership.gc.ca>).

³¹³ Bjornavold, Jens, *“Assegurar a visibilidade das competências, identificação, avaliação e reconhecimento da aprendizagem não formal na Europa”*, CEDEFOP: i, Inofor, Lisboa 2003, pág. 159.

Trata-se de novas abordagens que valorizam os conceitos de:

- “*aprendizagem*”, definido como um processo cumulativo por meio do qual os indivíduos assimilam progressivamente entidades de um crescente nível de complexidade de abstracção (conceitos, categorias, esquemas de comportamento ou modelo);
- “*aprendizagem formal*”, como aquela que intervém num contexto organizado e estruturado (ensino formal, formação em empresa);
- “*aprendizagem não formal*”, como aprendizagem integrada nas actividades planificadas, não explicitamente identificadas com actividades de aprendizagem, mas compreendendo uma parte importante de aprendizagem e que abrange, como por exemplo, a aprendizagem semi-estruturada e a aprendizagem-experiência, que decorre da actividade da vida quotidiana;
- “*aprendizagem informal*”, como aquela que decorre das circunstâncias fortuitas ou relacionadas com as actividades de vida quotidiana (trabalho, família e tempos livres);
- e “*aprendizagem pela prática*” adquirida através da execução repetida de tarefas, mas sem instrução prévia e que, em simultâneo, dão especial atenção ao importantíssimo conceito de “*saber-fazer profissional*”, entendido como o conhecimento e a experiência requeridos para se executar uma tarefa ou para se ocupar um posto de trabalho, ou o resultado do ensino, da formação e da experiência que caracterizam, com o “*saber-fazer*,” o conhecimento técnico próprio de um emprego, e a “*qualificação*” entendida como o conjunto de requisitos essenciais, para aceder a uma determinada profissão e para se evoluir num contexto profissional: sobretudo está em causa a capacidade real e demonstrada de um determinado indivíduo para utilizar o seu saber-fazer, as suas capacidades profissionais, as suas qualificações ou os seus conhecimentos face a situações ou exigências profissionais habituais.

O Sistema Nacional de Reconhecimento, Validação e Certificação de Competências, iniciado em Portugal pela Agência Nacional e Formação de

Adultos (ANEFA) ³¹⁴ inscreve-se na estratégia europeia para o emprego e no Plano Nacional de Emprego, constituindo-se como um estímulo e um apoio à procura de certificação e de novas oportunidades de formação, permitindo o reconhecimento, por parte dos sistemas de educação e formação, das competências adquiridas pelos adultos ao longo do seu percurso pessoal e profissional.

Esta necessidade foi reiterada no Acordo sobre Política de Emprego, Mercado de Trabalho, Educação e Formação, assinado pelo Governo e os parceiros sociais em Fevereiro de 2001, quando acordaram que a dinamização da educação e formação de adultos, enquanto sistema que possibilita o acesso generalizado destes à progressão educativa, tecnológica, cultural e profissional, de forma autónoma e permanente, deve ser conduzida através da valorização da certificação escolar e profissional das competências adquiridas ao longo da vida, devendo ser considerada a sua inserção nas comunidades local e regional e nos espaços nacional e europeu.

O sistema de RVCC é promovido a partir da instalação de uma rede de Centros RVCC, cujas entidades promotoras tanto podem ser públicas como privadas, criados com o objectivo de reconhecer, validar e certificar as competências dos adultos, maiores de 18 anos, que não possuam, numa primeira fase, o 9.º ano de escolaridade, no sentido de melhorar os níveis de certificação escolar e de qualificação profissional e promover a continuação de processos subsequentes de formação contínua, numa perspectiva de Aprendizagem ao Longo da Vida.

³¹⁴ A Direcção-Geral de Formação Vocacional é um serviço central do Ministério da Educação que desempenha funções de concepção da componente pedagógica e didáctica do sistema educativo relativamente à política de formação vocacional, incluindo a certificação das qualificações, a coordenação e o acompanhamento da sua concretização. Esta Direcção-Geral assume as competências anteriormente atribuídas à ANEFA (extinta com a nova lei orgânica do Ministério da Educação, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 208/2002, de 17.10) e desempenha, também, funções no âmbito da qualificação inicial de jovens, assegurando-lhes a aquisição de competências necessárias à sua transição adequada para a vida activa.

O sistema de RVCC existe já em França, Noruega, Irlanda, Inglaterra, Finlândia, Suécia, Austrália e Canadá, estando em alguns destes países alargado ao ensino superior, cfr. artigo “*A estratégia da ANEFA é mais interessante e motivadora para os adultos*”, Trigo, Márcia, in S@ber+ n.º 13, ANEFA, pág. 14.

Estes centros, que partem da despistagem das competências de cada indivíduo, nomeadamente para determinar a necessidade de formação complementar, organizam-se em três eixos de intervenção ³¹⁵:

- *Eixo de reconhecimento de competências*, que constitui o processo de identificação pessoal das competências previamente adquiridas e que se consubstancia no conjunto de actividades, assente numa lógica de balanço de competências, utilizando para o efeito uma diversidade de instrumentos que permitem ao adulto ocasiões de reflexão e avaliação das suas experiências de vida e profissional;
- *Eixo de validação de competências*, que é o acto formal realizado pela entidade devidamente acreditada. Este acto faz-se perante um júri de validação, que é composto por um profissional do centro, que acompanhou o adulto no processo de reconhecimento de competências, por formador ou formadores de cada uma das quatro áreas de competências e por um avaliador externo, também acreditado. Este processo centra-se na avaliação por parte do júri do dossier apresentado pelo formando, podendo promover actividades de demonstração de competências;
- *Eixo de certificação de competências*, que é definido como o processo que confirma as competências adquiridas em contextos formais, não formais e informais e que constitui o acto oficial de registo de competências. As competências são validadas na carteira pessoal de referências chave e sempre que for caso disso, por decisão do júri de validação, haverá lugar à emissão de certificados de nível básico 3, 2 ou 1, equivalentes para todos os efeitos legais, aos 3.º, 2.º ou 1.º ciclos do ensino básico.

7.3. Os cursos de Educação e Formação de Adultos

Trata-se de formações ³¹⁶ destinadas a adultos que não concluíram a escolaridade obrigatória, nem possuem uma qualificação profissional certifi-

³¹⁵ Cfr. em especial a Portaria n.º 1082-A/2001, de 05.09.

³¹⁶ Despacho Conjunto n.º 1083/2000, de 20.11; Despacho Conjunto n.º 650/2001 de 20.07.

cada, partindo, assim, das competências que os adultos adquiriram em diferentes contextos, ao longo da vida, e proporcionam uma formação de base, em articulação com uma formação inicial específica.

Estes cursos conferem uma certificação escolar equivalente ao 1.º, 2.º ou 3.º ciclo do ensino básico e uma formação profissional de nível 1 ou 2, podendo variar entre um mínimo de 385 horas e um máximo de 2080 horas de formação integrada, e independentemente do resultado do reconhecimento e validação de competências, e dado que o adulto entrou em processo de educação-formação, este terá sempre de efectuar um mínimo de 100 horas de formação base.

Saliente-se que o próprio modelo de cursos EFA para activos empregados poderá vir a ser repensado, *“tendo em conta que a área de formação profissionalizante parece revelar-se pouco adequada, pois estes formandos estando a trabalhar, já dispõem de uma prática profissional, não fazendo sentido ensinar-lhes aquilo que eles já sabem. Assim, configura-se como possível e pertinente que, nos casos dos empregados, se constitua para certificação um outro tipo de cursos EFA, nos quais se considere fundamentalmente a componente da formação de base que deve ser uma formação da base larga para estes formandos”*³¹⁷.

7.4. O efeito da certificação de competências na progressão da carreira

Segundo um inquérito, da Direcção-Geral de Formação Vocacional (DGFV)³¹⁸, o efeito da certificação na progressão da carreira é encorajador, já que, entre os adultos certificados que responderam ao inquérito, existem cerca de 20% que, auferindo menos de 350 euros/mês no momento da inscrição, apresentavam seis meses após a certificação um rendimento mensal entre 350 euros e 499 euros. Aliás, resulta da análise efectuada que *é essencialmente ao nível do escalão de rendimento mais baixo que se verificam aumentos salariais entre os indivíduos empregados*.

³¹⁷ “Relatório Nacional. Cursos de Educação e formação de adultos “Em observação” — 2000/2001”, ANEFA, ME — MSST, pág. 46.

³¹⁸ <http://www.dgfv.min-edu.pt/FORMUL%C1RIOS/estudoPORT.pdf>.

Entre as profissões que esses adultos exercem encontram-se os classificados nas categorias de “operários, artífices e trabalhadores similares”, de “operários de máquinas e trabalhadores de montagem” e de “trabalhadores não qualificados dos serviços do comércio”, mas os adultos a exercer profissões como “pessoal de serviços directos e particulares de protecção e segurança” ou “empregados de escritório” também revelaram um acréscimo no seu rendimento. Quando se compara a situação dos adultos, que exercem uma profissão por conta de outrem, seis meses após a certificação com a sua situação actual, constata-se que é também ao nível dos adultos com mais baixos rendimentos que ocorre, mais frequentemente, uma subida de escalão de remuneração. Trata-se de transições operadas, nomeadamente, ao nível de indivíduos que exercem profissões como “empregados de escritório” e “pessoal de serviços directos e particulares de protecção e segurança”, “condutores de veículos e embarcações e operadores de equipamento”, entre outras.

Os efeitos da certificação também parecem estender-se ao vínculo contratual dos adultos. Assim sendo, é de destacar que cerca de 15% dos trabalhadores por conta de outrem (TCO) que possuíam um contrato com termo no momento da inscrição, já eram “efectivos” seis meses após a obtenção do respectivo certificado. Passados seis meses da certificação esta parece produzir ainda algum efeito sobre o vínculo contratual dos adultos, dado que 14,3% dos adultos que possuíam um contrato a termo certo seis meses após a certificação, passaram a ter um contrato de trabalho sem termo.

Quando questionados sobre a possibilidade de subida na carreira, 20% dos adultos que exerciam uma actividade por conta de outrem e que consideravam, no momento da inscrição no processo de RVCC, que essa possibilidade não existia, mudaram a sua opinião seis meses após a certificação. Ora, a situação oposta, ou seja, os adultos que consideravam a partida que existia uma possibilidade de subida na carreira e que, seis meses após a certificação, já não têm essa opinião, é de apenas 2,5%. Deste modo, *a certificação de competências ao nível escolar parece estar a contribuir para a criação de expectativas em termos de progressão na carreira.*

Considerando as transições de opinião face à possibilidade de subida na carreira no período de tempo que decorreu entre os seis meses após a certificação e actualmente, a percentagem de adultos que dizia que não existia essa possibilidade e que, entretanto, mudou de opinião é superior face ao caso anterior, situando-se nos 27,4%.

Estes factos indiciam que o não reconhecimento, validação e certificação das competências adquiridas pelos adultos ao longo da vida em contextos formais, não formais ou informais pode ser prejudicial não apenas em termos de progressão na carreira como dos benefícios que lhes estão associados, rendimento e vínculo contratual ³¹⁹.

7.5. O caso da certificação escolar do pessoal dos museus

Os guardas dos museus, dos palácios e dos monumentos nacionais foram durante muitos anos funcionários com um grau baixo de escolaridade, cuja função se limitava a um papel de vigilantes das peças expostas. Porém, muitos deles, aproveitavam a passagem dos guias para captarem o que era referido aos visitantes, liam as legendas das exposições, acabando a direcção de algumas destas instituições por reconhecer as capacidades de alguns destes guardas colocando-os em situação de desajustamento funcional ao solicitar-lhes que executassem tarefas para as quais eram exigidas mais competências e para as quais por vezes recebiam formação específica.

Verificando-se a necessidade de actualizar as carreiras profissionais dos funcionários dos museus, especialmente dos organismos dependentes do Ministério da Cultura, veio-se, após concertação sindical, a criar uma nova carreira, no âmbito do grupo de pessoal técnico profissional, cujo conteúdo profissional conjuga as tarefas de vigilância e segurança, com as de recepção e lojas. Refere o preâmbulo do decreto-lei que as criou, o Decreto-Lei n.º 55/2001, de 15 de Fevereiro, que “*Desta forma torna-se possível adequar e formalizar a prática existente, dignificando os profissionais (...).*” Assim, para efeitos de transição para a nova carreira de vigilante recepcionista criada pelo art. 7.º deste diploma, o n.º 5 do art. 14, exige em simultâneo, o 9.º ano da escolaridade e três anos de experiência profissional ou, em alternativa, o 12.º ano e um ano de experiência.

Para que tal sistema pudesse ser viabilizado foi celebrado um acordo entre o Ministério da Cultura e o Ministério da Educação de forma a que estes

³¹⁹ Cfr. ainda, sobre esta questão o artigo de Moura, Estêvão, “Saramago, o Nobel e a Gestão de Recursos Humanos” in <http://www.instituto-camoes.pt/escritores/saramago/sarmgrechumns.htm>.

funcionários pudessem beneficiar do Sistema Nacional de Reconhecimento e Validação de Competências, abrangendo cerca de meio milhão de guardas.

Como resultado final aproximadamente 90% dos guardas naquela situação sujeitaram-se a este processo de reconhecimento e obtiveram o 9.º ano de escolaridade podendo, assim, progredir na nova carreira profissional ³²⁰.

Conclusões

A) O dever de prestação funcional de um funcionário encontra-se delimitado pela existência de categorias profissionais e funcionais, a que correspondem determinados conteúdos de prestação; no entanto, as circunstâncias da organização dos serviços e de exigências decorrentes de operacionalidade pontual podem justificar a necessidade de prestação pelo trabalhador de tarefas não incluídas tipicamente na descrição funcional do conteúdo correspondente à respectiva categoria.

B) Uma vez aceite o princípio de que na Administração Pública a execução continuada dos contratos também impõe uma realidade fáctica que o direito não pode desconhecer, importa desenvolver, de forma a introduzir alguma flexibilidade na estrutura estratificada do actual regime de carreiras, o princípio de enriquecimento funcional dos cargos, ou de polivalência, previsto no art. 34.º do Decreto-Lei n.º 184/89.

C) Tal desenvolvimento não impede, por sua vez, face à publicação da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, e da Resolução do Conselho de Ministros n.º 109/2005, de 30 de Junho, que traduzem uma inequívoca vontade de aproximação do regime público ao regime privado, antes aconselha, a convergência de regimes também quanto à alteração unilateral de conteúdos da prestação do trabalho.

D) Mesmo que não se verifique tal aproximação, é desejável que se clarifique o regime em vigor, sendo decisivo proceder à alteração do Decreto-Lei n.º 497/99, acompanhado de profundas alterações ao Decreto-Lei n.º 50/98.

³²⁰ Cfr. Artigo “A certificação escolar do pessoal dos museus “ in “Ao longo da vida”, pág. 41, “Uma vida no palácio”, Portella, Cristina, in S@ber +, Anefa, n.º 13, pág. 39.

Assim,

1. Partindo de que o princípio “*pacta sunt servanda*” também é aplicável na Administração Pública, entende-se que o funcionário deve exercer funções correspondentes à actividade descrita por remissão para a categoria na qual se encontra nomeado, devendo-se determinar que esta actividade compreende as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais detenha uma qualificação profissional adequada e que não impliquem desvalorização profissional.

2. Seguindo de perto a definição do art. 151.º do Código do Trabalho, consideram-se funções afins ou funcionalmente ligadas as actividades compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional.

3. A Administração poderá ainda, excepcionalmente, quando o interesse público o exija e quando se verifique um facto objectivamente determinante da modificação, encarregar temporariamente o funcionário de funções não coincidentes com as do conteúdo funcional da carreira em que se encontra provido (incluindo as afins ou ligadas funcionalmente) sem que tal signifique modificação substancial na posição do trabalhador.

4. Nesta situação, o período temporário previsível deve ser comunicado ao interessado, podendo ser prolongado durante o tempo em que se verifique a necessidade.

5. Estaríamos, assim, perante a absorção no Direito Administrativo do instituto de *jus variandi*, acolhido sob a epígrafe de “mobilidade funcional” no art. 314.º do Código do Trabalho.

6. Para além destes limites, a Administração Pública não pode, licitamente, exigir trabalho diferente daquele que foi pactuado.

7. Assim, só a não coincidência entre o conteúdo funcional da carreira na qual o funcionário se encontra provido e as funções efectivamente exercidas, quando prolongada no tempo, de forma efectiva e contínua, poderá vir a gerar uma redefinição do objecto da sua prestação mediante a atribuição de categoria e carreira diferentes: trata-se de uma verdadeira alteração do conteúdo funcional do trabalho a prestar, que excepciona os limites do “*jus variandi*”. Nesta medida convém destringer, com a maior clareza, a natureza das diferentes figuras.

8. Afastar-se-ia, sim, a possibilidade que actualmente o Decreto-Lei n.º 497/99 contempla, de considerar como causas de alteração definitiva do

conteúdo funcional, a introdução de métodos, processos de trabalho ou novas tecnologias, tal como a aquisição de habilitações, académicas ou profissionais, ou ainda a inaptidão profissional. A causa específica de alteração definitiva de conteúdo funcional, decorrente de extinção, fusão ou reestruturação de serviços, encontra-se contemplada no Decreto-Lei n.º 193/2002, pelo que, remetendo o art. 16.º deste diploma para o Decreto-Lei n.º 497/99, haveria que ponderar as alterações a este regime específico.

9. A modificação definitiva de conteúdos funcionais, a que fazíamos referência em 7. das presentes conclusões, deve configurar-se como faculdade que assiste à Administração e nunca como direito do funcionário e deverá realizar-se mediante a aplicação das figuras de reclassificação e de reconversão, consoante estejam ou não reunidos os requisitos legalmente exigidos para a nova carreira.

10. Os limites à reclassificação e reconversão profissionais, actualmente em vigor, apenas se justificam quanto a cargos dirigentes e de chefia, não se considerando justificadas as limitações à reconversão em cargos em corpos especiais ou em carreiras em cujo ingresso seja exigida licenciatura ou curso superior.

11. A estas condições dever-se-á juntar, como pressuposto de aplicação das figuras de reclassificação e de reconversão, a exigência de um período de tempo mínimo em exercício de funções correspondentes à nova carreira pelo período legalmente fixado, não inferior a um ano e não susceptível de dispensa.

12. Por último, do texto legal deverá constar a cominação expressa da nulidade para actos de reconversão e reclassificação aos quais falte qualquer dos elementos fixados na lei.

13. O sistema actualmente previsto na lei, que teoricamente deveria permitir o suprimento da falta das habilitações literárias ou profissionais, para efeitos de reconversão, carece de reformulação, desde logo, através da substituição da lógica da formação estabelecida *a priori*, pela análise da sua necessidade.

14. Assim, após o ano de desajustamento funcional a que fizemos referência em 11. das presentes conclusões, propõe-se que seja efectuada uma análise de competências do funcionário com especial incidência nos requisitos de capacidade: aptidão e talento para o desempenho da actividade, a capacidade de resposta e a aferição do desempenho do funcionário, seguida, se

necessário, de uma despistagem de eventual necessidade de formação complementar. Recorde-se que muitas vezes as situações de desajustamento funcional, se prolongam no tempo, pelo que não faz sentido dar formação profissionalizante a quem já esteja a trabalhar e disponha, portanto, de prática profissional.

15. Por último, dir-se-á que da análise do sistema de formação profissional na Administração Pública portuguesa, bem como da avaliação dos seus resultados resulta necessariamente o entendimento de que sendo a Administração Pública uma entidade empregadora não se justifica o estabelecimento de um sistema de certificação profissional apenas para esta entidade.

16. De facto, a Administração Pública, antes de mais, deverá recorrer em relação ao emprego de pessoal para o exercício de funções que tenham correspondência ou similitude no mercado normal de trabalho, a profissionais detentores de título ou carteiras profissionais exigíveis para aquela(s) actividade(s) no mercado de emprego.

17. Aliás, poderia considerar-se que a certificação profissional em exclusivo para a Administração Pública seria uma certificação não possuidora de todas as virtualidades inerentes a este tipo de títulos ou carteiras profissionais.

18. No âmbito de um mercado de emprego alargado, o reconhecimento de títulos ou carteiras profissionais pode funcionar e funciona como elemento necessário e indispensável de acesso ao emprego, tendo em conta a supressão de barreiras à livre circulação de trabalhadores, mas a certificação profissional para a Administração Pública não possui a virtualidade da restante certificação profissional.

19. Porém, se bem que o Estado deva socorrer-se, enquanto entidade empregadora, de pessoal certificado profissionalmente, já o mesmo se não poderá dizer em relação aos profissionais que exerçam funções de autoridade (agentes policiais, funcionários de impostos, funcionários de Justiça, v.g.) cuja certificação cumprirá exclusivamente ao Estado efectuar.

Ciente de que as preocupações que acabei de expressar terão a atenção devida, fico a aguardar uma resposta de V. Ex.^a relativamente a eventuais iniciativas e outras medidas que o Governo entender vir a adoptar a propósito deste assunto.

2.4.5. Censuras, reparos e sugestões à Administração Pública

R-4584/00

Assessora: Maria José Castello-Branco

Entidade visada: Ministro da Saúde

Assunto: Duração do trabalho semanal dos médicos — cumprimento da Directiva 2003/88/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro de 2003.

1. Recebeu este órgão do Estado em 2000 uma queixa formulada pelo Sindicato Independente dos Médicos, sobre a deficiente transposição da então vigente Directiva 93/104/CE do Conselho, de 23 de Novembro de 1993, relativa a determinados aspectos da organização do trabalho ³²¹.

2. Subjacente à queixa encontrava-se o facto de a citada directiva, que estabelece prescrições mínimas naquela matéria visando assegurar um melhor nível de protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores, prever uma duração máxima de trabalho de 48 horas em média por semana incluindo as horas extraordinárias, mas que da conjugação do n.º 5 do artigo 24.º, com o n.º 6 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março, ao prever que só a realização de mais de doze horas de trabalho extraordinário por semana depende do acordo dos médicos da carreira de clínica geral ou da carreira hospitalar ³²², resulta a possibilidade de realização de um horário semanal de 54 horas.

³²¹ JO L 307, de 13.12.1993, pág. 18.

³²² A este propósito, refira-se que o procedimento de “*opt-out*” individual, previsto no n.º 1 do artigo 18.º da Directiva 93/104/CE, isto é, a possibilidade de não vinculação ao limite máximo de 48 horas, apenas foi concedido ao Reino Unido (cfr. ponto O. do “Relatório sobre a organização do tempo de trabalho”, Parlamento Europeu, FINAL A5-0026/2004) e que o Parlamento considera, com fundamento em estudo realizado por Barnard, Deakin e Hobbs, que esta técnica não constitui o caminho adequado para seguir a flexibilização do tempo de trabalho sendo antes a via segura para a descaracterização dos objectivos de melhoria de saúde e segurança no local de trabalho (cfr. ponto P. do mesmo relatório).

3. Desde que a queixa deu entrada na Provedoria de Justiça até ao momento, decorreram mais de quatro anos, o que, por um lado, permitiu a alteração do enquadramento legislativo, comunitário e nacional, e, por outro, permitiu definir posições, concretizar objectivos e estabelecer compromissos, sem que, contudo, tenha havido uma efectiva realização dos mesmos.

4. Vejamos o novo quadro legislativo.

5. No Direito Comunitário, após a adopção da Directiva 2000/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 2000, que altera a Directiva 93/104/CE do Conselho relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho a fim de abranger os sectores e actividades excluídos dessa directiva ³²³, foi publicada a Directiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro de 2003 ³²⁴. Esta última, porém, tem uma função essencialmente codificadora e entrou em vigor em 2 de Agosto de 2004 (artigo 28.º), tendo revogado a Directiva 93/104/CE, sem prejuízo dos deveres dos Estados-membros em relação aos prazos de transposição das directivas que constam da parte B do seu anexo I (nos termos do n.º 1 do artigo 27.º). Refira-se, aliás, que a Directiva 2003/88/CE também já foi objecto de proposta de revisão, estando em fase de discussão no Conselho ³²⁵.

6. Por seu lado, a nível interno, foi também publicada a Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprovou o Código do Trabalho, expressamente revoga a Lei n.º 73/98, de 10 de Novembro (alínea *v*) do n.º 1 do artigo 21.º) e procede à transposição da Directiva 93/104/CE do Conselho (cfr. alínea *e*) do artigo 2.º) através dos seus artigos 163.º e seguintes e, em especial, através dos artigos 166.º e 169.º.

7. Interessa portanto verificar se estas modificações normativas alteraram as posições anteriormente assumidas.

8. A questão coloca-se, assim, no relacionamento do novo direito interno — a Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto — com a Directiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, pelo que, efectuada a sua análise se verifica que, tal como o âmbito de aplicação da Lei n.º 73/98, de 10 de Novembro, a Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, abrange as relações laborais

³²³ JO L 195, de 1.8.2000, pág. 41.

³²⁴ JO L 299, de 18.11.2003, pág. 9.

³²⁵ Documento (COM (2004)607 final), em análise no Conselho, à data de 03.03.2005.

de direito privado e não as relações de emprego público. Nem sequer a norma de extensão, constante do artigo 5.º da Lei n.º 99/2003, permite a aplicação dos artigos 163.º e seguintes à relação jurídica de emprego público que confira a qualidade de funcionário ou agente da Administração Pública.

9. O que nos reconduz a uma situação idêntica à vigente antes da publicação da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto: ou seja, a virtual incompatibilidade entre o regime de direito interno que resulta da conjugação do n.º 5 do artigo 24.º com o n.º 6 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março, com a Directiva 93/104/CE, quanto às relações de emprego público.

10. No decorrer do processo veio a verificar-se, porém, que a violação da directiva não resulta tanto dos termos da lei interna — tendo em consideração o n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 62/79, de 30 de Março, e as regras do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 259/98, de 18 de Agosto — como da ausência de um período de referência para aferição da duração média de trabalho semanal ³²⁶, nos termos do n.º 2 do artigo 16.º da Directiva 93/104/CE, a que corresponde a actual alínea b) do artigo 16.º da Directiva 2003/88/CE, de modo a que a média da duração semanal do trabalho cumpra o limite de 48 horas, cuja definição permitiria afastar, assim, definitivamente, as situações de eventual violação do Direito Comunitário.

11. Isto mesmo me foi comunicado pelo antecessor de Vossa Excelência ³²⁷, embora posteriormente me tenham sido veiculados como fundamentos impeditivos da sua concretização, a existência de um quadro de mutação institucional e normativa em curso no Ministério da Saúde ³²⁸ e a necessidade de um prévio levantamento cuidado e exaustivo das várias realidades existentes, com a “subsequente análise casuística de cada estabelecimento hospitalar em termos de determinação do número médio de horas extraordinárias realizadas semanalmente por médico, por forma a aferir qual o período de referência que cobrirá todas as situações” ³²⁹. Mais recentemente, esta dificuldade foi reiterada em novo ofício do Gabinete do antecessor de

³²⁶ Cujas duração se encontra em discussão na proposta de alteração da Directiva 2003/88/CE, prevendo-se o seu alargamento para um ano.

³²⁷ Ofício do Ministro da Saúde, de 19.07.2002.

³²⁸ Ofício do Gabinete do Ministro da Saúde, de 11.04.2003.

³²⁹ Ofício do Departamento de Modernização e Recursos da Saúde, enviado em anexo ao ofício de 11.04.2003, do Gabinete do Ministro da Saúde.

Vossa Excelência ³³⁰, que acrescentou não se considerar oportuna uma modificação legislativa.

12. Permito-me, Senhor Ministro, sugerir a modificação desta atitude.

13. Em primeiro lugar, a Directiva 2003/88/CE, por virtude do seu n.º 3 do artigo 1.º, é aplicável a todos os sectores públicos na acepção do artigo 2.º da Directiva 89/391/CEE, excluindo-se, portanto apenas, do seu âmbito de aplicação “certas actividades específicas da função pública, nomeadamente das forças armadas ou da polícia, ou (...) outras actividades específicas dos serviços de protecção civil”. Ora, como já tive oportunidade de salientar, o pessoal médico que presta serviço no Serviço Nacional de Saúde não se encontra totalmente vinculado através de contrato de trabalho, pelo que importa corrigir a situação quanto à relação jurídica de emprego público.

14. Em segundo lugar, permito-me chamar a atenção para o facto de o Ministério da Saúde ter diagnosticado desde 2002 a existência de situações de eventual violação da directiva, ter verificado da necessidade de definir um período de referência e nada ter efectuado, quanto a esta questão, até ao momento.

15. Seguindo de perto os acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ³³¹, permito-me salientar que o conceito de «tempo de trabalho» na acepção da Directiva 93/104/CE foi integrado pelo n.º 47 do Acórdão Simap, como respeitando qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar ou se encontra à disposição da entidade patronal e no exercício da sua actividade ou das suas funções, de acordo com a legislação e/ou a prática nacional, e que o mesmo conceito deve ser entendido por oposição ao de período de descanso, excluindo-se mutuamente estes dois conceitos.

³³⁰ Ofício do Gabinete do Ministro da Saúde, de 30.07.2004.

³³¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Setembro de 2003, «Política social — Protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores — Directiva 93/104/CE — Conceitos de tempo de trabalho e de período de descanso — Permanências (Bereitschaftsdienst) asseguradas por um médico num hospital», no processo C-151/02, e Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Outubro de 2000, «Política social — Protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores — Directivas 89/391/CEE e 93/104/CE — Âmbito de aplicação — Médicos das equipas de urgência — Duração média do trabalho — Inclusão das horas de permanência — Trabalhadores nocturnos e por turnos», no processo C-303/98.

E assim, embora a directiva não defina a noção de horas extraordinárias, que é apenas mencionada na alínea *b*) do artigo 6.º, referente à duração máxima do trabalho semanal, não deixa de ser certo que as horas de trabalho extraordinário se inscrevem na noção de tempo de trabalho na acepção da referida directiva.

16. De qualquer forma, e sempre recorrendo ao teor dos acórdãos, o conceito de «tempo de trabalho», na acepção da Directiva 93/104/CE, não deve ser interpretado em função das disposições das diversas regulamentações dos Estados-membros, constituindo conceito de direito comunitário que há que definir segundo características objectivas, tomando-se por referência o sistema e a finalidade da referida directiva. Só esta interpretação autónoma é susceptível de assegurar a essa directiva a sua plena eficácia, bem como uma aplicação uniforme do referido conceito no conjunto dos Estados-membros.

17. Refiro, por último, que é significativo que o artigo 2.º da Directiva 93/10/CE — a que corresponde o artigo 2.º da actual Directiva 2003/88/CE — não figure entre as disposições que esta permite expressamente derrogar, o que significa que as definições que constam do referido artigo 2.º não podem ser livremente interpretadas pelos Estados-membros e que, mesmo aquelas que o artigo 17.º permite derrogar, devem ser interpretadas de forma restritiva.

18. Compreenderá, portanto, Senhor Ministro, que as reiteradamente alegadas necessidades de tratamento de informação prévia, que possibilitem concluir qual a média semanal de trabalho extraordinário efectivamente realizada, não podem servir de fundamento à continuada violação da directiva.

19. A este respeito se referem os ofícios da Provedoria de Justiça de 5 de Janeiro de 2001, 28 de Fevereiro, 29 Julho e 26 de Setembro de 2002, 24 de Junho de 2003 e 1 de Abril de 2004, tendo sido recebidos os ofícios de 18 de Abril de 2001, do Departamento de Recursos Humanos da Saúde, de 19 de Junho de 2002, do então Ministro da Saúde, de 6 de Agosto de 2002, do Departamento de Modernização e Recursos da Saúde, de 11 de Abril de 2004, e de 30 de Julho de 2004, ambos do Gabinete do então Ministro da Saúde.

Assim, e encontrando-se ainda a questão por resolver, solicito a Vossa Excelência que se digne informar sobre os termos e os prazos em que poderá ser estabelecida medida de fixação de um período de referência dentro do qual a duração do trabalho dos médicos, que trabalhem ao abrigo de uma relação

de emprego público que confira a qualidade de funcionário ou agente da Administração Pública, não excedesse 48 horas, incluindo horas extraordinárias, por forma a compatibilizar a legislação e práticas nacionais com as diretivas comunitárias em causa.

R-4066/02

Assessora: Ana Neves

Entidade visada: Director-Geral dos Recursos Humanos da Educação

Assunto: Contratação local de docentes na Suíça para o ano lectivo de 2002/2003.

1. Em 16 de Dezembro de 2002, foi dirigida queixa ao Provedor de Justiça por professora profissionalizada por, “no concurso nacional aberto pelo Ministério da Educação, em Outubro de 2002, para preenchimento de lugares do ensino português no estrangeiro”, ter sido preterida, “sem fundamento legal”, por professores não profissionalizados, menos graduados.

2. Solicitados esclarecimentos, em 26 de Dezembro de 2002 (artigos 28.º, 29.º, n.ºs 1 e 2, e 34.º, do Estatuto do Provedor de Justiça — Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto), a Direcção-Geral da Administração Educativa pronunciou-se sobre o assunto, num primeiro momento, através da Informação 197-DSAJC 2003, remetida por ofício do Gabinete do Secretário de Estado da Administração Educativa, de 13 de Agosto de 2003. Resulta daquela informação que:

- a) os horários supervenientes aos horários publicitados no aviso de abertura do concurso em referência “foram preenchidos de acordo com uma proposta que tendo em atenção o disposto na Lei n.º 21/2002, de 21 de Agosto, primeira alteração à Lei n.º 48/96, de 4 de Setembro, que estabelece a definição e atribuições do Conselho das Comunidades Portuguesas, acolheu uma recomendação do membro do Conselho das Comunidades Portuguesas Manuel Melo, eleito pelo círculo eleitoral da Suíça” (ponto 5 da Informação 197-DSAJC 2003);

- b) na sequência desta, foi proposto ao então Secretário de Estado da Administração Educativa (“proposta n.º 140/DGAE/DEB/2002”) que, a “título excepcional e com fundamento na responsabilidade de criar condições de igualdade entre os docentes residentes e não residentes seja promovida a qualificação profissional dos docentes de habilitação própria residentes nos países abrangidos pela rede de ensino português e que tenham, no mínimo, cinco anos de serviço prestado naquela modalidade”;
- c) preenchendo, para tanto, “os horários supervenientes à contratação local, feita nos termos do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 13/98” por “contratação de docentes residentes que, com habilitação própria ou suficiente, tenham sido contratados em anos anteriores, dando-se preferência à maior habilitação académica e ao maior número de anos de serviço, mediante proposta da respectiva coordenação nos termos do n.º 20 do Despacho Normativo n.º 77/88.” (“proposta n.º 140/DGAE/DEB/2002”);
- d) Esta proposta foi objecto de despacho de concordância do citado membro do Governo em 29 de Outubro de 2002;
- e) Com estes fundamentos, concluiu-se na Informação 197-DSAJC 2003 que “com o devido respeito pelo Parecer n.º 8/GJ/03 elaborado pelo Gabinete Jurídico do Departamento da Educação Básica em 24 de Março de 2003” — que levantará reservas à legalidade de tal decisão — a “não colocação da recorrente [-queixosa no processo da Provedoria de Justiça-] em resultado do concurso aberto pela coordenação na Suíça ao abrigo do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 13/98 não merece censura devendo ser mantida por respeito às regras que nortearam o preenchimento dos horários submetidos a contratação local no ano escolar 2002-2003.”.

2.1. Em 22 de Janeiro de 2004, por ofício do mesmo Gabinete, foi remetida à Provedoria de Justiça a “Informação 197 A-DSAJC2003”, na qual se esclarece:

“A celebração de contratos ao abrigo do artigo 5.º, do Decreto-Lei n.º 13/98, de 24 de Janeiro, obedeceu a dois processos diferenciados.

As necessidades inicialmente identificadas foram preenchidas através de concurso cujo aviso de abertura se anexa. Preenchidas estas e caducado o concurso, ao abrigo do disposto no Despacho Normativo n.º 77/88, as necessidades supervenientes foram satisfeitas mediante a contratação de docentes propostas pela coordenação de acordo com os critérios enunciados nos pontos 6.1. e 6.2., da Proposta 140/DGAE/DEB/2002.

O preenchimento dos horários submetidos a concurso seguiu a lista de candidatos ordenados de acordo com os critérios enunciados nos n.ºs 9 e 10 do respectivo aviso de abertura.

Encerrado o concurso, a Administração decidiu preencher os horários supervenientes de uma forma mais célere e que simultaneamente viabilizasse a qualificação profissional dos que vinham exercendo funções no ensino português no estrangeiro.

O preenchimento dos horários supervenientes por recurso a titulares de habilitação própria com um mínimo de 5 anos de serviço prestado no ensino português no estrangeiro, decorre, naturalmente, da decisão de viabilizar a qualificação profissional dos mesmos.

Ao abrigo do despacho de 29 de Outubro de 2002 foram 16 os docentes residentes em países que dispõem de rede de ensino de português no estrangeiro, possuidores de habilitação própria e de 1925 dias de serviço docente, contratados com vista à concretização do 1.º ano de profissionalização. Destes, 4 residem em França, 1 na Holanda, 9 na Suíça e 2 no Reino Unido.

O aviso de abertura de concurso para contratação local para o ano lectivo de 2003/2004, em anexo, foi igual ao do ano anterior”.

2.2. Em 10 de Março de 2005, o ofício do Gabinete do Secretário de Estado Adjunto e da Administração Educativa remeteu as informações anteriormente enviadas, sem explicar o apoio legal da decisão questionanda (de 29 de Outubro de 2002).

3. Analisados os documentos juntos e os esclarecimentos prestados, destacam-se com interesse os seguintes factos:

- a) De acordo com aviso assinado pela Coordenadora do Ensino Português na Suíça, datado de 21 de Setembro de 2002, foi aberto o

- “concurso para celebração de contrato administrativo de serviço docente”, na Suíça, ao abrigo, segundo nele invocado, “do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 13/98” e “nos termos da Portaria n.º 367/98, de 29 de Junho, conforme o constante do ofício de 17 de Setembro de 2002, da Direcção-Geral da Administração Educativa, em anexo a este aviso”;
- b) O aviso, com 8 pontos, não contém outras referências legais;
 - c) Não indica os critérios de seriação dos candidatos, designadamente, para preenchimento de vagas supervenientes;
 - d) No entanto, o ofício-circular citado, anexo ao aviso, explicita, no § 1, que a “contratação local para a prestação de serviço docente no estrangeiro” se destina à satisfação das “necessidades relativas ao ano lectivo de 2002/2003, a suprir nos termos do citado artigo” 5.º do Decreto-Lei n.º 13/98, de 24 de Janeiro;
 - e) O seu ponto 9 informa que, de entre as três listas “correspondentes aos lugares para educadores de infância, para professores do 1.º ciclo do ensino básico e para professores dos 2.º e 3.º ciclos do ensino básico e secundário” (ponto 8), *“os candidatos serão ordenados por ordem decrescente da respectiva graduação profissional, ou na docência, segundo as seguintes prioridades:*
 - 9.1. *Portadores de habilitações literárias reconhecidas pelo Ministério da Educação como qualificação profissional para a docência (...);*
 - 9.2. *Portadores de habilitações literárias reconhecidas pelo Ministério da Educação como habilitação própria para a docência (...);*
 - 9.3. *Aos candidatos que tenham desempenhado funções de ensino português no estrangeiro é concedida uma bonificação de 0,5 valores por cada 365 dias de serviço prestado nas referidas funções com menção qualitativa de satisfaz”.*
 - f) O ponto 10 do citado ofício estabelece critérios de ordenação no “caso de igualdade de classificação”;
 - g) Não contém menção sobre o prazo de validade do concurso, para além da referência que se destina ao preenchimento das “necessidades relativas ao ano lectivo de 2002/2003”;

- h) Em 28 de Outubro de 2002, a Directora-Geral da Administração Educativa e o Director do Departamento da Educação Básica submeteram a “Proposta n.º .../DGAE/DEB/2002”, que submeteram a decisão do Secretário de Estado da Administração Educativa;
- i) Contém as seguintes propostas:

A. O preenchimento dos horários supervenientes aos publicitados no citado aviso *“pelas coordenações, por aplicação extensiva do disposto no n.º 20 do Despacho Normativo n.º 77/88, DR. n.º 204, 1.ª Série, de 3 de Setembro. Assim, serão preenchidos, mediante escolha dos respectivos coordenadores, a fazer de entre professores de habilitação própria ou suficiente, com precedência dos primeiros, que residam nos países ou áreas consulares onde se verifica a necessidade e que tenham comprovada experiência de ensino português, prestado em anos anteriores.”*.

B. *“(...) 5. Propõe-se ainda que, a título excepcional e com fundamento na responsabilidade de criar condições de igualdade entre os docentes residentes e não residentes seja promovida a qualificação profissional dos docentes de habilitação própria residentes nos países abrangidos pela rede de ensino português e que tenham, no mínimo, cinco anos de serviço prestado naquela modalidade (...).*

6. (...) *Propõe-se, em síntese, que:*

6.1. *Os horários supervenientes à contratação local, feita nos termos do artigo 5.º, do Decreto-Lei n.º 13/98, sejam preenchidos por contratação de docentes residentes que, com habilitação própria ou suficiente, tenham sido contratados em anos anteriores, dando-se preferência à maior habilitação académica e ao maior número de anos de serviço, mediante proposta da respectiva coordenação nos termos do n.º 20.º do Despacho Normativo n.º 77/88;*

6.2. *Seja assegurada a qualificação aos docentes contratados residentes em países que dispõem da rede de ensino português, a qual será assegurada, em 2002/2003, pela Universidade Aberta, mediante protocolo com o Departamento da Educação Básica. Para o efeito, os formandos devem possuir habilitação própria e, no mínimo, cinco anos de serviço docente prestado no ensino português no estran-*

geiro, dos quais o último deverá ter ocorrido obrigatoriamente no ano escolar de 2001/2002.”;

- j) Em 29 de Outubro de 2002, o Secretário de Estado da Administração Educativa proferiu o seguinte despacho: “Concordo. Proceda-se em conformidade. Quererei conhecer, quer o número global de professores a frequentar as acções de qualificação profissional e encargo total estimado com a Universidade Aberta. 02.10.29”;*
- k) Este despacho foi comunicado pelo ofício n.º 13 148, de 31 de Outubro de 2002, à Coordenadora do Ensino Português no Estrangeiro, pela Directora-Geral da Administração Educativa e pelo Director do Departamento de Educação Básica;*
- l) No mesmo ofício solicitam que, “para além da celebração dos contratos para as horas supervenientes, sejam remetidos os dados relativos ao número de professores que se encontrem em condições e interessados em obter a qualificação profissional pela Universidade Aberta, abrangidos pelo âmbito definido em 6.2 da Proposta n.º 140/DGAE/DEB/2002”;*
- m) Pelo ofício com a referência GDG, de 8 de Julho de 2003, a Directora-Geral dos Recursos Humanos da Educação, solicitou, ao Coordenador Pedagógico do Ensino Português na Suíça, que “sejam desenvolvidos todos os procedimentos inerentes à execução do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 13/98, de 24 de Janeiro, os quais serão exactamente iguais aos difundidos o ano transacto, ofício de 17 de Setembro de 2002, conforme cópia anexa”;*

4. Apesar das várias insistências, não foram indicados:

- a) o apoio legal dos critérios de ordenação referidos no ponto 6.1. da proposta n.º .../DGAE/DEB/2002 e adoptados para o preenchimento dos invocados “horários supervenientes à contratação legal nos termos do artigo 5.º, do Decreto-Lei n.º 13/98” (cfr. citado ponto 6.1);*
- b) o fundamento legal para a preferência dada aos candidatos não profissionalizados em detrimento dos candidatos profissionalizados, sendo que este constitui aspecto central da queixa apresentada.*

5. O concurso em causa foi aberto ao abrigo do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 13/98, de 24 de Janeiro (diploma que “aprova o regime jurídico dos docentes de ensino português no estrangeiro”).

“O recrutamento de docentes para o ensino português no estrangeiro é feito por concurso, a realizar separadamente para a educação pré-escolar, para o 1.º ciclo do ensino básico e para os restantes ciclos e níveis de ensino, de entre os docentes que possuam a necessária habilitação profissional” (artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 13/98, de 24 de Janeiro).

As “normas legais aplicáveis ao concurso para preenchimento dos lugares de docentes de ensino português no estrangeiro” constam do Decreto-Regulamentar n.º 4-A/98, de 6 de Abril, na sequência da previsão do n.º 4, do artigo 2.º, do Decreto-Lei n.º 13/98, de 24 de Janeiro.

“Sem prejuízo do disposto no artigo 2.º do presente diploma, o serviço docente no estrangeiro é efectuado numa das seguintes situações:

- a) Destacamento;
- b) Contratação” (n.º 1, do artigo 4.º, do Decreto-Lei n.º 13/98, de 24 de Janeiro).

“A prestação de serviço docente no estrangeiro pode ser efectuada em regime de contratação local ... em casos de justificada necessidade de preenchimento de horários completos, por impossibilidade de colocação de candidatos aprovados no concurso para preenchimento de horários incompletos ou ainda para a substituição temporária e eventual de docentes colocados (n.º 1 do artigo 5.º do mesmo diploma).

O concurso em causa, como destacado, foi aberto ao abrigo deste artigo 5.º, destinando-se, pois, às «necessidades residuais» de docentes ora referidas.

A contratação deve observar com as devidas adaptações o “disposto no n.º 4, do artigo 33.º, do Estatuto da Carreira Docente”, o qual remete para portaria a definição dos “princípios a que obedece a contratação de pessoal docente ao abrigo do n.º 2, deste artigo” (artigo 33.º), isto é, pessoal destinado à “satisfação de necessidades do sistema educativo não colmatadas pelo pessoal docente dos quadros de zona pedagógica ou resultantes de ausências temporárias de docentes que não possam ser supridas nos termos do n.º 2, do artigo 27.º”, do referido Estatuto (relativo à substituição de docentes).

A portaria que concretiza o comando do n.º 4, do citado artigo 33.º, é a Portaria n.º 367/98, de 29 de Junho. Define o regime jurídico dos contratos administrativos de provimento “tendo em vista a satisfação de necessidades do sistema educativo não colmatadas pelo pessoal dos quadros ou resultantes de ausências temporárias de docentes”, contendo, designadamente, regras sobre a celebração, forma, conteúdo, vigência e renovação dos contratos (cf. diploma).

O seu artigo 12.º, estabelece que [p]ara os estabelecimentos de ensino poderá ser contratado pessoal ao abrigo do presente diploma, respeitando a graduação dos concursos nacionais e distritais de provimento” (n.º 1) e que, esgotados os respectivos candidatos, “podem os estabelecimentos de ensino contratar candidatos que respeitem os requisitos gerais, especiais e habilitacionais exigidos para o exercício da função docente” (n.º 2). Esta contratação deve ser precedida de “oferta de emprego publicitada pelo estabelecimento de educação ou de ensino e pelo respectivo centro de área educativa durante um período mínimo de três dias úteis e máximo de cinco dias” (n.º 3). A ordenação dos candidatos deve respeitar “os critérios de graduação do concurso nacional” (n.º 4).

De acordo ainda com a Portaria n.º 367/98, de 29 de Junho, são nulos os contratos que não obedeçam ao que dispõe (artigo 1.º, n.º 2) e o incumprimento das regras relativas ao contrato de escola “faz incorrer os responsáveis em procedimento disciplinar” (artigo 12.º, n.º 5).

6. O procedimento de recrutamento de trabalhadores para o exercício de funções ou de uma dada actividade na Administração Pública, independentemente da sua concreta designação e maior ou menor formalidade, implica a “análise comparativa dos méritos dos candidatos, [com a] escolh[a] [d]aquele que, de acordo com as suas qualificações e a função que é chamado a desempenhar, é o mais apto para ocupar a vaga”, executar a actividade ou função ³³².

A análise comparativa e o objectivo do recrutamento pressupõe, de forma basilar, a predeterminação (legal e administrativa, nos limites da lei)

³³² Cf. expressão entre aspas no ponto 53 das conclusões do Advogado-geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colombar, nas conclusões (p. 8) que apresentou em 11 de Março de 2004, no Processo C-150/03 P, Chantal Hectors contra Parlamento Europeu (www.europa.eu.int).

das regras e critérios, a estabilidade dos mesmos e a objectivação por referência (fundamentação) dos resultados da ordenação dos candidatos (artigos 47.º, n.º 2, 266.º, n.º 2, da CRP, e artigos 5.º e 6.º-A, do CPA).

6.1. O procedimento de contratação local para o ano lectivo de 2002/2003, promovido pela Direcção-Geral da Administração Educativa, em Setembro de 2002, para suprir as necessidades de pessoal docente, naquele ano lectivo, nos termos do artigo 5.º, do Decreto-Lei n.º 13/98, de 24 de Maio, deveria ter obedecido aos critérios de ordenação previstos no ponto 9, do ofício, de 17 de Setembro, anexo ao aviso de abertura do “concurso para celebração de contratos administrativos de serviço docente — no caso — na Suíça”, datado de 21 de Setembro.

No mesmo aviso, hão-de estar em causa o preenchimento das necessidades — de todas as «necessidades residuais», a que se refere o citado artigo 5.º — de docentes para o ano lectivo de 2002/2003, de modo a que aproveitem os critérios de ordenação para o preenchimento das vagas invocadas serem supervenientes à publicitação do aviso concursal em causa (mais ou menos, então, programáveis ou identificáveis).

Se assim não é perde-se em eficácia e em transparência.

6.1.1. Se outros critérios fossem os legalmente devidos ou permitidos para o preenchimento de tais vagas, deveriam ter sido dados a conhecer ou anunciados atempadamente, prévia ou contemporaneamente à abertura do procedimento de contratação legal para o ano lectivo de 2002/2003, por o reclamarem as regras de uma comunicação clara entre a Administração e os particulares e excludente de qualquer suspeita de parcialidade (artigos 6.º, 6.º-A e 7.º, do CPA).

O procedimento de contratação local para suprir necessidades de docentes para o ensino do português, na Suíça, no ano lectivo de 2002/2003, foi desencadeado em Setembro de 2002. O critério para o preenchimento de algumas das suas vagas foi elaborado na Proposta n.º 140/DGAE/DEB/2002, de 28 de Outubro de 2002, objecto de despacho de 29 de Outubro de 2002.

Só mais tarde, com a preferência dada aos candidatos não profissionalizados, os candidatos preteridos são confrontados com um novo critério, dado a conhecer, no caso da reclamante do processo da Provedoria de Justiça, na decisão de recurso hierárquico que interpôs.

6.2. A Direcção-Geral da Administração Educativa invoca a caducidade do concurso aberto em 21 de Setembro de 2002. No entanto, tal não tem

qualquer ponto de apoio no respectivo aviso, do qual resulta, como dito, destinar-se ao preenchimento de todas as necessidades a que se refere o citado artigo 5.º.

O Gabinete Jurídico do Departamento da Educação Básica, no Parecer n.º 8/CJ/03, põe, nesta mesma linha, em causa as contratações subseqüentes efectuadas, quando escreve: “a apreciação do fundado ou infundado da reclamação da recorrente implica o *esclarecimento da natureza dessas contratações*, nomeadamente *se estava efectivamente, ou não, findo o procedimento do concurso, se os horários, no caso concreto, eram ou não classificáveis de supervenientes* para o efeito do n.º 20, do Despacho Normativo n.º 77/88 e se tais contratações foram efectuadas ao abrigo do procedimento contido na Proposta n.º 140/DGAE/DEB/2002 (itálicos nossos).”

7. Esta proposta e a decisão a que deu lugar não tem o necessário apoio legal ³³³:

- a) De acordo com os esclarecimentos prestados, as contratações para a prestação de serviço docente, no ano lectivo de 2002/2003, de pessoal não profissionalizado ficou a dever-se à preferência que lhes foi dada, a título excepcional, com base na aplicação do disposto no ponto 20, do Despacho Normativo n.º 77/88, de 19 de Agosto (emanado com base no artigo 67.º, ³³⁴ do Decreto-Lei n.º 18/88, de 21 de Janeiro, altera os procedimentos de colocação, a nível distrital, de professores provisórios, bem como da deslocação de docentes — cf. preâmbulo).

A invocação do n.º 20, deste Despacho Normativo não procede: aquele critério — a preterição de docentes profissionalizados por docentes não profissionalizados — não está nele previsto; pressupõe o esgotamento (e demonstração da respectiva diligência) das outras hipóteses de provimento das vagas nele mencionadas (cf., *v.g.*, pontos 3).

³³³ A administração educativa foi, na instrução do processo da Provedoria de Justiça, reiteradamente solicitada a indicá-lo (cf. ponto 4 do texto).

³³⁴ Dispõe o artigo 67.º, que as “necessidades em termos de pessoal docente que não possam ser satisfeitas através da segunda parte do concurso previsto neste diploma sê-lo-ão de acordo com as normas a estabelecer em despacho normativo do Ministro da Educação”

- b) O objectivo de *qualquer* procedimento e decisão administrativa em matéria de colocação de professores é o preenchimento das respectivas vagas por docentes devidamente (e melhor) habilitados (ponto 5 supra). Resulta, de forma clara, dos documentos enviados, que o provimento das vagas alegadas supervenientes ao concurso aberto em 21 de Setembro de 2002 foi determinada com vista a ser “promovida a qualificação profissional dos docentes de habilitação própria residentes nos países abrangidos pela rede de ensino português” (pontos 5 e 6 da proposta n.º 140/DGAE/DEB/2002). Ou seja, foi orientada por razões de política de apoio à emigração, na sequência de recomendação do Conselho das Comunidades, que a renovou para o ano lectivo de 2003/2004.

A assunção da prossecução de objectivo outro que não o legalmente protegido (ao arrepio do artigo 266.º, n.º 2, da CRP e do 6.º, do CPA ³³⁵) resulta ainda da invocação da Lei n.º 21/2002, de 21 de Agosto — “Preenchidos os horários publicitados e encerrado o concurso, os horários supervenientes foram preenchidos de acordo com uma proposta em atenção ao disposto na Lei n.º 21/2002, de 21 de Agosto — primeira alteração à Lei n.º 48/96, de 4 de Setembro — que estabelece a definição e atribuições do Conselho das Comunidades Portuguesas, acolhendo uma recomendação do membro do Conselho das Comunidades Portuguesas Manuel de Melo, eleito pelo círculo eleitoral da Suíça” (ponto 5 da Inf. 197-DSAJC2003).

Ora, como na mesma referido, a Lei n.º 21/2002, de 21 de Agosto, altera a Lei n.º 48/96, de 4 de Setembro, que “estabelece a definição e atribuições do Conselho das Comunidades Portuguesas”; não contém qualquer norma relativa ao preenchimento de horários para o exercício de funções

³³⁵ “Modernamente a imparcialidade deve ser entendida mais amplamente como comando de tomada em consideração e ponderação, por parte da administração, dos interesses públicos e privados relevantes para cada concreta actuação sua. (...) A dimensão negativa proíbe a administração de, a propósito de um caso concreto, tomar em consideração e ponderar interesses públicos ou privados que, *à luz do fim legal a prosseguir*, sejam irrelevantes para a decisão” — Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, Introdução e Princípios Fundamentais, Lisboa, Outubro de 2004, pp. 209 e 210 (itálico nosso).

docentes no estrangeiro e muito menos norma habilitante do critério em causa supervenientemente adoptado.

8. Em face do exposto impõe-se, no arquivamento do processo da Provedoria de Justiça, censurar a actuação da Administração Educativa quanto à forma pouco transparente e pouco conforme à lei como realizou a contratação local de alguns docentes para o ensino português no estrangeiro no ano lectivo de 2002/2003.

R-2831/03

Assessora: Maria José Castello-Branco

Entidade visada: Secretário de Estado Adjunto e da Administração Local
Assunto: Categoria profissional de fiscais de obras.

1. Recebeu este órgão do Estado queixas de fiscais de obras de autarquias locais que, visando o exercício de funções próprias da sua categoria profissional por parte de fiscais municipais, solicitaram a intervenção do Provedor de Justiça de forma a agilizar o processo de reclassificação profissional para esta carreira.

2. Procedeu, assim, este órgão do Estado a um longo processo de consulta e análise da questão junto das entidades com competência na matéria, ou seja, do departamento com competências sobre a Administração Local, bem como do departamento com competência horizontal na área da Administração Pública.

3. Foi assim possível obter as posições que resumidamente passo a expor:

3.1. A mais recente posição na área da Administração Local consta de ofício e especifica que as carreiras de fiscal de obras e de fiscal municipal integram grupos de pessoal diferenciados, a saber, o de pessoal auxiliar e o de pessoal técnico-profissional, e detêm conteúdos funcionais diferentes (Despachos SEALOT n.º 38/88 e n.º 20/SEALOT/94, publicados, respectivamente, *in* DR, II Série, n.º 22, de 26.01.89, e DR, II Série, n.º 110, de 12.05.94). Consequentemente, sendo a carreira de fiscal de obras comum às Administrações Central e Local, qualquer medida legislativa a ela referente é da competência do Secretário de Estado da Administração Pública.

3.2. A Direcção-Geral da Administração Pública, por seu lado, no ofício n.º 4708, de 8 de Julho de 2004, transmitiu o entendimento de que:

3.2.1. os despachos de conteúdo funcional, referidos em 3.1, não são suficientemente elucidativos das tarefas a desempenhar pelos fiscais municipais e pelos fiscais de obras;

3.2.2. o conteúdo funcional definido para a carreira de polícia municipal, criada pelo Decreto-Lei n.º 39/2000, de 17 de Março, abrange a maioria de funções que estavam definidas para a carreira de fiscal municipal;

3.2.3. o art. 22 deste diploma prevê a transição excepcional de pessoal da carreira de fiscal municipal para a carreira de polícia municipal;

3.2.4. a carreira de fiscal municipal se encontra em vias de extinção. E que,

3.2.5. assim, não se justificaria qualquer ponderação de medidas legislativas no sentido de prever a transição dos fiscais de obras para a carreira de fiscal municipal.

4. Julgo, porém, que a análise dos antecedentes legislativos relativos aos conteúdos funcionais das carreiras permite concluir no sentido de que a solução não se encontra na reclassificação e/ou na extinção da carreira de fiscais municipais, sendo inaceitável que se mantenha a situação tal como está, sem resolver os problemas gestionários actualmente existentes, decorrentes do facto de as autarquias locais (municípios) recrutarem indiscriminadamente fiscais de obras ou fiscais municipais para tarefas idênticas.

5. Para tal, mostra-se necessário recuar a 1977, ano decisivo na uniformização das categorias e vencimentos do pessoal da Administração Local, pelo Decreto-Lei n.º 76/77, de 1 de Março.

5.1. Este decreto-lei definia no Anexo I as categorias e, no Anexo II, as alterações das designações das categorias de pessoal da Administração Local e Regional. Estes anexos foram substituídos, pouco tempo depois, através da Portaria n.º 787/77, de 24 de Dezembro.

5.2. Embora daquele decreto-lei constasse a referência à categoria de fiscal de obras, já é possível encontrar na Portaria n.º 787/77 ambas as categorias, fiscal de obras e fiscal municipal, a vencer pela letra P, mas já diferenciados em função do grupo de actividade.

5.3. Assim, em 1977 o fiscal municipal exercia funções nos grupos de actividades 5, 7 e 9, ou seja, mercados e análises, serviços administrativos e serviços municipais de habitação; o fiscal de obras exercia funções nos grupos de actividade 9 e 10, correspondentes a serviços municipais de habitação e serviços técnicos de obras.

5.4. Especialmente relevante para a análise do tipo de funções de cada uma destas categorias é o Anexo II, daquela portaria, que agrega na nova categoria de fiscal municipal, um conjunto de categorias com as seguintes designações: “encarregado principal dos serviços externos; fiscal de impostos; fiscal-informador de 1.^a ou 2.^a classe; fiscal de mercados; fiscal de mercados e feiras; fiscal de pedreiras de mármore de Estremoz; fiscal dos serviços de turismo; informador de turismo e zelador”; já a categoria de fiscal de obras não resulta de nenhuma agregação e era designada anteriormente como “medidor orçamentista”.

5.5. Entretanto, a inexistência de um diploma legal que definisse os princípios gerais a que deveria obedecer a estruturação das carreiras levou à publicação do Decreto-Lei n.º 191-C/79, de 25 de Junho, que constituiu à data o quadro de referência do ordenamento da função pública.

5.6. Assim, o Decreto-Lei n.º 466/79, de 7 de Dezembro, que aplicou à Administração Autárquica o Decreto-Lei n.º 191-C/79, revogando a Portaria n.º 787/77, acabou por criar as carreiras de fiscal municipal e de fiscal de obras, inserindo-as no grupo de pessoal operário e auxiliar.

5.7. Com o Decreto-Lei n.º 466/79, alterou-se apenas, quanto aos grupos de actividades, a caracterização do grupo 5, que passou a ser de “Mercados e feiras”, e criaram-se várias categorias para ambas as carreiras: a de fiscal municipal tinha duas categorias que venciavam pelas letras L e M e a de fiscal de obras, três, que venciavam pelas letras N, O e P. Contudo, a alteração mais significativa passou a ser, em meu entender, a que resulta da exigência de um requisito habilitacional específico para a carreira de fiscal municipal: o curso geral do ensino secundário ou equiparado.

5.8. Ora, da aplicação das disposições constantes do Decreto-Lei n.º 191-C/79, de 25 de Junho, resultou também a indicação de carreiras comuns que importava unificar. É com esse objectivo que é publicado o Decreto-Lei n.º 465/80, de 14 de Outubro, que previa as carreiras de fiscal de obras públicas e fiscal de obras, estruturando-as pelas categorias de principal, de 1.^a classe e de 2.^a classe, às quais correspondiam, respectivamente, as

letras L, N e P. Neste diploma estabeleceu-se, ainda, que o recrutamento para a categoria de fiscal de obras de 2.^a classe far-se-ia de entre operários qualificados e semiquualificados da respectiva área funcional, habilitados com a escolaridade obrigatória e com, pelo menos, quatro anos de prática profissional comprovada na carreira, ficando condicionado o acesso à categoria superior à permanência de, pelo menos, três anos na categoria imediatamente inferior e de classificação de serviço não inferior a Bom. O pessoal da categoria de fiscal auxiliar de obras públicas, que se extinguia, transitava para a categoria de fiscal de obras públicas de 2.^a classe ou de fiscal de obras de 2.^a classe.

5.9. Ou seja, não alterando em nada a carreira de fiscal municipal, este diploma veio unificar a carreira de fiscal de obras, na Administração Central e na Administração Autárquica.

5.10. Em 15 de Julho de 1985, é publicado o Decreto-Lei n.º 248/85, que revoga o Decreto-Lei n.º 191-C/79, estabelecendo um novo regime geral de estruturação das carreiras da função pública, bem como um conjunto de princípios e de regras respeitantes a matérias ligadas ao sistema de carreira e à sua aplicação na Administração Pública, tendo em 17 de Junho de 1987 sido publicado o Decreto-Lei n.º 247/87, que procedeu à adaptação do Decreto-Lei n.º 248/85 às carreiras de pessoal da Administração Local.

5.11. Entre as medidas consagradas pelo Decreto-Lei n.º 247/87, cumpre salientar, conforme o seu preâmbulo, que a criação de categorias ou carreiras deixa de estar condicionada à existência de grupos de actividade, por se entender que estes, face aos princípios consignados no Decreto-Lei n.º 116/84, de 6 de Abril ³³⁶, constituem um espartilho à gestão dos serviços; que a disciplina da estruturação dos quadros de pessoal deve ter em conta, nomeadamente, a concretização das áreas funcionais em que se inserem as diferentes carreiras ou categorias, sem prejuízo de virem a efectuar-se análises de funções em relação a cada categoria ou carreira, constituindo estas uma forma de auxílio à gestão de pessoal; e ainda que na reestruturação das carreiras se teve como princípio básico, e na medida do possível, o enquadramento das categorias profissionais existentes em regime de carreira, a determinação de

³³⁶ O Decreto-Lei n.º 116/84, de 6 de Abril, revogou as disposições legais constantes do Código Administrativo relativamente à organização municipal aí prevista, ficando de fora os municípios de Lisboa e Porto, porque dotados de regime especial.

áreas de recrutamento bem como o abandono da classificação administrativa dos municípios em matéria de carreiras ou categorias de pessoal.

5.12. E assim, a carreira de fiscal municipal é integrada no grupo de pessoal técnico-profissional, exigindo-se para o seu ingresso o 9.º ano de escolaridade ou equiparado, e a carreira de fiscal de obras é integrada no grupo de pessoal auxiliar, exigindo-se para o seu ingresso que os candidatos detivessem as categorias de operários qualificados e semiqualificados da respectiva área funcional habilitados com a escolaridade obrigatória e com, pelo menos, 4 anos de prática profissional.

5.13. Foram ainda integrados, de acordo com o Anexo III deste diploma, na carreira de fiscal municipal, os chefes de serviço de fiscalização (abastecimento), os chefes de serviço de fiscalização (iluminação pública), os chefes de serviço de fiscalização (toponímia), os encarregados de limpeza de edifícios, os encarregados de mercados, os encarregados de parques de máquinas e os encarregados de parques de viaturas automóveis.

5.14. Em 1989 é publicado o Despacho SEALOT n.º 38/88 (*in* DR, II Série, n.º 22, de 26.01.89), no qual se procede à aprovação do conteúdo funcional no grupo de pessoal auxiliar da carreira de fiscal de obras, definindo-o como: fiscalização dos trabalhos realizados na via pública, por empresas concessionárias e outras, de acordo com o regulamento de obras na via pública, efectuando as medições necessárias; informação dos processos que lhe são distribuídos; obtenção de todas as informações de interesse para os serviços onde está colocado, através da observação directa no local; verificação e controle das autorizações e licenças para a execução do trabalhos; vistoria de prédios, informando sobre o seu estado de conservação.

5.15. Em 1994 é publicado o Despacho n.º 20/SEALOT/94 (*in* DR, II Série, n.º 110, de 12.05.94), que define o conteúdo funcional da carreira de fiscal municipal, grupo de pessoal técnico-profissional (nível 3): fiscalizar e fazer cumprir os regulamentos, posturas municipais e demais dispositivos legais relativos a áreas de ocupação da via pública, publicidade, trânsito, obras particulares ³³⁷, abertura e funcionamento de estabelecimentos comerciais ou

³³⁷ Reside na fiscalização de obras particulares a sobreposição de conteúdo funcional de fiscal municipal com o conteúdo funcional de fiscal de obras, que, como acabei de notar através da análise da evolução legislativa da carreira de fiscal municipal/fiscal de obras, nunca existiu.

industriais, preservação do ambiente natural, deposição, remoção transporte, tratamento e destino final dos resíduos sólidos, públicos, domésticos e comerciais, preservação do património, segurança no trabalho e fiscalização preventiva do território; presta ainda, informações sobre situações de facto com vista à instrução de processos municipais nas áreas da sua actuação específica.

5.16. Mais recentemente, o Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, veio entretanto derrogar parcialmente o Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho, e estabelecer as regras sobre o ingresso, acesso e progressão nas carreiras e categorias de regime geral.

5.17. Prevê, entre estas, a carreira de fiscal de obras como carreira de pessoal auxiliar, exigindo que a área de recrutamento se faça de entre operários qualificados e semiquualificados da respectiva área funcional habilitados com a escolaridade obrigatória e com, pelo menos, quatro anos de prática profissional.

5.18. Já o Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro, que procedeu à adaptação do regime de carreiras do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, à Administração Local, estabelece para a carreira de fiscal municipal, como habilitação mínima obrigatória, o 12.º ano de escolaridade e um curso específico a ministrar pelo Centro de Estudos e Formação Autárquica.

5.19. Com o Decreto-Lei n.º 39/2000, de 17 de Março, cria-se a carreira de polícia municipal, cuja área de recrutamento resulta maioritariamente da transição dos fiscais municipais, a quem são exigidos contudo alguns requisitos suplementares.

6. Face a este enquadramento, verifica-se o seguinte:

6.1. toda a evolução histórica das categorias de fiscal de obras e de fiscal municipal, sua transformação em carreiras e a sua integração em grupos de pessoal diferenciados, os requisitos habilitacionais exigidos e a definição dos seus conteúdos funcionais conduzem necessariamente a uma posição diferente daquela que foi transmitida pela Direcção-Geral da Administração Pública, no ponto 4 do ofício n.º 4708, de 08.07.2004, já que estamos perante carreiras com um conteúdo claramente diferenciado.

6.2. Neste sentido, partilho totalmente a posição veiculada por V. Ex.^a através do n.º 2 do V. ofício e que refere apenas como zona de coincidência entre as duas carreiras a fiscalização de obras.

6.3. Tal coincidência não pode ser utilizada, portanto, para desvirtuar a exigência de complexidade e de formação de cada função, nos termos

do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 248/85, como também não pode ser utilizada como fundamento para uma eventual reclassificação dos fiscais de obras em fiscais municipais.

6.4. Convém portanto eliminar, dentro do possível, a causa que possibilita às câmaras municipais recrutar “indiscriminadamente, fiscais de obras ou fiscais municipais para tarefas idênticas, sendo que, no primeiro caso, se verifica a economia de meios financeiros” (cfr. ponto 3 do ofício da Direcção-Geral da Administração Pública).

6.5. É que não pode a Administração fazer prevalecer as dificuldades funcionais ou constrangimentos orçamentais, para vincular os funcionários em causa, de forma permanente, ao exercício de funções diferentes das que correspondem à sua categoria, sem a corresponde remuneração, sob pena de violação do princípio geral de proibição do enriquecimento injusto (art. 473.º do Código Civil), de acordo com a orientação firmada deste órgão do Estado, em casos semelhantes³³⁸.

6.6. Neste sentido, entendo que esta prática deve ser desincentivada, recorrendo ao esclarecimento dos conteúdos funcionais.

6.7. Resta analisar, portanto, a alternativa apresentada pela Direcção-Geral da Administração Pública, ou seja, a transição dos funcionários da carreira de fiscal municipal, para a carreira de polícia municipal.

6.8. Analisado o Decreto-Lei n.º 39/2000, verifico que a carreira de fiscal municipal pode ser extinta por municípios que criem o serviço de polícia municipal (n.º 2 do art. 7.º) e que, no caso de o município optar pela extinção da carreira de fiscal municipal, são extintos os lugares dos fiscais municipais, que transitem para lugares da carreira de polícia municipal (n.º 1 do art. 16.º). Assim, os fiscais que não transitem, nos termos deste número, para a carreira de polícia municipal, mantêm-se nos lugares da carreira de fiscal municipal, os quais se extinguem quando vagarem, da base para o topo.

6.9. O que significa que a carreira de fiscal municipal se mantém vigente a médio prazo.

³³⁸ Cfr. Leitão, Alexandra, *in* “O enriquecimento sem causa na Administração Pública”, pág. 38 e seguintes, citado *in* R. 2293/02 (A4), *in* Relatório à Assembleia da República 2002, Provedor de Justiça, pág. 665.

6.10. E, enquanto se mantiver vigente, se a Administração nada fizer, de forma a alterar o seu comportamento gestor, manter-se-á a situação que ciclicamente é colocada à Provedoria de Justiça desde há longos anos.

Assim, permito-me chamar a atenção de V. Ex.^a para a necessidade de proceder, em conjunto com a Secretaria de Estado da Administração Pública, a uma revisão do conteúdo funcional das carreiras de fiscal de obras e de fiscal municipal, por forma a evitar áreas de sobreposição ou coincidência, que tem vindo a ocasionar situações de natureza gestora, geradoras de ofensa a princípios básicos do ordenamento jurídico.

Assim, com a presente proposta de actuação, considero que se encontra esgotada a capacidade de intervenção da Provedoria de Justiça, pelo que determinei o arquivamento do processo, do mesmo dando conhecimento aos interessados.

R-4255/03

Assessora: Ana Neves

Entidade visada: Director-Geral do Tesouro

Assunto: Inspectores da Inspeção-Geral de Finanças — mobilidade — atribuição de suplemento de função inspectiva.

1. Foi apresentada ao Provedor de Justiça queixa por alegada existência de “inspectores de finanças ... a auferir o ... suplemento de função inspectiva sem exercerem acções inspectivas, dentro e fora da Inspeção-Geral de Finanças”, numa atribuição indevida do correspondente abono, previsto no Decreto-Lei n.º 205/2001, de 21 de Junho.

2. No âmbito da instrução da queixa em referência (artigo 28.º e 34.º, do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto), foram interpeladas a Inspeção-Geral da Administração Pública e a Inspeção-Geral de Finanças, considerando as respectivas atribuições. A partir de lista dos 73 funcionários da “carreira de inspecção a exercer funções fora da IGF” em 18 de Outubro de 2004, foram, por outro lado, questionados, vários serviços e organismos da Administração Pública.

Foi junto ao processo o Parecer n.º 139/2002, de 30 de Junho de 2002, da Direcção-Deral do Orçamento, sobre “Processamento do suplemento de função inspectiva — Secretária-Geral do Ministério das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente” ³³⁹.

3. A Direcção-Geral do Tesouro fundamentou a atribuição de suplemento de função inspectiva a quatro funcionários da “carreira de inspecção de alto nível, da Inspecção-Geral de Finanças”, nos seguintes termos:

- a) O abono de suplemento de função inspectiva foi reconhecido em despacho de 1998 do Ministro das Finanças, com apoio em parecer jurídico emitido então sobre o assunto;
- b) O abono do suplemento de função inspectiva ocorre ao abrigo do artigo 7.º, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, que prevê a opção pelo estatuto remuneratório do lugar de origem, sem estabelecer “qualquer excepção, pelo que essa opção se afigura de ser interpretada como abrangendo a totalidade do sistema remuneratório, configurando um incentivo à mobilidade dos funcionários, plenamente consagrado no ordenamento jurídico em vigor, alargando-se, assim, a área de recrutamento para o preenchimento de cargos de elevada responsabilidade”;
- c) “O não pagamento de suplementos remuneratórios aos funcionários oriundos de outros quadros de pessoal, limita o âmbito do recrutamento, constituindo, assim, um entrave ao eficaz funcionamento dos mecanismos de mobilidade no seio da Administração Pública, com prejuízo para o seu funcionamento”;
- d) A não ser abonado o suplemento de função inspectiva “considera-se que será contrariada a norma-princípio consagrada no n.º 2 do artigo 50.º da Constituição da República Portuguesa [no original, encontram-se em negrito] segundo o qual ‘ninguém pode ser pre-

³³⁹ Naquele parecer, objecto de despacho de concordância do Secretário de Estado, de 19 de Setembro de 2002, concluiu-se que o “exercício do cargo de Secretário-Geral não confere o direito ao suplemento de função inspectiva, pois não cabe no âmbito das suas competências o exercício efectivo de funções de inspecção ou de direcção sobre inspecção. // Mesmo que [X] opte pela faculdade prevista no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, não lhe é devido o suplemento de função inspectiva específico para a Inspecção-Geral de Finanças, se não desempenhar funções de inspecções ou de direcção sobre inspecção.” .

judicado na sua colocação, no seu emprego, na sua carreira profissional ou nos benefícios sociais a que tenha direito, em virtude do desempenho de cargos públicos”;

- e) Apela ao ponto 7.4 do parecer citado, de acordo com o qual “parece ser segura a intenção do legislador em salvaguardar a inexistência de prejuízo pelo exercício de cargos públicos, consagrando-a na Constituição da República Portuguesa e depois, designadamente, no Estatuto Remuneratório da Função Pública, certamente ciente da necessidade de criar condições para o alargamento da área de recrutamento de dirigentes de cargos de elevada responsabilidade”;
- f) Refere que “a própria Inspeção-Geral de Finanças, já após a publicação do Decreto-Lei n.º 205/2001 continuou a informar esta Direcção-Geral das alterações ocorridas ao nível do suplemento da função inspectiva, nomeadamente por virtude de mudança de escalão dos funcionários em questão”.

4. Com relevância para a apreciação da queixa em referência, destacam-se os seguintes factos:

- a) Em 18 de Outubro de 2004, 73 funcionários da “carreira de inspecção de alto nível, da Inspeção-Geral de Finanças” exerciam “funções fora da Inspeção-Geral de Finanças” (ofício n.º 3938, de 20.10.04);
- b) Em 24 de Junho de 2005, uma inspectora de finanças superior e um inspector de finanças superior principal do quadro de pessoal da Inspeção-Geral de Finanças exerciam funções em comissão de serviço “em cargos de direcção intermédia de 1.º grau” na Direcção-Geral do Tesouro (ofício de 24.06.2005);
- c) “Até 13 de Março do corrente ano desempenharam funções nesta Direcção-Geral, em comissão de serviço, em cargos de direcção superior de 1.º e 2.º grau, respectivamente, ... uma inspectora de finanças superior principal e uma inspectora de finanças superior do quadro de pessoal da Inspeção-Geral de Finanças” (idem);

- d) “Aos referidos licenciados foi abonado o suplemento da função inspectiva desde a data em que optaram pelo estatuto remuneratório do seu lugar de origem” (idem);
- e) Informou V. Ex.^a, em 24 de Junho de 2005, que, por seu despacho de 3 de Junho de 2005, “suspendeu a atribuição de tal abono, ..., até ao esclarecimento integral desta situação. (idem)”.

5. Consideremos o Direito aplicável.

5.1. Em concretização do disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 15.º da Lei n.º 114/88, de 30 de Dezembro (que aprovou o orçamento do Estado para 1989), foi aprovado o Decreto Lei n.º 184/89, de 02/06 que, para além de aprovar princípios fundamentais ao regime de remunerações da função pública então em vigor, adoptou medidas relativas à gestão dos recursos humanos e às formas de vinculação.

No que toca à questão das remunerações, procurou a lei dar corpo às recomendações constantes da comissão expressamente constituída para o efeito, adoptou, a par de um regime de base indiciária com valores de base 100 diversos conforme as especificidades de determinadas funções prosseguidas por funcionários e agentes do Estado, uma política no sentido de eliminar as remunerações acessórias existentes, sem justificação cabal no ordenamento jurídico, estabelecendo e tipificando os suplementos ³⁴⁰ que poderiam ser instituídos, para além de se ter procedido ao alargamento do leque salarial.

Os suplementos criados não são mais do que um conjunto de remunerações que, nos anos oitenta não eram legalmente consideradas remunerações acessórias ³⁴¹, sendo que estas já eram legalmente reportadas ao cargo exercido e não à pessoa titular do mesmo.

¹⁸⁶ As medidas adoptadas em relação às remunerações acessórias não representaram mais do que o culminar de uma política prosseguida nos anos setenta e oitenta, particularmente depois do “25 de Abril”, no sentido de controlar as remunerações acessórias existentes, impedindo a criação de novas remunerações deste tipo, actuação esta que não deu os frutos adequados, tendo em conta as contingências de natureza conjuntural existentes, face ao regime de remunerações praticado e ao leque salarial existente.

¹⁸⁷ Assim, nos termos do n.º 3 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 110-A/81, de 14 de Maio, indicavam-se expressamente as remunerações que não se enquadravam no conceito de remuneração acessória, referindo o n.º 4 do mesmo art. que “as remunerações acessórias são referidas ao cargo, independentemente da pessoa do respectivo titular”

Assim, não se poderia argumentar, depois da data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 110-A/81, de 14 de Maio, que os subsídios ou suplementos de função inspectiva eram de natureza exclusivamente pessoal e susceptíveis de acompanhar o titular do cargo para o exercício de cargos diferentes que não comportassem aquele suplemento, já que o mesmo era considerado como remuneração acessória.

E é neste contexto que se enuncia o princípio geral contido no artigo 19.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 184/89, de 02/06, ao referir que os “suplementos são atribuídos em função de particularidades específicas da prestação de trabalho ...”, ou seja as especificidades que o desempenho de cada cargo impõe. Assim, fácil será de concluir que, não obstante o disposto no art. 7.º ³⁴² do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, que deu execução aos princípios constantes do Decreto-Lei n.º 184/89, o estatuto remuneratório devido na origem não é susceptível de abarcar remunerações atribuídas pelo exercício de funções em determinado cargo que implique, pelo seu exercício, o pagamento de uma remuneração suplementar, já que esta é atribuída por especificidades na prestação de trabalho e, em consequência, inerente ao cargo.

5.2. A carreira de inspecção da Inspeção-Geral de Finanças constitui um “corpo especial de inspecção de alto nível” (artigo 16.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, artigo 28.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 353-A/98, de 16 de Outubro, artigo 13.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho, artigo 35.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 353/89, de 16 de Outubro, e artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 249/98, de 11 de Agosto).

O “estatuto orgânico” da Inspeção-Geral de Finanças consta, hoje, do Decreto-Lei n.º 249/98, de 11 de Agosto. Este diploma pretendeu reafirmar “a sua natureza de serviço de controlo de alto nível da administração financeira do Estado, orientado para a análise da legalidade e da regularidade da receita e despesa públicas e para a apreciação da sua racionalidade económica,

³⁴² Dispõe o art. 7.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 16 de Outubro, que “em todos os casos em que o funcionário passe a exercer transitoriamente funções em lugar ou cargo diferente daquele em que está provido é-lhe reconhecida a faculdade de optar a todo o tempo pelo estatuto remuneratório devido na origem”.

visando sempre a boa gestão financeira dos fundos públicos, nacionais e comunitários” (§ 9 do preâmbulo).

Quanto ao “pessoal” versa o Capítulo IV do Decreto-Lei n.º 249/98, de 11 de Agosto (sem prejuízo das normas constantes das “Disposições finais e transitórias” do Capítulo V).

O regime remuneratório então em vigor manteve-se, sem alterações (artigo 29.º e artigo 37.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 249/98, de 11 de Agosto). De acordo com o artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 353/89, de 16 de Outubro (excepcionado pela norma revogatória do n.º 1 do artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 249/98, de 11 de Agosto), o “pessoal da carreira de inspecção, incluindo o pessoal dirigente, enquanto corpo especial, nos termos do n.º 3 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, é remunerado de acordo com escalas indiciárias próprias”. O artigo 35.º-A do Decreto-Lei n.º 353/89, de 16 de Outubro (que foi introduzido pelo Decreto-Lei n.º 82/97, de 9 de Abril e foi igualmente mantido em vigor nos termos do n.º 1 do citado artigo 37.º), estabeleceu para os “dirigentes da carreira de inspecção” uma específica escala indiciária.

A referência, nos artigos 35.º e 35.º-A, apenas às “escalas indiciárias”, aparentemente, excluía a então chamada “gratificação de inspecção”. Senão, atente-se:

- a) A “gratificação de inspecção” estava prevista no n.º 2 do artigo 53.º do Decreto-Lei n.º 513-Z/79, de 27 de Dezembro («estatuto orgânico e de pessoal» da Inspeção-Geral de Finanças), que dispunha terem os “inspectores do quadro dirigente e do quadro técnico superior ... direito a uma gratificação de inspecção, de importância mensal equivalente a 15% do vencimento”;
- b) O Decreto-Lei n.º 513-Z/79, de 27 de Dezembro, foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 353/89, de 16 de Outubro;
- c) Da revogação foi excepcionado o artigo 53.º (“remunerações”), “até à entrada em vigor do novo regime remuneratório a que se refere o n.º 2 do seu artigo 35.º — alínea a) do n.º 1 do artigo 54.º (“Revogação do direito anterior”) do Decreto-Lei n.º 353/89, de 16 de Outubro;
- d) A norma da alínea a) do n.º 1 do artigo 54.º alude ao “regime remuneratório a que se refere o n.º 2 do artigo 53.º”. Ora, este

n.º 2 circunscreve a sua previsão às “escalas indiciárias”, e, portanto, a apenas uma parte do “sistema retributivo” (cfr. 15.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho).

No entanto, o Decreto-Lei n.º 205/2001, de 27 de Julho, conforme expressamente referido pelo seu artigo 4.º e preâmbulo, refere-se ao “suplemento de função inspectiva” como substituto da “gratificação de inspecção”.

5.3. Para além desta substituição, a criação (ou a manutenção) de um suplemento remuneratório específico para o “pessoal dirigente de inspecção e o pessoal da carreira de inspecção de alto nível, da Inspeção-Geral de Finanças” verificou-se “na sequência do que foi criado [pelo Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril] para as carreiras de inspecção da Administração Pública, suplemento esse que tem por fim compensar os ónus específicos das funções de inspecção” (§ 1 do preâmbulo).

O Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril, “estabelece o enquadramento e define a estrutura das carreiras de inspecção da Administração Pública” (artigo 1.º). Neste quadro, fixou “um novo regime e condições de atribuição” das chamadas “gratificações de inspecção”, “com a criação de um suplemento de função inspectiva para compensação dos ónus específicos inerentes ao exercício de tais funções, nomeadamente, o ónus social, o acréscimo de incompatibilidades, a exigência de disponibilidade e a irregularidade de trabalho diário e semanal, bem como a prestação de trabalho em ambiente externo com carácter de regularidade. Este suplemento ... substitui os actuais suplementos abonados às carreiras de inspecção, independentemente da sua designação” (§ 4 do preâmbulo).

O artigo 18.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril, reafirma o carácter conformador do diploma, ao dispor que “independentemente da sua qualificação, os suplementos abonados às carreiras de inspecção à data da entrada em vigor do presente diploma são substituídos pelo suplemento previsto no artigo 12.º, mantendo-se, até à sua total absorção, caso sejam de montante superior.” O suplemento corresponde ao “montante de 22,5% da respectiva remuneração base”, sendo “abonado em 12 mensalidades e releva para efeitos de aposentação” (artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril).

No entanto, o n.º 1 do mesmo artigo 18.º acaba por excepcionar algumas situações do âmbito inclusivo do Decreto-Lei n.º 112/20001, de 6 de

Abril, ao dispor que “não prejudica regimes especiais mais favoráveis já previstos em legislação específica” (1.^a parte do n.º 1 do citado artigo 18.º).

5.3.1. O “suplemento de função inspectiva” previsto no Decreto-Lei n.º 205/2001, de 27 de Julho, para o “pessoal dirigente e ao pessoal da carreira de inspecção da Inspecção-Geral de Finanças” corresponde ao “montante de 20% da respectiva remuneração, é abonado em 12 mensalidades e releva para efeitos de aposentação” (artigo 2.º).

“[T]em por fim compensar os ónus específicos das funções de inspecção”, “inerentes ao seu *exercício*” (respectivamente, § 1 do preâmbulo e artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 205/2001, de 27 de Julho — sublinhado nosso).

A “conexão incindível” entre o mesmo e o exercício das respectivas funções ³⁴³:

- a) é afirmada de forma expressa na letra da lei (parte final do artigo 1.º);
- b) é imposta pela razão de ser do “suplemento de função inspectiva” em causa (artigo 1.º);
- c) é uma decorrência do princípio geral da ligação dos suplementos remuneratórios à “prestação de trabalho” e às “particularidades específicas” que a qualifiquem (cfr. n.º 1 do artigo 19.º do diploma de princípios que é o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho ³⁴⁴, e o n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro).

Note-se que não é um gravame genérico da pertença à carreira de inspecção que está em causa, mas as exigências actuais e quotidianas do exercício da actividade de inspecção, as invocadas (nos §§ 19 e 20 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 249/98, de 11 de Agosto, e § 7 do Decreto-Lei n.º 353/89, de

³⁴³ Usamos a expressão do Acórdão de 3 de Março de 2005, Processo n.º 01146/04, do Supremo Tribunal Administrativo, do qual se destaca a afirmação de que “um suplemento ‘remuneratório’ (art. 19.º, n.º 1, al. a), do DL 184/89, de 2 de Junho, ‘*ex vi*’ n.º 1, do art. 4.º citado [do Decreto-Lei n.º 274/90, de 7 de Setembro]), requer um exercício real de funções no cargo de origem”.

³⁴⁴ No sentido da qualificação do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, como diploma de princípios, cfr. artigo 1.º do diploma, e o Acórdão n.º 129/99, do Tribunal Constitucional, in www.tribunalconstitucional.pt.

16 de Outubro) “condições ambientais estruturalmente adversas em que é desenvolvida [e] o risco que envolve” e (no parágrafo 4 do Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril), “o ónus social, o acréscimo de incompatibilidades, a exigência de disponibilidade e a irregularidade de trabalho diário e semanal, bem como a prestação em ambiente externo com carácter de regularidade”.

Considere-se, também, que o abono do suplemento de função inspetiva em situações em que não existe o respectivo exercício redundaria numa atribuição *ad personam*, isto é, em função da pessoa do funcionário ou do titular concreto de um dado cargo e não, como devido, objectivamente, nos termos da lei, “em atenção ao exercício de funções” e “à função concreta desempenhada pelo servidor do Estado” ³⁴⁵.

5.3.2. A previsão legal, em certos casos, da manutenção do “estatuto remuneratório” do lugar de origem não afasta, antes reforça, os argumentos apresentados.

O artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, estabelece em “todos os casos em que o funcionário passe a exercer transitoriamente funções em lugar ou cargo diferente daquele em que está provido é-lhe reconhecida a faculdade de optar a todo o tempo estatuto remuneratório devido na origem”.

Designa-se “estatuto dos funcionários o conjunto das normas legais que define e regula os poderes e deveres correspondentes à qualidade de funcionário.” ³⁴⁶.

Considerado o conceito ³⁴⁷ na expressão “estatuto remuneratório” significa regime jurídico remuneratório de uma dada categoria de trabalhadores, no caso, de funcionários e, em particular, dos funcionários da “carreira de inspecção de alto nível da Inspeção-Geral de Finanças”.

³⁴⁵ As quais “cessam logo que aquela deixe de ser exercida” — Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 159/79, in DR., II Série, n.º 96, de 24 de Abril de 1980, p. 2827.

³⁴⁶ Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, Tomo II, Coimbra, 1980, 9.ª edição (reimpressão), revista e actualizada por Freitas do Amaral, p. 685.

³⁴⁷ O conceito de estatuto, reportado às pessoas físicas, significa “‘condição’ ou ‘situação jurídica especial’, de particulares sujeitos, ou categoria, ou comunidade de pessoas físicas” e aplicado às pessoas colectivas (públicas e privadas) é o “documento que ‘contém as normas relativas à organização e funcionamento’” — Vittorio Italia, “Statuto”, Enciclopedia del Diritto, XLIII, 1990, pp. 977 e 978.

Ora, é precisamente por aplicação do estatuto remuneratório do “pessoal dirigente de inspecção e o pessoal da carreira de inspecção de alto nível, da Inspeção-Geral de Finanças” que não pode ser abonado o suplemento de função inspectiva, quando o pressuposto legal de que depende a sua atribuição — o exercício de tais funções -, não está verificado.

A salvaguarda do “estatuto remuneratório, ou do “vencimento em sentido lato ³⁴⁸ correspondente ao lugar de origem” — prevista no citado artigo 7.º, reiterada no n.º 5 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, para a nomeação em comissão de serviço extraordinária, e noutros preceitos legais avulsos (artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 227/95, de 11 de Setembro, na redacção do Decreto-Lei n.º 154/96, de 31 de Agosto, e artigo 2.º, n.º 3, da Lei n.º 1/97, de 16 de Janeiro) —, foi já por várias vezes apreciada, quer pelos tribunais administrativos, quer pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República. Desta análise extrai-se um sentido orientativo coerente que, por aplicação do pertinente regime jurídico, verifica, nas situações de mobilidade, do preenchimento dos pressupostos de que depende a atribuição das componentes da remuneração.

Assim, por exemplo, sublinha o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 3 de Março de 2005 que a opção “pelo vencimento correspondente ao lugar de origem” “não dá necessariamente lugar a direito à percepção de remunerações acessórias a ele correspondentes, não obstante se reconheça o direito às remunerações acessórias referentes ao cargo efectivamente exercido”. E explica que assim é, não só na medida em que as funções são diferentes como também porque assentem e pressuponham “um exercício real de funções no cargo de origem” ³⁴⁹.

³⁴⁸ “Vencimentos (em sentido lato)” são “os abonos a que têm direito os funcionários e agentes no activo”, é “sinónimo das *importâncias monetárias que o funcionário ou agente aufera ou recebe como titular da relação jurídica de emprego público e que, em maior ou menor medida, constituem contrapartida da prestação de serviço* (itálico no original)”. Cfr. João Alfaia, Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público, 2.º volume, Coimbra, 1988, pp. 737 a 739.

³⁴⁹ In www.dgsi.pt/sta, N.º Convencional JSTA0005062 e N.º do Documento SA12005030301146.

No mesmo sentido, cfr. Acórdão de 28 de Maio de 2003, Processo n.º 047698 (respectivamente, JSTA00059317 e SA120030528047690), sobre a questão de saber se a “remuneração correspondente ao cargo de origem” a agente da PSP em comissão de serviço inclui ou não o “abono relativo à gratificação que lhe estava a ser paga por estar a desempenhar

De igual modo, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República destaca, no Parecer n.º 97/2002, que a “opção pelo vencimento de origem, ..., implica a cessação do pagamento dos suplementos ou complementos remuneratórios atribuídos em função das particularidades ou condicionantes inerentes à prestação de trabalho, na origem, ou que pressuponham o desempenho efectivo do cargo”³⁵⁰. “De contrário — explica — verificar-se-ia, como este corpo consultivo já teve oportunidade de referir no Parecer n.º 52/97, ‘uma anomalia de sistema: o recebimento de remuneração acessória sem a contrapartida de trabalho ou particularidades de trabalho que a mesma remuneração visa retribuir’ ”.

No Parecer n.º 47/92, concretizou, por exemplo, que “*o não exercício do cargo de Inspectora-coordenadora (do Ministério da Educação), mercê do desempenho efectivo do cargo de Director de Serviços na Inspecção-Geral da Administração do Território, faz cessar o direito à gratificação de inspecção de ‘20% do respectivo vencimento’, prevista no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 343/84, de 26 de Outubro, para o ‘pessoal dirigente e técnico de inspecção’ da Inspecção-Geral do Ensino, não obstante a opção pelos vencimentos de origem nos termos do artigo 28.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 64/87, de 6 de Fevereiro.*”.

A salvaguarda do retrocesso remuneratório e o estímulo à mobilidade (ponto I. 2.4.3, §§ 5 e 6 do Parecer n.º 97/2002) não podem, pois, ser absolutizados, pela desconsideração dos pressupostos legais de atribuição dos suplementos remuneratórios³⁵¹.

funções de segurança pessoal a altas entidades nacionais e estrangeiras, nos termos previstos no art. 2.º do DL 148/89, de 8 de Maio”. Concluiu o Tribunal que, “[s]endo o processamento daquela gratificação inerente ao efectivo desempenho de funções eventualmente causais dos aludidos ‘riscos’, cessando as funções de segurança pessoal, cessam igualmente as razões que determinam o processamento do abono em referência, não havendo lugar ao seu pagamento.”.

³⁵⁰ N.º Convencional: PCRP00002153, de 5 de Dezembro de 2002, in www.dgsi.pt/pgr.

³⁵¹ Cfr. Parecer n.º 97/2002 citado: “Ressalvada esta preocupação do legislador [com o não retrocesso da “remuneração-base ou vencimento principal”], e encontrando-se garantido, por conseguinte, que não haverá diminuição de vencimento, quanto aos demais abonos, incluindo os benefícios sociais, faz sentido assegurar que todos beneficiem do mesmo estatuto, ligado ao desempenho das novas funções” (p. 15).

E, ainda, na “3.ª conclusão”: “A referida opção tem apenas em vista evitar que haja retrocesso quanto ao vencimento principal, valendo tudo o mais (abonos e benefícios sociais) o estatuto do lugar de exercício que será, desta forma, igual para todos.”

5.3.3. É infundada, igualmente, a invocação do n.º 2 do artigo 50.º da CRP:

- a) Desde logo, é duvidoso que se possa afirmar que todos os cargos dirigentes estão abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 50.º da CRP, na medida em que os titulares dos cargos dirigentes reúnem uma dupla qualidade: a de trabalhadores, parte numa relação jurídica de emprego público, e a de titulares de órgãos administrativos, com maiores ou menos poderes ou competências ³⁵²;
- b) Depois, ainda que se reconheça uma tal abrangência, não está em causa a colocação, o emprego ou a carreira profissional no serviço ou organismo de origem, que são preservados e retomáveis no termo do exercício das funções na situação de mobilidade, com a vantagem adicional, conhecida, de um específico direito à carreira (artigo 29.º da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, republicada pela Lei n.º 51/2005, de 30 de Agosto) ³⁵³;
- c) Não estão também em causa os “benefícios sociais”: o “suplemento de função inspectiva” não é um benefício social (artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigos 8.º a 10.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro);
- d) A atribuição do “suplemento de função inspectiva” segundo o regime legal aplicável não pode ser dito de “prejuízo”, independentemente

³⁵² Sobre os cargos públicos, escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira: “Cargos públicos são, pelo menos, os seguintes: os titulares de órgãos de soberania, de órgãos das regiões autónomas e do poder local; os titulares de «cargos políticos», o que abrange todos os anteriores (com excepção dos juízes) e a quase totalidade de titulares designados pelo PR (...) e pela AR (...), os titulares de outros órgãos constitucionalmente não abrangidos nas categorias anteriores (...), os dirigentes de institutos públicos ou serviços públicos, seja quando corporativamente eleitos (*v.g.*, órgãos de gestão de escolas, ou designados pelo Governo (*v.g.*, gestores públicos, directores gerais)” — Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª edição, 1993, p. 272.

³⁵³ Sobre a norma do n.º 2 do artigo 50.º da CRP, clarificam Jorge Miranda e Rui Medeiros: “O titular de cargo público não perde nem o lugar profissional, nem a antiguidade e o direito de progressão da carreira, nem os correspondentes benefícios sociais, e tem o direito de reocupar o lugar logo que cesse o exercício do cargo público” — Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 487.

temente de qualquer juízo de censura sobre a constitucionalidade das pertinentes normas (artigo 266.º da CRP e artigo 3.º do CPA).

5.3.4. Não procede também a invocação de que a não atribuição do “suplemento de função inspectiva” limita o âmbito do recrutamento, constituindo, assim, um entrave ao eficaz funcionamento dos mecanismos de mobilidade no seio da Administração Pública, com prejuízo do seu funcionamento”. Vejamos:

- a) Não está em causa a mobilidade em geral dos funcionários públicos;
- b) Mas a mobilidade apenas dos funcionários da “carreira de inspecção de alto nível da Inspeção-Geral de Finanças”;
- c) O argumento invocado do “prejuízo para o funcionamento da Administração Pública” não só é abstracto, como está longe de ser demonstrável:
 - (1) Desde logo, unicamente se poderiam, nesse raciocínio, considerar afectados os serviços e organismos da Administração Pública para os quais se verificam situações de mobilidade dos funcionários da “carreira de inspecção de alto nível da Inspeção-Geral de Finanças”;
 - (2) e apenas aqueles cujos vencimentos dos cargos providos por esses funcionários fossem inferiores;
 - (3) depois, sempre se pode contrapor que o funcionamento da Administração Pública fica a ganhar com a permanência na origem dos funcionários da “carreira da inspecção de alto nível da Inspeção-Geral das Finanças”, atentas as funções que lhe estão cometidas. Com efeito, trata-se do “serviço de controlo financeiro de auditoria e apoio técnico cuja actuação abrange os serviços da administração directa do Estado, das entidades do sector público administrativo e empresarial, bem como dos sectores privado e cooperativo, no âmbito das relações financeiras do Estado” (artigo 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 47/2005, de 24 de Fevereiro, que aprova a “lei orgânica” do Ministério das Finanças, e artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 249/98, de 11 de Agosto);

- (4) Acresce notar que a generalidade dos cargos para os quais se verificam situações de mobilidade ³⁵⁴ de funcionários da “carreira de inspecção de alto nível da Inspeção-Geral de Finanças” pressupõem o exercício de funções comuns ou não especializadas ou, no mínimo, passíveis de serem providos (como assim resulta das respectivas áreas legais de recrutamento) por funcionários de outras carreiras que não a da “carreira de inspecção de alto nível”. No limite, poder-se-á mesmo aventar, a partir da precisa identificação destas áreas de recrutamento, que há um desperdício de recursos, isto é, temos funcionários daquela carreira a exercerem funções que não pressupõem a respectiva formação e especialização ³⁵⁵ e correspondentemente a deixarem de exercer as funções próprias de inspectores de finanças, que a exigem;
- (5) Se a mobilidade é um dos instrumentos de racionalização e “pleno aproveitamento das ... capacidades e aptidões” ³⁵⁶ dos funcionários, não pode, indiferenciadamente, ajuizar-se que toda a mobilidade é benéfica, independentemente das suas formas. Assim, por exemplo, o Decreto-Lei n.º 101/2003, de 23 de Maio, veio restringir ou condicionar a mobilidade, obrigando à permanência, em certos casos, de um período mínimo de tempo no serviço para o qual se verifica o recrutamento. E, como se observa, no Parecer n.º 55/95, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, os instrumentos de mobilidade funcionam sempre segundo “um índice de subjectividade” ³⁵⁷;
- (6) Por último, o facto de, no âmbito da instrução do processo da Provedoria de Justiça, não se ter apurado (embora o levanta-

³⁵⁴ Consideramos aqui as situações de mobilidade identificadas na lista de 73 funcionários “da carreira de inspecção a exercer funções fora da IGF — situação em 18-10-2004”, enviada a coberto do ofício, de 20.10.04.

³⁵⁵ Cf. artigo 24.º, n.os 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 249/98, de 11 de Agosto, e Despacho Normativo n.º 14/2002, de 14 de Março.

³⁵⁶ Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro.

³⁵⁷ N.º Convencional PGRP00000778, in www.dgsi.pt/pgr (p. 9).

mento não tenha sido exaustivo), à exceção das entidades que ficam identificadas, outras situações de abono do “suplemento de função inspectiva”, juntamente com a consideração do número de funcionárias da “carreira de inspecção de alto nível da Inspeção-Geral de Finanças” (73), mostra que a não atribuição do mesmo não é um obstáculo à mobilidade.

6. Em conclusão

- a) O “sistema retributivo” é composto pela “remuneração base”, pelas “prestações sociais e subsídio de refeição” e pelos “suplementos”;
- b) “Os suplementos são atribuídos em função de particularidades específicas da prestação de trabalho”;
- c) Existe um princípio de taxatividade dos suplementos remuneratórios;
- d) O “suplemento de função inspectiva”, a que têm direito o “pessoal dirigente de inspecção e o pessoal da carreira de inspecção de alto nível, da Inspeção-Geral e Finanças”, pressupõe o inerente exercício das correspondentes funções;
- e) A manutenção do estatuto remuneratório do lugar de origem, nas situações de mobilidade, não compreende o abono do “suplemento de função inspectiva”;
- f) A aplicação do estatuto remuneratório do lugar de origem determina a cessação do respectivo pagamento, por não preenchimento do pressuposto legal enunciado em 4.

7. Nestes termos, cumpre chamar a atenção de V. Ex.^a para a necessidade de reequacionar as situações de abono do “suplemento de função inspectiva” a inspectores da Inspeção-Geral de Finanças a exercer funções nesse Serviço.

Feita a chamada de atenção, foi determinado o arquivamento do processo correspondente à queixa apresentada sobre o assunto ao Provedor de Justiça.

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Alcácer do Sal

Assunto: Situação funcional — reclassificação profissional — carreira técnico-profissional..

1. Como é do conhecimento de V. Ex.^a, foi o Provedor de Justiça solicitado a apreciar a actuação da Câmara Municipal de Alcácer do Sal no que respeita ao procedimento de reclassificação profissional desencadeado já no ano de 2003, considerando que este funcionário, desde Agosto de 1995, data em que foi admitido como fiscal municipal, tem exercido funções que não se inscrevem no conteúdo funcional da respectiva carreira.

2. Em sede instrutória, foi ouvida essa câmara municipal, que prestou pronta colaboração, podendo agora, com base nas informações e documentos reunidos, dar-se como assente que:

- aquele funcionário foi admitido em 1995 na câmara municipal de Alcácer do Sal, como fiscal municipal, mas “exerce de facto funções que se encontram de acordo com o conteúdo funcional de técnico profissional de construção civil”;
- foi por isso sugerido que, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 218/2000, de 9 de Setembro, e do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, se providenciasse a sua reconversão profissional para técnico profissional de construção civil, o que mereceu aprovação, por despacho do Vice-Presidente, em 4/12/2000 (INF. N.º 045/2000, de 20.11.00 — PROC. N.º 169/2000 DOMSU);
- iniciado o processo de reconversão profissional, o funcionário realizou as provas exigidas pelo Centro de Estudos e Formação Autárquica (CEFA);
- em face dos resultados obtidos e “tendo em conta as actuais habilitações académicas, a actual categoria profissional, bem assim como a carreira resultante de reconversão e as habilitações actualmente exigidas para o ingresso na mesma”, o CEFA propôs, em Fevereiro de 2002, que aquele realizasse um “curso técnico-profissional que confira as competências em conhecimentos técnicos,

- teóricos e práticos na área funcional” e que fossem previamente frequentadas com aproveitamento “60 horas de Disciplina de Integração” e “120 horas de Matemática” (ofício circular n.º 26/01/DG);
- o funcionário solicita então ao CEFA que reanalise o processo, já que possui o 12.º ano de escolaridade, tendo este mantido as conclusões antes propostas (ofício de 4 de Março de 2002);
 - entretanto, ele obtém junto do Instituto do Emprego e Formação Profissional, no âmbito do Sistema Nacional de Certificação Profissional, certificado de aptidão profissional para o exercício da profissão de “técnico de medições e orçamentos”, de acordo com o referido no correspondente perfil profissional (nível 3), e requer, em Outubro de 2003, a reclassificação na carreira técnico-profissional de construção civil;
 - sobre esse requerimento é proferido parecer em 31 do mesmo mês que conclui pelo indeferimento da pretensão, pois, por um lado, “o certificado comprova aptidão profissional para o ingresso na carreira de medidor-orçamentista, mas não para a carreira técnico-profissional de construção civil, carreiras essas que são distintas, como deflui dos respectivos conteúdos funcionais (...)” e “é requisito da reclassificação profissional a titularidade de qualificações profissionais legalmente exigidas para o ingresso na nova carreira (...)”, e, por outro, “e decisivamente, a carreira de medidor-orçamentista não está contemplada no quadro de pessoal da câmara municipal”;
 - é então informado verbalmente do referido parecer, pelo Vereador da Divisão Administrativa e Financeira que lhe solicita outros elementos necessários a melhor apreciação do processo e, designadamente, que “requeresses junto da entidade que representa o Sistema Nacional de Certificação Profissional a estrutura curricular da avaliação efectuada”;
 - nessa altura, o funcionário entrega cópias da Portaria n.º 466/2003, de 6 de Junho, do perfil profissional do técnico de medições e orçamentos, do conteúdo funcional do técnico de construção civil e do Decreto-Lei n.º 95/92, de 23 de Maio;

- em Informação de 16 de Janeiro de 2004, Proc. 014/03 — DOMSU CP 014/04, do Director do Departamento de Obras Municipais e Serviços Urbanos declara-se que “dadas as tarefas exercidas” por este funcionário “no âmbito do GEPF:
- Elaboração de cadernos de encargos, condições técnicas especiais;
- Elaboração de desenhos de construção civil;
- Elaboração de medições e orçamentos;
- Acompanhamento de obras no domínio da aplicação do projecto, aliadas às habilitações académico-profissionais de que é portador, técnico de medições e orçamentos do IEF, cujo currículo se anexa, mostram o desenquadramento em que o funcionário se encontra, uma vez que possui contrato com o município de fiscal municipal”;
- e porque se “pretende manter as abrangências no desempenho das funções na área da construção civil (funções abrangentes que já exerce ao serviço da CMAS) e dada a equivalência de currículo de outros técnicos adjuntos de construção civil, ali se sugere a reclassificação do referido funcionário para a categoria de técnico-adjunto de construção civil”, acrescentando-se que “em termos de serviço, a abrangência de técnico-adjunto de construção civil é mais consentânea com o que se pretende para a função e de acordo com o desempenho pelo funcionário e de acordo com o seu *currículum*”;
- esta informação mereceu, em 21 de Janeiro, por parte do Presidente da Câmara, o despacho de “nada a opor, cumpridos que sejam os preceitos legais”;
- em 26 do mesmo mês, o funcionário pede, por escrito, informação sobre o estado do processo e, pelo ofício de 4 de Fevereiro de 2004, da câmara municipal, é-lhe comunicado que o mesmo se encontra pendente e a aguardar a junção da “estrutura curricular da avaliação efectuada” a obter junto da entidade que representa o Sistema Nacional de Certificação, já antes solicitada pessoalmente;
- pelo aviso publicado no Diário da República, III Série, n.º 7, de 9 de Janeiro de 2003, foi aberto concurso externo de ingresso para provimento de dois lugares de técnico-profissional de construção civil de 2.ª classe, exigindo-se aos candidatos a posse de “curso adequado nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro” (cfr. ponto 5);

- os candidatos que, a final, vieram a ser providos possuem certificados de formação profissional, emitidos pelo Instituto do Emprego e Formação Profissional, nos termos do Decreto-Lei n.º 95/92, de 23 de Maio, e Decreto Regulamentar n.º 68/94, de 26 de Novembro, que certificam a conclusão, com aproveitamento, do curso de formação profissional de “Medidor Orçamentista”, neles se indicando a duração, nível de formação, equivalência escolar e respectiva regulamentação, a modalidade e área de formação, a saída profissional, o perfil de saída e estrutura curricular;
- mais uma vez, em 12 de Maio de 2004, o Director do Departamento de Obras Municipais e Serviços informa que este funcionário exerce as funções de “elaboração de cadernos de encargos — condições técnicas especiais, elaboração de desenhos de construção civil, elaboração de medições e orçamentos, acompanhamento de obras no domínio da aplicação do projecto” (PROC. 14/03 — DOMSU, CP 106/04);
- o quadro de pessoal da Câmara Municipal de Alcácer do Sal, com a alteração publicada no Apêndice n.º 107, do Diário da República, II Série, n.º 197, de 24 de Agosto de 1999, e nos termos do aviso publicado no Apêndice n.º 123, do Diário da República, II Série, n.º 256, de 5 de Novembro de 2001, contempla as carreiras técnico-profissionais de fiscal municipal, de técnico de construção civil e de medidor-orçamentista, não estabelecendo, todavia, qualquer dotação para esta última.

3. Muito embora a questão suscitada se cinja ao procedimento de reclassificação profissional, a mesma é indissociável da situação de desajustamento funcional que a fundamenta e que se verifica desde o início de funções na Câmara Municipal de Alcácer do Sal, onde este funcionário ingressou como fiscal municipal ³⁵⁸, já que as funções por ele exercidas reconduzem-se ao con-

³⁵⁸ Antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, aplicável na Administração Local com as adaptações do Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro, esta era uma carreira do grupo de pessoal técnico-profissional do nível 3, cujo conteúdo funcional foi aprovado pelo Despacho 20/SEALOT/94, publicado no D.R. — II S., n.º 110, de 12 de Maio de 1994.

teúdo funcional da carreira de técnico de construção civil, bem como ao da carreira de medidor-orçamentista, ainda que em menor grau ³⁵⁹.

Este desajustamento, total e permanente, constitui, como é bom de ver, uma reiterada violação do princípio geral da adequação entre a carreira e categoria de que se é titular e as funções efectivamente exercidas, contrariando abertamente o disposto no artigo 3.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 247/87, de 17 de Junho ³⁶⁰ e podendo, ademais, ter implicado, até à aglutinação das carreiras técnico-profissionais operada pelo Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, uma situação de enriquecimento sem causa da Administração, na medida em que a carreira de fiscal municipal, ao contrário das de medidor-orçamentista e de construção civil, era de nível 3, cabendo-lhe, em consequência, uma escala remuneratória inferior ³⁶¹.

Tratando-se inquestionavelmente de uma situação ilegal, impunha-se — e impõe-se ainda hoje — pôr-lhe termo, o que, como se sabe, e antes de ter sido iniciado o procedimento de reclassificação, foi tentado através de reconversão profissional ³⁶².

Nesta altura, porém, a este respeito, mais não importa do que sublinhar que uma das condições da reconversão profissional é justamente a frequência, com aproveitamento, de cursos de formação profissional que, em cada caso, sejam determinados em função das habilitações já adquiridas e dos requisitos de ingresso e acesso na nova carreira (cfr. artigo 5.º, n.º 3, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 218/2000, de 9 de Setembro, diploma que adapta o citado Decreto-Lei n.º 497/99 à Administração Local, e artigo 9.º deste último diploma).

Ora, a formação profissional é um direito-dever, tal como decorre do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, ou do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 50/98, de 11 de Março, nomeadamente na modalidade de for-

³⁵⁹ Cfr., respectivamente, Despacho 1/90, de 15 de Janeiro, publicado no D.R. — II S., n.º 23, de 27 de Janeiro de 1990, e Despacho n.º 6872/2002 (2.ª Série), de 11 de Março, publicado no D.R. — II S., n.º 78, de 3 de Abril de 2002.

³⁶⁰ Disposição que corresponde ao artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho.

³⁶¹ V. anexos n.º 1 e n.º 2 ao Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro.

³⁶² Mecanismo que, ao contrário do da reclassificação, não foi de aplicação obrigatória (v. artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99 em apreço).

mação para reconversão profissional, a que se refere, em especial, a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 13.º deste último diploma.

Assim, diligenciada que foi junto do CEFA a definição da formação indispensável, e tendo esta, além do mais, sido confirmada perante as dúvidas suscitadas pelo próprio funcionário, devia ter sido seguida a indicação dada, de forma a possibilitar o provimento, por reconversão, na carreira a que correspondiam as funções efectivamente desempenhadas, não podendo imputar-se a essa câmara municipal qualquer responsabilidade pelo facto de assim não ter sucedido.

Mas, uma vez interrompido aquele processo, pertinente é considerar apenas o procedimento da reclassificação profissional, tendo em conta o regime consagrado no referido Decreto-Lei n.º 497/99, com as adaptações do Decreto-Lei n.º 218/2000, de 9 de Setembro.

Com o inegável desajustamento funcional verifica-se, de facto, uma das condições em que pode haver lugar à aplicação deste mecanismo, mas, para tanto, indispensável se torna também que o funcionário seja titular “das habilitações literárias e das qualificações profissionais legalmente exigidas para o ingresso e ou acesso na nova carreira” (cfr. alínea *e*) do artigo 4.º e alínea *a*) do n.º 1 do artigo 7.º).

A carreira mencionada nas várias declarações emitidas é sempre a de técnico profissional de construção civil e as funções descritas como as que são por ele maioritariamente exercidas correspondem, na verdade, e no essencial, ao conteúdo funcional desta carreira ³⁶³.

O recrutamento para a carreira técnico-profissional é feito nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 404-A/89, de 18 de Dezembro, isto é, “de entre indivíduos habilitados com adequado curso tecnológico, curso das escolas profissionais, curso das escolas especializadas de ensino artístico, curso que confira certificado de qualificação profissional de nível III, definida pela Decisão n.º 85/368/CEE do Conselho das Comunidades Europeias, de 16 de Julho de 1985, ou curso equiparado”.

Relativamente ao funcionário, além do 12.º ano de escolaridade, ele detém um certificado de aptidão profissional para o exercício da profissão de

³⁶³ Cfr. citados Despachos n.º 1/90 e n.º 6872/2002 (2.ª Série).

“técnico de medições e orçamentos”, de acordo com o referido no correspondente perfil profissional (nível 3).

A dúvida primeira é, portanto, saber se a aptidão comprovada por este certificado constitui habilitação ou qualificação suficiente, à luz da citada norma do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98.

Do preceito, resulta que nele se enquadram os cursos obtidos em processos de aprendizagem formal, isto é, que integram o sistema de ensino secundário do Ministério da Educação, e que, além de um nível de escolaridade, concedem certa qualificação profissional, ou o sistema de aprendizagem tutelado pelo agora designado Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social ³⁶⁴, a par de outros que possam vir a ser equiparados, conforme previsto no artigo 25.º do mesmo diploma e que ainda hoje se encontra por concretizar.

Mas, em bom rigor, estando em causa qualificações profissionais para o exercício de funções de natureza técnico-profissional, não parece que possam ser excluídas, à partida, aquelas que são obtidas fora desses processos, por via não formal, como sucede precisamente neste caso, desde que as mesmas se mostrem validadas nos termos legalmente previstos.

É no Decreto-Lei n.º 95/92, de 23 de Maio, que se encontra estabelecido o regime da certificação profissional baseada em formação inserida no mercado de emprego ou em experiência profissional, regime concebido para os trabalhadores em geral, a quem se quis facultar o reconhecimento das competências necessárias ao exercício de uma profissão por referência às actividades fixadas no âmbito Sistema Nacional de Certificação Profissional, como forma de garantir a sua inserção no mercado de trabalho.

Este diploma esclarece o que se deve entender por certificação profissional e por certificado profissional, definindo aquela como “a comprovação da formação, experiência ou qualificação profissionais, bem como, eventualmente, da verificação de outras condições requeridas para o exercício de uma actividade profissional” e este último como “o diploma, título ou outro documento equiparado através do qual se faz a certificação” (cfr. artigo 2.º).

Estabelece também as noções de certificado de formação profissional e de certificado de aptidão profissional, reconhecendo a este último a natureza

³⁶⁴ Cfr., a propósito, Decretos-Leis n.º 401/91 e n.º 405/91, ambos de 16 de Outubro.

de título oficial que, após avaliação adequada, comprova a competência para o exercício de uma actividade profissional, baseada em certificações de formação, experiência profissional, ou certificados, ou títulos afins, emitidos noutros países, bem como o nível de qualificação, a equivalência a habilitações escolares, sendo caso disso, e a verificação de outras condições, para além da preparação profissional, eventualmente exigidas para esse exercício. Aliás, deve conter menção expressa à “actividade profissional para que se reconhece a aptidão do titular, o respectivo nível de qualificação e, se for caso disso, a equivalência a habilitações escolares” (cfr. artigos 4.º, 5.º, 7.º e 10.º).

Depois, e como nele se prevê, as condições gerais de emissão destes certificados foram fixadas no Decreto Regulamentar n.º 68/94, de 26 de Novembro, nos termos do qual se conclui que, quer para os certificados de formação, quer para os de aptidão, são referenciais de certificação os perfis profissionais, perfis que deverão conter, pelo menos, a área profissional a que respeitam, as competências gerais e específicas e o nível de qualificação (cfr. artigo 2.º).

A certificação, por sua vez, é feita segundo uma estrutura de níveis de qualificação, obedecendo a emissão de certificados de aptidão com base em experiência, em particular, a processo avaliativo rigoroso (cfr. artigos 3.º a 5.º e 7.º, e ainda a Portaria n.º 466/2003, de 6 de Junho, que estabelece as normas relativas às condições específicas de emissão de certificados de aptidão profissional quanto a determinadas profissões do sector da construção civil e obras públicas).

O regime jurídico da certificação profissional, sumariamente enunciado, permite pois afastar as dúvidas quanto à posse de todas as competências e conhecimentos para o exercício de determinada profissão pelo titular de um certificado de aptidão profissional, correspondente ao respectivo perfil, tanto pelo processo seguido na correspondente emissão, como sobretudo pelo nível de qualificação em função da tabela de níveis de formação da União Europeia que lhe é atribuído.

Para além das dúvidas quanto à suficiência, colocam-se também quanto à sua adequabilidade. E a este respeito, crê-se ser nesse mesmo regime que se pode encontrar solução. Na verdade, é a partir do perfil profissional que constituiu o referencial do certificado de aptidão — e a partir do qual, justamente, se define o perfil de formação — que se percebe que este título com-

prova a posse de competências em determinada na área, no caso, na de construção civil, com a especificação de medidor-orçamentista.

E sabendo-se que, na sua origem, está o reconhecimento da experiência profissional como elemento formativo, não se torna, naturalmente, possível apresentar uma estrutura curricular como se de um curso de formação profissional se tratasse, sem que isso, por outro lado, signifique, desde logo, que não haja equivalência entre estes certificados — de formação e de aptidão — para fins profissionais, mesmo no âmbito das profissões da Administração Pública, a qual lhes é conferida inequivocamente através de um nível de qualificação.

Assim, e notando que o próprio funcionário não deixou de promover o esclarecimento das dúvidas, apresentando a definição do perfil profissional a que corresponde o certificado de que é titular, assim como as normas relativas às condições da respectiva emissão, a exigência dessa estrutura curricular, como condição para a conclusão do procedimento de reclassificação, mostra-se infundada, antes se impondo diligenciar por melhores esclarecimentos junto da própria entidade certificadora ou do serviço público com competências em matéria de formação e de certificação profissionais para as carreiras da Administração Pública, designadamente a Direcção-Geral da Administração Pública (cfr. Portaria n.º 906/2004, de 26 de Julho).

Em todo o caso, o que se mostra censurável, e também pela contradição, é que não se aceite o certificado de aptidão profissional ao funcionário, obtido no âmbito de um sistema de avaliação, em que comprovou possuir os saberes técnicos para o exercício de determinada profissão, pela prática e experiência, mas se reconheça, de forma tácita, essa mesma aptidão, pois ele é não só mantido a exercer as funções próprias da carreira a que pretende aceder, como assume ainda as funções de orientar os que nesta ingressam, em situação desajustada e flagrantemente ilegal.

Deve também observar-se que, do confronto dos conteúdos funcionais definidos para o medidor-orçamentista e para o técnico de construção civil, bem se vê que os mesmos, embora na mesma área, não são confundíveis. Mas, ainda assim, e sem pôr em causa a ablação da dotação da carreira de medidor-orçamentista no quadro do pessoal dessa câmara, o que é certo é que, por um lado, algumas funções que nesta se inscrevem continuam a ser exercidas, e, por outro, se admitem para a carreira de técnico de construção civil candi-

dados titulares do curso de medidor-orçamentista, por se considerar habilitação ou qualificação adequada.

Nestes termos, e sem prejuízo do arquivamento do processo, formulo reparo à actuação dessa câmara municipal, por manter, com carácter de permanência, o funcionário em total desajustamento funcional, fazendo notar que deve ser promovida, com urgência, a conformação da respectiva situação, nos termos legalmente devidos.

De resto, é oportuno referir que, nos termos do n.º 4 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, quando os funcionários que reúnam condições não possam ser reclassificados ou reconvertidos no próprio serviço, a reclassificação ou reconversão profissionais podem ser feitas em outros serviços ou organismos, desde que obtida a concordância daquele e do serviço ou organismo de origem.

R-699/04 e R-3843/04
Assessora: Ana Neves

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral

Assunto: Internato complementar — atitude persecutória.

1. Foi apresentada queixa ao Provedor de Justiça por alegada existência de “campanha persecutória pessoal” por parte da Administração do Hospital Curry Cabral, relativamente ao Doutor ... e à Dr.^a..., médica sob sua orientação em período de estágio do internato complementar, com prejuízo das respectivas actividades profissionais.

De acordo com as queixas apresentadas, a mesma campanha “inicia-se quando ... o Dr. N e Dr. G assumem simultânea ou sucessivamente todas as seguintes funções: 1) Director clínico do Hospital; 2) Assessor da Direcção Clínica; 3) Director das Consultas Externas de Endocrinologia (...) [e] conta com a colaboração do Presidente do Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral, Dr. C”, fazendo aqueles médicos também “parte integrante do próprio Conselho de Administração do Hospital”, e “coincide com o momento em que [o Doutor ...] apresento[u] e [foi] aprovado em provas públicas de

Doutoramento em Medicina pela Faculdade de Medicina de Lisboa”. São invocados, entre outros aspectos, os seguintes:

- a) Que os “Dr. N e Dr. G formalizaram sucessivas participações dirigidas contra [aquele médico], sobre assuntos adjacentes, que o Conselho de Administração de que são elementos integrantes posteriormente aprovou e que resultaram em processos disciplinares”;
- b) Indeferimento de pedido de autorização de acumulação de funções docentes na Faculdade de Medicina de Lisboa por despacho proferido 19 meses depois da apresentação do respectivo requerimento;
- c) Em data posterior a Abril de 2002, com a nomeação do Dr. G como Director das Consultas Externas, foram reduzidos os períodos de consulta externa do Doutor ...: o período de consultas de sexta-feira, das 8.00h às 13.00h, foi alterado, “sem contacto prévio”, para terça-feira, entre as 13h e as 16h e o período de consultas de quinta-feira, igualmente “sem contacto prévio”, foi encurtado das 14.00h às 20.00h para das 14.00h às 18.00h. Estas alterações têm, segundo vem arguido, designadamente as seguintes “desvantagens”: “1) a partir das 16h deixa de haver auxiliares de acção médica presentes; 2) a partir das 16.30h deixa de haver pessoal de enfermagem presente; 3) os exames laboratoriais ou imagiológicos que não se encontrem na consulta — uma situação habitual — não podem ser procurados porque os respectivos serviços encerraram; 4) os doentes devem deslocar-se num outro dia ao hospital para marcarem os exames complementares requisitados pelo médico, o que normalmente fariam na sequência da consulta, mas que nessas circunstâncias não podem fazer por esses serviços já estarem encerrados; 5) muitos doentes sobretudo aqueles de mais idade, ou com domicílio mais afastado referem dificuldades no retorno à sua residência.”.

É, igualmente, invocado que, “[n]uma medida aparentemente de natureza punitiva, durante o ano de 2001 não são marcadas consultas de primeira vez para o Doutor ..., senão de uma forma muito esporádica e apesar dos repetidos protestos deste elemento. Durante o ano de 2002, essa marcação é na maior parte dos casos de apenas uma primeira consulta. A partir de Fevereiro de

2004, cessa de novo a marcação de primeiras consultas para o Doutor ... Isto apesar do argumento constantemente invocado da necessidade da redução das listas de espera.”

Releva, de igual modo, a invocação de que as consultas do Doutor ... e Dr.^a ... “são desmarcadas e reagendadas repetidas vezes”, com situações de marcação para 18 meses mais tarde, pelos serviços administrativos de consultas de seguimento planeadas pelo médico para seis meses depois.

- d) “Em Outubro de 2001, as reuniões clínicas trimestrais da Unidade de Endocrinologia com os clínicos gerais dos centros de saúde das áreas de referência do Hospital de Curry Cabral”, “da iniciativa do Doutor ...”, que “existiam desde há 3 anos, sendo realizadas fora do horário de trabalho — às 19.30 h — [e] apresentavam sempre uma audiência extremamente interessada de 30-50 elementos, com a apresentação da patologia endócrina mais frequente, e a discussão activa de todos os elementos” — foram suspensas.
- e) Não autorização sistemática para participação em congressos, acções e outros eventos de formação.
- f) Relativamente à Dr.^a ...: — ausência de decisão quanto à avaliação do internato; — não autorização desta para “apresentar trabalho em Congresso Científico Internacional”; — “mudança de horário de trabalho sem ser consultada”; — indeferimento, em 2003, de pedido de acumulação de funções apresentado em Julho de 2001; — “impedimento do normal desempenho da actividade de consulta externa”; — estabelecimento da obrigatoriedade de assinatura das folhas de ponto, diferentemente dos outros elementos da Unidade de Endocrinologia, no gabinete do Director clínico do Hospital, no Conselho de Administração, às horas que lhe foram indicadas, não lhe sendo permitido “assinar no final do dia de trabalho se estava no hospital períodos de tempo mais alargados a exercer funções”.
- g) Obtida a prévia autorização da Directora dos Hospitais Cívicos de Lisboa, a Dr.^a ... iniciou, em Janeiro de 2003, estágio de pediatria endocrinológica, no Hospital de D. Estefânia. No entanto, o Director clínico do Hospital, nos dias seguintes, telefonou, por diversas vezes, para o Director clínico do Hospital de D. Estefânia, invo-

cando “que tinham ao Serviço ilegalmente uma interna”; o Presidente do Conselho de Administração do Hospital, igualmente, “nos dias subsequentes ... esperou a Dra A., junto do consultório desta Dra”, por causa da autorização por si dada; e o Dr. G “escreveu nas folhas de presença da Dra ... — falta.”.

2. No âmbito da instrução do processo, nos termos dos artigos 28.º e 34.º do Estatuto do Provedor de Justiça, foram solicitados esclarecimentos ao Gabinete do Ministro da Saúde, ao Conselho de Administração do Hospital Curry Cabral, à Inspeção-Geral da Saúde e ao Conselho Nacional dos Internatos Médicos.

2.1. Em particular, foram prestados esclarecimentos e enviados documentos pelo Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral.

2.2. O Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral justifica, no ofício de 21.06.02. dirigido ao Presidente do Conselho de Administração da ARS/LVT, as queixas por atitudes persecutórias “na circunstância de [o Doutor ...] ... se auto reconhecer uma hierarquia clínica, que lhe é devida pelos pares, apesar de ser um dos assistentes graduados mais recentes da Unidade de Endocrinologia, a partir do momento em que se doutorou, ...; por outro lado, fundamenta-se no facto de não lhe ter sido dado um gabinete para seu uso específico, sendo certo que nenhum outro médico goza desse privilégio.// Acresce, ainda o facto de não se ter conformado, com a recusa do Director do serviço de Patologia Clínica, em autorizar o médico em causa, a realizar as investigações que se propunha e com as orientações do Conselho de Administração de reorganização da capacidade instalada em internamento, redução do número de camas decorrentes da partilha com outros Serviços’. (...) tem demonstrado sistematicamente menosprezo pela actividade assistencial da enfermaria, não passando visita semanal com os colegas e a chefia da Unidade, deslocando intencionalmente os doentes a observar para si e para aqueles períodos.// Não comparece às reuniões semanais da Unidade faltando à verdade quando afirma que não existem, o que demonstra evidente má fé. // Recusa aceitar qualquer ordem das chefias da Unidade e utiliza a sua ausência marcando consultas nas ocasiões das actividades do grupo. // Não cumpre as marcações de 1.ª vez que a chefia da consulta achou por bem determinar para todos os elementos, recusando-se a observar os doentes de 2.ª vez que se atrasem por qualquer motivo, na maior parte das vezes resultantes de factores

alheios ao próprio doente. Mostra sim completo menosprezo pela actividade assistencial de consulta. (...) // O assistente hospitalar em causa profere frequentemente afirmações pondo em causa a credibilidade técnica e científica das próprias chefias referindo inverdades. (...) que a conduta do médico em apreço enquanto tutor de uma interna em formação pós-graduada na especialidade de Endocrinologia, tem vindo a pôr em causa o aproveitamento do internato da mesma, podendo mesmo dizer-se nesta data, que ela está em risco ou já perdeu o respectivo internato, por virtude de não ter obtido classificação no 2.º e no 3.º ano do mesmo, o que faz cessar o contrato administrativo de provimento e nessa medida o vínculo que a ligava ao Hospital de Curry Cabral).”.

Analizados todos os esclarecimentos e documentos que integram o processo, destacam-se com interesse os seguintes elementos:

A)

- a) O Doutor ... iniciou o internato complementar de endocrinologia no Hospital de Curry Cabral em 1985;
- b) Em 1989, mudou, por sua iniciativa, da equipa de trabalho liderada pelo Dr. N...;
- c) Em 1993, na sequência de concurso para “assistente hospitalar de endocrinologia da Unidade”, foi integrado no quadro de pessoal do Hospital de Curry Cabral.
- d) Em 28 de Fevereiro de 1994, o Doutor ... solicitou que lhe fosse “permitido assumir as suas funções em regime de exclusividade e tempo prolongado, conforme as disposições legais em vigor”;
- e) Em 28 de Fevereiro de 1994, foi proferido despacho nos seguintes termos: “Ao Senhor Director do serviço de Medicina 2, solicito que se instrua pedidos ..., uma vez que a competência de decisão é do Director-Geral”;
- f) Em 28 de Fevereiro de 1994 foi prestada a seguinte informação: “Pelo trabalho que desenvolve e pela assistência que presta aos internos em formação, parece-me de inteira justiça a sua pretensão.”;
- g) Em 1999, adquiriu, pela realização das respectivas provas públicas, o grau de assistente hospitalar graduado de endocrinologia;

- h)* Em Maio de 2001, prestou provas de doutoramento em Medicina pela Faculdade de Medicina de Lisboa;
- i)* Em 2001, o Dr. G foi designado Director das Consultas Externas do Hospital Curry Cabral;
- j)* Nesse mesmo ano de 2001, ao assistente hospitalar graduado de Endocrinologia Dr. F foi atribuída a responsabilidade das consultas de Endocrinologia;
- k)* Em 6 de Julho de 2001, o Doutor ... requereu ao Director do serviço de Patologia Clínica autorização para realizar, no Laboratório de Endocrinologia, “uma tarde por semana, por exemplo, 4.^a feira”, “doseamentos laboratoriais por radioimunoensaio e ensaio de imunoquímica, nomeadamente ELISA”, por considerar “fundamental voltar a realizar actividade de investigação laboratorial”, crendo que “naturalmente que a Instituição em que o [dev]ia fazer é o próprio hospital em que trabalha[va], o que cr[ia] ser também de interesse para o hospital”;
- l)* Em 12 de Julho de 2001, o pedido foi indeferido porque causaria “grave perturbação ao funcionamento” do serviço;
- m)* Em 23 de Agosto de 2001, foi fixado o seguinte horário de trabalho ao Doutor ...: segunda-feira, das 8.00h às 16.00 h, terça-feira, das 8.00h às 15.00h, quarta-feira e quinta-feira das 8.00 às 20.00h e sexta-feira, das 8.00 às 16.00h;
- n)* Pelo menos em 18 de Abril de 2002, o Dr. N integrava o Conselho de Administração do Hospital;
- o)* “Por proposta do director clínico e despacho de 21 de Novembro de 2002 do Conselho de Administração, foi designado o Sr. Dr. G como responsável do Serviço de Endocrinologia” (Boletim Informativo do Hospital n.º 107, de 26 de Novembro de 2002);
- p)* Em 30 de Outubro de 2002, o director das consultas externas, Dr. G, informou-o que, “dentro das alterações necessárias” à “reorganização dos termos de consulta de vários médicos deste Serviço”, o “seu tempo de consulta de 6.^a Feira de manhã ... passar[ia] para o período da tarde a partir das 13 horas. Desta forma foram dadas instruções na Secretaria para as necessárias mudanças de doentes com efectividade a partir do dia 12 de Novembro mantendo-se ainda nas antigas instalações a consulta do dia 8 de Novembro.”;

- q) Em 11 e 19 de Novembro de 2002, o Doutor ... reclamou da referida ordem, questionando o facto de, “de entre os 19 Médicos do Serviço de Endocrinologia onde exerce funções, apenas o requerente e duas outras colegas — nesse caso, provavelmente com acordo prévio das mesmas — foram alvo de alteração de horários” e bem assim o facto de, por força dessa decisão, a sua actividade de consulta passar a ser “realizada em 70% durante o período da tarde, enquanto que para a totalidade dos Médicos do Serviço é realizada a 80% durante o período da manhã.”;
- r) No relatório do processo disciplinar, o instrutor fez decair a acusação de falta de realização de consultas de utentes agendadas para certos dias, referindo, designadamente: “não é censurável jurídico-disciplinarmente a não realização de outras consultas a partir das horas acabadas de referir, tal como veio a acontecer, por transferência de consultas que estavam inicialmente previstas para serem realizadas à 6.^a feira, entre as 8 e as 14 horas.// Visto a decisão subjacente à alteração de horário de 6.^a feira para 3.^a feira, *ter sido efectuada por decisão de órgão incompetente, no caso do então Director das Consultas Externas*” (fls. 52 e 53 do Processo disciplinar — itálico nosso);

Mais refere, a fls. 47 e 48 do mesmo relatório que, relativamente à alteração “*não foi seguido o processo de audição*” previsto no Despacho n.º 19/90 (itálico nosso). ”.

Sobre a realização de consultas a partir das 16.30/17 horas, escreve o instrutor a fls. 51 ainda do mesmo Relatório: “...há que reconhecer que existem efectivamente desvantagens objectivas, potenciais, nessa realização a partir de cerca das 16,30/17 horas, *que se reflectem negativamente no exercício clínico dos médicos com horário de consulta a partir das 16,30, 17 horas*. Isto se se atender à falta de pessoal de apoio à consulta, designadamente de enfermagem e à dificuldade de obter a realização de exames complementares de diagnóstico que sejam solicitados a partir daquelas horas” (itálico nosso).

- s) Em 12 de Agosto de 2003, o Doutor ... dirigiu reclamação à Direcção do Serviço de Endocrinologia e à Direcção do Hospital de Curry Cabral por, no dia 5 de Junho de 2003, ter sido informado

“de que a partir daquele dia, as instalações da consulta, deveriam ser encerradas às 18h, motivo pelo qual deveria abandonar essas instalações”. No respectivo requerimento, queixa-se de mais uma “limitação à [sua] actividade assistencial”, do facto de ter sido informado, verbalmente, pelo funcionário administrativo da consulta e do facto de não ter havido “qualquer preocupação para com os doentes previamente agendados”. Invoca “que a perturbação e limitação da [sua] actividade profissional, são precisamente os objectivos que se pretende atingir” e que o seu “tempo de consulta foi reduzido em cerca de 25%, passando além disso a ser realizado em horário desfavorável em 66%, os internamentos passaram a necessitar de uma assinatura adicional, embora sem qualquer acto clínico, o que leva o doente a aguardar que esse elemento chegue, a actividade de residência interna cessou, a actividade de horário desfasado só se mantém porque não é remunerada, a actividade de investigação é simplesmente proibida.”;

- t) Em 2 de Setembro de 2003, requereu, à Direcção do Serviço de Endocrinologia e à Direcção do Hospital de Curry Cabral, que lhe fosse “atribuído um gabinete de consulta noutro período de manhã no Serviço de Endocrinologia, ou em alternativa noutro Serviço do Hospital”, notando que a “impossibilidade de realizar consulta mais do que uma manhã por semana é perfeitamente absurda, constituindo um desperdício da [sua] actividade” e que tal “impede a assistência continuada dos doentes — actualmente é impossível marcar uma consulta com menos de 6-8 meses de intervalo — de que são exemplo *as sucessivas desmarcações e marcações incorrectas dos doentes* a que [assistia]. Chega-se ao cúmulo de telefonar para casa das doentes que assist[e], sugerindo que uma consulta mais rápida, pode ser conseguida se mudarem de Médico”. Conclui, dizendo que, “se como é habitual, não recebe[sse] qualquer resposta, sentir-[ia] autorizado a realizar esse período adicional de consulta, em condições a definir.”;
- u) Integra os autos do Processo Disciplinar n.º D/04 documento onde o Dr. G — na sequência do pedido do instrutor do procedimento disciplinar “da listagem de todos os doentes agendados para consulta naquele dia, quer no tocante a primeiras consultas, quer de

segundas consultas” — escreve : “Caro Dr. V // Aqui junto a listagem com as horas do dia de 6 de Abril referente ao Dr. ... // O símbolo V [não inteiramente perceptível] significa *doentes não agendados previamente*, não aparecendo por isso na 1.^a listagem” (sublinhado nosso);

- v) Por despacho do Inspector-Geral da Saúde, de 14 de Março de 2003, foi instaurado processo de averiguações relativo a “factos relacionados com o funcionamento do Serviço de Endocrinologia, do Hospital de Curry Cabral — Lisboa”. (Processo n.º /03-AV);
- w) Por deliberação do Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral, de 30 de Agosto de 2002, foi instaurado ao Doutor ... procedimento disciplinar (processo disciplinar n.º /D/2002) e dois outros, instaurados pelo mesmo órgão, em 21 de Novembro de 2002 e em 3 de Dezembro de 2002 (processos disciplinares apensos ao primeiro);
- x) Em 3 de Janeiro de 2003, foi deduzida nota de culpa. Na mesma foi acusado, em síntese, de não ter preenchido os diagnósticos e prescrições nas fichas clínicas respectivas, antes tendo procedido “sem qualquer autorização superior (no decurso das consultas realizadas) ao registo e à recolha em suporte informático pessoal (usando computador pessoal), dos dados recolhidos nas consultas dos doentes/utentes indicados a fls. 7 a 19 dos autos, às quais nem os colegas, nem a Chefia do Serviço tinham e têm qualquer acesso directo e imediato”; de “ter assinado as ‘papeletas’ de internamento ... ‘p’Director do serviço’ quando não dispunha de poderes para o efeito, visto não lhe ter sido atribuída competência pelo responsável pela chefia do serviço, não dispondo quer de competência delegada, quer de competência para a delegação de assinatura”; e de não ter procedido, em certos dias, “à realização de consultas agendadas.”;
- y) Em 14 de Dezembro de 2003, foi elaborado relatório final, com a proposta de arquivamento do processo no tocante à penúltima e a parte da última das acusações referidas, a proposta de alteração do horário de trabalho do médico, a proposta de implementação de “medidas práticas destinadas à conservação e eventual transferência de dados, dos doentes observados na consulta, que constem do

- ficheiro — base de dados criada, de génese ilegal, sem autorização do Conselho de Administração” (fls. 187). Foi ainda proposta a aplicação de “uma pena de suspensão, graduada em 100 dias”;
- z) As propostas e conclusões do relatório foram objecto de despacho de concordância do Conselho de Administração do Hospital, proferido em 19 de Janeiro de 2004.
- aa) Em 11 de Fevereiro de 2004, o Doutor ... interpôs recuso hierárquico para o Ministro da Saúde;
- bb) A deliberação punitiva foi anulada por despacho do Secretário de Estado-Adjunto do Ministro da Saúde de 28 de Abril de 2004;
- cc) Consta do Parecer n.º 148/04, de 06.04.2004, do Departamento de Modernização e Recursos da Saúde, que fundamenta aquela decisão, designadamente, o seguinte:

(...)

“Assim, constata-se que *desde 1996*, que o arguido, ora recorrente, não procedia ao registo de dados clínicos das consultas externas em suporte papel, e ao invés, fazia esse registo em suporte informático. Conduta esta que era *conhecida* por parte dos colegas da equipa de endocrinologia do recorrente (...). // Pesa ainda, que o responsável da equipa até Março de 2002, o Dr. C C *tinha conhecimento* de tal conduta, nunca se opôs à mesma, e inclusivamente considerava que ‘...relativamente à utilidade decorrente da recolha de dados clínicos em suporte informático, hoje essa *actuação é fundamental ...*’. // Ficou, igualmente, provado em sede de instrução que o recorrente no *Relatório de actividades* que elaborou, ao longo dos anos, e entregues aos dirigentes do Hospital, *referenciava* que procedia ao referido registo informático”. // “Ainda com interesse para a resolução da presente questão, prende-se com o facto, cabalmente provado nos autos, de que tanto o Dr. G, como director das consultas externas (...), como o Dr. N [responsável da Unidade de Endocrinologia] (...), *nada disseram ao recorrente, acerca da eventual ilicitude da sua conduta, ou irregularidade do seu procedimento* (negritos no original e itálicos nossos).”

Consta igualmente dos fundamentos da decisão anulatória o seguinte: “Importa, ainda, quanto a esta matéria referir o que foi dado como provado em relatório final, e que consta dos n.ºs 88 a 91 do

mesmo, que se diz ‘...não significa que não se reconheça e que isso mereça relevo o facto do ora arguido ter provado ter utilizado os registos clínicos informatizados que criou para os fins da actividade profissional por si exercida, destinando-se ao seguimento dos doentes das consultas do hospital (...) Sendo também incontroverso que exerce funções profissionais no hospital em regime de exclusividade’” (no original o texto último encontra-se em negrito).// No que concerne ao invocado no relatório final (n.º 74) de que ‘Só depois de reunidas as condições técnicas, e obtida essa autorização da CNPD, (...) com toda a legitimidade poderão ser utilizados os suportes informáticos pelos médicos nas respectivas consultas (...)’, importa referir que essa autorização, independentemente de serem meios informáticos ou não — art. 3.º, alínea *a)* e *b)* da Lei n.º 67/98, de 26.10, é obtida desde que estejam preenchidos os requisitos do n.º 4 do artigo 7.º, o que é o caso. Importa, ainda, referir, que o hospital terá notificado a CNPD, nos termos do artigo 27.º da aludida Lei para proceder ao tratamento dos dados referentes à saúde, sejam ‘efectuados com ou sem meios informatizados ...’ (v.d. alínea *b)* do art. 3.º), e tendo o mesmo tratamento sido autorizado, é indiferente que seja em ‘suporte papel’ ou por ‘meio informático’, o que é necessário é que esse tratamento de dados para que seja permitido, e que não colida com a referida lei, seja feito ‘...para efeitos de medicina preventiva, de diagnóstico médico, de prestação de cuidados ou tratamentos médicos ou de gestão de serviços de saúde, desde que o tratamento desses dados seja efectuado por um profissional de saúde obrigado a sigilo ou por outra pessoa sujeita igualmente ao segredo profissional (...).

(...)

“Por último, invoca o recorrente, no que diz respeito à não realização, nos dias 21.11.2002 e 28.11.2002, de consultas de 1.ª vez, que não lhe era exigível que tivesse realizado as mesmas (...), uma vez que as referidas consultas (duas no dia 21.11.2002 e uma no dia 28.11.2002), foram agendadas, para os dias em causa, sem qualquer contacto prévio com ele, sendo certo que nesses dias tinha outras consultas programadas, e que às quintas-feiras não procedia à marcação de consultas de primeira vez. Pesa, ainda, que o recorrente, apesar de não fazer as ditas consultas, permaneceu no hospital várias horas para

além do limite diário de prestação de trabalho. (...) // quanto às referidas primeiras consultas, e apesar de não estar em questão a competência da direcção das consultas para definir o número de primeiras consultas, a *verdade é que se retira dos autos que as mesmas foram agendadas posteriormente àquelas que estão referidas no parágrafo anterior.* // Dos autos, e do agendamento acima referido, apenas se retira que as consultas foram marcadas de 20 em 20 minutos, para o dia 21.11.2002, e no dia 28.11.2002 foram marcadas consultas em horas sobrepostas (por exemplo para as 14.30 estão marcados três doentes). (...) // não se logrou provar nos presentes autos, se nos aludidos dias, o médico, ora recorrente, poderia efectuar as referidas 1.^{as} consultas para além daquelas que já estavam agendadas previamente, como era ónus da administração. (...) Cabe referir em abono do princípio da proporcionalidade, da justiça e da boa fé que deve nortear a actuação da administração, *que tendo sido provado nos presentes autos que o ora recorrente, é um dos médicos do serviço com maior actividade assistencial (em termos globais das consultas realizadas, incluindo primeiras e segundas consultas) — v.d. ponto 186 e 195.5 do relatório final, não nos parece curial, sem prova em contrário, considerar que o recorrente se tenha recusado, consciente e premeditadamente, a efectuar as aludidas 1.^{as} consultas*” (itálico e sublinhados nossos);

- dd) Por deliberação de 21 de Janeiro e de 7 de Fevereiro de 2003, foram instaurados procedimentos disciplinares ao mesmo médico, a que correspondem os processos n.ºs 2/D/2003 e /D/2003;
- ee) Um outro procedimento foi ainda instaurado, sob o número 4-D/2003 (corre termos na Inspeção-Geral da Saúde com o número /04-D);
- ff) Em 1 de Junho de 2004, por deliberação do mesmo conselho de administração, foi instaurado novo procedimento disciplinar, por participação do director do serviço de Endocrinologia e director clínico Dr. G, por alegadamente [o Doutor ...] se ter recusado a ver doente agendado para o dia 6 de Abril de 2004, pelas 13.00h “com o argumento de que não tinha gabinete não podia observá-lo”, estando o gabinete respectivo “vago às 12h. 55 m” (Processo n.º D/04, avocado pela IGS em 8.07.2005);

- gg*) Os processos disciplinares, a pedido do interessado, datado de 16 de Abril de 2003, foram avocados pela Inspeção-Geral da Saúde, salvo o último (ofício de 18.02.05, da IGS);
- hh*) Em 18 de Abril de 2002, o Conselho de Administração do Hospital Curry Cabral, integrado pelo director clínico N, homologou “a constituição do júri do concurso”, “para a vaga aberta pela aposentação do Sr. Dr. C C”, concurso cuja abertura foi proposta pelo mesmo director clínico, assim como por si proposta a composição do júri, com inclusão do seu nome;
- ii*) Em 2 de Julho de 2002, foi aberto, na sequência de deliberação do Conselho de Administração do Hospital Curry Cabral, concurso interno limitado para provimento na categoria de chefe do Serviço de Endocrinologia, da carreira médica hospitalar (publicação no boletim informativo com aquela data);
- jj*) A lista de classificação final, que ordena em sequência decrescente o Dr. G, o Dr. F e o Doutor ..., foi homologada pelo administrador delegado do Hospital Curry Cabral em 13 de Maio de 2003;
- kk*) Do respectivo acto foi interposto recurso para o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde, que proferiu decisão de indeferimento em 1 de Setembro de 2003;
- ll*) Relativamente a este concurso, no âmbito da instrução do processo R-699/04 (A4), a Provedoria de Justiça chamou a atenção do Departamento de Modernização e Recursos da Saúde para aspectos do procedimento susceptíveis de pôr em causa a validade da respectiva decisão final (ofício de 12.04.05);
- mm*) Em 6 de Maio de 2004, o Director-Geral do Departamento de Modernização e Recursos da Saúde informou que, em 2 de Fevereiro de 2004, no âmbito do recurso contencioso interposto pelo Doutor ..., foi apresentada pela entidade recorrida a respectiva resposta;
- nn*) Em 11 de Julho de 2001, o Director da Faculdade de Medicina de Lisboa requereu autorização do Conselho de Administração do Hospital Curry Cabral para proceder à contratação do Doutor para a leccionação de “uma hora em cada dia (das 13 às 14 horas)”, às segundas, quartas e sextas-feiras, e “uma e duas

- horas, respectivamente (das 17 às 19 horas), às segundas, quintas e sextas-feiras”;
- oo) *Em 6 de Agosto de 2001*, o Doutor ... requereu autorização para aceitar convite para professor auxiliar da Faculdade de Medicina de Lisboa, afirmando ser decisivo no seu interesse em aceitá-lo o facto de não ter “as condições necessárias para o continuado desenvolvimento da [sua] actividade profissional”, um gabinete de trabalho e a “possibilidade de realizar no Laboratório do Hospital a actividade de investigação laboratorial da [sua] competência — naturalmente sem quaisquer custos para o Hospital.”;
- pp) *Em 3 de Junho de 2002*, requereu, ao abrigo do artigos 61.º e segs. do CPA e 31.º e 82.º da LPTA, ao Director do Hospital de Curry Cabral, informação sobre a decisão proferida e respectiva fundamentação e, caso não tivesse sido proferida, informação sobre o andamento do respectivo procedimento;
- qq) *Em 18 de Julho de 2002*, requereu a autorização em causa ao Ministro da Saúde;
- rr) *Em 27 de Setembro de 2002*, em face da informação da remessa do pedido ao Hospital de Curry Cabral, requereu ao Conselho de Administração do Hospital certidão da qual constasse “o serviço onde se encontra o procedimento”, “os actos entretanto praticados” e a “decisão que sobre o mesmo recai e quais os respectivos fundamentos”;
- ss) *Em 10 de Outubro de 2002*, o Director do Hospital Curry Cabral, solicitou ao Director da Faculdade de Medicina de Lisboa, “[t]endo em vista a intenção do pedido de acumulação de funções do Sr. Dr. ..., médico deste hospital, solicita-se a V. Ex.^a informação sobre as disciplinas leccionadas nessa Faculdade e o respectivo horário diário e semanal”;
- tt) *Em 11 de Outubro de 2002*, o Director do Hospital levou ao conhecimento do Doutor ... ter solicitado “informação à Faculdade de Medicina de Lisboa sobre os horários praticados e aulas ministradas, aguardando-se resposta da Faculdade”;
- uu) *Em 15 de Outubro de 2002*, o Director da Faculdade de Medicina de Lisboa informou da distribuição horária “do período

- de 6 horas de ensino/semana em que é requerida a participação presencial do Senhor Doutor ...”, a especificada em nn) supra;
- vv) Por decisão do Director do Hospital e Presidente do Conselho de Administração, Dr. C, e do Administrador-Delegado, Dr. F. N, foi indeferido, com base em informação do director clínico, Dr. N, o pedido em referência;

A decisão foi tomada com fundamento na invocada incompatibilidade de horário, em “actividade muito deficiente no Serviço”, na falta de disponibilidade dos dados médicos dos doentes seguidos pelo interessado, no facto de os protocolos de colaboração entre as faculdades de medicina e as instituições hospitalares apenas produzirem efeitos após a respectiva homologação por portaria conjunta do Ministro da Educação e do Ministro da Saúde e, por último, por inexistir motivo de interesse público;

ww) Em 27 de Janeiro de 2003, o Doutor ... foi informado, “no Serviço de Pessoal” do Hospital Curry Cabral, da decisão de indeferimento;

- xx) No mesmo dia 27 (registo de entrada na Secção de Pessoal), requereu, ao Conselho de Administração do Hospital, “fotocópia do processo do pedido de acumulação de funções, com o respectivo despacho de indeferimento”;

- yy) Em 6 de Fevereiro de 2003, o Doutor ... requereu, novamente, ao Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral, “certidão do teor integral da deliberação do Conselho de Administração do Hospital de Curry, a qual indeferiu o pedido de acumulação de funções públicas subscrito pelo requerente em Agosto de 2001;// [e da] ... fundamentação integral, de facto e de direito, subjacente a tal deliberação”;

- zz) Refere, no requerimento, que [a] pesar das diversas solicitações nesse sentido, quer verbais, quer por escrito, não foi porém facultada ao requerente qualquer cópia da referida deliberação.”.

- aaa) Em 17 de Novembro de 2003, o Doutor ... queixou-se ao Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral pela “recusa sistemática e repetida dos [seus] pedidos de Comissão Gratuita de Serviço” e negação do direito de “utilizar 15 dias úteis do ano para a formação técnica e científica continuada”;

- bbb)* Entre 30 de Janeiro de 2001 e 24 de Março de 2004, das pelo menos seis acções formativas cuja frequência foi requerida pelo Doutor ... três foram deferidas no ano de 2001 e foram indeferidos os pedidos relativos às “acções de formação” de 26 e 27 de Outubro de 2001, 5 a 10 de Outubro de 2002 e de 23 a 27 de Março de 2004;
- ccc)* A título de exemplo, em 12 de Agosto de 2002 (registo de entrada na secção de pessoal a 20.08.2002), o Doutor ... requereu, ao abrigo do Despacho n.º 867/02, de 14 de Janeiro, autorização para participar em conferência, de 4 a 11 de Outubro de 2002, onde apresentaria trabalho próprio;
- ddd)* Em 20 de Agosto de 2002, a chefe de repartição dos “Recursos Humanos, Secção de Vencimentos” elaborou informação, na qual se lê, designadamente, “A ausência do requerente e sem qualquer aumento de encargos não prejudica o normal funcionamento do Serviço, que fica assegurado”;
- eee)* Em 21 de Agosto de 2002, o Dr. N, director clínico, informou o requerido nos seguintes termos: “Embora os temas versados nesta reunião pudessem ser de interesse para o Serviço, há motivos sérios, nomeadamente relativos ao preenchimento dos processos dos doentes, que desaconselham a autorização.” O responsável do Serviço de Endocrinologia, em 19 de Agosto de 2002, na secção III (“Interesse particular para o serviço na deslocação do requerente”) do impresso respectivo escreveu: “Seria de utilidade para o Serviço, no entanto dada a situação de falta de colaboração que o requerente tem demonstrado e a inexistência de dados clínicos nas fichas dos doentes da consulta e eventuais graves prejuízos para estes e para os colegas a quem possam ter de recorrer, penso que o C.A. não deve autorizar.”;
- fff)* O pedido foi indeferido em 30 de Setembro de 2002, pelo administrador delegado do hospital, que proferiu o seguinte despacho: “Indefiro, nos termos propostos”;
- ggg)* O médico requereu, por duas vezes, “declaração da recusa da comissão de serviço solicitada”;
- hhh)* Em 10 de Outubro de 2002, “C, Director” proferiu despacho nos seguintes termos: “Autorizo. Ao S. Pessoal”;

- iii)* Quanto à acção formativa de 24 de Março a 27 de Março de 2004, sobre “Novos aspectos no tratamento da diabetes...”, requerida em 17 de Fevereiro de 2004, o Director do Hospital proferiu, em 3 de Março de 2003, o seguinte despacho: “Indefiro nos termos da Informação retro”, onde se pode ler (informação parcialmente não legível): “... A formação contínua é responsabilidade da Direcção do Serviço. Nestas circunstâncias não é de interesse para o Serviço a participação no referido Fórum. 20.2.04”, seguida da assinatura do Dr. G, Director do serviço de Endocrinologia;
- jjj)* Alega o Doutor ... que “nunca se recusou a transmitir os dados dos doentes que assiste no internamento”;
- kkk)* Alega, também, que “constam em registo informático na primeira página dos processos dos doentes”;
- lll)* No relatório do procedimento disciplinar n.º /D/2002 e no Parecer n.º 148/04, do Departamento de Modernização de Recursos Humanos da Educação, é destacado que o registo informático dos processos dos doentes em computador é anterior aos indeferimentos dos pedidos em referência;
- mmm)* Lê-se no parecer citado, designadamente, que a situação existia desde 1996;
- nnn)* Não motivou indeferimentos de pedidos de participação em acções de formação entre 1996 e Outubro de 2001;
- ooo)* Em 10 de Outubro de 2002, o Doutor ... foi notificado, para efeitos de audiência prévia, da intenção do Conselho de Administração do Hospital de pôr termo ao regime de dedicação exclusiva, com fundamento em proposta do director clínico, N, por “incumprimento ou deficiente cumprimento dos deveres associados às obrigações profissionais do assistente hospitalar, designadamente as descritas no art. 27.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março”;
- ppp)* Em 9 de Setembro de 2004, o Presidente do Conselho de Administração do Hospital Curry Cabral informou a Provedoria de Justiça que aquela proposta nunca foi “objecto de qualquer decisão que fizesse cessar aquele regime de trabalho (...). O Sr. Dr. ..., enquanto médico no HCC, mantém-se no regime de

- dedicação exclusiva por não ter havido deliberação final do Conselho de Administração no sentido de lhe ter posto termo” (ofício de 31 de Janeiro);
- qqq*) Justifica o não envio de cópia do projecto de deliberação (cuja cópia foi pedida) com a falta de acto administrativo “que justifique qualquer certificação” (idem);
- rrr*) Em 17 de Novembro de 2003, o Doutor ... requereu, ao administrador delegado, que lhe fossem justificadas as faltas dadas nos dias 13 e 14 de Novembro, ao abrigo do artigo 66.º do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março (“Faltas por conta do período de férias”), como faltas a descontar no período de férias do ano seguinte;
- sss*) Sobre o respectivo impresso foi aposta “informação do serviço”, em 18 de Novembro, não legível, do Dr. G, Director do Serviço de Endocrinologia;
- ttt*) Em 24 de Maio de 2004, o Doutor ... requereu ao administrador delegado que lhe fossem justificadas, ao abrigo do artigo 66.º do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março, as faltas que deu nos dias 20 e 21 de Maio (quinta e sexta-feira), motivadas pela participação num encontro científico que decorreu na Alemanha onde proferiu a conferência “Diabetes Mellitus tipo 2 e Doença Cardiovascular”;
- uuu*) Em 26 de Maio de 2004, o pedido foi indeferido nos seguintes termos: “O pedido não foi feito com antecedência devida. Houve prejuízo para o serviço”;
- vvv*) De acordo com as listagens, relativas aos anos de 2001 e 2002, do IGIF do Ministério da Saúde, sobre o número de consultas externas, por especialidade e médico, constata-se que o Doutor ..., sendo dos médicos com um maior número global de consultas, tem um menor número de primeiras consultas.

B)

- www*) A Dr.ª ... realizou “estágio de medicina interna” no Hospital Curry Cabral, de 1 de Janeiro a 31 de Janeiro de 2000. Em 16

de Abril de 2001, foi-lhe atribuída a classificação final de estágio de 19,18 valores;

xxx) No segundo e terceiro anos de estágio, “formação de endocrinologia”, foi seu orientador até 1 de Setembro de 2002, o Doutor ...;

yyy) Em vários documentos, é referido pela própria que a possibilidade de realizar estágio de Endocrinologia com o Doutor ... foi determinante para a escolha do Hospital de Curry Cabral.

Lê-se, designadamente, no ponto 2, do requerimento que dirigiu, em 13 de Setembro de 2002, ao Colégio da Especialidade de Endocrinologia: “Já conhecendo o Hospital de Curry Cabral e vários dos seus elementos por ter aí realizado o Internato Geral, a escolha desse hospital para a realização do Internato Complementar de Endocrinologia dependeu, nomeadamente, da possibilidade de fazer o estágio de Endocrinologia sob Orientação de Formação do Ex.mo Sr. Dr. ... , então assistente Graduado da Unidade de Endocrinologia e que vários outros colegas — da Unidade de Endocrinologia e de outras Especialidades — me tinham aconselhado. Pude mais tarde confirmar o acerto de tal conselho pelas qualidades técnicas, científicas, humanas e de disponibilidade para a minha formação, que o Ex.mo Sr. Prof. Dr. ... sempre revelou”;

zzz) O Dr. C. C, Director do Serviço de Endocrinologia, aposentou-se em 8 de Março de 2002. Foi substituído pelo Dr. G;

aaaa) Em 19 de Julho de 2002, o “orientador/responsável pela formação”, Dr. ... apresentou a avaliação de estágio de endocrinologia da Dr.^a ..., relativo ao período de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro de 2001, propondo a classificação final de 19,6 valores;

bbbb) Em 31 de Agosto de 2002, o Doutor ... apresentou a avaliação da Dra. ... relativa ao período de 1 de Janeiro a 30 de Agosto de 2002;

cccc) Propôs a classificação final de 19,9 valores;

dddd) Em 13 de Agosto de 2002, o Dr. N, sob a qualidade de Responsável da Unidade de Endocrinologia”, dirigiu ao Director do serviço de Internato Médico, documento no qual — invo-

cando que “[n]o final do ano de 2001, o orientador não submeteu ao responsável do serviço, como prescrito do artigo 53.º, Capítulo VIII, Secção I, qualquer proposta de classificação relativa à avaliação de desempenho para ser por aquele ratificada”, deliberou propor, “ao Sr. Director do Internato do HCC, que liberte das funções de orientador de formação o Sr. Dr. ...” — conclui, dizendo que a “interna, Dr.^a ... *deverá subseqüentemente passar a ser orientada por outro Assistente Hospitalar nomeado pelo Director do Internato*, sob proposta do responsável do Serviço, de entre outro dos médicos do Serviço, habilitado com o Grau de Assistente da respectiva especialidade e a necessária qualificação técnica, nos termos do n.º 2 do art. 15.º da Portaria n.º 695/95, de 30 de Junho” (cf. alínea *gggg*, *infra*);

- eeee*) O Conselho de Administração do Hospital Curry Cabral, em 19 de Agosto de 2002, tomou deliberação de idêntico teor;
ffff) Em 22 de Agosto de 2002, o Doutor ... e a Dr.^a ... dirigiram exposição ao Director do Internato Médico, Dr. A., contestando a decisão e manifestando a sua “surpresa e indignação”.

No Relatório de Actividade de 2002, relativo ao “3.º Ano do Internato Complementar de Endocrinologia, Hospital de Curry Cabral” da mesma lê-se, no § 4: “Há ainda a referir, talvez, a infeliz nomeação da Dra. L como minha orientadora de formação a 01-09-02, contra a minha vontade expressa e bem contra a vontade do meu Orientador de Formação, o que descobriu passados 15 dias quando fui de férias”;

- gggg*) Em 26 de Agosto de 2002, o Dr. N, com a qualidade de Responsável da Unidade de Endocrinologia, comunicou ao Director do serviço de Internato Médico indicar, “[e]m resposta ao seu pedido”, a Sr.^a Dr.^a L como orientadora de formação da Dr.^a ... (cf. alínea *dddd*, *supra*);

- hhhh*) O Director do serviço do Internato Médico, em 29 de Agosto de 2002, designou como “orientador de formação da Sr.^a Dr.^a ... a partir de 01/09/2002 a Sr.^a Dr.^a L, assistente hospitalar de endocrinologia do H.C.C.”.

- iii)* Em 6 de Setembro de 2002, a Dr.^a ... dirigiu requerimento ao Director do Internato Médico do hospital, pedindo a “transferência com efeitos imediatos do hospital na hipótese de ser mantida a deliberação da nomeação de um novo orientador de formação para a signatária; // Na hipótese de ser assegurada a tutela por parte do Ex.^{mo} Prof. Dr. ... até ao final do corrente ano, transferência a partir de 01-01-2003”;
- iiii)* Em 6 de Setembro de 2002, a Dr.^a..., solicitou a intervenção do Conselho Nacional do Internato Médico, enunciando “várias atitudes discriminatórias e tratos impróprios” que alegava vinha sendo vítima. Concluiu que, pelos motivos que descrevia no respectivo requerimento, considerava fundamental a sua transferência imediata de Hospital, referindo que não lhe parecia “razoável que a situação discriminatória e de falta de condições nas relações humanas continue arbitrariamente sem devida correcção”;
- kkkk)* Em 13 de Setembro de 2002, a Dr.^a ... dirigiu, ao Colégio da Especialidade de Endocrinologia, requerimento no qual solicitou a respectiva “urgente intervenção ...para a resolução [“de alguns problemas graves” com que se vinha deparando no estágio de endocrinologia] e para eventual prevenção de problemas idênticos com novos Colegas que iniciem estágio no mesmo hospital”;

Do exposto neste requerimento, destacam-se as seguintes alegações:

- a)* a não atribuição de “gabinete de consulta em horário idêntico ao da restante ‘tira’ assistencial em todo o ano de 2001” facto para o qual alertou “o responsável do Serviço, Ex.^{mo} Sr. Dr. C. C., e responsável da Consulta, Ex.^{mo} Sr. Dr. ... , desde os meses antes de iniciar o respectivo estágio, e repetidas vezes depois,” assim como “o Ex.^{mo} Sr. Dr. G, como responsável da Consulta”, sem que o problema fosse resolvido “até ao final do ano”;
- b)* não lhe ter sido assegurado que realizasse o número devido de horas de consultas externas: apenas lhe foi permitido, no primeiro semestre de 2001, realizar consultas às quintas-feiras, à tarde, e no

- segundo semestre, começou a fazer um período de período de consulta de manhã, “segundo e sob orientação do [seu] orientador de formação, que passou a fazer esse período de consulta adicional”;
- c) não lhe ter sido permitido fazer “agendamento electrónico normal” das consultas, “com várias consequências práticas, *desde a não marcação prévia de muitas das consultas à não marcação de primeiras consultas ou a só permitirem a marcação para Janeiro de 2002 de uma dada doente que [lhe] foi referenciada do Serviço de Urgência em Julho de 2001 para ir à consulta com alguma brevidade*”;
- d) Em 2002, “com a saída de outro colega do hospital, pass[ou] a ter a possibilidade de fazer 3 períodos de consulta semanais, contudo, não [lhe] foi permitido agendamento electrónico nos primeiros meses do ano e não me eram atribuídas primeiras consultas, sem que o responsável pela consulta se tenha pronunciado. Após aviso oral da [sua] parte e do [seu] orientador de formação de que iri[am] apresentar queixa desse facto, o Ex.^{mo} Senhor Dr. F, comunicou-[lhe] que só nessa altura o Ex.^{mo} Sr. Dr. G se tinha apercebido do problema”;
- e) Estar pendente de decisão, então (13 de Setembro de 2002) há mais de um ano, “pedido de acumulação de funções como assistente convidada da Faculdade de Medicina de Lisboa, sem qualquer resposta ou justificação apesar de vários pedidos de esclarecimentos”;
- f) Em requerimento, datado 26 de Novembro de 2002, a Dr.^a L, como orientadora da Dr.^a ..., solicitou ao “Ex.^{mo} Sr. Dr. N Coordenador do Serviço de Endocrinologia do Hospital Curry Cabral”, “indicações sobre a situação de transferência [do Hospital de Curry Cabral da mesma] e orientações para a continuação do seu Internato”;
- g) Em 16 de Dezembro de 2002, o Dr. N, como director clínico do Hospital de Curry Cabral, dirigindo-se ao “Senhor Dr. A., Director do Internato Médico”, expõe ter recebido “recentemente 2 requerimentos da Sra. Dr.^a ..., pedindo autorização para a realização de 2 estágios, um de Endocrinologia Pediátrica, em Santa Maria, de 1 de Janeiro de 2003 a 30 de Abril de 2003 e outro de Endocrinolo-

gia da Reprodução, também em Santa Maria, de 1 de Maio a 31 de Agosto de 2003.” Refere que [e]stando a referida médica em processo de transferência, a seu pedido, para outra Instituição Hospitalar e tendo já sido dado o acordo do H.C.C., não cr[ê] que os [respectivos] ... serviços estejam em condições de autorizar estágios que irão realizar-se em períodos em que se prevê que a interna esteja já desvinculada do Hospital de Curry Cabral.” // Solicita que lhe seja “dada informação sobre a situação em que se encontra o referido processo de transferência”;

- h.) Em 17 de Dezembro de 2002, a Dr.^a ... solicitou ao Director do Internato Médico do Hospital de Curry Cabral, “autorização para efectuar estágio de Endocrinologia Pediátrica no Serviço de Unidade de Endocrinologia Pediátrica do Hospital de D. Estefânia, no período de 01/01/2003 a 30/04/2003”;
- i) Em 17 de Dezembro de 2002, foram emitidos pareceres favoráveis pelo Director da Unidade de Endocrinologia Pediátrica do Hospital D. Estefânia e pelo Director do Internato Médico do Hospital de D. Estefânia;
- j) Em 23 de Dezembro de 2002, a Dr.^a... dirigiu exposição ao Presidente da Comissão Regional do Internato Médico, insistindo “na gravidade e urgência do problema relativo ao [seu] Internato da Especialidade de Endocrinologia”, conquanto continuava “a aguardar a avaliação do ano de 2001, repetidamente solicitada”//; desconhecer “os moldes relativos à [sua] avaliação no corrente ano de 2002, em que em Setembro, foi substituído o [seu] Orientador de Formação contra a [sua] vontade e contra a vontade também do Prof. Doutor ..., que interpôs o necessário recurso hierárquico com efeitos suspensivos da eficácia do acto recorrido.”// Não estarem “assinadas pelo Hospital de Curry Cabral as autorizações para a realização dos estágios de Pediatria Endocrinológica e Endocrinologia da Reprodução, sendo que o primeiro desses estágios se deve iniciar a 1 de Janeiro de 2003, ou seja, dentro de 10 dias.”// Não estar “resolvido o problema da [sua] transferência do Hospital de Curry Cabral para o Instituto Português de Oncologia, embora já tenha o parecer favorável do Director do serviço de Endocrinologia do I.P.O. de Lisboa. Em princípio esta transferência deveria ocor-

- rer em 1 de Janeiro de 2003, ou seja, dentro de 10 dias.”// Continuar “sem qualquer resposta, relativamente aos múltiplos problemas por [si] relatados em exposição de Setembro de 2002”;
- l)* Em 26 de Dezembro de 2002, insistiu junto do Responsável do Serviço de Endocrinologia e do Director do Internato Médico do hospital relativamente ao início do seu estágio no Hospital de D. Estefânia em 1 de Janeiro de 2003;
 - m)* Em 10 de Janeiro de 2003, a Coordenadora do Internato Médico dos Hospitais Cívis de Lisboa enviou ao Director do Internato Médico do Hospital de D. Estefânia “informação relativa ao pedido da Dr.^a, Interna do Internato Complementar de Endocrinologia do Hospital de Curry Cabral, para realizar o estágio de Endocrinologia Pediátrica nesse hospital, no período de 01.01.03 a 30.04.03”;
 - n)* A referida Coordenadora proferiu despacho (em data não inteiramente legível) onde se lê: “Concordo com o estágio pretendido dado que tem o acordo do tutor da Interna bem como do serviço e hospital pretendidos, para além de oficialmente fazer parte do programa actual do estágio do Internato da Especialidade de Endocrinologia dos HCL. Dê-se conhecimento ao Serviço do Internato do Hospital de D. Estefânia e do Hospital de Curry Cabral”;
 - o)* Aos 31 de Janeiro de 2003, o Presidente da Comissão Regional do Internato Médico Sul emitiu declaração na qual afirma “que a Dr.^a ... se encontra autorizada a realizar o estágio de Endocrinologia Pediátrica no Hospital Dona Estefânia”;
 - p)* Em 24 de Fevereiro de 2003, foi dirigida informação, em papel do Hospital de Curry Cabral, à Dr.^a ... , por autor não identificado (que se crê ser o Chefe da Equipa de Urgência n.º 2), com o seguinte teor:

“De acordo com as ordens recebidas, e já transmitidas verbalmente, informo-a que a sua actividade na equipa do Serviço de Urgência n.º 2, que dirijo, se encontra suspensa desde hoje e até que haja uma ordem em contrário.// Junto cópia do documento da ordem que recebi”.

De acordo com este documento, o Dr. G, Director do serviço de Endocrinologia, informa o director clínico do Hospital de Curry Cabral nos seguintes termos: “Venho por este meio informá-lo que a Sr.^a Dr.^a ... Interna de Endocrinologia deste Hospital e colocada no Serviço de Endocrinologia encontra-se ausente do Serviço sem justificação, desde o dia 2 de Janeiro do corrente ano.// Nesta situação, como Responsável e Director do serviço, tendo anotado a respectiva falta injustificada e dado que a actividade no Serviço de Urgência é um complemento da actividade assistencial e formativa, venho desta forma manifestar-lhe a incompatibilidade nestas circunstâncias na realização de actividade de Urgência sem a normal actividade assistencial”.

No mesmo dia 24 de Fevereiro de 2004, o autor da primeira informação (Chefe da Equipa de Urgência n.º 2) recebeu cópia da declaração da Presidente da Comissão Regional do Internato Médico Sul, informando da autorização dada à Dr.^a ... para realizar o estágio de Endocrinologia Pediátrica no Hospital Dona Estefânia.

III) Em 11 de Outubro de 2002, o Director do Internato Médico do Hospital de Curry Cabral, Dr. A., solicitou, ao Presidente da Comissão Regional dos Internatos Sul, parecer sobre qual deveria ser a constituição do júri ou responsáveis pela avaliação da Dr.^a..., considerando que a mesma, devendo “ter sido avaliada no período de 01-01-01 a 31-12-01, pelo orientador, para além do Dr. C. C., o responsável para o efeito, o Dr. C. C. aposentou-se não tendo efectuado a avaliação”;

Em 28 de Setembro de 2004, o Presidente do Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral informou a Provedoria de Justiça que o “Sr. Dr. C. C. como responsável da Unidade de Endocrinologia, *sempre se recusou no ano de 2001 a atribuir a classificação correspondente ao estágio de Endocrinologia efectuado entre 01.01.2001 e 01.12.2001*, por considerar não possuir os elementos necessários para a avaliação de desempenho e de conhecimentos da médica em causa” (sublinhado no original);

- mmmm*) “A Comissão Regional dos Internatos Médicos da Zona Sul, questionada pelo hospital, quanto à constituição do júri de avaliação da interna, pronunciou-se, em 22.10.2002, nos termos do despacho cuja cópia [foi anexada], no sentido de o júri ser constituído pelo orientador de formação e pelo director do serviço ou seu substituto legal. // O mesmo órgão emitiu, em 19.11.2002, parecer no sentido *de a avaliação de 2001 ser realizada pelo orientador de formação em exercício à data em que o estágio (a avaliar) se realizou*” (cf. ofício de 21.07.04, dirigido à Provedoria de Justiça pelo Presidente do Conselho Nacional dos Internatos Médicos e 12 docs. Anexos — sublinhados nossos);
- nnnn*) De acordo com o ofício de 28 de Setembro de 2004, do Presidente do Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral, a hipótese de um “cálculo ponderado dos diversos factores de avaliação” entre a classificação proposta pelo Doutor ... e o Sr. Dr. N foi “posta de parte, pelo facto de o director clínico não ter tido qualquer contacto com a formanda, o que inviabiliza o processo de avaliação nos termos da legislação em vigor”;
- oooo*) Em 20 de Dezembro de 2002, foi elaborada acta assinada pelo chefe de serviço de endocrinologia, Dr. N, na qual escreve:
- “As classificações do período de Internamento realizado pela Dr.^a ..., de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro de 2001, foram atribuídas pelo Responsável do Serviço. Havendo também uma grelha de classificações sugeridas pelo Orientador de formação e não havendo inteira concordância entre ambas, foi decidido estabelecer uma média entre os valores atribuídos por cada um dos avaliadores (que se anexam, com as respectivas justificações), resultando a nota final de 14,25 valores”;
- pppp*) Na Secretaria do Hospital de Santa Maria — para o qual se verificou, a seu pedido, a transferência da interessada —, deu entrada em 24 de Junho de 2003, ficha de avaliação de estágio da Dr.^a ..., relativa ao período de 1 de Janeiro a 31 de Janeiro de 2001;

- qqqq*) Esta ficha tem a data de 20 de Dezembro de 2002 e foi preenchida por um único avaliador. Os espaços destinados ao “Orientador/Responsável de Formação” e ao “Director de Serviço” encontram-se preenchidos por uma mesma pessoa, que não o Doutor De acordo com a informação prestada através do ofício de 28 de Setembro de 2004, foi “subscrita pelo Director do serviço, Dr. N” (ponto 3, alínea *b*), fls. 6 do ofício).
- rrrr*) Na mesma, é atribuída a classificação de final de estágio de 14,25 valores.
- ssss*) Em 20 de Dezembro de 2002, a Dr.^a L efectuou avaliação da Dr.^a ..., reportando-a ao período de “01/01/02 a 31/12/02”;
- tttt*) A Dr.^a L. substituiu o Doutor. no exercício das funções de orientador, a partir de 01.09.02. Acompanhou o estágio da formanda entre Setembro e Dezembro de 2002;
- uuuu*) À Dr.^a ... foi atribuída, pela mesma, a classificação final de 8,5 valores, sancionada pelo Director de Serviço Dr. N (ponto 3, alínea *b*), fls. 6 do ofício de 28 de Setembro de 2004);
- vvvv*) De 1 de Janeiro a 30 de Abril de 2003, a Dr.^a realizou “estágio de endocrinologia pediátrica” no Hospital de D. Estefânia;
- wwww*) Foi-lhe atribuída a classificação final de estágio, em 11 de Julho de 2003, de 19,3 valores;
- xxxx*) Por despacho de 26 de Março de 2003, o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde, deferiu pedido de transferência da Dr.^a ... para o Hospital de Santa Maria;
- yyyy*) Iniciou funções no Hospital de Santa Maria em 1 de Maio de 2003;
- zzzz*) De 1 de Maio a 31 de Agosto de 2003, realizou “estágio de endocrinologia da reprodução” no Hospital de Santa Maria tendo-lhe sido atribuída a classificação de desempenho de 18 valores;
- aaaaa*) No mesmo Hospital de Santa Maria, fez “estágio de endocrinologia” de 1 de Setembro a 31 de Dezembro de 2003, tendo-lhe sido atribuída, em 16 de Fevereiro de 2004, a classificação final de estágio de 19,5 valores;

- bbbbbb) Relativamente a pedido da Dr.^a ... de autorização para acumulação de funções de assistente da Faculdade de Medicina de Lisboa, através de ofício de 2001, a Secretária da Faculdade de Medicina de Lisboa solicitou ao Hospital de Curry Cabral, designadamente, o envio de despacho sobre a autorização da acumulação pretendida pela Dr.^a Esclareceu, no mesmo ofício, que sempre que a mesma estivesse escalada no Serviço de Urgência desse Hospital, *seria substituída nas suas funções docentes por outro colega*” (sublinhados nosso);
- cccccc) Em 30 de Agosto de 2002, foi fixado, pelo Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral, novo horário de trabalho à Dr.^a;
- dddddd) Sobre o mesmo, a Dr.^a não foi consultada e a mudança ocorreu sem aviso prévio;
- eeeeee) Em 22 de Outubro de 2002, o Director da Faculdade de Medicina de Lisboa informou, na sequência de solicitação de 10 do mesmo mês, o Director do Hospital de Curry Cabral, que o “horário proposto, para o período de 6 horas de ensino/semana em que é requerida a participação presencial da Dr.^a ..., tem a seguinte distribuição: // 2.^a, 5.^a 6.^a feiras: duas horas em cada dia (das 17 às 19 horas)”;
- ffffff) Em 21 de Janeiro de 2003, o Conselho de Administração do Hospital Curry Cabral indeferiu o requerimento da interessada de 18 de Julho de 2002. Fê-lo “com fundamento nas razões invocadas pelo Director clínico designadamente, na incompatibilidade existente entre o horário praticado no Hospital e os horários da actividade a acumular”, referindo ainda que “não existe protocolo homologado por portaria conjunta dos Ministros da Saúde e da Educação conforme exigência do Decreto-Lei n.º 312/84, de 26 de Setembro e a acumulação requerida apenas poderia ser deferida se se verificasse o requisito do interesse público, o que não é o caso”;
- gggggg) Em Maio de 2003, verificou-se, como já referido, a transferência da Dra. ... para o Hospital de Santa Maria;

- hhhhh*) Já neste Hospital, foi autorizada a acumulação de funções, no ano lectivo de 2003/2004, tendo assinado contrato como assistente convidada da Faculdade de Medicina de Lisboa;
- iiii*) Em 29 de Julho de 2002, o Director clínico do Hospital deu ordem à Dr.^a ... para “passar a registar na sua folha de ponto as horas de entrada e de saída que, também verbalmente, lhe foram indicadas, não podendo lançar registos diferentes, ainda que efectivamente cumprisse períodos mais alargados de trabalho”;
- jjjj*) Mais lhe deu ordem, na mesma data, para “passar a deslocar-[se] ao gabinete do Director clínico desse Conselho de Administração, todos os dias, para proceder ao registo das horas de entrada e de saída, visto que só aí estaria disponível a sua folha”;
- kkkk*) Através de requerimento, com registo de entrada em 2 de Agosto de 2002, a Dr.^a ... , solicitou ao Conselho de Administração do Hospital Curry Cabral, que o Director clínico do Hospital, confirmasse por escrito as ordens dadas, alertando para o exposto e bem assim para o facto de ser “um exemplo único, dado que todos os demais médicos continuam a ter à sua disposição, no local habitual, a sala de médicos da Unidade de Endocrinologia, o referido documento”;
- llll*) Em 17 de Setembro de 2002, o Dr. N, em documento dirigido aos “Membros do Júri do Concurso de Provimento para Chefe de Serviço de Endocrinologia do Hospital de Curry Cabral”, de que foi presidente, escreve: “a folha de presença da Interna do Internato Complementar referida pelo Dr. ... foi colocada no Conselho de Administração por decisão expressa desse órgão, devido a que essa médica se eximia a comparecer, por várias vezes em que foi convocada para dar esclarecimentos sobre a sua actividade hospitalar. *Trata-se de medida disciplinar*, de cuja iniciativa não sou responsável” (sublinhado nosso);
- mmmm*) Em 11 de Dezembro de 2002, o administrador delegado e o Presidente do Conselho de Administração do Hospital Curry Cabral proferiram despacho, com base na Informação, de 30 de Setembro de 2002, de consultora jurídica, com o seguinte teor: “Guarde-se”;

- nnnnn*) De acordo com aquela informação, “Os médicos, neste período de formação, praticam horário de 42 horas semanais, estabelecido e programado em termos idênticos aos dos médicos da carreira, tendo em conta as respectivas actividades”, devendo, nessa conformidade, “preencher as folhas de registo, de acordo com os horários que se encontram previamente definidos”. Alega que, “se a requerente pretende a confirmação por escrito das ordens que lhe foram dadas, sempre o deveria ter feito ao seu autor, isto é, ao Director clínico do HCC, e não ao respectivo CA, como fez, que é parte ilegítima face ao pedido em análise”// 7. Quanto ao pedido de revogação das ordens em apreço, importa também esclarecer que não existe hierarquia entre o Director clínico e Conselho de Administração, pelo que o seu pedido deve ser rejeitado, nos termos do artigo 173.º, alínea a), do CPA.// 8. Acresce ainda que, a questão em apreço consubstancia matéria de serviço, razão pela qual a mesma sempre seria insindicável”;
- ooooo*) Nos anos de 2000 e 2001, à Dr.^a ... foram autorizados os vários pedidos por si apresentados de comissão gratuita de serviço;
- ppppp*) *Em 12 de Agosto de 2002*, requereu a concessão de comissão gratuita de serviço para apresentar “trabalho próprio original” na Conferência Euresco “Neuroendocrine — Immune Interactions” (para a qual enviou “abstract” de póster que foi aceite”), que implicaria a ausência *de 7 a 11 de Outubro de 2002*. Para a mesma tinha-lhe sido concedida bolsa, pela Fundação Europeia da Ciência;
- qqqqq*) O pedido foi indeferido em 30 de Setembro de 2002;
- rrrrr*) *Em 22 de Outubro de 2002*, foi notificada a interessada da decisão de indeferimento;
- sssss*) Em 22 e em 30 de Outubro e em 21 de Novembro de 2002, requereu ao Administrador Delegado do Hospital Curry Cabral, cópia do despacho de “indeferimento do pedido de comissão gratuita de serviço referente ao período entre 05 e 10 de Outubro de 2002”;

- ttttt*) Por deliberação de 29 de Janeiro de 2003, do Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral, foi instaurado procedimento disciplinar à Dr.^a ... , “na sequência de exposição subscrita pelo Responsável do Serviço de Endocrinologia, a propósito de faltas ao serviço não justificadas pela mesma”. De igual modo, pelo mesmo órgão decisor e na sequência de participação pelo responsável do referido Serviço, foi instaurado novo procedimento disciplinar em 21 de Janeiro de 2003, por alegada recusa de realização de consulta médica. Um outro procedimento disciplinar foi instaurado em 30 de Agosto de 2002, pelo “então responsável da Unidade de Endocrinologia, Dr. N”, por a mesma ter assinado “abusivamente em nome do Responsável da Unidade de Endocrinologia, sem para tal terem pedido ou recebido delegação” (cf. Informação de 7 de Outubro de 2004, da Inspeção-Geral da Saúde);
- uuuuu*) Os mesmos processos correm termos na Inspeção-Geral da Saúde.

C)

1. As queixas apresentadas ao Provedor de Justiça objecto dos Processos R-699/04 (A4) e R-3843/04 (A4) têm transversalmente por fundamento a alegada existência, desde 2001, de “campanha persecutória pessoal”, por parte do Presidente do Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral, do Director clínico, Dr. N... , e do responsável do Serviço de Endocrinologia, Dr. G, relativamente ao Doutor ... e à Dr.^a ...

O enquadramento jurídico de queixas com tal motivação, para além da análise da legalidade das decisões que a revelem, encontra-se, atenta a inserção temporal dos factos, nos princípios fundamentais da prossecução do interesse público, da justiça, da boa fé, da igualdade, da proporcionalidade e da imparcialidade, aos quais estão subordinados os órgãos e agentes administrativos no exercício das suas funções (artigos 266.º e 269.º, n.º 1, da CRP e artigos 4.º, a 7.º do CPA). Estes princípios concretizam-se designadamente, para além da densidade normativa que em si encerram, em deveres funcionais como, por exemplo, no dever de exercício de funções públicas em subordinação exclusiva ao interesse público e aos “objectivos do serviço”, de actuação

independente dos interesses particulares de qualquer índole e de correcção para com os colegas, inferiores e superiores hierárquicos (artigo 3.º, respectivamente, n.º 2, n.º 8, n.º 5, 2.ª parte, e n.º 10, do Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro).

Hoje, desde a entrada em vigor, em 1 de Dezembro de 2003, do Código do Trabalho (artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprova o Código do Trabalho), os comportamentos que, no “emprego, trabalho ou formação profissional”, com base em critérios impertinentes ou subjectivos, têm por “objectivo ou o efeito de afectar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador” para dado trabalhador, têm um regime jurídico próprio, definido nos artigos 22.º a 32.º do Código do Trabalho, sobre “igualdade e não discriminação”. Este regime é também aplicável aos funcionários e agentes da Administração Pública, por força do artigo 5.º, alínea a), da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

2. Na Inspeção-Geral da Saúde, encontra-se pendente o processo de averiguações relativo a “factos relacionados com o funcionamento do Serviço de Endocrinologia, do Hospital de Curry Cabral”. As situações relatadas nas queixas apresentadas ao Provedor de Justiça, que se inscrevem noutros planos, designadamente, no do cumprimento dos deveres funcionais, não deixaram certamente de aí ser consideradas e melhor apuradas.

No plano, porém, da estrita legalidade administrativa, os factos apurados nos processos da Provedoria de Justiça permitem fazer um juízo sobre as decisões concretas, individualizadas, que tiveram por destinatários ou afectaram os médicos em referência.

2.1. No que respeita à queixa por cerceamento ao Doutor ... do direito à formação médica anual, o regime jurídico aplicável consta, em primeira linha, o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março (concretizando a afirmação, constante da Base XVI da Lei de Bases da Saúde — Lei n.º 48/90 de 24 de Agosto — da formação e aperfeiçoamento profissional como objectivo fundamental a prosseguir relativamente ao pessoal da saúde). A “formação do médico integrada em carreira” deve obedecer às seguintes directrizes:

- a) deve ser contínua, “*planeada e programada*, com mobilização dos meios adequados, com vista a *incentivar* o desenvolvimento do seu

- perfil profissional ou a progressiva diferenciação, devendo incluir informação relativa aos conhecimentos de outras áreas profissionais considerados necessários a abranger matérias referentes a funções de direcção e gestão” (n.º 1) — sublinhados nossos;
- b) devem ser “*garantidos aos médicos de todas as carreiras, com prioridade para os que exerçam funções em regime de dedicação exclusiva, meios de actualização permanente e reciclagens, através de cursos, seminários e outros meios de formação profissional, sendo-lhes permitidas, com esse fim, a utilização de comissões gratuitas de serviços, em termos a determinar por despacho do Ministro da Saúde*” (n.º 2) — sublinhados nossos.
- c) Como “*formação complementar*” e na perspectiva do “*aperfeiçoamento ou diferenciação técnica, poderá ser autorizada a frequência, em regime de comissão gratuita de serviço, de ciclos de estudo especiais, criados por despacho do Ministro da Saúde*” (n.º 3).
- d) Aos médicos em regime de dedicação exclusiva poderão ainda ser concedidos “*períodos de dispensa da prestação de trabalho normal, até seis meses por cada cinco anos de serviço, sem perda ou diminuição de regalias ou direitos*”, para “*actualização técnica e científica e de desenvolvimento de projectos de investigação*” (n.º 4) — sublinhado nosso.

O n.º 2 do artigo 8.º — conforme explicitado no parágrafo primeiro do Despacho n.º 867/2002 (2.ª Série), emitido em sua concretização — reconhece “ao pessoal das carreiras médicas ... com relação jurídica de emprego público a exercer funções em instituições e serviços do Serviço Nacional de Saúde (SNS) o *direito de frequentar* acções de formação profissional, sendo-lhes permitida, com esse fim, a utilização de comissões gratuitas de serviço” (sublinhado nosso).

Para tanto dispõe de um crédito de horas que pode ir até ao limite de 150 horas ou 15 dias úteis por ano civil (n.os 1 e n.º 2 do citado despacho).

O exercício do direito, de acordo com o n.º 1 do citado despacho, depende de “*autorização prévia dos dirigentes máximos*” das “*instituições ou serviços do SNS*”.

A utilização dos créditos ocorre em “regime de comissão gratuita de serviço”, devendo “ser sempre fundamentada pela instância decisória” a “decisão de não concessão” (n.º 6 do Despacho n.º 867/2002).

O n.º 11 do Despacho refere a possibilidade da participação dos médicos em acções de formação, que visem predominantemente o interesse dos serviços, constituir uma iniciativa dos mesmos.

Importa ainda referir que o artigo 29.º, n.º 3, alínea h), do Decreto Regulamentar n.º 3/88, de 22 de Janeiro, comete ao director de serviço hospitalar o poder-dever de “[z]elar pela actualização das técnicas utilizadas, promovendo por si ou propondo aos órgãos competentes as iniciativas aconselháveis para a valorização, aperfeiçoamento e formação profissional do pessoal em serviço” ³⁶⁵.

Analisada a situação concreta da formação médica do Doutor ... à luz do regime jurídico aplicável, verifica-se que a partir de Setembro do ano de 2001 foi desatendido, pelo Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral, o conteúdo mínimo do direito daquele médico à formação anual que lhe é legalmente garantido. O motivo invocado para o indeferimento repetido dos pedidos apresentados pelo médico foi, em síntese, a “inexistência de dados nas fichas dos doentes da Consulta”. Ora, a alegação não procede pelas seguintes razões:

- a) o registo informático feito pelo médico, em alternativa, ao registo manual, consta da primeira página dos processos dos doentes;
- b) a existência de tal registo informático existia desde data anterior a 2002, era conhecido dos órgãos competentes do Hospital, como ficou provado no procedimento disciplinar n.º /D/2002 e foi destacado no Parecer n.º 148/04, do Departamento de Modernização e Recursos da Saúde ³⁶⁶, sem que tenha impedido anteriormente a concessão de comissões gratuitas de serviço;

³⁶⁵ A Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, que aprovou “o novo regime jurídico da gestão hospitalar e procede à primeira alteração à Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto”, manteve em vigor o Decreto Regulamentar n.º 3/88, de 22 de Janeiro, até à publicação da regulamentação nela prevista (artigo 3.º).

³⁶⁶ “Assim, constata-se que *desde 1996*, que o arguido, ora recorrente, não procedia ao registo de dados clínicos das consultas externas em suporte papel, e ao invés, fazia esse registo em suporte informático. Conduta esta que era conhecida por parte dos colegas da equipa de

- c) as acções de formação cuja participação foi requerida foram sempre consideradas de “utilidade para o serviço”.
- d) A informação da chefe de repartição, pelo menos quanto ao pedido entrado em 20 de Agosto de 2002, foi no sentido de que a ausência do requerente “não prejudica o normal funcionamento do Serviço, que fica assegurado”.
- e) Como estava em causa a garantia do direito à formação anual do médico e considerando a importância que a lei atribui à formação médica contínua, em particular, dos médicos em regime de dedicação exclusiva, no interesse também da própria instituição (conferindo inclusive ao director de serviço hospitalar o poder-dever de a promover), o indeferimento sistemático não constituía nem constitui uma alternativa juridicamente válida às dificuldades práticas levantadas pelos referidos despachos.

Note-se que não se tratou no caso de um mero condicionamento ao exercício do direito, mas do seu cerceamento, sem que em termos mínimos tenha sido assegurado.

2.2. Consideremos, agora, o tratamento dado ao pedido de acumulação de funções docentes na Faculdade de Medicina de Direito, feito pelo Doutor ..., em 6 de Agosto de 2001.

O regime de trabalho em dedicação exclusiva veda ao médico o “desempenho de qualquer actividade profissional pública ou privada, incluindo o exercício de profissão liberal”. Duas situações são, no entanto, salvaguardadas: o exercício de funções docentes ao abrigo de protocolos de colaboração entre as faculdades e as instituições hospitalares ou outros estabelecimentos de saúde, nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 312/84, de 26 de Setembro; e, nos termos gerais, “o desempenho de funções docentes em esco-

endocrinologia do recorrente (...) e de outros funcionários do serviço.// Pesa ainda que o responsável da equipa até Março de 2002, o Dr. ... tinha conhecimento de tal conduta, nunca se opôs à mesma, e inclusivamente considerava que *‘...relativamente à utilidade decorrente da recolha de dados clínicos em suporte informático, hoje essa actuação é fundamental ...’* (negrito no original) (...).// Ficou, igualmente, provado em sede de instrução que o recorrente no Relatório de actividades que elaborou, ao longo de anos, e entregues aos dirigentes do Hospital, referenciava que procedia ao referido registo informático”.

las dependentes ou sob tutela do Ministério da Saúde, mediante autorização nos termos da lei” (artigo 9.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março, que define o “regime legal das carreiras médicas”).

O prazo geral para a tomada de decisão por parte de órgão administrativo a quem seja dirigido requerimento de interessado é de 90 dias (artigo 58.º do CPA). O sentido da fixação legal de um prazo de decisão é “o de fornecer ao órgão competente um factor e ordenação (e escolha) das formalidades necessárias à formação da respectiva vontade”, propiciar a responsabilização disciplinar pelo seu incumprimento injustificado e permitir identificar, na perspectiva da garantia dos direitos e interesses dos particulares, omissão ilegal ²¹³.

Impende ainda sobre os órgãos administrativos o dever de instruírem de forma “rápida e eficaz” os requerimentos que lhe sejam dirigidos, diligenciando no sentido de obter “tudo o que for necessário ao seguimento do procedimento e justa e oportuna decisão” (artigo 57.º do CPA).

Ora, censurável não é apenas o facto de o requerimento do interessado ter sido decidido ao fim de 19 meses, mas também o facto de a primeira diligência instrutória que se regista, a partir dos próprios documentos fornecidos pelo conselho de administração do hospital, ter sido efectuada mais de um ano depois da entrada do requerimento do mesmo (respectivamente, 10 de Outubro de 2002 e 6 de Agosto de 2001).

Para além de esta actuação violar manifestamente o disposto no artigo 57.º do CPA, revela uma total falta de ponderação dos interesses do requerente, atento o facto de o pedido de autorização se reportar ao ano lectivo de 2001/2002, o que é juridicamente relevante à face do princípio do respeito pelos interesses legalmente protegidos dos particulares (artigo 4.º, segunda parte, do CPA) e mesma da boa fé e da colaboração da Administração com os particulares (artigos 6.º-A e 7.º do CPA).

Acresce referir que, após a mudança do Doutor ... , por concurso, para o Hospital Santa Maria, o respectivo pedido de acumulação foi deferido.

³⁶⁷ Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e João Pacheco de Amorim, Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2.ª edição, Coimbra, 1997, pp. 313 e 314.

2.3. Relativamente à projectada cessação do regime de dedicação exclusiva, por iniciativa do Conselho de Administração do Hospital de Curry Cabral, verifica-se:

- a) que o Conselho de Administração adoptou projecto de decisão no sentido de pôr termo ao regime de dedicação exclusiva do médico;
- b) fundamentou a decisão projectada no alegado incumprimento das obrigações profissionais pelo Doutor ... e notificou-o, em 10 de Outubro de 2002, para efeito da audiência dos interessados;
- c) dois anos depois, em 9 de Outubro de 2004, a Provedoria de Justiça foi informada que sobre o assunto nunca veio a ser tomada decisão definitiva.

A falta de uma decisão definitiva sobre o assunto — e a consequente indefinição temporal sobre a situação jurídica do interessado — constitui premissa de uma de duas conclusões necessárias: ou o motivo invocado não tinha consistência ou, tendo, foi descurado o interesse do serviço (artigo 4.º do CPA).

Noutro plano, é igualmente censurável a actuação do Conselho de Administração porque ao deixar em aberto, numa espécie de permanente ameaça, a tomada de anunciada decisão desfavorável, age de forma contrária aos valores da confiança e da segurança que o agir administrativo deve gerar nos seus destinatários (artigo 6.º-A do CPA) ³⁶⁸.

2.4. No que respeita à alegação de que apenas o Doutor ..., no quadro dos 19 médicos do Serviço de Endocrinologia, viu alterado, em 30 de Outubro de 2002, sem o seu acordo e sem consulta prévia os respectivos períodos de consulta e bem assim que apenas o mesmo viu a sua actividade de con-

³⁶⁸ O projecto de deliberação em causa foi junto ao processo.

O Conselho de Administração, solicitado a enviar cópia simples, não o fez, invocando inexistir um acto administrativo e que apenas estes são passíveis de certificação.

Embora não tenha sido pedido nenhum certificado ou certidão, observa-se que quer um quer outro pertencem à categoria de actos administrativos (em sentido amplo) denominados de declarações de conhecimento. Manifestam o conhecimento que um órgão administrativo tem de determinados factos. Chama-se certificado o acto mediante o qual um órgão administrativo informa do conhecimento oficial de facto documentado nos seus registos; a certidão é o acto mediante o qual manifesta o conhecimento oficial de um facto pela reprodução de um documento que se encontra nos seus registos.

sulta passar a realizar-se predominantemente no período da tarde quando a dos outros médicos se realizava no período da manhã, ficou assente no Relatório final do processo disciplinar n.º /D-2002 e parecer do DMRS, que a alteração do horário do Doutor ... foi feita sem audição prévia do mesmo, ao invés do que era devido, nos termos do n.º 1 do Despacho n.º 19/90 (DR., II Série, n.º 193, de 22 de Agosto de 1990, p. 9407) e que foi determinada por órgão incompetente (*idem*).

2.5. Relativamente à queixa por limitação da actividade assistencial do Doutor ... , no que respeita aos períodos e marcação de consultas médicas, importa ter presente o constante no citado parecer

Com efeito, noticia o mesmo — seja a partir do relatório final do instrutor (que em sede de relatório final concluiu quanto à improcedibilidade da acusação quanto à não realização de certas consultas médicas), seja da própria análise da autora do parecer — a falta de planeamento e organização, imputável aos órgãos e serviços competentes do hospital, na marcação de consultas. Regista-se ainda a notícia da permanência, no hospital, do médico, por “várias horas para além do limite diário de prestação de trabalho” e bem assim a informação, revelada também pelas listagens de “consultas por especialidade e médico”, juntas ao nosso processo, de que o médico “realiza, globalmente considerada (em termos médios), uma actividade assistencial significativa dentro do serviço a que pertence”.

Por outro lado, é reconhecido (a fls. 51 do relatório final do processo disciplinar n.º /D.2002) que “existem efectivamente desvantagens objectivas, potenciais, nessa realização a partir de cerca das 16,30/17 horas, *que se reflectem negativamente no exercício clínico dos médicos com horário de consulta a partir das 16,30, 17 horas*. Isto se se atender à falta de pessoal de apoio à consulta, designadamente de enfermagem e à dificuldade de obter a realização de exames complementares de diagnóstico que sejam solicitados a partir daquelas horas” (*itálico nosso*).

2.6. Avaliação do internato complementar da Dra ... relativa aos anos de 2001 e 2002.

O “regime jurídico da formação, após licenciatura em Medicina, com vista à profissionalização e à especialização médicas”, assim como “os princípios a que devem obedecer os respectivos processos de formação” constavam, à data da inserção dos factos relatados, do Decreto-Lei n.º 128/92, de 4 de Julho. “O regulamento dos internatos médicos”, em “cumprimento do

artigo 32.º do mesmo diploma, foi aprovado pela Portaria n.º 695/95, de 30 de Junho ³⁶⁹.

Relativamente ao internato complementar, destacam-se os seguintes aspectos:

- a) O internato complementar é caracterizado como “um período de formação teórica e prática especializada em área individualizada da medicina e tem por objectivo habilitar o médico ao exercício autónomo e tecnicamente diferenciado em área profissional médica ou cirúrgica” (n.º 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 128/92 e n.º 1 do artigo 2.º da Portaria n.º 695/95).
- b) A responsabilidade “pela formação médica durante os internatos e ciclos de estudos especiais” é do Ministério da Saúde, “através dos serviços e estabelecimentos de saúde e dos órgãos dos internatos médicos”, a saber, o Conselho Nacional dos Internatos Médicos, as comissões regionais dos internatos médicos e as direcções dos internatos médicos, nos termos legalmente definidos (artigos 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 128/92 e artigo 3.º, n.º 1, da Portaria n.º 695/95).
- c) “Às direcções de internatos médicos que não sejam abrangidos pelo artigo 61.º [“Remuneração dos adjuntos de director clínico”] do Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março, e aos membros das comissões regionais que, em cada zona ou região, coordenem os internatos complementares da clínica geral e de saúde pública é atribuído um acréscimo salarial de 10% da remuneração estabelecida para a categoria e escalão de que sejam titulares, a incidir sobre os valores fixados para a dedicação exclusiva e horário de trinta e cinco horas” (artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 128/92, de 4 de Julho).
- d) Aos órgãos dos internatos cabem, por um lado, “funções de estudo e de consulta nos domínios da concepção, organização e planea-

³⁶⁹ O “regime jurídico da formação após a licenciatura em Medicina” foi redefinido pelo Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de Agosto. De acordo com a previsão da alínea a) do n.º 2 do artigo 29.º daquele diploma, através da Portaria n.º 1499/2004, de 28 de Dezembro, foi “aprovado o programa de formação do ano comum”. A alínea b) do citado n.º 2 prevê a aprovação de “programa de formação nas áreas profissionais de especialização”.

- mento dos internatos” e, por outro lado, orientar, coordenar e avaliar o desenvolvimento e o funcionamento dos internatos (artigo 3.º, n.º 2, da Portaria n.º 695/95).
- e) Ao Conselho Nacional cabe, designadamente, “acompanhar e avaliar o desenvolvimento dos internatos, em articulação com as comissões regionais” (artigo 7.º, alínea *h*), da Portaria n.º 695/95).
- f) Às comissões regionais — compostas, na sua “formação operacional”, pelos directores de internato dos hospitais centrais, directores de internato de quatro hospitais distritais, o director de internato do Instituto Português de Oncologia de Francisco Gentil e pelos coordenadores dos internatos complementares de clínica geral e de saúde pública — compete, designadamente, “prestar apoio às direcções e coordenações de internato dos estabelecimentos da sua zona” (alínea *b*) do artigo 10.º da Portaria n.º 695/95).
- g) À direcção dos internatos — cujos elementos (“um dos adjuntos do director clínico, que, no seu exercício, pode ser coadjuvado por um a três assessores, a propor ao director clínico do estabelecimento”), nomeados “pelo órgão dirigente máximo” do estabelecimento hospitalar, sob propostas do director clínico — cabe, designadamente, “orientar e acompanhar o desenvolvimento geral dos internatos e a avaliação dos médicos internos, em estreita colaboração com os directores ou responsáveis dos serviços hospitalares e orientadores de formação”, “verificar e avaliar as condições de formação, comunicando à comissão regional qualquer alteração que possa implicar perda de idoneidade do serviço”, “promover e coordenar a realização de actividades de carácter formativo que se integrem nos objectivos dos programas”, “orientar a distribuição dos internos pelos serviços, de acordo com a respectiva capacidade”, “recolher periodicamente junto dos directores de serviço hospitalares, dos orientadores de formação e dos internos informações pertinentes para um melhor funcionamento dos internatos”, “coordenar e centralizar as avaliações” (alíneas *b*), *c*), *e*), *g*), *h*) e *i*), da Portaria n.º 695/95).
- h) O “planeamento das actividades dos internos é, nos internatos hospitalares, preparado pelo respectivo *director de serviço*” (artigo 16.º da Portaria n.º 695/95).

- i) “*Aos membros dos órgãos dos internatos complementares são facultados o tempo e as condições necessárias para o desempenho eficiente das suas funções*” (artigo 18.º da Portaria n.º 695/95), assim como ao “orientador de formação” (artigo 15.º, n.º 6, da Portaria n.º 695/95).
- j) “Os internos dos internatos complementares terão um orientador de formação no serviço de colocação oficial”, “um dos médicos do serviço, habilitado com o grau de assistente da respectiva especialidade e a necessária qualificação técnica, a nomear, nos estabelecimentos hospitalares, pela direcção do internato, sob proposta do director ou responsável pelo serviço” (artigo 15.º, n.ºs 1 a 4, da Portaria n.º 695/95 e artigo 5.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 128/9, de 4 de Julho).
- k) “As funções de orientador de formação *não podem ser exercidas pelos directores* de serviço/departamento ou equiparável” (artigo 15.º, n.º 8, Portaria n.º 695/95).
- l) Relativamente ao “sistema de avaliação e aproveitamento”, distinguem-se os seguintes aspectos:

(1) A avaliação é contínua e formalizada (para além de no final do internato) no fim de cada período de estágio e dentro deste, por cada período de 12 meses, “usando-se, entre outros instrumentos, os elementos constantes do processo individual de cada interno” (artigo 48.º da Portaria n.º 695/95).

(2) A avaliação visa aferir do “desempenho individual” e do “nível de conhecimentos” (artigo 49.º da Portaria n.º 695/95).

(3) A avaliação do desempenho “visa permitir ao interno e ao orientador de formação ou responsável de estágio saber da evolução formativa e do nível de desempenho atingidos, com base num acompanhamento permanente e personalizado da formação” (artigo 50.º da Portaria n.º 695/95).

(4) A avaliação de conhecimento consiste em “apreciar a evolução do interno relativamente aos objectivos do programa de formação” (artigo 51.º da Portaria n.º 695/95).

(5) A competência para avaliar o desempenho do interno é do director de serviço/departamento, ou equiparável, onde se

realizam os estágios, “*mediante proposta* do orientador de formação/responsável de estágio” (artigo 53.º, n.º 1, alínea *a*), da Portaria n.º 695/95 — sublinhado nosso).

(6) A competência para a avaliação de conhecimentos compete “ao director de serviço/departamento, ou equiparável, e *aos orientadores/responsáveis* de estágio” (artigo 53.º, n.º 2, alínea *a*), da Portaria n.º 695/95 — sublinhado nosso).

O período de estágio da Dr.^a ... relativo a de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro de 2001 foi objecto de proposta de avaliação do Doutor ... em 19 de Julho de 2002.

“O Sr. Dr. C. C., como responsável da Unidade de Endocrinologia, sempre se recusou no ano de 2001 a atribuir a classificação correspondente ao estágio de Endocrinologia efectuado entre 01.01.2001 e 01.12.2001, por considerar não possuir os elementos necessários para a avaliação de desempenho e de conhecimentos da médica em causa” (ofício de 28.09.2004). O aposentado “continua vinculado à função pública, conservando (...) os deveres que não dependam da situação de actividade” (artigo 74.º, n.º 1, do Estatuto da Aposentação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de Dezembro, incluindo as respectivas alterações”), pelo que, no caso concreto, o dever de decidir avaliando a interna não estava dependente da sua actual manutenção no exercício efectivo de funções, permanecendo o respectivo incumprimento.

A Comissão Regional dos Internatos Médicos da Zona Sul, na sequência de pedido de parecer do Director do Internato Médico do Hospital Curry Cabral, pronunciou-se, em 19 de Novembro de 2002, “no sentido de a avaliação de 2001 ser realizada pelo orientador de formação em exercício à data em que o estágio (a avaliar) se realizou” (ofício do Presidente do Conselho Nacional dos Internatos Médicos, de 21 de Julho de 2004, recebido na Provedoria de Justiça).

Em 24 de Junho de 2003, foi recebida no Hospital de Santa Maria ficha de avaliação do estágio da Dr.^a ... reportado ao período de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro de 2001.

A ficha encontra-se assinada no espaço relativo à proposta do orientador de estágio e do Director de Serviço por uma mesma pessoa. É acompanhada de documento de “justificação das classificações atribuídas” da autoria do chefe de Serviço de Endocrinologia, Dr. N.

Em face do exposto, observa-se:

(1) A decisão de avaliação do desempenho não pode prescindir da proposta do orientador da formação e a avaliação de conhecimentos é conjunta (artigo 53.º da Portaria n.º 695/95, de 30 de Junho).

(2) A discordância do director de serviço Dr. C. C face a essa proposta não o desobrigava do exercício da competência de decidir sobre a avaliação do desempenho e de fazer a avaliação de conhecimentos, em conjunto com o Doutor ..., da Dr.^a ..., mesmo depois de aposentado. Tendo o “director de serviço/departamento” o dever de decidir tem também a obrigação, se não concordar com o proposto, de fundamentar, de forma clara e completa, a sua divergência, pela apresentação dos factos que a motivam (artigos 9.º, 29.º, 105.º e 124.º, n.º 1, alínea c), e 125.º, n.ºs 1 e 2, do CPA).

(3) Não lhe aproveita a invocação de que não possuía “os elementos necessários para a avaliação de desempenho e de conhecimentos da médica em causa”. Na verdade, tal acrescenta um incumprimento adicional relativamente ao do dever de avaliação em causa, considerando a competência para o “planeamento das actividades formativas dos internos” (artigo 16.º da Portaria n.º 695/95) e atento o facto de, como “responsável de estágio”, ser-lhe “facultado o tempo necessário para o desempenho das funções de formação” (artigo 15.º, n.º 6, da Portaria n.º 695/95).

(4) É também de registar o alheamento da direcção do internato do Hospital de Curry Cabral relativamente à situação, quando lhe compete, designadamente, “orientar e acompanhar (...) a avaliação dos médicos internos, em estreita colaboração com os directores ou responsáveis dos serviços hospitalares e orientadores de formação”. Assim como lhe compete “verificar e avaliar as condições de formação”, “recolher periodicamente junto dos directores de serviços hospitalares, dos orientadores de formação e dos internos informações pertinentes para um melhor funcionamento dos internatos”, “coordenar e centralizar as avaliações” (artigos 12.º e 14.º, alíneas c), g), h) e i), da Portaria n.º 695/95, de 30 de Junho).

(5) A falta de “qualquer contacto com a formanda”, invocada pelo Dr. N (cf. 3. A), alínea xxxx., supra), não o impediu de fazer tal avaliação, substituindo-se ao orientador da formação, sob cuja “orientação directa e permanente” estivera, conforme artigo 4.º da Portaria n.º 695/95, de 30 de Junho, a Dr.^a ... Note-se que o n.º 8 do artigo 15.º da Portaria n.º 695/95 veda

o exercício de funções de orientador de formação pelos directores de serviço/departamento ou equiparável e o artigo 53.º, n.º 2, alínea *b*), da mesma Portaria não prescinde da proposta do orientador quanto à avaliação do desempenho e exige uma avaliação conjunta para a avaliação de conhecimento.

(6) Acresce referir que, não se compreende que, tendo sido pedido parecer, pelo director do internato, ao Conselho Nacional dos Internatos — órgão superior de “orientação, coordenação e avaliação do desenvolvimento e funcionamento” (artigo 7.º, alínea *h*), da Portaria n.º 695/95) dos internatos médicos — haja sido desatendido o parecer por esse órgão emitido (artigo 7.º, alínea *k*), da Portaria n.º 695/95), “no sentido de a avaliação de 2001 ser realizada pelo orientador de formação em exercício à data em que o estágio (a avaliar) se realizou” (ofício do Presidente do Conselho Nacional dos Internatos Médicos, de 21 de Julho de 2004, recebido na Provedoria de Justiça).

No que se refere ao período de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro de 2002, o Presidente do Conselho de Administração do Hospital enviou ficha da “avaliação do ano de 2002 subscrita pelo Responsável do Serviço Dr. N e pela Orientadora Dr.ª L, em relação ao período de 01.09.02 a 31.12.03, acompanhada das respectivas justificações, datadas de 20.12.02” (fls. 8 do ofício de 29 de Setembro de 2004).

Esclarece-se, no ofício ora referido (fls. 5, § último), que a citada orientadora responde apenas pelo período de “Set. a Dez./02”, conquanto só passou a exercer as respectivas funções a partir de 1 de Setembro de 2002.

Em 31 de Agosto de 2002, o Doutor ... apresentou proposta de atribuição de 19,9 valores, a título de avaliação do período de 1 de Janeiro a 31 de Agosto de 2003 e apresentou, com data de 1 de Setembro, “Relatório da formação do internato complementar de endocrinologia da Dr.ª ...” (7 folhas).

A Dr.ª L só podia propor e responder por avaliação relativa ao período de 4 meses. Nos restantes oito meses do ano de 2002, o Orientador da Dr.ª ... foi o Doutor Especifica o Presidente do Conselho de Administração que efectivamente só é imputável à Dra L a avaliação relativa aos meses de Setembro a Dezembro de 2002.

Nestes termos, constata-se que o Dr. N. chamou a si a avaliação do período de 1 de Janeiro a 31 de Agosto de 2002. Ao fazê-lo, à margem da proposta de avaliação apresentada, oportunamente, pelo Doutor ..., o orientador da formação nesse período, o Dr. N agiu de forma contrária ao disposto nos

artigos 53.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 2, alínea *b*), da Portaria n.º 695/95, de 30 de Junho.

Nestes termos, a decisão de avaliação relativa ao ano de 2002 — período de 1 de Janeiro a 31 de Agosto de 2002 — é ilegal, por omissão de formalidade essencial e vício de incompetência, pois a decisão de avaliação que, deve assentar obrigatoriamente na proposta do orientador de formação, quanto à avaliação de desempenho, desconsiderou a proposta do Doutor ... e, quanto à avaliação de conhecimentos, que deve ser uma decisão conjunta, foi tomada, quanto ao período em referência, apenas pelo Dr. N, Director clínico, que não teve “qualquer contacto com a formanda” (conforme informou o Presidente do Conselho de Administração à Provedoria de Justiça no ofício de 28 de Setembro).

Por último, é importante ter presente que, neste quadro jurídico, o Dr. N atribuiu à Dr.^a ..., relativamente a esse período (de 1 de Janeiro a 31 de Agosto de 2002) a classificação de 8,5 valores, com todos os efeitos gravosos que esta nota importa para a interessada. Assim como se deve ter presente que a classificação proposta pelo orientador efectivo e juridicamente titulado, para o mesmo período, é de 19,8 valores. Dito por outras palavras, urge reapreciar a classificação relativa ao ano de 2002 da Dr.^a ..., atento o quadro legal aplicável.

2.7. Decisão de pedido de acumulação da Dr.^a de funções docentes na Faculdade de Medicina de Lisboa.

De acordo com o artigo 35.º da Portaria 695/95, de 30 de Junho, os “médicos dos internatos complementares devem dedicar à formação teórica e prática a sua actividade profissional durante toda a semana de trabalho e durante todo o ano, estando impedidos de acumular outras funções públicas”. Excepciona-se, porém, as “funções docentes ao abrigo do Decreto-Lei n.º 312/84, de 26 de Setembro” e bem assim, “quando necessário, em escolas dependentes ou sob tutela do Ministro da Saúde”, “mediante autorização nos termos da lei.”

O prazo geral para a tomada de decisão por parte de órgão administrativo a quem seja decidido requerimento de interessado é, como já referido, de 90 dias (artigo 58.º do CPA).

Do supra exposto e ao arripio deste quadro jurídico, destaca-se o facto de existir pedido de acumulação de funções do ano de 2001, o facto de a Faculdade de Medicina ter assegurado, desde logo, em 2001, a substituição da

Dr.^a ... no Serviço de Urgência, o facto de, na sequência de pedido de acumulação que dirigiu ao Ministro da Saúde, ter sido alterado o horário de trabalho da mesma e o facto de o respectivo requerimento ter sido decidido muito para além do prazo de 90 dias legalmente previsto para a tomada da respectiva decisão.

O despacho de 11 de Dezembro de 2002, do Presidente do Conselho de Administração e do Administrador-Delegado — que se absteve de analisar a legalidade das ordens que motivaram o exercício do direito de representação pela Dr.^a ..., nos termos do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro — é legalmente censurável a vários títulos:

(1) foi proferido mais de três meses após a entrada do requerimento da interessada;

(2) a ter-se por dirigido a órgão incompetente, seria devido a sua remessa a órgão competente, nos termos do artigo 34.º do CPA (órgãos do mesmo Hospital);

(3) No requerimento da interessada não estava em causa, como incorrectamente se refere na citada informação, o simples registo das horas de entrada e saída do serviço, mas antes a apreciação da legalidade do facto de a requerente ter sido *impedida*, pelo Director clínico, de *fazer o registo verdadeiro das respectivas horas de entrada e de saída ao serviço* e, por outro lado, o facto de, diferentemente de todos os demais médicos, ter *de fazer tal registo no gabinete do director clínico*.

(4) Sem prejuízo de não dever ser confundida a hierarquia administrativa com a autonomia técnica, destaca-se que é o próprio director clínico que invoca ser o conselho de administração o autor das ordens questionadas (cf. ponto 3, B), alínea *vvvvv*, supra).

(5) Assim como afirma que as mesmas ordens consubstanciavam uma “medida disciplinar” — *sic*, o que contraria a proibição jurídica fundamental da aplicação de decisões sancionatórias sem a necessária audiência e defesa dos respectivos destinatários (artigos 32.º, n.º 10, e 269.º, n.º 3, da CRP e artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro).

(6) Acresce referir que o poder discricionário, ao invés do que parece ser pressuposto na citada informação, não é um poder juridicamente livre (artigo 3.º do CPA).

2.8. No que respeita às comissões gratuitas de serviço dos “médicos dos internatos complementares”, dispõe o artigo 43.º da Portaria n.º 695/95, de 30 de Junho, que aos mesmos “podem ser concedidas comissões gratuitas de serviço, bolsas de estudo ou equiparações a bolseiro, no país ou no estrangeiro, quando se proponham frequentar estágios ou cursos ou participar em seminários, congressos ou outras acções de formação idêntica natureza”.

A concessão das comissões gratuitas de serviço depende do enquadramento das “acções de formação a frequentar” “no plano de formação estabelecido e em desenvolvimento e, no caso de acções de formação, que correspondam a estágios ou áreas de formação do programa para esses estágios ou áreas de formação” ou pressupõe que as acções de formação a frequentar sejam de curta duração ou de carácter avulso, as quais não deverão exceder o limite de 15 dias por ano e que em caso algum poderão prejudicar o tempo de serviço de formação de cada estágio” (artigo 43.º, n.º 1).

A frequência de estágios ou cursos no estrangeiro pressupõe que se insiram na especialidade médica que estiver em causa e que, ou sejam “de especial interesse para a formação”, ou “dada a sua diferenciação, não possam ser frequentados no estabelecimento de colocação ou em estabelecimento nacionais.”.

A competência para decidir sobre os pedidos de comissão de serviço quando as mesmas não tenham uma duração superior a 30 dias, seguidos ou interpolados, por ano, é do órgão dirigente máximo do estabelecimento de colocação do interno (artigo 44.º, alínea *a*), da Portaria n.º 695/95).

Os interessados devem apresentar os respectivos pedidos com a antecedência mínima de 15 dias, com identificação da “menção da especialidade frequentada e ano de frequência”, da “acção de formação, seus objectivos, data, duração e condições de inscrição” e bem assim indicar as “acções de formação já frequentadas e do número de dias que o interno, durante o ano civil respectivo, já despendeu em comissão gratuita de serviço” (artigo 45.º, n.º 2, da Portaria n.º 695/95).

Os requerimentos respectivos devem ser “*sujeitos a parecer do orientador de formação*” e director de serviço e, conforme a especialidade, à direcção ou coordenação do internato (artigo 45.º, n.º 3, da Portaria n.º 695/95).

Em face do exposto, verifica-se que, depois da frequência de várias «acções de formação», pedidas e deferidas, nos anos de 2000 e 2001, não há registos relativos ao ano de 2002.

Destaca-se, em particular, o facto de o pedido de comissão de serviço feito em 12 de Agosto de 2002 (cf. ponto 3, C, alínea zzzzz., supra) ter sido notificado à interessada extemporaneamente, isto é, já depois da data da realização do congresso, no qual — sem custo para o hospital, e apesar da “utilidade para o serviço” — a Dr.^a ... tinha visto aceite “trabalho próprio original”.

É de referir, igualmente, que, do expediente respectivo, não resulta que o pedido em causa tenha sido submetido a “parecer do orientador da formação”, ao invés do previsto no n.º 3 do artigo 45.º da Portaria n.º 695/95, de 30 de Junho.

D)

Em resposta à queixa por «campanha persecutória pessoal», invoca o conselho de administração o não reconhecimento das hierarquias e a arrogância técnico-científica do Doutor ...

Ora, ainda que esta invocação estivesse factualmente demonstrada não constituiria causa de justificação das decisões juridicamente censuráveis dos órgãos do Hospital de Curry Cabral que foram identificadas.

E)

Nestes termos, cumpre censurar do ponto de vista da legalidade as decisões que ficam identificadas e, em particular, as decisões de avaliação da Dr.^a ... relativas aos anos de 2001 e 2002.

Em face desta censura e considerando bem assim a existência de processo de averiguações na Inspecção-Geral da Saúde (à qual remeti cópia do presente ofício), determinei o arquivamento, por agora, do correspondente processo da Provedoria de Justiça.

Entidade visada: Ministra da Educação

Assunto: DGRHE — docente — formação — profissionalização — designação do curso.

Foi organizado na Provedoria de Justiça o presente processo, aberto com base em reclamação apresentada pela Sr.^a ..., relativamente às habilitações e designação de curso que determinam o posicionamento/graduação em sede de concurso para colocação de docentes, tendo o Provedor de Justiça remetido à, então, Ministra da Educação, carta com o seguinte teor:

«Relativamente ao objecto do presente processo e à sua fase instrutória foram apurados os seguintes factos:

1. Em Junho de 2003, a reclamante candidatou-se para leccionar no Grupo 39 (Informática), tendo ficado com um número de ordem no grupo de informática e na lista provisória de professores.

2. No entanto, em 04.09.03, data da afixação dos resultados das colocações, o nome da reclamante não constava em nenhuma das listas, quer de professores colocados, quer de professores não colocados.

3. Solicitada a competente informação à DGRHE, foi a reclamante esclarecida que o curso que lhe conferiu o grau académico de bacharelato e cuja designação apresentou em sede de candidatura, não consta do guia de habilitações.

4. À data do início da frequência do curso que veio a concluir, o mesmo designava-se “Engenharia Informática — Tecnologias da Informação” (nome que ainda consta do guia de habilitações).

5. Na pendência do mesmo curso, a denominação foi alterada para “Engenharia Informática e das Tecnologias da Informação”.

6. O Presidente da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Castelo Branco, solicitada a competente informação, veio esclarecer que apenas tinha havido uma alteração de denominação do curso em causa, mantendo-se inalterado todo o plano curricular.

7. No entanto, a reclamante não chegou a ser colocada em nenhum estabelecimento de ensino, com efeitos para o ano lectivo de 2003/2004.

8. Em sede de instrução, foi oficiada a DGRHE que veio aos autos responder através do ofício de 28.10.04.

9. De acordo com o mesmo, a reclamante «... *foi graduada na lista provisória de graduação com o n.º 10938, no grupo de código 39*». Porém, «...*a 8 de Agosto de 2003, a candidata ... , excluída da 2.ª parte do concurso, pelo motivo A00 — Por não possuir habilitação própria para o grupo a que se candidata — alínea g) do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 18/88, de 21 de Janeiro, apresentou uma reclamação denunciando cinco candidatas que, com a mesma habilitação se encontravam admitidas, sendo que (...) [a reclamante] foi referenciada na reclamação*».

10. Apreciada a documentação relativa ao grau académico obtido pela reclamante, declarou a DGRHE, mais uma vez, que a mesma não possui habilitação própria para a docência uma vez que a denominação do curso que lhe conferiu o grau de bacharel não se encontra integrado na lista oficial de habilitações para a docência.

11. De acordo com a DGRHE, apenas «...*possuem habilitação própria para a docência, os portadores de cursos com a exacta designação, grau académico e preencherem os requisitos especiais quando mencionados nos normativos legais que regulamentam as habilitações para a docência*», sendo que estas «... *foram objecto de análise por um grupo de trabalho extinto pelo Despacho Normativo 3-A/2000, de 18/01 [e] a partir desta data não houve análise de planos de estudos nem currículos para reconhecimento de habilitações para a docência*». Mais acrescenta a DGRHE que «... *a responsabilidade da mudança de designação de cursos é das instituições que ministram os cursos em causa*».

I

Decorre do estudo da documentação carreada para os autos a seguinte evolução legislativa e regulamentar, no que concerne à matéria em questão:

1. Desde 1995 (Portaria n.º 1141-C/95, de 15 de Setembro) que o legislador considerou a necessidade de regular a «...*criação e*

entrada em funcionamento de um conjunto de disciplinas do ensino secundário na área da informática».

2. Assim, com efeitos para o ano lectivo de 1995/96, foi criado e entrou em funcionamento «... o grupo de docência de Informática do ensino secundário».

3. Ainda de acordo com o mesmo normativo e a partir do ano escolar de 1996/97, instituiu-se o recrutamento de pessoal docente com habilitação profissional.

4. Com a entrada em vigor do Despacho Normativo n.º 7/97, de 7 de Fevereiro, com a redacção que lhe foi dada pelo Despacho Normativo n.º 15/97, de 31 de Março, estatuiu-se *que «...as instituições de ensino superior que pretendam o reconhecimento de um curso de ensino superior como habilitação própria ou suficiente para a docência devem apresentar o pedido, devidamente fundamentado, ao Ministro da Educação, até ao dia 31 de Julho de cada ano»* — ponto 2 do Despacho Normativo mencionado).

5. Por sua vez, a Portaria n.º 92/97, de 6 de Fevereiro, veio definir «... o universo de recrutamento para o exercício de funções docentes no grupo de Informática no ensino secundário».

6. No mapa anexo a esta portaria veio a constar especificamente como um dos cursos que confere habilitação própria para o ensino de informática, o bacharelato em “Engenharia Informática — Tecnologias da Informação”.

7. A Portaria n.º 56-A/98, de 5 de Fevereiro, veio alargar o universo de «... habilitações a considerar no recrutamento para o exercício de funções docentes no grupo de Informática no ensino secundário».

8. Na mesma sequência da Portaria n.º 92/97, foi publicada a Portaria n.º 16-A/2000, de 18 de Janeiro, a qual procedeu à «... actualização das formações académicas adequadas ao exercício de funções docentes (...) [com o] aditamento ao elenco legal das habilitações existentes para o grupo de docência de informática no ensino secundário» — cfr. o anexo I, da portaria mencionada.

9. Finalmente, o Despacho Normativo n.º 3-A/2000, de 18 de Janeiro, veio revogar a legislação de enquadramento anterior e

extinguiu o grupo técnico de trabalho que procedeu «... à *apreciação da totalidade das propostas feitas por instituições de ensino superior*».

10. O mapa II anexo àquele diploma legal veio actualizar, mais uma vez e no que respeita ao grupo 39, os cursos que conferem habilitação profissional para a docência de disciplinas de informática no ensino secundário.

11. Ora, muito embora no mapa constante do anexo I da Portaria 92/97 figure o curso com a denominação oficial de “Engenharia Informática — Tecnologias da Informação”, o que significa que, nos termos e para os efeitos do disposto do já revogado Despacho Normativo n.º 7/97, tenha sido requerido e fora concedido o reconhecimento do mesmo, nunca tal denominação, até à data dos factos que deram origem à sua reclamação, fora alterado.

12. Note-se ainda que a Portaria n.º 92/97 — anexo I, n.º 2, alínea a) — considera que se encontra abrangido pelo mesmo «... *todo o curso criado nos termos da lei que satisfaça, cumulativamente, as seguintes condições: — tenha a exacta designação na coluna “Designação oficial do curso” (...)*».

13. Sucede, no entanto, que tal deixou formalmente de acontecer com o curso que conferiu à reclamante o grau de Bacharel em “Engenharia Informática e das Tecnologias da Informação”.

Terá sido este o pressuposto que serviu de base à tomada de posição por parte da DGRHE.

II

Analisados os factos descritos, mantenho a impossibilidade de concórdia com a posição assumida pela DGRHE, no sentido de que entendeu não reunir a Reclamante os requisitos essenciais que lhe confeririam habilitações para a docência.

Na verdade e após contacto com o Instituto Politécnico de Castelo Branco, foi este órgão do Estado informado de que foram realizadas várias diligências no sentido do reconhecimento da alteração da denominação do curso de Engenharia Informática e das Tecnologias da Informação ministrado pela Escola Superior de Tecnologia daquele Instituto Politécnico.

Nesse sentido, junto cópia da documentação carreada para os autos, a saber:

- Ofício de 19.03.04;
- Ofício de 12.03.04, do Instituto Politécnico de Castelo Branco (IPCB);
- Ofício de 16.12.03 do IPCB;
- Ofício de 26.11.03 do Gabinete do SEAE;
- Ofício de 16.09.03 do IPCB;
- Ofício de 30.07.03, do IPCB.

Conforme se refere no ofício de 16.12.03 (IPCB), «... *não existe em funcionamento qualquer mecanismo de reconhecimento de habilitações próprias e suficientes para a docência, apesar de a lei o impor e a realidade o exigir*».

Refere ainda o Presidente do IPCB que se encontram «... *reconhecidos muitos cursos que já não existem e não estão reconhecidos muitos dos que efectivamente existem, devendo-se tal à omissão da Administração*».

Verifico assim a existência de uma omissão procedimental por parte da Administração que muito tem prejudicado os docentes atingidos e, em particular, a ora reclamante.

No mesmo sentido ora expresso, refiro o ofício de 19.03.04, em que o Presidente do Conselho Coordenador dos Institutos Superiores Politécnicos reforça a gravidade do problema ao confirmar «... *que têm sido excluídos dos concursos à docência, licenciados ou bacharéis de cursos cuja designação havia sido alterada (e alguns casos somente numa conjugação ou proposição como “e” ou “de”)*». E que «... *não tem havido uma adequada resposta aos pedidos de reconhecimento dos seus cursos para a docência formulados pelos Institutos Politécnicos, o que prejudica gravemente os estudantes e diplomados destas instituições de ensino superior*».

Da análise do plano curricular do curso já mencionado retiro não ter havido qualquer alteração que permita fundamentar a exclusão de candidatos ao concurso de colocação de professores com o bacharelato ou a licenciatura com o único argumento da não constância da sua denominação alterada na lista oficial, quando tal acontece por responsabilidade inteiramente assacável ao organismo administrativo competente para o efeito: a DGRHE.

Examinada toda a matéria respeitante à questão que foi colocada a este órgão do Estado, concluo que o curso de “Engenharia Informática — Tecnologias da Informação”, com a actual denominação de “Engenharia Informática e das Tecnologias da Informação” cumpre os requisitos materiais exigidos legalmente.

Não se me afigura curial que a simples alteração do nome pela supressão de um “travessão” [—] e a sua substituição pela partícula de ligação “e das”, configure uma alteração de denominação do curso justificadora da exclusão dos docentes portadores de habilitação académica própria ou suficiente.

Acresce que, mesmo assim, foram os competentes serviços da DGRHE informados da alteração e foi requerida a aceitação da “nova” denominação.

Note-se que, além do mais, a Portaria n.º 694/2001, de 10 de Julho, veio alterar a denominação do curso em questão, pelo que não é admissível a alegação de desconhecimento do facto por parte da entidade competente que, oficiosamente, deveria ter promovido as alterações adequadas.

Pelo que concluo que foram cumpridos os preceitos legais vigentes sobre a matéria por parte do IPCB enquanto a DGRHE se mantém omissa num dever que deveria ter cumprido em prazo.

Verifico ainda não ser esta a primeira vez que se põe a questão de incúria da Administração Educativa quanto ao reconhecimento das habilitações no âmbito da docência.

Na verdade, recebeu este órgão do Estado, nos últimos anos, diversas reclamações apresentadas por docentes do ensino não superior relativamente à morosidade injustificada na apreciação de situações atinentes à sua formação académica e consequente repercussão profissional.

Também naqueles casos, a questão reconduziu-se à «... *omissão de pronúncia por parte do (...) grupo de trabalho* [criado ao abrigo do Despacho n.º 244/ME/96], *dentro do prazo procedimental fixado no art. 99.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo (CPA)*».

Na altura (n/ ofício de 21.11.2003), chamei a atenção da, então, Ministra da Ciência e Ensino Superior para a necessidade de «... *ser assegurada a efectiva retoma dos trabalhos daquele órgão consultivo e o consequente prosseguimento dos processos administrativos que aguardam a respectiva apreciação junto da [então] Direcção-Geral da Administração Educativa,*

caso o mesmo órgão ainda o não tenha feito, enquanto não for providenciada a revogação dos correspondentes despachos habilitantes».

Em resposta, o então Secretário de Estado da Administração Educativa, comprometeu-se, no sentido de pretender com o despacho (na altura em fase de preparação), «... *simplificar os procedimentos aplicáveis, reservando a intervenção casuística, mais morosa, aos casos indispensáveis e, mesmo nesses casos, através de uma estrutura de apreciação mais flexível*».

Nestes termos, chamo a atenção de Vossa Excelência para a situação gravosa criada à reclamante, devendo esse Ministério tomar as providências adequadas ao restabelecimento da situação de direito, nomeadamente quanto à contagem de tempo de serviço da interessada.

Neste sentido e atendendo à questão de facto colocada, solicito a melhor atenção de Vossa Excelência no sentido de ser apresentada uma solução conforme para este caso, procedendo-se ainda à retoma, tão breve quanto possível, dos trabalhos por parte da DGRHE, no que concerne a estes processos de avaliação de habilitações para a docência.

R-1839/04

Assessora: Maria José Castello-Branco

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração; ARS do Alentejo.

Assunto: Reclassificação profissional — conteúdo funcional — carreira de informática.

1. Recebeu a Provedoria de Justiça, uma reclamação do Sr. A, na qual se queixava da inversão remuneratória ocorrida relativamente ao Sr. B e ao Sr. C, ambos funcionários da Administração Regional de Saúde (ARS) de Évora e que, em consequência de reclassificação como operadores de sistemas e posterior transição para a carreira de técnicos de informática decorrente da reestruturação da respectiva carreira efectuada pelo Decreto-Lei 97/2001, de 26 de Março, se encontram a vencer pelo índice remuneratório 370.

2. Ter-se-ia verificado assim uma ultrapassagem, nomeadamente na escala indiciária, não obstante a maior antiguidade do requerente na carreira e nas categorias que a constituem, já que o queixoso se encontra a vencer pelo

índice 315. Argumenta que tal facto constitui violação do princípio da igualdade, da coerência e da equidade, em contradição com os princípios constitucionais da igualdade e da justiça material previstos nos artigos 13.º, 59.º n.º 1 a) e 266.º n.º 2 da Constituição.

3. O requerente solicita a análise comparativa da situação, sua evolução e a dos seus colegas, pedindo informações quanto ao posicionamento a que tem direito, com respeito pelo princípio constitucional da igualdade.

4. A instrução do processo decorreu nos seguintes termos:

4.1. Em 21.06.04 foi enviado o nosso ofício dirigido ao Coordenador da Sub-Região da Saúde de Évora, onde se solicitavam esclarecimentos sobre a questão, designadamente os termos em que tiveram lugar as reclassificações e os motivos que justificariam a diferença de tratamento dos funcionários em causa;

4.2. Em 07.07.04, por ofício, respondeu a Coordenadora da Sub-Região de Saúde de Évora, com a informação de que os processos individuais do reclamante, do Sr. B e do Sr. C, tinham sido enviados ao gabinete jurídico da ARS do Alentejo, para que aquele gabinete se pronunciasse, prestando os convenientes esclarecimentos, uma vez que a apreciação da matéria tinha sido da sua responsabilidade.

4.3. Em 04.08.04 é enviado a este órgão do Estado, o ofício do Conselho de Administração da ARS do Alentejo, remetendo a informação do gabinete jurídico, bem como dos documentos que a acompanhavam. Nesta informação, o gabinete jurídico analisa os processos do requerente, bem como os do Sr. A e do Sr. B, concluindo o seguinte:

4.3.3. O processo do requerente “*parece não suscitar dúvidas, uma vez que o próprio nunca questionou ou invocou quaisquer ilegalidades quanto ao seu processo de transição*” verificando-se que, pertencendo à carreira de operador de registos de dados, com a categoria de operador de registos de dados principal, o funcionário transitou para a carreira de técnico de informática, com a categoria de técnico de informática-adjunto, por força do disposto no art. 22 do Decreto-Lei n.º 97/2001, de acordo com o mapa VI anexo ao diploma legal do qual faz parte integrante. Presentemente tem o índice remuneratório 315;

4.3.4. Quanto ao processo de reclassificação profissional e de transição do Sr. A, conclui pela sua legalidade, referindo que à data da transição

imposta pelo Decreto-Lei n.º 97/2001, pertencia à carreira de operador de sistema com a categoria de operador de sistema de 2.^a. Informa ainda que:

4.3.4.1. A reclassificação profissional do funcionário para carreira de operador de sistema com a categoria de operador de sistema de 2.^a foi autorizada por despacho do Conselho de Administração da ARS do Alentejo, de 19.03.01, ao abrigo do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, tendo os seus efeitos sido reportados a 01.08.02.

4.3.4.2. Assim, tendo em conta a situação de reclassificação profissional obrigatória, o funcionário transitou ao abrigo do n.º 1 do art. 21.º do Decreto-Lei n.º 97/2001 de 26 de Março, para a carreira de técnico de informática com a categoria de técnico de grau 1, nos termos do anexo V.

4.3.5. Quanto ao processo de reclassificação profissional e de transição do Sr. C, o gabinete jurídico também conclui pela sua legalidade, embora se tenha processado de forma diferente, já que à data de transição imposta pelo Decreto-Lei n.º 97/2001, o funcionário pertencia à carreira administrativa com a categoria de assistente administrativo. Contudo:

4.3.5.1. A reclassificação profissional deste funcionário para carreira de operador de sistema, com a categoria de operador de sistema de 2.^a foi autorizada por despacho do Conselho de Administração da ARS do Alentejo, de 27.02.02, ao abrigo do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, tendo os seus efeitos sido reportados a 01.08.00.

4.3.5.2. O fundamento do acto baseou-se no facto de ter havido um requerimento do interessado efectuado em 03.05.99 e de nessa data, preencher os requisitos legais.

4.3.5.3. Assim, por despacho do então coordenador da Sub-Região de Saúde de Évora, datado de 25.03.02, foi autorizada a transição do funcionário para a carreira de informática, com a categoria de técnico de grau 1.º, nos termos do n.º 1 do art. 21.º do Decreto-Lei 97/2001.

4.4. Em 30.09.04, a Provedoria de Justiça solicitou ao Presidente daquele Conselho de Administração Conselho, através de ofício as seguintes informações complementares:

4.4.5. fundamentação legal que permitiu a produção de efeitos das reclassificações do Sr. B e do Sr. C, a 1 de Agosto de 2000, quando estas reclassificações se processaram em 19.03.01 e em 27.02.02;

4.4.6. fundamentação legal para a aplicação desfasada do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, e o ofício completo de 08.02.02 DRH/2002 da ARS Alentejo, Sub-Região de Saúde de Évora;

4.4.7. orientações do Departamento de Recursos Humanos da Saúde referida no ponto 1 da informação do gabinete jurídico datada de 26.02.02. e dirigida ao Conselho de Administração;

4.4.8. descrição da carreira de assistentes administrativos dos funcionários envolvidos no processo.

4.5. Em 19.11.04, foi enviada insistência através de ofício.

4.6. Em 02.12.04, foi recebido na Provedoria de Justiça, o ofício do Conselho de Administração da ARS do Alentejo, remetendo a informação do gabinete jurídico, bem como dos documentos que a acompanhavam. Nesta informação, o gabinete jurídico remete para a volumosa documentação apresentada, concluindo que a mesma deverá *“habilitar a Provedoria de Justiça, a uma independente, correcta e justa apreciação do assunto.”*

5. Analisado o acervo documental produzido no presente processo é possível, com alguma certeza, concluir-se pela veracidade dos seguintes factos:

5.3. Quanto ao Sr. A:

5.3.1. Em 01.03.78 foi admitido para desempenhar funções como escriturário dactilógrafo, nos serviços médico-sociais de Évora;

5.3.2. Em 30.01.79 foi nomeado como 3.º oficial;

5.3.3. Em 05.07. 85 foi nomeado operador de registo de dados;

5.3.4. Em 15.12.89 foi nomeado como operador de registo de dados principal;

5.3.5. Transita para a carreira de técnico de informática, com a categoria de técnico de informática-adjunto, por força do disposto no art. 22.º do Decreto-Lei n.º 97/2001, de acordo com o mapa VI anexo ao diploma legal do qual faz parte integrante. Presentemente tem o índice remuneratório 315;

5.3.6. Reclama da situação originada com a reclassificação e transição do Sr. B e do Sr. C em 06.12.02, solicitando que seja posicionado no lugar que lhe compete.

5.4. Quanto ao Sr. B:

5.4.1. Em 01.09.94 iniciou funções com a categoria de auxiliar de acção educativa na Escola E.B. 2/3 de Évora;

5.4.3. Em 23.08.96, na sequência de concurso interno geral de ingresso é nomeado em comissão de serviço extraordinária, como terceiro oficial, com fundamento “nas carências de pessoal existentes na área administrativa”;

5.4.4. Transitou para a categoria de assistente administrativo ao abrigo do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro;

5.4.5. Em 28.08.00 é enviado ao Presidente do Conselho de Administração da ARS do Alentejo, o ofício do Departamento de Recursos Humanos da Saúde, sob o título “Reclassificação obrigatória ao abrigo do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro”;

5.4.6. Em 07.09.00, através de ofício o Conselho de Administração da ARS Alentejo, devolve o processo de reclassificação profissional do Sr. B (bem como os do Sr. C e de outra funcionária) ³⁷⁰;

5.4.7. No mesmo ofício, o Conselho de Administração refere a possibilidade de um dos dois funcionários ser reclassificado ao abrigo do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99 ;

5.4.8. Em 12.02.01, o director de serviços, fundamenta (no próprio ofício) que para a vaga existente seja reclassificado o funcionário B;

5.4.9. Em 19.03.01, por despacho do Conselho de Administração da ARS do Alentejo, foi autorizada a reclassificação profissional para a carreira de operador de sistemas de 2.ª classe, ao abrigo do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, com efeitos reportados a 01.08.00;

5.4.10. Em 26.04.01, por despacho de coordenador sub-regional de saúde de Évora é autorizada a transição para a nova estrutura da carreira de informática de acordo com o Decreto-Lei n.º 97/2001.

5.5. Relativamente ao Sr. C:

5.5.1. Em 30.01.97 foi nomeado como terceiro oficial, por urgente conveniência de serviço, em regime de contrato administrativo de provimento como 3.º oficial na ARS do Alentejo;

³⁷⁰ Na interpretação do Gabinete Jurídico da ARS Évora, Informação de 26.02.00, o requerimento foi devolvido aos respectivos serviços, em função das orientações emitidas pelo Departamento dos Recursos Humanos da Saúde, ter concluído que não se verificavam os requisitos de que a lei faz depender a aplicação do art. 15.º. Cfr. 7.4.1.

5.5.2. Foi reclassificado em assistente administrativo com efeitos a 18.02.97, por força do Decreto-Lei n.º 404-A/98;

5.5.3. Em 03.05.00 requer a “*sua reclassificação em Operador de Sistemas de 2.ª classe, ao abrigo do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99 de 18/11*” ;

5.5.4. Em 24.05.00 foi o requerimento encaminhado para o Gabinete Jurídico da ARS Alentejo ³⁷¹;

5.5.5. Em 28.08.00 é enviado ao presidente do Conselho de Administração da ARS do Alentejo, o ofício do Departamento de Recursos Humanos da Saúde sob o título “Reclassificação obrigatória ao abrigo do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro”;

5.5.6. Em 07.09.00, através de ofício o Conselho de Administração da ARS Alentejo, devolve os processos de reclassificação profissional do Sr. C (bem como os do Sr. B e de outra funcionária) ;

5.5.7. No mesmo ofício, o Conselho de Administração refere a possibilidade de um dos dois funcionários ser reclassificado ao abrigo do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99.

5.5.8. Em 12.02.01 o director de serviços fundamenta (no próprio ofício) que para a vaga existente seja reclassificado o funcionário B;

5.5.9. Em 28.03.01 o mesmo director de serviços, fundamenta no mesmo ofício, a reclassificação do Sr. C;

5.5.10. Em 17.12.01, o Conselho de Administração, por ofício dirige instruções ao Coordenador Sub-Regional de Saúde de Évora, depois de ouvido o Departamento de Recursos Humanos de Saúde sobre a exequibilidade da aplicação do n.º 2 do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99;

5.5.11. Em 27.02.02, por despacho de Conselho de Administração da ARS Alentejo, foi reclassificado na carreira de operador de sistema com a categoria de operador de sistemas de 2.ª;

5.5.12. Em 25.03.02 é revogado o acto anterior, mediante substituição por novo acto que procede à reclassificação na carreira de operador de sistema com a categoria de operador de sistemas de 2.ª e à transição para a carreira de técnico de informática, categoria de técnico de grau de 1 com efeitos a 01.08.00

³⁷¹ Informação constante da informação do gabinete jurídico.

Análise

6. A matéria controvertida tem origem na aplicação desfasada do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, em conjugação com as regras de transição do Decreto-Lei n.º 97/2001.

7. Em simultâneo, face ao processo descrito constata-se que foram adoptados procedimentos reveladores de má administração, consubstanciados em actos de duvidosa credibilidade que indiciam a invalidade dos actos finais. Assim e, porque está em causa uma reclassificação que possibilitou posteriormente uma transição, a análise que efectuamos, incide nos actos de reclassificação, quanto aos seus pressupostos, aplicação da lei no tempo e fundamentação.

7.1. Quanto ao pressuposto de desajustamento funcional:

7.1.1. A reclassificação profissional consiste na atribuição de categoria e carreira diferentes daquela que o funcionário é titular, reunidos que estejam os requisitos legalmente exigidos para a nova carreira (n.º 1 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 497/99).

7.1.1.1. De acordo com este diploma a reclassificação pode ser ordinária ou excepcional, já que a primeira é permitida a qualquer momento da carreira administrativa do funcionário (art. 4.º) e a segunda, em certo período de tempo, já esgotado temporalmente (art. 15.º).

7.1.1.2. Por outro lado, a reclassificação ordinária, só pode ocorrer para lugar de quadro vago do serviço ou organismo onde se opera a reclassificação (n.º 3 do art. 6.º), enquanto que, para a reclassificação excepcional, o legislador previu a possibilidade de criação de lugar a aditar automaticamente ao quadro de pessoal, se necessário (n.º 2 do art. 15.º).

7.1.1.3. De forma genérica, pode dizer-se que o desajustamento funcional pode originar qualquer dos dois tipos de reclassificação, embora na situação de reclassificação ordinária, seja uma causa que coexiste com outras (alínea e) do art. 4.º) enquanto para a reclassificação excepcional é a única (art. 15.º). Nos termos do art. 4.º, a noção de desajustamento funcional caracteriza-se pela não coincidência entre o conteúdo funcional da carreira de que o funcionário é titular e as funções efectivamente exercidas, e nos termos do art. 15.º, encontra-se referenciada como o exercício de funções correspondentes a carreira distinta daquela em que estão integrados.

7.1.2. Importa portanto verificar se o Sr. B e o Sr. C se encontravam em situação de desajustamento funcional. Ambos eram, à data em que foi proposta a reclassificação, assistentes administrativos, pertencendo ao grupo de pessoal administrativo ao qual acederam, com fundamento na “*carência de pessoal existente na área administrativa*”, em 05.07.95 (o Sr. B) ³⁷² e “*carências de pessoal existentes naquele centro de saúde na área administrativa*”, em 16.01.97 (o Sr. C) ³⁷³. Apesar deste facto, encontramos no processo declarações que comprovam o exercício por este último de funções na secção de pessoal, correspondentes “*a necessidades permanentes do serviço e decorrem do facto de a operadora de sistemas do quadro de pessoal desta Sub-Região, Sr.ª M se encontrar destacada na Administração Regional de Saúde do Alentejo desde 1995*” ³⁷⁴ desde 18.01.97, portanto em data imediatamente a seguir à data em que foi proposta a sua nomeação em regime de contrato administrativo de provimento ³⁷⁵.

7.1.3. À data da proposta de reclassificação, fixada a 07.09.00 para o Sr. B ³⁷⁶ e a 08.02.02 para o Sr. C ³⁷⁷, a caracterização genérica do conteúdo funcional do grupo de pessoal administrativo, encontrava-se prevista no mapa I do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho ³⁷⁸ e Decreto Regulamentar n.º 20/85, de 1 de Abril. Quanto às carreiras de informática, e porque o exercício das funções em causa abrangia um período fundamentalmente abrangido pela vigência da Portaria n.º 244/97, de 11 de Abril, foi esta analisada. Ora, tendo-se processado a reclassificação para a categoria de operador de sistema, veri-

³⁷² Ofício do Coordenador da Sub-Região de Saúde de Évora ARS Alentejo com proposta de nomeação de 3.ºs oficiais.

³⁷³ Ofício do Coordenador da Sub-Região Évora, da ARS Alentejo, sem n.º, com proposta de nomeação de 3.ºs oficiais.

³⁷⁴ Declaração do Director de Serviços de 22 de Janeiro de 2002.

³⁷⁵ Apesar do acto de nomeação só ter ocorrido em 30.01.97, conforme despacho referido em ofício referido em nota 373.

³⁷⁶ Informação retirada da informação do Gabinete Jurídico.

³⁷⁷ Cfr. Ofício de 02.02.08 de ARS Évora Sub-Região de Saúde de Évora.

³⁷⁸ Que se encontra vigente, como resulta *a contrario* da alínea *b*) do art. 36.º do Decreto-Lei n.º 404/89, de 18 de Dezembro. Define-se em função da sua natureza executiva, enquadrada em instruções gerais e procedimentais bem definidos, com certo grau de complexidade, relativas a uma ou mais áreas de actividade administrativa, designadamente contabilidade, pessoal, economato e património, secretaria, arquivo, expediente e dactilografia.

fica-se que a Portaria 244/97 ³⁷⁹ — *como aliás a Portaria n.º 358/2002, de 3 de Abril, que revogou a portaria 244/97 e que resulta da publicação do Decreto-Lei n.º 97/2001 e faz transitar os funcionários integrados na carreira de operador de sistema para a carreira de técnico de informática de grau 1 e 2. (art. 21.º e 30.º e mapa V) passando a desempenhar funções ou na área funcional de infra-estruturas tecnológica, ou na área de engenharia de software (n.º 1 do 3.º da Portaria 358/2002)* ³⁸⁰ — define as áreas funcionais

³⁷⁹ Faz incumbir à carreira de operador de sistemas predominantemente :

- a) A interacção com o sistema, recorrendo a instruções e comandos adequados ao seu regular funcionamento e exploração;
- b) A manipulação dos equipamentos periféricos de cada configuração, municiando os respectivos consumíveis e vigiando regularmente o seu funcionamento;
- c) O desencadear dos procedimentos definidos e configurados para a operação do sistema;
- d) A execução dos trabalhos previstos no plano de exploração e manutenção do registo das operações efectuadas;
- e) A identificação das anomalias do sistema e o desencadear das acções de regularização requeridas;
- f) O cumprimento das normas de segurança física do equipamento e dos suportes de informação;
- g) O desencadeamento e controle dos procedimentos regulares de salvaguarda da informação, nomeadamente cópias de segurança, e colaborar em tarefas de recuperação
- h) A interacção com os utilizadores em situações decorrentes da execução das aplicações e da utilização dos produtos;
- i) A gestão dos suportes físicos da informação, assegurando a sua disponibilidade de acordo com os trabalhos a executar;
- j) A distribuição dos suportes finais da informação.

As tarefas inerentes ao conteúdo funcional da carreira de operador de sistema eram atribuídas a cada uma das categorias de acordo com o respectivo grau de complexidade.

³⁸⁰ As tarefas inerentes à área de engenharia de infra-estruturas tecnológicas são, predominantemente, as seguintes:

- a) Instalar componentes de hardware e software, designadamente, de sistemas servidores, dispositivos de comunicações, estações de trabalho, periféricos e suporte lógico utilitário, assegurando a respectiva manutenção e actualização;
- b) Gerar e documentar as configurações e organizar e manter actualizado o arquivo dos manuais de instalação, operação e utilização dos sistemas e suportes lógicos de base;
- c) Planificar a exploração, parametrizar e accionar o funcionamento, controlo e operação dos sistemas, computadores, periféricos e dispositivos de comunicações insta-

do exercício de funções na carreira de informática de forma que nada tem a ver com a fundamentação das propostas de reclassificação constantes no processo e que se resumem ao “*exercício de funções nas aplicações ADSE e vencimentos*”, no caso do Sr. C ³⁸¹ e “*de contabilidade*” no caso do Sr. B ³⁸².

7.1.4. É que, apesar de serem carreiras diferentes, a utilização no desempenho de funções administrativas de aplicações informáticas, nada tem a ver com o conteúdo funcional da carreira de operador de sistemas ou de técnico de informática. De forma lapidar dir-se-á, portanto, que a “*simples utilização de computadores e de programas informáticos na execução de tarefas próprias de assistentes administrativos, não faculta só por si, a reclassificação na carreira de operador de sistemas*” ³⁸³ o que nos leva, a concluir, tudo pon-

lados, atribuir, otimizar e desafectar os recursos, identificar as anomalias e desencadear as acções de regularização requeridas;

- d) Zelar pelo cumprimento das normas de segurança física e lógica e pela manutenção do equipamento e dos suportes de informação e desencadear e controlar os procedimentos regulares de salvaguarda da informação, nomeadamente cópias de segurança, de protecção da integridade e de recuperação da informação;
- e) Apoiar os utilizadores finais na operação dos equipamentos e no diagnóstico e resolução dos respectivos problemas.

3 — As tarefas inerentes à área de engenharia de software são, predominantemente, as seguintes:

- a) Projectar, desenvolver, instalar e modificar programas e aplicações informáticas, em conformidade com as exigências dos sistemas de informação definidos, com recurso aos suportes lógicos, ferramentas e linguagens apropriadas;
- b) Instalar, configurar e assegurar a integração e teste de componentes, programas e produtos aplicativos disponíveis no mercado;
- c) Elaborar procedimentos e programas específicos para a correcta utilização dos sistemas operativos e adaptação de suportes lógicos de base, por forma a otimizar o desempenho e facilitar a operação dos equipamentos e das aplicações;
- d) Desenvolver e efectuar testes unitários e de integração dos programas e das aplicações, de forma a garantir o seu correcto funcionamento e realizar a respectiva documentação e manutenção;
- e) Colaborar na formação e prestar apoio aos utilizadores na programação e execução de procedimentos pontuais de interrogação de ficheiros e bases de dados, na organização e manutenção de pastas de arquivo e na operação dos produtos e aplicações de microinformática disponíveis.

³⁸¹ Cfr. nota 374.

³⁸² Cfr. parecer manuscrito, de 01.02.12 exarado no ofício do Conselho de Administração de 07.09.00.

³⁸³ Cfr. Acórdão TCA 12730/03 de 1.04.04.

derado, que o pressuposto de desajustamento funcional necessário para efectuar a reclassificação efectuada não existiu.

7.2. Quanto à aplicação da lei no tempo.

7.2.1. Como já tivemos oportunidade de referir, a reclassificação ordinária pode efectuar-se a qualquer momento (art. 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99, o mesmo não acontecendo com a reclassificação extraordinária prevista no art. 15.º do mesmo diploma. Nos termos deste artigo, os serviços deveriam proceder *“no prazo máximo de 180 dias a contar da data de entrada em vigor do presente diploma”* (n.º 1), à reclassificação.

7.2.2. Este prazo, que configura um verdadeiro prazo de caducidade, foi contado pela ARS, de acordo com as regras do art. 72.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), o que implicou o seu alargamento até 20.08.00³⁸⁴ e justifica para a ARS a produção de efeitos retroactivos a esta data, quer para o Sr. B³⁸⁵ quer, posteriormente, para o Sr. C³⁸⁶.

7.2.3. Como se tal alargamento procedimental não bastasse, em 17.12.01 o Conselho de Administração da ARS do Alentejo, dirigiu-se ao Coordenador Sub-Regional de Saúde de Évora, a propósito da aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, no qual expressamente se refere: *“ouvido o Departamento dos Recursos Humanos da Saúde sobre a exequibilidade da norma supra citada este CA deliberou que: nas situações em que comprovadamente estejam reunidos todos os requisitos do n.º 1 do artigo supra referido e que, não obstante a inexistência de vagas em lugares de quadro, as necessidades permanentes próprias dos respectivos serviços, em 1 de Agosto de 2000, viessem a ser asseguradas, há mais de um ano, de forma regular, por pessoal provido em lugares de quadro de outras carreiras poderão ser encaminhados a estes serviços os respectivos processos de reclassificação (...)”*³⁸⁷.

³⁸⁴ Cfr. ofício de 28 de Agosto de 2000 do Departamento de Recursos Humanos da Saúde.

³⁸⁵ Embora a publicação contenha a referencia a 2001, o acto reportou os seus efeitos a 2000. Cfr. nota 376.

³⁸⁶ Cfr. proposta de nomeação de 12 de Março de 2002, efectuada pela chefe de divisão de recursos humanos.

³⁸⁷ Cfr. ofício

7.2.4. Ou seja, ano e meio após o prazo previsto no art. 15 do Decreto-Lei n.º 497/99, ter caducado, o Conselho de Administração considerava que a hipótese da sua aplicação era admissível.

7.3. Quanto à fundamentação dos actos de reclassificação

7.3.1. Em 07.09.00, o Conselho de Administração em ofício dirigido ao Coordenador Sub-Regional de Saúde de Évora ³⁸⁸ considera estarem reunidas as condições para a reclassificação de um funcionário ao abrigo do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 497/99, dado haver apenas um lugar de quadro;

7.3.2. O parecer do director de serviços sobre este ofício é, em 12.02.01, o seguinte: *“Considerando que na divisão de gestão financeira existem 6 aplicações informáticas, sendo o funcionário M o responsável como operador de sistemas da SIDE/2000 (contabilidade); (...) considerando que o funcionário Sr. C se encontra em regime de trabalho de 4 dias por semana; considerando que o funcionário Sr. C, não trabalha em nenhuma aplicação, sendo o parecer do seu pedido de reclassificação incorrecto; considerando que na secção de pessoal, só existe uma aplicação (secção do funcionário Sr. C) quando na situação de gestão financeira são 6 (seis). Proponho que para a vaga existente seja reclassificado o funcionário Sr. B”.*

7.3.3. No entanto, o mesmo director de serviços, exara em 28.03.01, o seguinte parecer rectificativo: *“Em tempo: tendo constatado, que o funcionário Sr. C tem a cargo a aplicação de reembolsos da ADSE e que pretende alterar o regime de trabalho assumindo a responsabilidade pela aplicação de vencimentos e recursos humanos, sou de parecer que o funcionário deve ser reclassificado. O mesmo justifica-se em face de um dos lugares de operadores de sistemas se encontrar destacado na agência.”*

7.3.4. Complementarmente, refira-se que o interessado foi notificado na mesma data através de ofício ³⁸⁹, no qual se refere que *“a reclassificação obrigatória só pode ter lugar quando constatada a existência de lugar vago na dotação para a carreira em que é proposta”*, o que não deixa de surpreender porque para a reclassificação obrigatória não era exigível um lugar de quadro.

²³³ Cfr. ofício citado nota 382.

²³⁴ Cfr. ofício de 28.03.01, DRH/01.

7.3.5. As declarações da chefe de divisão de gestão financeira, em 40.02.02, no processo do Sr. C sobre a existência de cabimento, tem por sua vez uma natureza dúbia, já que é do seguinte teor: *“Para os devidos efeitos se declara que existe cabimento no orçamento da sub-região de Saúde de Évora, para efeitos de reclassificação profissional de um assistente administrativo em operador de sistemas , pela diferença de vencimento (7149,17 Euros). Pelo facto de ainda não ter sido recebido o orçamento para o ano de 2002, não é possível fazer o cabimento formal da despesa, encontrando-se a mesma orçada em 2002 (...)”*

7.3.6. A fundamentação legal da retroactividade a Agosto de 2000 consta da informação do Gabinete Jurídico e remete para o n.º 1 do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 497/99, certamente por lapso, concluindo-se que o *“CA se encontra vinculado a proferir decisão de conformidade com a proposta, cujos efeitos serão reportados a 1 de Agosto de 2000”*. Foi sobre esta proposta que recaiu o despacho de concordância do presidente do Conselho de Administração em 19.03.01 vindo a possibilitar, que à data da publicação do Decreto-Lei n.º 97/2001, o Sr. B se encontrasse na previsão do art. 21.º.

7.3.7. Ou seja, em 19.03.01, mediante a utilização de um normativo que já tinha sido esgotado temporalmente (art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99) foi o funcionário Sr. B reclassificado para uma carreira, a de operador de sistemas, que viria a ser extinta seis dias depois, com a publicação do Decreto-Lei n.º 97/91, com fundamento em desajustamento funcional, que não se verificava, o que possibilitou a sua transição posterior para a carreira de informática ao abrigo deste diploma.

7.4. A fundamentação do acto de reclassificação do Sr. C

7.4.1. De acordo com referência efectuada pelo Gabinete Jurídico constante da informação de 26.02.02, o processo do Sr. C tinha sido analisado em 2000, tendo-se então concluído que não se encontravam reunidos os *“requisitos de que a lei faz depender a aplicação do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, invocados à data”*. Este facto não invalidou que na mesma informação de 2002, o Gabinete Jurídico conclua em sentido oposto já que em *“em face dos elementos agora requeridos, parece-me que o funcionário preenche os requisitos de enquadramento no âmbito de aplicação do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99”*.

Foi esta informação, sobre a qual recaiu despacho de concordância do Presidente do Conselho de Administração em 27.02.02 ³⁹⁰ que invocou como precedente o do Sr. B, e acabou por propor a reclassificação do assistente administrativo Sr. C, para a categoria de operador de sistemas, de acordo com o artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, e, em simultâneo, a transição para a carreira de técnico de informática, categoria de técnico de grau 1, conforme art. 21 e 30 do Decreto-Lei n.º 97/2001, também com efeitos a 1.08.00. Sobre esta última proposta recaiu o despacho de autorização do coordenador sub-regional de saúde, em 25.3.02.

7.4.2. Ou seja, em 27.02.02, após reconhecimento de que à data prevista no art. 15 não se encontravam reunidos os pressupostos da sua aplicação, mediante a utilização de um normativo que já tinha sido esgotado temporalmente (art. 15 do Decreto-Lei n.º 497/99), foi o interessado reclassificado para uma carreira que já não existia desde 1991 (em função da publicação do Decreto-Lei n.º 97/91), com fundamento em desajustamento funcional, que não se verificava, e com declaração de cabimento não formal, possibilitando-se assim, a sua transição em 25.03.02 para a carreira de informática ao abrigo do Decreto-Lei n.º 97/2001.

Em conclusão:

A. A fundamentação dos actos analisados, remete para o art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, permitindo concluir que à data em que foram praticados, tal norma se encontrava esgotada temporalmente.

B. Ora os poderes da Administração têm todos eles a sua fonte imediata na lei como resulta do princípio da legalidade constitucionalmente consagrado (artigo 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa e artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo) e, não existe qualquer outra disposição legal que permita à Administração Pública ultrapassar, nesta condições, o prazo substantivo de caducidade constante do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 497/99, tanto mais que aquele prazo confere certeza e estabilidade à titularidade do direito à reclassificação e à sua natureza declarativa.

³⁹⁰ Cfr. informação citada nota 370.

C. Estes actos administrativos foram também, praticados ao arrepio do princípio constitucional da igualdade, que “*tem carácter estruturante do sistema jurídico global, constituindo, numa das suas dimensões, a proibição do arbítrio, um limite externo da liberdade de conformação de todos os poderes públicos*”³⁹¹.

D. Encontramo-nos portanto perante uma actividade administrativa que ofende normas jurídicas aplicáveis — já que o citado art. 15.º não permite a sua aplicação após a conclusão do prazo — e é, em simultâneo, contrária aos princípios jurídicos vigentes, pelo que estamos perante actos juridicamente inválidos sancionados nos termos do art. 135.º do Código do Procedimento Administrativo com a anulabilidade.

E. Permito-me chamar a atenção de V. Ex.^a para o facto de não ter ocorrido a sanação destes actos nos termos do art. 137.º do CPA que suprimiria a própria ilegalidade: é assim defensável a tese segundo a qual, a inimpugnabilidade contenciosa de um acto inválido, nunca o transforma num acto válido verificando-se apenas que, concomitantemente, passado o prazo previsto no art. 141.º do Código do Procedimento Administrativo, terminou o poder da Administração para revogar o acto com fundamento em ilegalidade³⁹². Como refere Esteves de Oliveira: “*Não que desapareça a ilegalidade de que o acto padecia — resultado que só se obtém pela sua sanação (ou cura) através da ratificação, da reforma ou da conversão(...) O que sucedeu é que tal ilegalidade perdeu (no que a ele respeita) a sua força invalidante: o acto tornou-se inimpugnável com esse fundamento*”.

Não desconhece este órgão do Estado as dificuldades com que certamente se debatem os funcionários e técnicos da Administração Regional de Saúde, mas não posso deixar de formular um reparo a V. Ex.^a face ao processo ocorrido, sugerindo que se evitem, no futuro, práticas de má administração evitando situações de violação de lei invalidantes dos actos de reclassificação, como se verificou no caso dos presentes autos.

Face a este enquadramento comunico a V. Ex.^a ter determinado o arquivamento do presente processo e transmitido ao reclamante o entendimento da Provedoria de Justiça, sobre o mesmo.

³⁹¹ Acórdão do STA, de 15.12.04, proferido no processo n.º 953/04.

³⁹² Otero, Paulo “Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação jurídica à juridicidade”. Almedina, 2003, pág. 1026; Otero, Paulo “O poder de substituição em direito administrativo. Enquadramento dogmático-constitucional”, Lex Lisboa 1995, pág. 466.

R-2467/04

Assessor: Maria José Castello-Branco

Entidade visada: Secretário-Geral do Ministério da Educação

Assunto: Quadro de pessoal — carreira técnica superior de serviço social.

1. Foi recebida na Provedoria de Justiça uma queixa relativa à não inclusão da carreira de técnico superior de serviço social no quadro privativo da Direcção Regional de Educação do Norte ³⁹³. Posteriormente, no âmbito da análise do processo veio a apurar-se que a Direcção Regional do Algarve se encontrava, também, numa situação equivalente já que, do seu quadro de pessoal ³⁹⁴ constava a carreira técnica superior de serviço social dotada unicamente, ao abrigo da Lei n.º 49/99, de 22 de Junho, de um lugar a extinguir quando vagar. Veio também a comprovar-se que as outras três direcções regionais de educação, contemplavam a criação da carreira técnica superior de serviço social nos seus quadros privativos ³⁹⁵.

2. Sobre esta questão tinha-se V. Ex.^a pronunciado em sede de instrução do processo n.º .../04 através de ofício de 19.08.04, referindo fundamentalmente, que a inclusão da carreira técnica superior de serviço social nos quadros privativos das direcções regionais de educação resulta da aplicação dos critérios de identificação do pessoal pelos dirigentes máximos, tendo em conta as necessidades dos serviços, ao abrigo do n.º 1 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 208/2002, de 17 de Outubro.

3. Assim, após consulta da Direcção Regional de Educação do Norte e da Direcção Regional de Educação do Algarve, verificou-se ser ainda necessário obter as seguintes informações complementares por parte da Secretaria-Geral do Ministério da Educação ³⁹⁶:

3.1. a justificação da existência de dois critérios diametralmente opostos quanto ao exercício de funções, por pessoal não docente, na área da acção social pelas direcções regionais de educação, relevando a divergente

³⁹³ Portaria n.º 618/2004, de 3 de Junho.

³⁹⁴ Aprovado pela Portaria n.º 612/2004, de 3 de Junho.

³⁹⁵ Aprovados pelas Portarias n.º 610/2004, de 3 de Junho; n.º 614/2004, de 3 de Junho; e n.º 616/2004, de 3 de Junho.

³⁹⁶ Através do nosso ofício de 27 de Outubro de 2004.

aplicação dos critérios de transição previstos no n.º 1 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 208/2002;

3.2. a fundamentação da colocação em situação de inactividade de funcionários que até à transição, exerciam funções nos serviços de orientação e psicologia, serviços estes que não se encontram extintos e que funcionam no âmbito das competências das direcções regionais;

3.3. a compatibilização com o princípio da igualdade, da existência nas direcções regionais, de duas situações funcionais num mesmo serviço, que tocam os extremos da relação jurídica de emprego público: por um lado, a dos psicólogos, vinculados a quadros regionais e, por outro, a dos técnicos superiores de serviço social, em situação de supranumerários.

4. A estas questões respondeu V. Ex.^a através do ofício de 5 de Fevereiro de 2005, esclarecendo quanto:

4.1. à primeira questão, que o pessoal da carreira técnica superior de serviço social a desempenhar funções nas direcções regionais de educação integra o quadro único de pessoal do Ministério da Educação nos termos da Portaria 226-A/88, de 13 de Abril. Sendo no entanto, então pessoal técnico, veio a transitar para a carreira técnica superior de serviço social criada pelo Decreto-Lei n.º 296/91, de 16 de Agosto. Considera que, quanto à justificação da existência de dois critérios já foram prestados esclarecimentos no ponto 9 do ofício de 19 de Agosto de 2004 e acrescenta que foi entretanto publicado o Decreto-Lei n.º 184/2004, de 29 de Julho, que prevê explicitamente, as carreiras de técnico superior de serviço social, bem como a de psicólogo, como fazendo parte dos grupos de pessoal não docente das escolas, tal como previsto no Decreto-Lei n.º 515/99, de 24 de Novembro.

4.2. à segunda questão, que foi apurado pela Secretaria-Geral do Ministério da Educação, o facto de nem todos os técnicos superiores de serviço social exercerem funções integrados nos serviços de Psicologia e Orientação, exercendo parte significativa as suas funções nos centros de área educativa ou até na sede das direcções regionais de educação e que na presente data ainda vigora o quadro único de pessoal anteriormente mencionado, não parecendo aceitável que se apliquem os vocábulos de “inactividade” e de “supranumerários” ao pessoal em questão.

4.3. à terceira questão e face ao mencionado anteriormente sempre se diria, que os psicólogos estão vinculados aos quadros regionais de educação e os técnicos superiores de serviço social vinculados ao quadro único de pes-

soal como os restantes funcionários que exercem funções nos organismos centrais regionais e tutelados.

5. Já teve este órgão de Estado, a oportunidade de partilhar alguns pressupostos essenciais ³⁹⁷ para a compreensão do enquadramento desta questão, onde abunda a proliferação legislativa e a complexidade procedimental e que são os seguintes:

5.1.1. O último processo de reestruturação do Ministério da Educação teve início com a publicação do Decreto-Lei n.º 208/2002, tendo sido determinantes os decretos regulamentares que dotam os serviços do Ministério da Educação de quadros privativos ³⁹⁸, substituindo-se assim o modelo anterior de afectação de pessoal através de um quadro único do Ministério ³⁹⁹.

5.1.2. Do mesmo modo, foi criada uma dinâmica de identificação de funcionários a integrarem o quadro de supranumerários para efeitos de afectação do pessoal (previsto no Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro, de acordo com a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 208/2002), tendo em conta o objectivo de racionalização do número de efectivos para o cumprimento da missão e das competências de cada serviço.

5.1.3. Esta dinâmica encontra a sua sede privilegiada no conjunto normativo composto pelo já referido artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 208/2002 — e tem a ver ou com o exercício de funções nos serviços centrais, regionais ou outros (alínea *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 27.º), ou com as necessidades dos serviços nos quadros privativos que deles carecerem (alínea *c*) do n.º 1 do artigo 27.º) — e pelos Despachos n.º 17 557/2003, de 25 de Agosto de 2003 publicado na II Série n.º 210 e Despacho de 24 de Setembro de 2003 do Minis-

³⁹⁷ Cfr. nota anterior.

³⁹⁸ Decreto Regulamentar n.º 12/2004, de 28 de Abril; Decreto Regulamentar n.º 17/2004, de 28 de Abril; Decreto Regulamentar n.º 18/2004, de 28 de Abril; Decreto Regulamentar n.º 13/2004, de 28 de Abril; Decreto Regulamentar n.º 14/2004, de 28 de Abril; Decreto Regulamentar n.º 16/2004, de 28 de Abril; Decreto Regulamentar n.º 15/200, de 28 de Abril; Decreto Regulamentar n.º 11/2004 de 28 de Abril; Decreto Regulamentar n.º 9/2004, de 28 de Abril; Decreto Regulamentar n.º 10/2004, de 28 de Abril; Decreto Regulamentar n.º 8/2004, de 28 de Abril; Decreto Regulamentar n.º 7/2004, de 28 de Abril.

³⁹⁹ Criado pelo Decreto-Lei n.º 81/83 de 10 de Fevereiro (Portaria n.º 226-A/88) e Decreto-Lei n.º 133/93 de 26 de Abril, que revogou aquele decreto-lei.

tro da Educação, que homologou os critérios de transição do pessoal do quadro único do Ministério da Educação para os quadros privativos criados ao abrigo do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 208/2002.

5.1.4. Interessa assim, relevar que foram critérios imperativos de identificação dos funcionários do quadro único do Ministério da Educação para transição para os quadros privativos, homologados por despacho ministerial de 16 de Setembro de 2003, ao abrigo do n.º 2 do Despacho n.º 17557/2003, nomeadamente ⁴⁰⁰:

5.1.4.1. haver coincidência ou identidade de conteúdo funcional das funções que o funcionário desempenhava com as funções a desempenhar no novo contexto orgânico do serviço; e,

5.1.4.2. haver ajustamento às necessidades do serviço, considerando a natureza das funções e a estimativa do volume de trabalho.

6. Resulta, ainda, particularmente importante, a análise da evolução da carreira técnica superior de serviço social no Ministério da Educação, relevando assim, os seguintes factores:

6.1. À data da publicação do Decreto-Lei n.º 208/2002, o pessoal inserido na carreira técnica superior de serviço social ⁴⁰¹ pertencia ⁴⁰² a um quadro transitório de pessoal criado pelo n.º 3 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 143/93, de 26 de Abril e era gerido nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, pela Secretaria-Geral do Ministério.

6.2. Foram criados, entretanto, os serviços de psicologia e orientação, pelo Decreto-Lei n.º 190/91, de 17 de Maio, como unidades de apoio educativo, integradas na rede escolar, que desenvolvem a sua acção nos estabelecimentos de educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário (n.º 1 do artigo 2.º), dispondo de uma equipa técnica (n.º 1 do artigo 8.º) que inclui um técnico de serviço social (alínea *d*) do n.º 2 do artigo 8.º) designados pelo órgão de gestão e administração da área escolar ou escola onde o serviço se

⁴⁰⁰ Sendo os únicos relevantes nesta questão.

⁴⁰¹ Criada pelo Decreto-Lei n.º 296/91 de 16 de Agosto.

⁴⁰² Salvaguardada a hipótese que não se conseguiu comprovar de nem todo o pessoal da carreira técnica superior de serviço social se encontrar na previsão da parte final do corpo do n.º 3 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 143/93, de 26.04 (prestar serviço nos centros de medicina pedagógica, criados pelo Decreto-Lei n.º 107/86, de 21 de Maio e reestruturados pelo Decreto-Lei n.º 107/86, de 21 de Maio).

insere (n.º 4 do artigo 8.º) ⁴⁰³. No entanto, os membros permanentes destas equipas são afectos pelo director regional, ao abrigo do n.º 1 do artigo 14.º deste decreto-lei.

6.3. Estes serviços exercem uma clara actuação desconcentrada a nível regional, ⁴⁰⁴ e neles prestam funções outros profissionais, entre os quais, os psicólogos. Refira-se que a situação destes últimos, não é, por este facto, comparável à do pessoal da carreira técnica superior de serviço social, já que, com a publicação do Decreto-Lei n.º 300/97, de 31 de Outubro, foram criados 938 lugares, nos novos quadros de vinculação das direcções regionais de educação (artigo 6.º) ⁴⁰⁵.

6.4. Assim, à data relevante para efeitos de transição prevista no art. 27.º do Decreto-Lei n.º 208/2002, estes técnicos podiam continuar a desenvolver as suas funções nos serviços de orientação e psicologia, sem conflitualizar com as atribuições das direcções regionais de educação, na área do apoio sócio educativo, cfr. alínea c) do artigo 3.º, alíneas a) e b) do artigo 4.º e artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 141/93, de 26 de Abril.

6.5. Actualmente, nos termos do estatuto da carreira de pessoal não docente, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 184/2004, o pessoal técnico superior de serviço social, enquadra-se neste conceito de pessoal (n.º 1 do artigo 2.º) mas mantém-se integrado nos serviços de psicologia e orientação, regido por legislação própria (n.º 3 do artigo 2). Consequentemente, nos quadros concelhios de pessoal não docente, previstos pelo n.º 1 do artigo 6.º, não se encontra prevista a carreira de técnico superior de serviço social (cfr. anexo I deste diploma).

7. Quanto às competências na área de apoio sócio-educativo atribuídas pela nova lei orgânica às direcções regionais de educação, verifica-se ainda, que, nos termos do n.º 3 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 208/2002, é no âmbito de cada direcção regional de educação que se organizam os cen-

⁴⁰³ Desconhecendo-se se, quando e em que termos, o anteprojeto de decreto-lei da reforma da educação especial e do apoio sócio-educativo que foi apresentada de 12 de Janeiro a 15 de Fevereiro de 2004, será aprovado .

⁴⁰⁴ Cfr. alínea c) do artigo 3.º, alíneas a) e b) do artigo 4 e artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 141/93, de 26 de Abril.

⁴⁰⁵ Dos quais 105 a extinguir quando vagar e 44 a extinguir quando vagar após o primeiro provimento.

tros de apoio social e escolar que exercem competências nas áreas dos apoios e complementos educativos.

8. Em especial, foram atribuídas competências às direcções regionais de educação nas áreas de gestão de pessoal não docente e ainda nas áreas de apoio social, também nos termos do citado artigo 22.º, para orientar e coordenar o funcionamento das escolas (alínea *c*) do n.º 4), assegurar a concretização das orientações quanto a apoios e complementos educativos (alínea *d*) do artigo 4.º), analisar os factores de insucesso escolar (alínea *e*) do artigo 4.º) ou gerir o pessoal não docente das escolas (alínea *f*) do artigo 4.º).

9. Permito-me assim, após análise do processo, e, em especial do conteúdo do ofício supra identificado (cfr. ponto 4), solicitar a atenção de V. Ex.^a para o seguinte :

9.1. Como anteriormente referi, o critério que se encontra previsto na alínea *a*) do n.º 1 do art. 27.º do Decreto-Lei n.º 208/2002, faz depender a transição para os quadros privativos de pessoal das direcções regionais de educação da verificação de duas condições: o exercício de funções no serviço regional e as necessidades dos serviços;

9.1.1. V. Ex.^a teve a oportunidade de verificar, neste processo, a existência de técnicos da carreira técnica superior de serviço social, a exercer funções nos serviços regionais. Recorrendo ao que foi aduzido pela Direcção Regional de Educação do Norte, a sua não integração nos quadros privativos, deve-se ao entendimento final de que “às *funções de acompanhamento das escolas cometidas às direcções regionais de educação não se afigura imprescindível pessoal com um perfil de especialização tão concreto*”⁴⁰⁶.

9.1.2. A questão coloca-se portanto, primariamente, no plano das necessidades dos serviços.

9.1.3. Ora, conforme ficou referido em 7. e 8., a função de apoio sócio-educativo, cuja prossecução é revelada num plano operativo através da criação da carreira de técnico superior de serviço social, é atribuída legalmente às direcções regionais de educação, permitindo validar o entendimento de que esta carreira deve inserir-se nos quadros privativos das direcções regionais de educação. Terá aliás, sido este, o enquadramento que possibilitou, como já se

⁴⁰⁶ Cfr ofício de 11 de Outubro.

referiu, que 3 direcções regionais de educação criassem nos seus quadros privativos a carreira de técnico superior de serviço social;

9.1.4. Questiona-se, portanto, até que ponto, pode uma direcção regional de educação ao decidir qual a forma que deve seguir para prosseguir o interesse colectivo do qual foi incumbida legalmente, proceder à eliminação nos seus quadros da carreira que permite prosseguir esse interesse.

9.2. Aceito no entanto, que seja possível defender que o mesmo tipo de interesse seja prosseguido institucionalmente por duas entidades diferentes. Será porventura esse o sentido que o secretário-geral pretendia conferir ao relevar a inserção daquela carreira no âmbito da Decreto-Lei n.º 184/2004. Deve analisar-se, no entanto, a este propósito, o seguinte:

9.2.1. Conforme referi em 6.5, a qualificação destas duas carreiras — a de psicólogo e a de carreira de técnico superior de serviço social — como fazendo parte do pessoal não docente dos estabelecimentos escolares nos termos do Decreto-Lei n.º 184/2004, tal como anteriormente o fazia o Decreto-Lei n.º 515/97, não foi impeditiva para que as mesmas fossem autonomizadas, em relação às carreiras de pessoal não docente das escolas: assim a lei estabeleceu uma clara dicotomia entre os psicólogos e técnicos superior de serviço social que ficaram integrados nos serviços de psicologia e orientação e as demais carreiras que ficaram integradas nos quadros concelhios.

9.2.2. Quanto aos psicólogos, cuja carreira serve neste processo apenas de termo de comparação, verifica-se que a sua qualificação como pessoal não docente também não constituiu qualquer obstáculo para a criação em cada direcção regional de educação de quadros de vinculação, possibilitando que periodicamente, se proceda à afectação de psicólogos às escolas sede dos serviços de psicologia e orientação de acordo com as necessidades próprias da comunidade educativa em que se inserem.

9.2.3. Nestes quadros aliás, foram integrados os psicólogos que vinham exercendo funções nos serviços de psicologia e orientação em regime de contrato administrativo de provimento ou ainda, aqueles com nomeação no quadro único do Ministério da Educação e que se encontrassem em exercício de funções nos serviços de psicologia e orientação (n.º 1 do art. 13.º do Decreto-Lei n.º 300/97).

9.2.4. Ou seja, não foi a caracterização dos psicólogos como pessoal não docente, ou sequer o exercício de funções nos serviços de orientação e psicologia, que evitou a vinculação dos psicólogos aos quadros das direcções

regionais de educação, pelo que não pode colher a fundamentação que se apoia na qualificação da carreira como não docente, para não a integrar nos quadros das direcções regionais de educação.

9.2.5. A adopção deste entendimento levaria, assim, à correcção da situação das outras direcções regionais de educação.

9.3. Por outro lado, verifico que as consequências da diferença de tratamento que resulta da publicação dos quadros de pessoal anexos às Portarias n.º 612/2004, de 3 de Junho e n.º 618/2004, de 3 de Junho, que aprovaram respectivamente os quadros de pessoal não dirigente da Direcção Regional de Educação do Algarve e da Direcção Regional de Educação do Norte, são substantivas: assim, a alínea *d*) do n.º 1 do art. 27.º do Decreto-Lei n.º 208/2002, ao considerar o quadro único de natureza residual, que resulta da mecânica do próprio art. 27.º, como de supranumerários para afectação de pessoal, remete aparentemente para o Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro, que contém o regime jurídico da colocação e de afectação dos funcionários e agentes integrados em serviços e organismos que sejam objecto de extinção, fusão ou reestruturação.

9.3.1. Este decreto-lei cria junto de cada Ministério ou do departamento de recursos humanos, quando exista, um quadro de supranumerários para afectação do pessoal que, em resultado da extinção, fusão ou reestruturação de serviços, não seja directamente colocado noutra serviço, nos termos do seu art. 7.º;

9.3.2. No entanto e porque V. Ex.^a refere no ofício que não parece aceitável que se apliquem os vocábulos de “inactividade” e de “supranumerários” ao pessoal em questão, haverá ainda que proceder à análise de qual é, face à norma geral de transição, a nova natureza do quadro único do Ministério da Educação e por que regras se rege.

9.3.3. Assim, também quanto às consequências, a solução diferenciada encontrada pelo Ministério da Educação, se revela pouco nítida, contribuindo para a indefinição do estatuto jurídico dos abrangidos.

9.4. Face ao exposto, acabo por concluir que a diferença de tratamento dos técnicos da carreira de técnico superior de serviço social, decorrente das regras de transição aprovadas pela alínea *a*) do n.º 1 do art. 27.º do Decreto-Lei n.º 208/2002, não se encontra suficientemente fundamentada, sendo excessivamente onerosa para os funcionários que:

9.4.1. sendo todos oriundos do quadro único do Ministério de Educação;

9.4.2. exercendo funções para efeitos da data relevante prevista na alínea a) do n.º 1 do art. 27.º do Decreto-Lei n.º 208/2002, nas direcções regionais de educação ou nos centros de área educativa, que delas dependiam e ainda nos serviços de psicologia e orientação;

9.4.3. estando cometidas funções de apoio na área de apoio sócio-educativo atribuídas pela nova lei orgânica às direcções regionais de educação, conforme referido em 6 e 7;

9.4.4. acabaram por se manter integrados no quadro único, considerando-se, para todos os efeitos legais, aquele quadro como de supranumerários para afectação do pessoal, ao contrário dos que foram integrados nos quadros privativos das direcções regionais de educação.

Assim, considero que a norma de transição de pessoal constante da alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 208/2002, dificilmente pode ser interpretada no sentido de, dificultando o exercício de funções na área do apoio sócio-educativo que foram atribuídas por lei às direcções regionais de educação, permitir divergências de enquadramento institucional que se reflectem directamente na desigualdade de tratamento dos funcionários da carreira técnica superior de serviço social que não transitaram para os quadros privativos das Direcções Regionais de Educação do Norte e do Algarve.

Assim, com o presente reparo, considero que não se justifica a intervenção deste órgão de Estado, pelo que determinei o arquivamento do processo do mesmo dando conhecimento ao queixoso e à Ministra da Educação.

R-3503/04

Assessora: Ana Neves

Entidade visada: Coordenadora da Sub-Região de Saúde do Porto da Administração Regional de Saúde Norte

Assunto: Concurso interno geral de ingresso para preenchimento de 200 lugares na categoria de enfermeiro graduado/enfermeiro da carreira de enfermagem — aviso n.º 7860/2004 (2.ª Série).

1. Foi apresentada queixa ao Provedor de Justiça relativamente ao concurso interno geral de ingresso para preenchimento de 200 lugares na cate-

goria de enfermeiro /enfermeiro graduado da carreira de enfermagem, aberto pelo Aviso n.º 7860/2004 (2.ª Série), de 31 de Julho.

É alegado que a fórmula de avaliação adoptada no concurso viola os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé, conquanto “está construída com o objectivo fundamental de garantir a aprovação no concurso quase exclusivamente a quem exerça funções em centros de saúde e, em particular, na Sub-Região de Saúde do Porto”. Tal resulta do facto de a um dos factores avaliativos ser “atribuído um peso relativo de tal forma preponderante que o torna por si só determinante da classificação final” (4 pontos com os restantes 6 pontos distribuídos por três outros factores), o que é exponenciado pela atribuição da pontuação dos respectivos sub-factores a partir de 0 pontos.

2. Na instrução da queixa apresentada, foi junta cópia de documentos do processo de concurso (que acompanharam o ofício de 26.11.04), incluindo cópia de processos de candidatura e de “contratos ao abrigo dos quais os enfermeiros exerceram ou exercem funções em centros de saúde”; e foram prestados esclarecimentos pelo júri (idem) e por V. Ex.^a (ofícios de 10 de Fevereiro e de 25 de Outubro de 2005).

3. São os seguintes os fundamentos aduzidos para justificar a fórmula avaliativa:

- a) o carácter interno geral do concurso permite que ao mesmo sejam opositores quer os “agentes em regime de contrato administrativo de provimento com um ano ininterrupto de funções” quer os “enfermeiros de nível I (enfermeiro e enfermeiro graduado) detentores da categoria e já ‘ingressados’ na carreira e função pública”;
- b) A dificuldade em fixar o pessoal de enfermagem nos centros de saúde, que prefere trabalhar em estabelecimentos públicos hospitalares;
- c) A “diferenciação de âmbitos de intervenção” da actividade de enfermagem naqueles, respectivamente, “promoção da saúde e prevenção da doença” e “área do tratamento, nomeadamente, o tratamento diferenciado e especializado”, diferenciação da qual decorre “que as exigências das funções solicitadas aos profissionais também serão distintas”;

- d) Com a atribuição da pontuação de 4 ao factor “outros elementos relevantes” pretendeu-se “seleccionar e fixar os profissionais que, pela sua experiência em cuidados de saúde primários, estarão mais aptos a responder às exigências da função dos lugares postos a concurso”;
- e) Igual razão justifica a “atribuição da pontuação de 6 a quem já exerça funções na ‘área dos cuidados de saúde primários’”;
- f) Apesar do “conteúdo funcional do lugar a prover, ... estar inserido nas categorias de base da carreira de enfermagem, o entendimento terá de ser feito também quanto às exigências da função. (...) Quem já exerce funções em centros de saúde e se apresenta a este concurso dá um sinal evidente que pretende continuar na área dos cuidados de saúde primários, o que vai de encontro às necessidades da Instituição que através deste concurso pretende fazer a melhor gestão dos seus recursos humanos”;
- g) “A atribuição de (até) 4 pontos (1 ponto por cada seis meses) a quem tenha exercido funções em Centro de Saúde da Sub-Região do Porto prende-se com o investimento feito pela instituição promotora do concurso na formação e integração dos profissionais, nomeadamente, jovens enfermeiros, a quem a instituição proporcionou conhecimentos e os envolveu em projectos que terão continuidade no futuro”;
- h) Relativamente à compatibilização do tipo de concurso aberto — de ingresso — com o recrutamento, com ele pretendido, de enfermeiros para a categoria de acesso de enfermeiro graduado, é alegado que tal se explica pelo facto de as categorias de enfermeiro e de enfermeiro graduado serem de dotação global e pelo facto de o acesso à segunda se fazer por progressão, pretendendo usar-se o concurso também como instrumento de mobilidade, além de que a exclusão dos mesmos do concurso contendaria com o princípio da liberdade de candidatura.

4. A partir dos documentos que instruem o processo, destacam-se com interesse os seguintes elementos:

- a) Em 31 de Julho, pelo Aviso n.º 7860/2004, e na sequência do Despacho de 29 de Junho de 2004, da Coordenadora da Sub-Região

- de Saúde do Porto, foi aberto o “concurso interno geral de ingresso para provimento de 200 lugares na categoria de enfermeiro/enfermeiro graduado, da carreira de enfermagem, constantes do quadro de pessoal da Administração Regional de Saúde do Norte, da Sub-Região de Saúde do Porto” (§ 1 do Aviso n.º 7860/2004, 2.ª Série, DR., n.º 179, II Série, de 31 de Julho de 2004, pp. 11 575);
- b) Os centros de saúde da Sub-Região de Saúde do Porto aos quais se destina o recrutamento e o número de lugares por centro de saúde são os indicados no ponto 4 do Aviso n.º 7860/2004;
 - c) O prazo de entrega das candidaturas foi fixado em 20 dias úteis (§ 1 do Aviso n.º 7860/2004);
 - d) O método de selecção utilizado é o da avaliação curricular (ponto 8 do Aviso n.º 7860/2004);
 - e) Na avaliação curricular, são considerados as habilitações académicas, a formação profissional, a experiência profissional e “outros elementos relevantes”, factores aos quais foram atribuídas as ponderações de 1, 2, 3 e 4, sendo o resultado final o produto da divisão por 10 (ponto 9.1 do Aviso n.º 7860/2004);
 - f) Na experiência profissional é contabilizado o número de anos de experiência profissional, respectivamente, até um ano com 10 pontos, até dois anos com 15 pontos e de mais de dois anos com 20 pontos (ponto 9.1.3 do Aviso n.º 7860/2004);
 - g) No factor “outros elementos relevantes” são considerados (ponto 9.1.6 do Aviso n.º 7860/2004 e Acta n.º 1):

(1) o exercício, independentemente do tempo de duração, de “actividade de enfermagem na área dos cuidados de saúde primária”, “à data do Aviso de Abertura do Concurso”, com 6 pontos (alínea a);

(2) o “exercício profissional de enfermagem em Centro de Saúde da Sub-Região de Saúde do Porto”, com 1 ponto por cada seis meses, até ao máximo de 4 pontos (alínea b);

(3) a “participação em grupos de trabalho, comissões, núcleos de saúde, etc., promovidos por organismos representativos da profissão de enfermagem” com 1 ponto cada até ao máximo de 3 pontos (alínea c);

- (4) “cada trabalho/artigo publicado em jornal ou revista, promovido por organismos representativos da profissão de enfermagem”, com 0,5 pontos cada, até ao máximo de 3 pontos (alínea *d*);
- (5) e “outros elementos que o júri considere relevantes”, cada um com 0,5 pontos até ao máximo de 2 pontos (alínea *e*).
- h*) Não consta do aviso de abertura do concurso e não consta da acta n.º 1, nem das actas n.ºs 2 a 20 a indicação dos elementos valoráveis nesse subfactor;
- i*) O conjunto dos cinco “elementos relevantes” é contabilizado até 20 pontos (ponto 9.1.6 do Aviso n.º 7860/2004);
- j*) A soma dos valores (máximos) atribuídos a cada um não totaliza, no entanto, 20 pontos: $6 + 4 + 3 + 3 + 2 = 18$ pontos;
- k*) Constituem requisitos especiais de admissão “ser funcionário ou agente, nos termos do n.º 4 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, com a nova redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 411/99, de 15 de Novembro”, “possuir o título profissional de enfermeiro” e “estar inscrito na Ordem dos Enfermeiros” (ponto 7.2 do Aviso n.º 7860/2004);
- l*) Em 10 de Janeiro de 2005, foi publicada a lista dos candidatos admitidos (411 candidatos) e excluídos (45 candidatos) — DR., II Série, n.º 6, pp. 354 a 356;
- m*) Cento e trinta e oito candidatos são enfermeiros com prévia vinculação contratual a um dos centros de saúde com lugares a prover (docs. enviados);
- n*) Os respectivos requerimentos de candidatura referem o centro de saúde em que na respectiva data se verificava o exercício de funções e em alguns são manifestadas preferências de colocação;
- o*) Em 25 de Outubro de 2005, foi homologada a lista de classificação final (ofício de 31.10.05).

3.1. Em face do exposto, verifica-se que:

- a*) O prévio não exercício de funções em centro de saúde importa, à partida, a supressão de 6 pontos (alínea *a*) do ponto 9.1.6 do Aviso n.º 7860/2004) e, portanto, a atribuição de 0 valores.;

- b) O prévio não exercício de funções em centro de saúde da Sub-Região de Saúde do Porto importa, à partida, a supressão de pelo menos 1 ponto (alínea *b*) do ponto 9.1.6 do Aviso n.º 7860/2004) e, portanto, a atribuição de 0 valores;
- c) A expressão real destas valorações é dada pela ponderação de quatro atribuída ao factor em que se inserem (ponto 3, alínea *e*);
- d) A ponderação do factor “Outros elementos relevantes” é superior à dos restantes três factores (ponderação de 1 para as habilitações académicas, de 2 para a formação profissional e de 3 para a experiência profissional genérica).

3.2. Verifica-se, por outro lado, que:

- a) é especialmente valorada a actividade de enfermagem na área dos cuidados de saúde primários, independentemente da sua duração (ponto 9.1.6, alínea *a*) do Aviso n.º 7860/2004), sendo certa a atribuição de 6 pontos conquanto se verifique esse exercício, na data de abertura do concurso, seja há um dia, um mês, um ano ou mais e, portanto, nos centros de saúde em detrimento da actividade exercida nos estabelecimentos hospitalares;
- b) é, adicionalmente, valorizada a actividade exercida em centro de saúde da Sub-Região de Saúde do Porto, a cujos quadros de pessoal se destina o provimento dos candidatos seleccionados no concurso, com a atribuição de um ponto por cada seis meses de exercício profissional respectivo.

4. O “regime legal da carreira de enfermagem” consta do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro (artigo 1.º, n.º 1), alterado pelo Decreto-Lei n.º 412/98, de 30 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 411/99, de 15 de Outubro.

A carreira de enfermagem tem, entre outras, as seguintes características:

- a) “estrutura-se e desenvolve-se por categorias, agrupadas em níveis” (n.º 2 do artigo 3.º ⁴⁰⁷);

⁴⁰⁷ Salvo referência específica, os preceitos legais mencionados referem-se ao Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, na versão que considera as suas alterações.

- b) A cada nível correspondem “funções diferenciadas pela sua natureza, âmbito e nível remuneratório” (n.º 2 do artigo 3.º);
- c) São três os níveis da carreira de enfermagem (artigo 4.º);
- d) O nível 1 compreende “as categorias de enfermeiro e de enfermeiro graduado”, o nível 2 “as de enfermeiro especialista e de enfermeiro-chefe” e o nível 3 “a categoria de enfermeiro-supervisor” (alíneas a) a c) do artigo 4.º);
- e) “A carreira de enfermagem aplica-se a três áreas de actuação, respectivamente, à prestação de cuidados, gestão e assessoria técnica” (artigo 3.º, n.º 1);
- f) As três primeiras categorias correspondem à “área de actuação da prestação de cuidados”, a quarta e quinta à “área de actuação da gestão” e na “área de actuação de assessoria” temos o cargo de “assessor de enfermagem” (artigos 7.º a 9.º);
- g) O ingresso na carreira efectua-se pela categoria de enfermeiro, “de entre os que possuam, o título profissional de enfermeiro” (alínea a) do artigo 10.º) e pela categoria de enfermeiro especialista, “de entre enfermeiros habilitados com um curso de estudos superiores especializados em enfermagem ou equivalente que habilite para a prestação de cuidados de enfermagem numa área de especialização em enfermagem” (alínea b) do artigo 10.º);
- h) “Os enfermeiros detentores de categorias integradas no mesmo nível podem ainda concorrer a categoria diferente do mesmo nível, sem exigência do tempo de serviço na respectiva categoria, desde que possuam formação adequada” (n.º 4 do artigo 3.º);
- i) O acesso à categoria de enfermeiro graduado ocorre por progressão, verificados que sejam dois requisitos: “permanência de um período de seis anos de exercício de funções na categoria de enfermeiro” e “avaliação de desempenho de Satisfaz” (n.ºs 1 e 2 do artigo 11.º).

4.1. Em matéria de recrutamento e selecção de pessoal de enfermagem, o concurso é o procedimento “normal e obrigatório” (n.º 1 do artigo 18.º).

Em termos idênticos aos previstos no regime jurídico geral, o concurso deve pautar-se pelos princípios da “liberdade de candidatura”, “igualdade de condições e oportunidades para todos os candidatos”, “divulgação atempada

dos métodos de selecção e do sistema de classificação final a utilizar”; “aplicação de métodos e critérios objectivos de avaliação”, “neutralidade da composição do júri” e “direito de recurso” (artigo 18.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, e artigos 3.º, n.º 2, e 5.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho).

Os concursos qualificam-se, à semelhança do também previsto no regime geral (artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho), nas seguintes categorias:

- a) são de ingresso ou acesso, consoante se destinem “à integração na carreira” ou à “promoção na mesma” (n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º);
- b) são internos ou externos, conforme sejam abertos a funcionários e agentes ou independentemente de um prévio vínculo jurídico de trabalho com a Administração (n.º 4 do artigo 19.º);
- c) O concurso interno é geral “*quando aberto a todos os funcionários e agentes, independentemente do serviço ou organismo a que pertençam*”, exigindo-se a estes últimos que estejam em regime de tempo completo, sujeitos à disciplina, hierarquia e horário do respectivo serviço e contem, pelo menos, um ano de serviço ininterrupto no exercício de funções correspondentes a necessidades permanentes” (n.º 4 do artigo 19.º — itálico nosso);
- d) “Nos concursos para a categoria de enfermeiro e de enfermeiro especialista o método de selecção utilizado é o de avaliação curricular.” (artigo 34.º, n.º 4);
- e) A avaliação curricular visa “avaliar a qualificação profissional dos candidatos” e importa a ponderação, “de acordo com as exigências da função”, de quatro factores: “a habilitação académica”, “a formação profissional”, “a experiência profissional” e “outros elementos considerados relevantes” (alínea a) do n.º 1 do artigo 35.º).

5. O procedimento de concurso mediatiza e concretiza o direito fundamental à igualdade no acesso (seja no ingresso seja na vigência de relação jurídica) a um emprego público (artigo 47.º, n.º 2, da CRP). Para tal, deve ser um procedimento justo de selecção, o mesmo é dizer organizado e realizado segundo os princípios fundamentais da liberdade de candidatura, da igual-

dade e do mérito, apoiados por garantias que os materializem (artigos 13.º, 47.º, 266.º, 267.º, n.º 5, da CRP).

Estas garantias são, fundamentalmente, as seguintes ⁴⁰⁸:

- a) adequada publicidade dos empregos a prover;
- b) predeterminação e estabilidade do sistema de avaliação e das regras e critérios que o densificam, o que importa a sua divulgação atempada e bastante;
- c) a utilização de métodos e critérios de selecção objectivos, isto é, justificados pelas exigências do conteúdo funcional do lugar a prover;
- d) a fundamentação das decisões;
- e) a sua notificação adequada.

5.1. No concurso em referência, três aspectos chamam a atenção:

- a) por um lado, a falta de predeterminação do subfactor “Outros elementos que o júri considerará relevantes”, dentro do factor “Outros elementos relevantes”, para os quais reservou até ao máximo de 2 pontos (alínea e) do ponto 9.1.6 do Aviso n.º 7860/2004) — alínea (5) da alínea g) do ponto 3, supra;
- b) a especial valorização que é dada ao prévio exercício das funções em centros de saúde aos quais se destina o recrutamento estável de enfermeiros — alínea (1) e (2) da alínea g) do ponto 3, supra;
- c) A relevância que é dada à experiência profissional — alíneas e) e f) e (1) e (2) da alínea g) do ponto 3, supra.

5.1.1. Quanto ao primeiro aspecto, é hoje percebido como instrumento essencial de uma avaliação imparcial dos candidatos a um concurso que tudo o que possa nela influir seja definido previamente ao conhecimento dos candidatos e ou dos currículos, entendendo a jurisprudência administrativa maioritária e consolidada que tal implica a densificação do sistema de avaliação até ao termo do prazo de entrega da candidaturas. O objectivo é prevenir a possibilidade do seu afeiçoamento subjectivo e garantir, concomitantemente,

⁴⁰⁸ Cfr. artigo 47.º, n.º 2, da CRP, artigo 18.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, e artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho.

a igualdade pela imparcialidade ⁴⁰⁹ (artigo 5.º, alíneas *b*) e *c*), do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, e artigos 3.º, 5.º, n.º 1, e 6.º do CPA). Nestes termos, merece censura jurídica a falta de oportuna especificação do subfactor “outros elementos que o júri considere relevantes”, facto que afecta, por vício de violação de lei, a validade da decisão final do procedimento (artigo 135.º do CPA).

5.1.2. O princípio da igualdade proíbe diferenciações infundadas e desproporcionadas. É infundada a distinção sem justificação objectiva, num concurso para provimento de emprego público, aquela que não seja reclamada pelas exigências funcionais do lugar a prover. É desproporcionada quando, embora pertinente à luz das mesmas, sacrifique desnecessária ou excessivamente interesses públicos e ou privados em presença legalmente protegidos ⁴¹⁰.

A diferenciação dos candidatos pelo serviço ou organismo onde tenham adquirido uma dada experiência profissional, e não simplesmente a consideração da experiência em si, é, em princípio, do ponto de vista da capacidade para exercer adequadamente as funções, uma distinção injustificada. O critério do local ou serviço do exercício funcional, não exigível sob esse ponto de vista, redundava numa “predeterminação do resultado do concurso em favor de determinadas pessoas e em detrimento ... daquelas que, contando uma mesma experiência, a adquiriram junto de outro [empregador]” ou local ⁴¹¹. Surge, em geral, como uma pré-vantagem: na «competição» certos e determinados candidatos são colocados, logo à partida, na dianteira, *maxime* quando esse local ou serviço é aquele a que se destina o recrutamento; torna-se desse modo mais difícil, para os demais, obter êxito no concurso. Numa simples análise estática do sistema avaliativo, é susceptível mesmo de demover à habilitação ao concurso, pelo que não é também inócuo na perspectiva da garantia da liberdade de candidatura.

⁴⁰⁹ Acórdão do STA de 11-05-2004, Processo n.º 01676/03, in www.dgsi.pt/jsta/.

⁴¹⁰ A proibição de discriminações inclui as “chamadas ‘discriminações indirectas’, em que, e sempre sem que tal se revele justificável de um ponto de vista objectivo, uma determinada medida, aparentemente não discriminatória, afecte negativamente em maior medida, na prática, uma parte individualizável e distinta do universo dos destinatários a que vai dirigida” — Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 232/2003, de 13 de Maio, Processo n.º 306/03 (p. 27), in www.tribunalconstitucional.pt/.

⁴¹¹ STS 281/1993, de 27-09-1999 (p. 9), in www.tribunalconstitucional.es/jc.html/.

No caso concreto, está em causa o exercício de funções de enfermagem nos centros de saúde da Sub-Região de Saúde do Porto em detrimento do simples exercício de funções de enfermagem na área dos cuidados de saúde em geral, em centros de saúde de outras sub-regiões ou em outros serviços e organismos públicos, assim como para com pessoa colectiva privada.

O motivo invocado para justificar a diferenciação — traduzida na atribuição de entre 1 a 4 pontos aos candidatos que tenham exercido funções nos centros de saúde da Sub-Região do Porto e de 0 pontos a quem tenha exercido as mesmas funções em serviço diferente, exponenciada pela ponderação de 4 — o «retorno» da formação dada aos mesmos e envolvimento funcional prévio já verificado (alínea g) do n.º 2, supra), ao invés de justificar, redundando numa assunção da pré-vantagem e revela que a diferenciação é feita tendo em vista interesse diferente dos interesses em jogo num concurso interno geral de ingresso.

Como atrás se deixou transcrito, o concurso interno que é geral é “aberto a todos os funcionários e agentes, *independentemente do serviço ou organismo a que pertençam*” (n.º 4 do artigo 19.º — *italico nosso*) e não limitado apenas aos que já exercem funções no serviço ou organismo que abre o concurso.

Num concurso que é geral, estão em causa os interesses e o direito de todos os candidatos, que reúnam os requisitos legais, participarem em procedimento justo de selecção, nos quais sejam garantidas idênticas oportunidades de acesso aos empregos a prover. Está também em causa o interesse público protegido pela lei no específico tipo de concurso: a selecção dos mais aptos, a partir do universo legal dos candidatos, para assegurar a capacidade funcional do serviço ou organismo público, a qual será tanto melhor assegurada ⁴¹² quanto mais leal e aberta for a competição ⁴¹³. Juridicamente, a prossecução por órgão administrativo de interesse público (ou privado) diferente do tutelado pela norma(s) legal(ais) aplicável(veis) consubstancia o vício do acto

⁴¹² E não pelo privilegiamento de quem já tem um prévio vínculo com a instituição.

⁴¹³ A própria optimização do direito de acesso exige, para todos os que ao concurso se possam habilitar, a “possibilidade de fazer valer os seus méritos para o desempenho do cargo” — Ac. do STA de 30-04-98, Processo n.º 041027, ponto III do Sumário, in www.dgsi.pt/jsta.

administrativo designado de desvio de poder, pelo menos no caso, por desvio de interesse público ⁴¹⁴.

A situação é também reconduzível à figura do desvio de procedimento, conquanto que embora aberto um concurso geral o mesmo é tendencialmente realizado como se fosse um concurso limitado.

Tenha-se presente, *mutatis mutandis*, que o Tribunal de Justiça da União Europeia “decidiu já várias vezes que as disposições do direito nacional que impeçam a tomada em consideração dos períodos prévios de emprego na Administração Pública de outro Estado-membro constituem uma discriminação indirecta injustificada”. Os “períodos precedentes de emprego comparável completados no serviço público de outro Estado-membro” devem ser tidos em conta e os “requisitos aplicáveis” aos mesmos “não devem ser mais rigorosos do que os aplicáveis a períodos exercidos em instituições comparáveis do Estado-membro”. Se estiver em causa “uma experiência específica” o Estado-membro “deve comparar o seu sistema com o sistema do outro Estado-membro a fim de estabelecer uma comparação dos períodos prévios de emprego”. Acresce referir que, como observa a Comissão Europeia, “devido à extrema variedade da organização dos serviços públicos (saúde, educação, serviços de utilidade pública, etc.) e à contínua privatização desses serviços, não se pode excluir que a experiência profissional comparável adquirida no sector privado de outro Estado-membro tenha também de ser considerada, ainda que a experiência no sector privado não seja, em princípio, tida em conta no Estado-membro” ⁴¹⁵.

Ora, como tem vindo a ser destacado, sob pena de criação de uma discriminação inversa ou invertida, entre nacionais de um mesmo Estado-membro, no âmbito do provimento dos empregos públicos, os valores jurídicos de uma concorrência leal e justa, desde logo nos termos expostos, têm também

⁴¹⁴ A “administração só pode prosseguir os interesses públicos especificamente definidos por lei para cada concreta actuação administrativa normativamente habilitada. (...) Uma actuação administrativa que prossiga interesses privados ou interesses públicos alheios à finalidade normativa do poder exercido é ilegal e está viciada de desvio de poder, respectivamente por motivo de interesse privado ou por motivo de interesse público, o que acarretará a sua invalidade” — Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, Introdução e princípios fundamentais, 2004, pp. 201 e 202.

⁴¹⁵ Comunicação da Comissão, COM (2002) 694 final, de 11.12.2002 (pp. 19 e segs.), in www.europa.eu.int.

que ser devidamente acautelados quando são esses mesmos nacionais a habilitarem aos respectivos empregos.

5.2. Pretende-se, invoca-se, acautelar o recrutamento de enfermeiros graduados através de concurso de ingresso, utilizando-o como instrumento de mobilidade.

O concurso é um dos instrumentos jurídicos de mobilidade na Administração Pública e, portanto, uma forma do trabalhador mudar de local de trabalho e ou de empregador.

O concurso em causa é um concurso de ingresso na carreira de enfermagem. O ingresso faz-se pela categoria de enfermeiro. A categoria de enfermeiro graduado é uma categoria de acesso. Assentes estas premissas legais ⁴¹⁶, de duas uma:

- a) o concurso que pretenda recrutar, por mobilidade, enfermeiros graduados não pode ser legalmente qualificado como um concurso de ingresso;
- b) o concurso que seja de ingresso terá forçosamente que se destinar ao recrutamento de enfermeiros (seja *ab inito* seja por mobilidade).

Em rigor, as categorias de enfermeiro e de enfermeiro graduado não podem ser qualificadas como sendo de dotação global: o “regime jurídico de dotação global dos quadros de pessoal” é aplicável às “carreiras de regime geral, de regime especial e com designações específicas” (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 141/2001, de 24 de Abril); e a carreira de enfermagem corresponde a um corpo especial (artigo 16.º, n.º 2, alínea g), do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho). O facto de a mudança da categoria de enfermeiro para a de enfermeiro graduado se fazer pelo decurso do tempo não permite a sua «homogeneização» numa mesma categoria: a categoria de enfermeiro é legalmente a categoria de ingresso no nível 1 e a categoria de enfermeiro a categoria de acesso do mesmo nível.

Nestes termos, o concurso de ingresso na carreira de enfermagem só pode ser aberto para o recrutamento de pessoas para a categoria de enfermeiro.

⁴¹⁵ Cfr. artigos 4.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 437/91, de 30 de Dezembro, e artigos artigo 4.º e artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 245/85, de 15 de Julho.

Tal não redundaria em nenhuma restrição ao princípio da liberdade de candidatura dos enfermeiros graduados:

- a) em concurso de ingresso não está em causa o recrutamento para empregos da categoria de acesso de enfermeiro graduado;
- b) o recrutamento de enfermeiros graduados sempre pode fazer-se através de outros instrumentos de mobilidade;
- c) pode fazer-se por concurso, com a habilitação dos enfermeiros graduados a concurso para a categoria de enfermagem (artigo 3.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro) e o consequente reajustamento na carreira subsequente ao provimento, pela atendibilidade da anterior situação jurídico-funcional no novo quadro de pessoal.

O facto de ser sobrevalorizada a admissão de enfermeiros graduados ao concurso ou de o concurso de ingresso ser perspectivado, incorrectamente, ante a dualidade enfermeiros e enfermeiros graduados contribuiu, no caso, para se privilegiar excessivamente a antiguidade e uma experiência profissional específica para um concurso, repete-se, que é de ingresso na (base) da carreira.

5.3. Excessivamente, porque há uma quádrupla valoração, para certos candidatos, da experiência profissional: aos 3 pontos que valoram o factor experiência profissional geral — no qual se privilegia a duração superior a um ano e, em particular, superior a dois anos -, acresce a atribuição de 6 pontos à experiência na área dos cuidados de saúde e de até 4 pontos em centro de saúde da Sub-Região de Saúde do Porto, sub-factores exponenciados pela ponderação de 4 do factor em que se incluem.

As três últimas valorações referidas são tão mais expressivas quanto o facto de à falta das respectivas condições corresponder a atribuição de “0 pontos” e de a natureza de concurso de ingresso e a actividade de enfermagem correspondente não o justificar.

Carece de demonstração que a actividade de enfermagem em estabelecimento hospitalar seja, do ponto de vista do saber fazer, de tal forma diferente que deva ser desvalorizada por contraponto à actividade de enfermagem em centro de saúde: salvo poucas especificações, a descrição feita no artigo 7.º (conteúdo funcional) do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, mostra que avultam as funções comuns. Carece ainda mais de demonstração a afir-

mação de que o candidato que já trabalha em centro de saúde revela a vontade de vinculação estável à instituição e que essa vontade não exista relativamente ao candidato que exerce funções em outro serviço ou organismo da Administração Pública.

Numa apreciação de conjunto, verifica-se que há uma “redução ao mínimo da possibilidade de acesso” ⁴¹⁷ aos empregos a concurso ou uma diminuição substancial da igualdade de oportunidades no acesso aos lugares a concurso dos candidatos sem prévio vínculo jurídico a centros de saúde da Sub-Região do Porto e experiência (ainda que de um dia) de trabalho na área de cuidados primários.

Em suma, conclui-se que também por via da proporcionalidade (ou da falta dela) ⁴¹⁸ não foi devidamente respeitado o princípio da igualdade de oportunidades no acesso a um emprego estável de enfermeiro nos centros de saúde da Sub-Região de Saúde do Porto. A validade da decisão final do procedimento está, pois, também prejudicada, por vício de violação de lei decorrente da ofensa a tais princípios.

6. Nestes termos, porque não foi inteiramente atendida a predeterminação ao conhecimento dos candidatos e ou currículos de todos os critérios de avaliação e foi desatendido o princípio da igualdade de oportunidades de todos os candidatos ao concurso interno geral de ingresso para provimento, na carreira de enfermagem, de lugares de centros de saúde da Sub-Região do Porto, impõe-se, no termo do processo da Provedoria de Justiça relativo ao mesmo, registar a censura jurídica de que é passível e o efeito que projecta tal inobservância sobre a validade da decisão final do procedimento de concurso e subsequentes nomeações.

⁴¹⁷ Na expressão da STC n.º 67/1989, de 18 de Abril de 1989, in www.tribunalconstitucional.es/.

⁴¹⁸ Não há respeito pelo princípio da igualdade, “se da valoração dos serviços prévios redunde, ... a prática exclusão *a priori* de candidatos que concorrem sem ser serviços prévios”, tal “implica a lesão grave do mérito e da capacidade e a consagração, não da desigualdade razoável, mas da discriminação que, como sabemos, é uma forma mais de arbitrariedade” (p. 510); “quando a valoração é desproporcionada o resultado é a violação do direito fundamental de acesso à função pública em condições de igualdade” (p. 511) — Jaime Rodríguez-Arana, “El marco constitucional del acceso a la función pública en el derecho administrativo español”, SCIENTIA IVRIDICA, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LIV, n.º 303, Julho/Setembro, 2005.

Entidade visada: Hospital Sr.^a da Oliveira, S.A. (Guimarães) — Conselho de administração

Assunto: Licença parental — técnico de diagnóstico e terapêutica — CGA — lei aplicável.

O conselho de administração do Hospital Sr.^a da Oliveira, S.A. recusou o exercício parcelar do direito de gozo da licença parental.

Foi organizado na Provedoria de Justiça o presente processo, aberto com base em reclamação apresentada pelo Sr. ..., funcionário do Hospital Senhora da Oliveira, S. A., em Guimarães, reclamação essa relativa à questão do exercício do direito de gozo de licença parental.

Em sede instrutória, apuraram-se os seguintes factos relevantes:

1.1. No decurso do ano de 2004, o reclamante solicitou a fruição de 15 dias de licença parental, a gozar imediatamente a seguir ao termo da licença de maternidade.

1.2. O conselho de administração do hospital indeferiu o seu pedido com fundamento no facto de o reclamante apenas pretender gozar 15 dias da licença parental (até um máximo de três meses).

1.3. Entende o conselho de administração que a licença parental deverá ser gozada, seguida ou interpoladamente, mas sempre pelos três meses que a lei concede.

1.4. Questionada sobre a questão de fundo que levou à adopção da medida restritiva, veio o Hospital Senhora da Oliveira reiterar a interpretação da lei no sentido de que a licença parental teria de ser gozada, efectivamente, até ao esgotamento do prazo de três meses concedido pela lei. Reitera ainda que entende não ser possível o gozo parcial da licença parental.

I

Decorre do estudo da documentação carreada para os autos que os argumentos invocados para tanto consistem, unicamente, no facto de a lei ⁴¹⁹

⁴¹⁹ O Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

estabelecer que «...o pai e a mãe (...) têm direito, alternativamente a licença parental de três meses» ⁴²⁰.

Estas são, todavia, razões de ordem formal que, no condicionalismo factual concreto, não devem ser consideradas bastantes.

Pois trata-se de saber se o pai pode ou não gozar apenas quinze dias de licença parental, sem ter de gozar os restantes setenta e cinco dias para perfazer os três meses da licença, previstos na lei.

A conclusão a que chegou o conselho de administração do hospital reconduz-se a uma interpretação restritiva da letra e do espírito da lei que, ali, não encontra alicerce onde se sustente.

Através da conjugação do art. 43.º, n.º 1 e 2 do Código do Trabalho com o art. 76.º da Lei n.º 35/2004, resulta que o pai tem direito ao gozo da licença parental nas seguintes condições:

A. Gozo seguido ou interpolado (até três períodos) de uma licença de três meses;

B. Depende o seu exercício de prévio aviso, dirigido à entidade empregadora, com antecedência de 30 dias «...relativamente ao início do período da licença»;

C. A entidade empregadora tem de ser informada, por escrito, «...do início e termo do período da licença (...) ou dos períodos intercalados pretendidos»;

D. Durante os primeiros 15 dias da «...licença parental gozada pelo pai, desde que sejam imediatamente subsequentes à licença por maternidade ou por paternidade», mantém-se o direito à retribuição (cfr. art. 103.º, n.º 2 da Lei n.º 35/2004, conjugado com o art. 112.º, n.º 2, do mesmo diploma e conjugados com o art. 43.º do Código do Trabalho).

II

Analizados os factos descritos, mantém este órgão do Estado a impossibilidade de concordância com a posição assumida pelo conselho de adminis-

⁴²⁰ Cfr. o art. 43.º, n.º 1, alínea a), do Código do Trabalho.

tração do Hospital Senhora da Oliveira, no sentido de que o progenitor terá de gozar, a final, a totalidade dos dias de licença parental, permitidos por lei.

Conforme decorre expressamente da lei, entende este órgão do Estado que ao pai é permitido o gozo de licença parental, até ao máximo de três meses, seguidos ou interpolados, sendo que o período relativo aos primeiros 15 dias será remunerado, desde que gozado imediatamente a seguir ao termo da licença de maternidade ou de paternidade.

No entanto, a lei nada refere relativamente ao gozo *in totum* ou não do mesmo período de licença parental. Ou seja, o pai poderá gozar a licença parental até um máximo de três meses, nada se referindo que perderá o direito a esse gozo caso não opte pela licença integral.

Na verdade, nem se vislumbra que assim tenha de ser, uma vez que a lei permite, assim mesmo, o gozo da licença por períodos intercalados, até um máximo de três.

Ora, se pode gozar a licença de forma intercalada, também nada na lei permite aferir da inibição de o progenitor decidir não a gozar integralmente.

Ora, anteriormente, o art. 17.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 70/2000, de 4 de Maio, tal como agora o art. 43.º do Código do Trabalho, prevêm o gozo efectivo do direito potestativo, que consubstancia a licença parental, por parte do pai ou da mãe, em alternativa, como um especial direito de assistência que é independente de qualquer outra situação que não seja a própria existência do infante ⁴²¹.

Como direito potestativo ⁴²², o seu exercício apenas depende da vontade de quem o possui e o quer ou não exercer. Nesse sentido, é considerado um direito absoluto, não estando dependente da verificação de quaisquer con-

⁴²¹ Situação que se encontra regulada, com os mesmos efeitos, para a Administração Pública, conforme o disposto nos art. 107.º e seg. do Regulamento ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho e que entrou em vigor a 29 de Agosto do mesmo ano.

⁴²² Cfr. MANUEL DE ANDRADE — TEORIA GERAL DA RELAÇÃO JURÍDICA, vol. I, reimpressão, Coimbra, 1992, págs. 12 e seg. «... *Direitos potestativos* — *Nestes o poder conferido ao respectivo titular tende à produção de um efeito jurídico mediante uma declaração de vontade do titular, só de per si, com ou sem formalidades, ou integrada por uma ulterior decisão judicial. (...) Quanto à situação que corresponde aos direitos potestativos pelo lado do adversário (o lado passivo da relação), consiste na necessidade de suportar o exercício de tais direitos, bem como a produção das respectivas consequências jurídicas e tem o nome de estado de sujeição ou simplesmente sujeição*».

dições ou limitações de alguma espécie que não sejam as expressamente previstas na lei: a existência do infante, devidamente comprovada por certificado de nascimento ou declaração do hospital onde ocorreu o parto de nado-vivo, bem como, no caso, declaração da mãe em como não irá gozar a licença parental, concomitantemente com o pai.

Portanto, o seu exercício apenas depende da existência de aviso prévio, dado com antecedência de trinta dias sobre o início do seu gozo, à entidade patronal, à qual apenas cabe garantir que a mesma licença seja usufruída por quem a requereu.

Cumprido este requisito de aviso prévio, que, como a lei expressamente prevê, não exorbita da manifestação de vontade de exercício de um direito potestativo, a esse hospital apenas cabe o reconhecimento de que a licença vai ser gozada em toda a sua plenitude.

Não, repete-se, lhe é permitido fazer depender o seu exercício de quaisquer outras condições ou requisitos que não os já mencionados e que estão expressamente previstos na lei, mormente o exercício por período integral ou não da mencionada licença.

Neste mesmo sentido, se pronunciou a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) ⁴²³, ainda no âmbito da anterior legislação, pronunciando-se no sentido de que «... o pai pode gozar apenas quinze dias de licença parental, sem ter de gozar mais dias para perfazer os três meses daquela licença, previstos na lei, dado que esta pode ser gozada até três períodos interpolados e porque a lei ao conceder ao pai o direito a ser remunerado ou subsidiado, apenas, nos primeiros 15 dias de licença parental, ou período equivalente, não poderia obrigá-lo a gozar outros dias dessa licença, sem qualquer remuneração ou subsídio». E, ainda, de que «... a lei não impõe que o pai ou a mãe gozem de uma só vez aquela licença, que pode ser gozada de modo consecutivo ou até três períodos interpolados, nem faz depender da apresentação de um plano de licença de acordo com os n.ºs 1 e 2 do art. 17.º da Lei de Protecção da Maternidade e da Paternidade, uma vez que se a licença tivesse que ser exercida de uma só vez, a seguir à licença por maternidade ou por paternidade, como defende o Conselho de Administração do Hospital, o art. 17.º, n.º 1 do mencionado diploma legal ficaria esvaziado de

⁴²³ Cfr., respectivamente, Parecer n.º 55/CITE/2003 e Parecer n.º 20/CITE/2001.

conteúdo, já que a licença pode ser gozada até aos seis anos de idade da criança».

Esta posição, tal como foi defendida pela CITE nos casos enunciados, não sofreu alterações restritivas em sede da nova legislação, ora em vigor e que, neste momento, se aplica à situação concreta do ora reclamante.

Atentos os elementos que servem de fundamento à deliberação sobre o teor da reclamação que deu origem ao presente processo, não pode este órgão do Estado deixar de subscrever a posição adoptada pela CITE, manifestando o seu desacordo pela decisão prolatada por esse conselho de administração.

Nestes termos, fica formulado o reparo ao conselho de administração do hospital Senhora da Oliveira, S.^a, no sentido de que tais situações são violadoras da lei.

R-3964//04

Assessora: Ana Neves

Entidade visada: Secretário-Geral do Ministério da Saúde

Assunto: Concursos internos gerais de ingresso na carreira de enfermagem.
— categoria de ingresso — sobrevalorização de experiência profissional específica — princípio da proporcionalidade.

2. Em 3 de Maio de 2005 65, a Provedoria de Justiça interpelou o Departamento de Modernização e Recursos da Saúde (agora, Secretaria-Geral) no sentido de, atentas as respectivas missões, considerar os fundamentos das queixas que têm vindo a ser apresentadas ao Provedor de Justiça relativamente a concursos internos gerais de ingresso na categoria de base da carreira de enfermagem em lugares dos quadros de pessoal de estabelecimentos públicos de saúde ⁴²⁴. Com efeito, a partir da análise dos correspondentes processos, regista-se a tendência para a organização da respectiva selecção como se de concursos de acesso e concursos limitados se tratassem ou como instrumentos de vinculação estável de trabalhadores contratados com prévia ligação ao serviço ou organismo que abre o concurso.

⁴²⁴ Designadamente, processos R-3348/04, R-3965/04 e R-3965/04.

Tal acontece, mais do que através da atendibilidade de uma experiência profissional específica, por via da respectiva sobrevalorização, em dois momentos: na atribuição de diferentes pesos a um mesmo tipo de experiência profissional, consoante o local onde foi adquirida ou a entidade pública empregadora, e a aplicação ao resultado obtido em cada uma das diferentes valorações de ponderação acentuadamente diferenciada.

A situação é agravada pela admissão ao concurso de ingresso de candidatos detentores de categoria de acesso.

3. Pelo ofício de 27 de Setembro (e a decisão de recurso que o acompanha), V. Ex.^a pronunciou-se nos seguintes termos sobre a situação:

a) Destaca a legitimidade do critério experiência profissional específica para apreciar o mérito dos candidatos, por duas ordens de razões:

(1) a sua idoneidade para seleccionar candidatos que mais facilmente se podem integrar no serviço;

(2) a discricionariedade de que dispõe o órgão administrativo que promove a abertura do concurso para escolher os critérios de selecção e fórmulas classificativas e o júri para os densificar e aplicar, sem prejuízo das respectivas vinculações legais e dos princípios fundamentais da actividade administrativa.

b) Relativamente “à admissibilidade de enfermeiros graduados em concursos de ingresso para enfermeiro”, informou que estão esses “serviços a aprofundar o estudo do problema com vista à divulgação de orientações.”.

4. As questões que vêm colocadas pelos concretos concursos em referência não se consomem pela afirmação de um juízo de valor positivo relativamente à experiência profissional, nem com o reconhecimento do condicionamento, da discricionariedade administrativa e da margem de livre apreciação, por limites jurídicos.

Vejamos sumariamente porquê:

a) Os procedimentos de recrutamento de trabalhador para um emprego público destinam-se a seleccionar, de entre os que se candiditam, o(s) mais apto e ou capaz(es) para exercer as respectivas

funções ou a actividade, mas a fazê-lo na estrita observância dos princípios estruturadores de uma competição leal e justa, em particular, os princípios da igualdade, da liberdade de candidatura e do mérito;

- b) Os concursos em referência são concursos internos gerais de ingresso, o que significa, respectivamente, que são abertos aos “funcionários ou agentes” da Administração Pública (artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho); que visam o “preenchimento de lugares das categorias de base” (artigo 6.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho); sendo internos de ingresso são necessariamente gerais, isto é, estão abertos a todos os funcionários ou agentes, “independentemente do serviço ou organismo a que pertençam (cfr. artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho);
- c) As escolhas da Administração, nos limites da lei, dos critérios de apreciação, avaliação e ponderação, a aplicar na selecção, não estão sujeitas a um juízo positivo de controlo, no sentido de se dizer quais seriam “as opções melhores ou as mais adequadas que poderia ter feito” (STC n.º 67/1989, de 18 de Abril de 1989, in www.tribunalconstitucional.es). O controlo é fundamentalmente negativo. Assim, por exemplo, no “juízo da igualdade” está em causa a “prevenção ou a reparação das discriminações”, compreendendo a aferição sobre o carácter fundado de tais critérios e sobre se não redundam no esvaziamento do direito de acesso a emprego público dado relativamente a parte ou certos dos seus candidatos (“redução ao mínimo da possibilidade de acesso à função pública”, na expressão da STC n.º 67/1989, citada);
- d) É claro que, abstractamente considerado, o critério da experiência profissional é objectivo e idóneo a aferir da aptidão ou capacidade das pessoas para o desempenho de determinadas funções. No entanto, não é esta consideração abstracta e a utilização em geral nos concursos do pessoal de enfermagem que está em questão.

Não se quer, por outro lado, discutir a pertinência da valoração de uma experiência profissional específica.

O que está em análise é a “relevância quantitativa” dada a tal experiência profissional específica (fundamento 3, § 4 da Sentença 67/1989 do Tribunal Constitucional Espanhol), saber se não constitui uma diferença não razoável e arbitrária (desrespeitadora do princípio da proporcionalidade e concomitantemente do princípio da igualdade ⁴²⁵).

No concurso cuja decisão final foi objecto de recurso decidido por despacho da Secretária de Estado Adjunta e da Saúde de 31 de Agosto de 2004, não estava unicamente em apreciação a diferença de tratamento entre os candidatos que exerceram funções de enfermeiro em centros de saúde e os que exerceram tais funções noutros estabelecimentos públicos de saúde e a contagem da experiência adquirida em entidades privadas de saúde ⁴²⁶, mas também o peso da ponderação que a essa diferença foi atribuída e a sobrevalorização que resulta do conjunto ⁴²⁷.

⁴²⁵ Cfr. artigo 47.º, n.º 2, 266.º, n.º 2, e 18.º, n.º 2, da CRP, artigos 4.º e 5.º do CPA, artigos 3.º, n.º 2, e artigo 5.º, n.º 1 e n.º 2, alíneas b) e c), do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, e artigo 18.º, n.º 3, alíneas b), c) e d), do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro.

⁴²⁶ Tenha-se presente que o Direito Comunitário, segundo jurisprudência do TJCE assente, impõe aos Estados-membros a consideração da experiência profissional/antiguidade comparável (àquela a que atribui relevância no plano interno) adquirida em emprego público de outro Estado-membro, vedando-lhes que apliquem critérios mais rigorosos de valoração do que os aplicados à experiência/antiguidade obtida nas suas instituições. “Se a experiência profissional/antiguidade em qualquer emprego da função pública for tida em conta, o Estado-membro deve também ter em consideração a experiência adquirida por um trabalhador migrante em qualquer emprego do sector público de outro Estado-membro (...) Seria desrespeitar o requisito de igualdade de tratamento dos trabalhadores migrantes se a experiência — que de acordo com os critérios do Estado-membro de origem se integra no sector público — não for tida em conta pelo Estado-membro de emprego por alegação de que o emprego se integraria no seu sector privado” (Comunicação 2002/694, da Comissão, de 11 de Dezembro de 2002, in www.europa.eu.int).

A obrigatoriedade, em nome do princípio da igualdade de tratamento (e do princípio da livre circulação) consideração da experiência profissional, em si, adquirida nos empregos públicos dos Estados-membros, independentemente das arrumações orgânicas e dos títulos jurídicos no âmbito dos quais foi adquirida, vem, pois, pôr em causa que aos nacionais, entre si, de um dado Estado-membro seja dado tratamento menos favorável e desigual a experiências profissionais substantivamente iguais.

⁴²⁷ No concurso objecto de análise no processo R-3348/04, por exemplo, foi estabelecida a diferença, objecto de censura por este órgão do Estado, entre os candidatos que exerceram e os que não exerceram previamente funções nos estabelecimentos de saúde a cujos quadros de pessoal se destinou o provimento.

Aproveita aqui, *mutatis mutandis*, a observação do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 683/99, de que a lesão do princípio da igualdade no acesso à função pública não é passível de ser “justificada pelo argumento de que, tratando-se de pessoas que já trabalharam para o Estado, embora a termo [ou ao abrigo de contrato de prestação de serviços], poderiam (ou, mesmo, deveriam) ser beneficiadas”, pois, se assim fosse, como esclarece o tribunal, estar-se-ia a esvaziar a prescrição constitucional da regra do concurso e o direito fundamental à igualdade no acesso aos empregos na Administração Pública (cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 683/99, de 21 de Dezembro de 1999, Processo n.º 42/98, in www.tribunalconstitucional.pt, p. 31).

4. Nestes termos, considerando a chamada de atenção que fica feita e considerando bem assim a informação transmitida de que os serviços que dirige se encontram a estudar o problema da admissão a concurso de ingresso dos enfermeiros graduados, foi decidido arquivar o processo da Provedoria de Justiça R-3964/04, sem prejuízo da sua posterior reabertura a fim de apurar a evolução verificada no tratamento do assunto.

R-4176/04; R-541/05

Assessora: Ana Neves

Entidade visada: Presidente do Instituto da Segurança Social, IP

Assunto: Regime do contrato individual de trabalho — concursos internos gerais de ingresso para provimento de lugares vagos na categoria de técnico superior estagiário da carreira técnica superior.

1. Em 10 de Outubro de 2004, 7 de Janeiro e 3 de Fevereiro de 2005, foram apresentadas queixas ao Provedor de Justiça relativas, respectivamente, ao “concurso interno geral de ingresso para provimento de lugares vagos na categoria de técnico superior estagiário da carreira técnica superior” e ao “concurso interno geral de ingresso para provimento de lugares vagos na categoria de técnico superior estagiário da carreira técnica superior de serviço social”.

A primeira das queixas apresentadas põe em causa a limitação, feita através da Rectificação n.º 1399/2004 (DR, II Série, n.º 170, de 21 de Julho, p. 10 962), da área de recrutamento do respectivo concurso aos “funcionários

ou agentes detentores de licenciaturas em Organização e Gestão de Empresas, Psicologia e ou Sociologia”. As duas outras queixas invocam a preterição do direito à nomeação decorrente do posicionamento nas listas de classificação e ordenação, de alguns dos candidatos, fundada na alegada, pelo Instituto da Segurança Social, perda da sua qualidade de agentes administrativos, por caducidade na pendência do concurso dos contratos administrativos de provimento celebrados ao abrigo do Decreto-Lei n.º 27-A/2000, de 3 de Março.

2. As queixas apresentadas foram instruídas nos termos dos artigos 28.º, 29.º, n.ºs 1 e 2, e 34.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto).

Quanto à primeira queixa, foi recebido o ofício de 13 de Dezembro, do qual decorre que, apesar do carácter geral do concurso interno, se pretendeu orientá-lo para a “regularização” de situações contratuais, alegadamente ilegais ou irregulares, e que a restrição das licenciaturas adequadas levou em linha de conta as habilitações académicas dos trabalhadores naquelas situações ⁴²⁸.

Através do ofício de 20 de Dezembro, chamou-se a melhor atenção de V. Ex.^a para o desvalor jurídico que projecta sobre o respectivo concurso a referida argumentação, que revela a ausência de critério objectivo justificativo da exigência habilitacional feita (não fundamentável no genérico poder de gestão — ofício de 2.03.05) e indicia, como aí exposto, a existência de abuso ou desvio da forma de procedimento.

Foi, no mesmo ofício, questionada a abertura de concursos de ingresso para admissão de pessoal em regime de função pública, considerando que o regime jurídico de trabalho no Instituto da Segurança Social, I.P. (ex-Instituto da Solidariedade e Segurança Social ⁴²⁹) é o regime jurídico do contrato individual de trabalho.

⁴²⁸ “Ora, a abertura deste concurso, como, aliás, de vários outros, teve como escopo primordial, permitir aos agentes contratados nos termos atrás expressos, a possibilidade de concorrerem e, caso, ficassem aprovados, ingressarem definitivamente nos quadros dos serviços. Assim sendo, obviamente que tal proposta tinha necessariamente de ter em conta (como teve) as áreas de formação dos contratados em apreço” (ofício de 13.12.04).

⁴²⁹ Cf. artigo 16.º e artigo 38.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 171/2004, de 17 de Julho (“O Instituto da Segurança Social, I.P., sucede nos direitos e obrigações ao Instituto da Solidariedade e da Segurança Social”).

As queixas supervenientemente entradas relativas aos concursos referidos ficaram prejudicadas pela configurada impossibilidade de recrutamento de trabalhadores em regime de função pública.

Foi ouvida a Secretaria-Geral do então Ministério da Segurança Social, da Família e da Criança ⁴³⁰, cujo entendimento sobre a questão o Instituto da Segurança Social, I.P. acolheu, informando nele a decisão de abertura de tais concursos e bem assim foram novamente solicitados esclarecimentos a V. Ex.^a, considerando a imputação das decisões de abertura do concurso apenas ao Instituto, enquanto pessoa colectiva jurídica distinta da pessoa colectiva Estado-Administração.

3. Em 2 de Março de 2005, por ofício, V. Ex.^a informou que “os serviços não questionaram a possibilidade legal de abrir concursos no âmbito do regime da função pública, uma vez que os quadros de pessoal dos serviços que o antecederam, se mantêm válidos e não foram substituídos” (ofício de 2.03.05, DRH/UGPRH).

A Secretaria-Geral, pelo ofício de 18 de Março de 2005 e Informação de 3 de Março de 2005, pronunciou-se pela possibilidade legal de abertura de concursos de ingresso para admissão de trabalhadores em regime de função pública. Fundamentou este entendimento nas seguintes premissas:

- a) “para além dos quadros de pessoal dos extintos centros regionais de segurança social e do Centro Nacional de Pensões, que se encontram em vigor, vigora um quadro específico do regime do contrato individual de trabalho, aprovado pelo Despacho n.º 6798-B/2002 (2.^a Série), criado para satisfação da necessidade de admissão imediata de novos efectivos mediante a celebração de contratos individuais de trabalho, quadro este naturalmente transitório, uma vez que a aprovação dos demais quadros de pessoal implicará o seu redimensionamento em função das opções pelo regime do contrato individual de trabalho que venham a verificar-se”;
- b) A norma do n.º 1 do artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, de acordo com a qual [a]o pessoal do ISSS aplica-se o regime jurídico do contrato individual de trabalho e o

⁴³⁰ Cf. artigo 2.º, alínea n), do Decreto-Lei n.º 215-A/2004, de 3 de Setembro.

preceituado nos regulamentos internos do ISSS” tem de ser articulada, em decorrência da parte final daquela norma (“sem prejuízo do disposto nos presentes estatutos e no diploma que os aprova”) com a previsão legal da existência, “nos serviços centrais, no Centro Nacional de Pensões e nos centros distritais”, de quadros de pessoal abrangidos pelo regime jurídico da função pública e pelo regime jurídico-laboral dos trabalhadores das instituições de previdência (artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro);

- c) É nos quadros de pessoal dos serviços centrais, do Centro Nacional de Pensões e de cada um dos serviços regionais, a aprovar nos termos do n.º 2 do artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, que “deverá constar a anotação de que os lugares dos mesmos se extinguirão à medida que vagarem”;
- d) O “regulamento interno do pessoal do ISS não só não foi oportunamente aprovado como continua por aprovar, facto que determinou que a faculdade, concedida aos funcionários dos extintos centros regionais de segurança social (CRSS) e o Centro Nacional de Pensões (CNP), de optarem pela passagem ao regime do contrato individual de trabalho (cf. parte final do n.º 1 do artigo 4.º do supracitado Decreto-Lei), ficasse prejudicada. Com efeito, não se opta por um regime de trabalho de que não se conhecem, sequer, as carreiras e as remunerações.”.

4. Os concursos em referência foram abertos, respectivamente, pelo Aviso n.º 7259/2004 (2.ª Série) e pelo Aviso n.º 7260/2004 (2.ª Série), publicados no Diário da República, 2.ª Série, n.º 159, de 8 de Julho de 2004, pp. 10 268 a 10 270.

4.1. O primeiro concurso interno geral de ingresso destina-se ao “provimento de 11 lugares vagos na categoria de técnico superior estagiário, da carreira técnica superior, existentes nos quadros de pessoal dos ex-Centros Regionais de Segurança Social do Norte, do Centro, de Lisboa e Vale do Tejo e Algarve, aprovados e publicados, respectivamente, pelas Portarias n.ºs 1054/93, 1055/93, 1056/93 e 1058/93, todas de 21 de Outubro, rectificadas pelas Declarações de Rectificação n.ºs 5/94, de 31 de Janeiro, 247/93,

de 30 de Novembro, 14/94, de 31 de Janeiro, e 10/94, de 31 de Janeiro” (ponto 1 do Aviso).

4.2. O segundo concurso interno geral de ingresso destina-se ao “provimento de 27 lugares vagos na categoria de técnico superior estagiário, da carreira técnica superior de serviço social, existentes nos quadros de pessoal dos ex-Centros Regionais de Segurança Social do Norte, de Lisboa e Vale do Tejo, do Alentejo e do Algarve, aprovados e publicados” conforme referido (ponto 1 do Aviso).

5. O Instituto de Solidariedade e Segurança Social foi criado pelo Decreto-Lei n.º 45-A/2000, de 22 de Março, diploma que alterou a Lei Orgânica do Ministério do Trabalho e da Solidariedade (cf. artigo 1.º que deu nova redacção ao artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 115/98, de 4 de Maio).

O Instituto integrou as atribuições e competências dos centros regionais de segurança social e do Centro Nacional de Pensões, extintos (artigo 3.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 45-A/2000, de 22 de Março, e artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, que aprovou os estatutos do novo instituto).

Os trabalhadores daquelas instituições puderam transitar para o novo organismo, de acordo com o regime jurídico de trabalho que detinham (artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro). Assim:

- a) aos funcionários públicos foi assegurada a integração “nos quadros de pessoal do Instituto de Solidariedade e Segurança Social abrangidos pelo regime jurídico da função pública, com salvaguarda dos direitos inerentes ao seu lugar de origem” (n.º 1 do citado artigo 4.º);
- b) os “agentes com contrato administrativo de provimento” puderam manter este vínculo com o Instituto de Solidariedade e Segurança Social (n.º 2 do citado artigo 4.º);
- c) os trabalhadores com o “regime jurídico-laboral ... das instituições de previdência” puderam manter “esse vínculo, com salvaguarda dos direitos inerentes ao seu lugar de origem” (n.º 3 do citado artigo 4.º).

Em alternativa ao vínculo de trabalho anterior, estas normas prevêem a opção pela “passagem ao regime do contrato individual de trabalho”, que,

nos termos do n.º 4 do citado artigo 4.º, deveria “ser individualmente exercida, mediante declaração escrita dirigida ao presidente do conselho directivo do ISSS, no prazo de 120 dias a contar da data da entrada em vigor” do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro.

A concretização da mudança de regime de trabalho depende, ainda, da “decisão do presidente do conselho do ISSS” (n.º 5 do citado artigo 4.º).

Os funcionários públicos, com a opção pelo novo regime, ficam “exonerados do lugar de origem”, cessando o “vínculo ao regime jurídico da função pública, salvo as situações em que o funcionário requeira licença sem vencimento de longa duração” (n.ºs 6 e 7 do citado artigo 4.º).

Foram identificadas como “situações especiais”, a do pessoal que se encontrava na “situação de licença”, “em regime de estágio”, a manutenção dos concursos a decorrer no âmbito dos organismos extintos pelo decurso dos respectivos prazos de validade e a do “exercício de funções pelos conferentes” (artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro).

Os estatutos do Instituto de Solidariedade e Segurança Social, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, publicados em anexo e dele parte integrante, definem:

- a) a natureza, âmbito de actuação e as atribuições do Instituto (Capítulo I);
- b) a sua estrutura orgânica e regras de funcionamento (Capítulos II e III);
- c) o seu regime patrimonial e financeiro (Capítulo IV);
- d) o regime jurídico do seu pessoal (Capítulo V);
- e) e, em sede de “disposições finais”, elenca os seus “poderes de autoridade” (Capítulo VI).

O Capítulo V abre com a identificação do regime jurídico das relações de trabalho do instituto: “Ao pessoal do ISSS aplica-se o regime jurídico do contrato individual de trabalho e o preceituado nos regulamentos internos do ISSS, ...” (artigo 37.º, n.º 1).

Não é afirmada a adopção de outro regime de trabalho alternativo ⁴³¹.

⁴³¹ Ao invés, por exemplo, do que acontece no artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 260/99, de 7 de Julho, que aprova os estatutos do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social.

A coexistência do regime jurídico da função pública e do regime laboral das instituições de previdência é delimitada pelas normas dos artigos 38.º a 41.º ⁴³² dos estatutos e dos artigos 2.º a 7.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, que os aprova (2.ª parte do n.º 1 do artigo 37.º), dos quais decorre o seu carácter transitório, aplicável aos trabalhadores dos organismos extintos que, aquando da respectiva extinção, tinham um desses regimes de trabalho.

O artigo 39.º, invocado, estabelece a existência de três tipos de quadros de pessoal no âmbito do ISSS:

- a) “um quadro específico para o pessoal contratado ao abrigo do regime jurídico do contrato individual de trabalho” (n.º 1);
- b) vários quadros para o pessoal “abrangido pelo regime jurídico da função pública”, um para os serviços centrais, um para o Centro Nacional de Pensões e um para cada dos serviços regionais e um para cada um dos serviços distritais” (n.º 2);
- c) um quadro de pessoal para os “trabalhadores abrangidos pelo regime jurídico laboral das instituições de previdência” (n.º 3).

O n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, prevê também a existência dos quadros enunciados, remetendo para os n.ºs 1 a 3 do artigo 39.º dos estatutos.

5.1. A aprovação destes quadros justifica-se porque:

- a) trata-se de um ente público novo, então recentemente criado, pelo que importa identificar os seus trabalhadores orçamental e funcionalmente em lugares de quadro;
- b) A integração no instituto de organismos extintos, com regimes de trabalho diferentes, demanda a elaboração de quadros relativos a esse pessoal no novo organismo (que passa a ser o seu empregador);

⁴³² No Capítulo V, além do artigo 37.º, com a epígrafe “Regime jurídico do pessoal”, o artigo 38.º versa sobre a mobilidade, o artigo 39.º sobre os quadros de pessoal, o artigo 40.º sobre a “protecção social do pessoal”, o artigo 41.º sobre as “carreiras específicas e regime remuneratório”, o artigo 42.º sobre a “nomeação de dirigentes” e o artigo 43.º sobre a “estrutura orgânica” do ISSS.

- c) e a elaboração de novos quadros reformulados (na sua estrutura e dimensão), atendendo:
 - i) a que o regime de trabalho escolhido pelo legislador para o Instituto criado é o regime do contrato individual de trabalho e, portanto, se impõe a extinção dos lugares vagos existentes ou supervenientes;
 - ii) à «libertação» de lugares nos quadros de pessoal dos regimes anteriores decorrentes das transições para o novo regime jurídico de trabalho (artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro).

5.2. Em 1 de Abril de 2002, foi publicado (DR., n.º 76, p. 5952-16) o Despacho n.º 6798-B/2002 (2.ª Série), que aprovou o “quadro específico do Instituto da Solidariedade e Segurança Social, para o pessoal abrangido pelo regime do contrato individual de trabalho, que consta do mapa anexo [ao mesmo] e dele faz parte integrante”. Nele, são identificados 796 lugares para o grupo de pessoal técnico superior.

6. A argumentação aduzida por V. Ex.^a e pela Secretaria-Geral do (agora) Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social ⁴³³ não é, em face do exposto, de acolher. Vejamos melhor:

- a) Os quadros de pessoal (regulamentares) existem para corresponder ao regime legal de trabalho e não o inverso;
- b) O regime de trabalho inequivocamente escolhido para o novo instituto é o regime do contrato de trabalho (“Ao pessoal do ISSS aplica-se o regime jurídico do contrato individual de trabalho e o preceituado nos regulamentos internos do ISSS” — 1.ª parte do n.º 1 do artigo 37.º dos estatutos em referência);
- c) Sem prejuízo da aprovação de quadros de pessoal do instituto para os trabalhadores, com vínculos de trabalho diferentes, dos organismos extintos, tendo em vista a salvaguarda estrita desta diferença (2.ª parte do n.º 1 do artigo 37.º e artigo 40.º, *idem*);

⁴³³ Cf. artigo 2.º, alínea l), e artigo 20.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 79/2005, de 15 de Abril.

Os quadros de pessoal a aprovar são ditados pelo processo de extinção e de fusão e pelo facto do regime jurídico do contrato de trabalho ser o regime de trabalho do instituto. Os quadros para os trabalhadores com regimes de trabalho diferentes deste estão legalmente funcionalizados à manutenção da situação jurídica anterior que tinham nos quadros dos organismos preexistentes e extintos.

Assim como o está a identificação das situações referidas no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, como “situações especiais”.

- d) A abertura de concursos internos de ingresso para os quadros de pessoal em regime de função pública redunda no esvaziamento e na intromissão da Administração na opção legislativa pelo regime de trabalho jus-laboralístico (artigo 133.º, n.º 2, alínea a), do CPA);
- e) O instituto vai aumentando ou «alimentando» a existência de pessoal em regime de função pública, regime que, como sabe e afirma no ofício de 4 de Dezembro de 2002 (Processo R-5112/04 da Provedoria de Justiça), é “residual”, “uma excepção ao regime geral do pessoal do ISSS, face aos estatutos actuais”;
- f) Carácter residual e excepcional que foi afirmado para a generalidade dos institutos públicos pela lei quadro dos institutos públicos, aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro:
 - 1) a utilização, total ou parcial, do regime jurídico da função pública nos institutos públicos tem que ter justificação na especificidade do organismo ou dos postos de trabalho e tem de ser explicitada no seu “diploma instituidor” (artigo 34.º, n.º 1, artigo 46.º e artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro);
 - 2) assume carácter transitório, para trabalhadores «preexistentes», nos institutos cujo regime jurídico de trabalho é o do contrato de trabalho (artigo 46.º, n.º 2, da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro).
- g) O atraso na aprovação dos novos quadros para os trabalhadores dos organismos extintos e do regulamento de pessoal e portanto a falta de regulamentação devida para uma adequada aplicação do

Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, não pode ser corrigida inobservando-se o princípio da legalidade (artigo 3.º, n.º 1, do CPA);

- h) Constitui omissão cuja ilegalidade pode ser judicialmente verificada e superada pela fixação pelo tribunal administrativo competente de prazo para a emissão dos necessários diplomas regulamentares (artigo 77.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro);
- i) Observa-se que não deixa de ser inaceitável (artigo 10.º do CPA) a pública notícia dada pelo ISSS de que pretende recrutar trabalhadores para quadros de pessoal de organismos que já não existem juridicamente (lê-se nos avisos dos concursos, por exemplo, “quadro de pessoal do *ex-Centro* Regional do Norte”, “quadro de pessoal do *ex-Centro* Regional do Centro” — *italico* nosso);
- j) Por último, importa ter presente que o procedimento administrativo realizado na sequência da oferta pública de contratação em regime de contrato individual de trabalho aberta em 2001 se mantém válida, com candidatos ordenados nas respectivas listas, pelo menos na área funcional de sociologia, uma das áreas a cujo recrutamento se destina o primeiro concurso (cf. ofício de 24 de Fevereiro, enviado no âmbito do processo da Provedoria de Justiça n.º R-3920/02).

6.1. Acresce lembrar, sem prejuízo, que a celebração de contratos individuais de trabalho por um empregador público está sujeita a vinculações jurídico-públicas impostas pela Constituição (com exclusão das «admissões directas ou imediatas» — cf. ponto 3, alínea *a*), supra, e *v.g.*, artigos 47.º, n.º 2, e 266.º da CRP).

7. Em suma, o regime de trabalho do Instituto da Segurança Social, I.P., é o regime do contrato de trabalho, de acordo com a opção do legislador expressa nos estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro.

O regime jurídico da função pública e o regime jurídico laboral das instituições de previdência só pode ser aplicado aos trabalhadores dos orga-

nismos extintos e integrados no então recentemente criado Instituto da Solidariedade e Segurança Social.

Impõe-se, assim, concluir pela ilegalidade da abertura dos concursos identificados em 4 (supra) e chamar a melhor atenção de V. Ex.^a, no arquivamento do processo da Provedoria de Justiça, para o facto de a mesma consequenciar a invalidade do respectivo acto homologatório e dos actos de nomeação efectuados ou a efectuar (artigo 133.º, n.º 2, alínea i), do CPA).

R-4607/04

Assessora: Ana Neves

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Vila Real

Assunto: Contrato de trabalho a termo resolutivo para o exercício de funções de auxiliar de acção educativa — Aviso n.º 44/DGAP/2004 — procedimento administrativo prévio.

1. Foi apresentada queixa ao Provedor de Justiça por alegada “ausência de imparcialidade e isenção que norteou a selecção de candidatos à oferta de emprego a que se refere o Aviso n.º 44/GAP/004”, da Câmara Municipal de Vila Real, resultante da não aplicação de um dos métodos indicados naquele aviso, da desconsideração da experiência profissional dos candidatos e de invocada celebração com alguns dos candidatos dos respectivos contratos antes da notificação a todos da lista de classificação e ordenação final.

2. No âmbito da instrução do processo da Provedoria de Justiça (artigos 28.º, 29.º, n.os 1 e 2, e 34.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto), foram juntos documentos que integram o processo de contratação e prestados esclarecimentos por V. Ex.^a relativamente à publicitação do respectivo aviso, aos motivos justificativos do recurso ao contrato de trabalho a termo resolutivo, ao termo estipulado, aos métodos de selecção, à fundamentação dos resultados das entrevistas profissionais de selecção e à notificação aos candidatos da decisão final do procedimento (ofício de 22 de Dezembro de 2004, e ofício de 6 de Maio de 2005).

3. Analisados os documentos e esclarecimentos prestados, apuram-se, com interesse, os seguintes elementos:

- a) através de aviso, datado de 1 de Setembro de 2004, a Câmara Municipal de Vila Real abriu procedimento de contratação, em regime de contrato individual de trabalho com termo resolutivo, de 7 trabalhadores “para o exercício de funções correspondentes à carreira de auxiliar de acção educativa, cujo conteúdo funcional se insere nas áreas de apoio à actividade pedagógica, de acção social escolar e de apoio geral”;
- b) O aviso foi publicado no Jornal “O Primeiro de Janeiro” de 4 de Setembro de 2004, p. 34;
- c) De acordo com o citado aviso a selecção seria “efectuada através de prova documental e entrevista profissional de selecção”;
- d) O júri reuniu-se, em 2 de Setembro de 2004, e deliberou utilizar como método de selecção “a entrevista profissional de selecção, cujos parâmetros definiu” (acta n.º 1 e acta n.º 3);
- e) Fixou como factores ou critérios de avaliação a “motivação e interesse pela função”, o “sentido de responsabilidade e capacidade de resolução de problemas”, a “capacidade de relacionamento”, o “perfil para o desempenho do cargo” e a “capacidade de expressão e fluência verbal”, para cada um dos quais previu quatro menções qualitativas — “favorável preferencialmente”, “bastante favorável”, “favorável com reservas” e “não favorável” — tudo traduzido numa ficha individual, anexa à acta (acta n.º 1);
- f) O júri aprovou ainda uma outra “ficha de avaliação que ... [anex]ou à ... acta na qual, além de outros elementos curriculares, constam três questões que ser[iam] colocadas aos candidatos, tendo em vista o seu enquadramento nos parâmetros da entrevista profissional de selecção” (acta n.º 1);
- g) Aos 15 dias do mês de Setembro de 2004, o júri, “[a]pós a conclusão dos trabalhos de avaliação dos candidatos através de entrevista”, ordenou os candidatos segundo as menções referidas (Acta n.º 2);
- h) Na primeira das referidas fichas individuais, figuram, relativamente a cada um dos factores, os valores atribuídos e, na segunda,

a síntese das respostas às perguntas colocadas, expressas, em geral, com idênticas formulações, e com sínteses idênticas para valores diferentes ⁴³⁴;

- i) Na data de 15 de Setembro de 2004, o “júri decidiu que o resultado da avaliação, dada a urgência na abertura dos jardins-de-infância, seria transmitido via telefone às candidatas posicionadas do 1.º ao 7.º lugar no grau de favorável preferencialmente, tendo em vista a celebração dos respectivos contratos e que as restantes candidatas seriam informadas pelas vias normais, isto é, através de carta registada” (acta n.º 2);
- j) Em 20 de Setembro de 2004, foram celebrados contratos de trabalho a termo resolutivo entre os candidatos posicionados nos sete primeiros lugares e o Município de Vila Real, para o exercício de funções de auxiliar de acção educativa;
- k) A candidata XX exerceu funções de auxiliar de acção educativa durante o ano lectivo de 2003/2004, no Centro de Infância de Carvas, tendo sido contratada, em 20 de Setembro de 2004, para o exercício de funções no mesmo (cf. *curriculum vitae* e contrato). O mesmo se apura, relativamente ao Jardim-de-Infância de Vilariño Samardã, no que respeita à candidata XXX e quanto a XXXX,

⁴³⁴ A candidata A “[m]anifestou possuir um conhecimento bastante completo dos problemas e tarefas inerentes ao cargo”, à segunda pergunta deu uma [r]esposta muito incompleta e confusa demonstrando não saber que procedimento adoptar”, à terceira deu uma “resposta bem formulada aparentando, conhecer as suas competências nessa matéria, mas evidenciando alguma insensibilidade relativamente à forma de lidar com os pais” e, relativamente à quarta pergunta, mostrou que “[é] capaz de exercer a função com a vontade e experiência que tem. Esforça-se por poder agradar e que as crianças gostem dela”; a esta candidata foram atribuídos, nos “parâmetros de avaliação”, os valores de 16, 16, 16, 16 e 16. A candidata B, com a resposta à primeira pergunta, “[m]anifestou possuir um conhecimento bastante completo dos problemas e tarefas inerentes ao cargo” e foram-lhe atribuídos 18 valores no primeiro parâmetro de avaliação e 17 nos restantes. A candidata C “[m]anifestou possuir um conhecimento bastante completo dos problemas e tarefas inerentes ao cargo” e foram-lhe atribuídos 18 valores, 17 nos outros três e um 18 no último. A candidata D “[m]anifestou possuir um conhecimento bastante completo dos problemas e tarefas inerentes ao cargo” e foram-lhe atribuídos os valores de 19, 18, 18, 18 e 18; respondeu da mesma forma que a candidata E às perguntas n.ºs 2 e 3, tendo a esta sido atribuídos os valores de 19, 19, 18, 18 e 17.

- que trabalhou dois meses no Jardim-de-Infância de Vendas-Campeã, tendo sido contratada para exercer funções no Jardim-de-Infância de Pousada, Freguesia da Campeã (idem);
- l) Em 23 de Setembro de 2004, os candidatos foram notificados dos parâmetros utilizados na entrevista profissional de selecção e do seu posicionamento na lista de classificação final;
 - m) Em 7 de Outubro de 2004, o júri reuniu-se para apreciar a reclamação apresentada por uma das candidatas e decidir sobre o seu pedido de “fotocópia da lista de classificação final, da acta definidora dos critérios de selecção, dos currículos apresentados pelas candidatas posicionadas desde o primeiro até ao sétimo lugar na lista de classificação final” (acta n.º 3);
 - n) No ponto 1.º da acta n.º 3, o júri informa que a “prova documental” indicada no aviso de abertura do concurso “é, naturalmente, o requerimento e os documentos comprovativos das habilitações literárias e/ou profissionais e de identidade, os únicos que permitem admitir ou excluir os candidatos” e que, [c]onforme consta da acta número um, de dois de Setembro, o júri estabeleceu como único critério de selecção dos candidatos, a entrevista profissional de selecção, cujos parâmetros definiu”;
 - o) O “júri concluiu que apenas deverão ser fornecidas à candidata as fotocópias da acta definidora dos critérios de selecção e da lista de classificação dos candidatos” (acta n.º 3).

3. A contratação em causa foi efectuada ao abrigo do artigo 9.º, n.º 1, alínea *h*), da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho (“aprova o regime jurídico do contrato individual de trabalho na Administração Pública”). Este diploma é aplicável à contratação a termo das autarquias locais por força do artigo 6.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, de acordo com o qual “[a]o trabalhador de pessoa colectiva pública que não seja funcionário ou agente da Administração Pública aplica-se o disposto no Código do Trabalho, nos termos previstos em legislação especial, sem prejuízo dos princípios gerais em matéria de emprego público” e bem assim atendendo a que o artigo 30.º, alínea *b*), da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, revogou os artigos 18.º a 21.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, cuja aplicação à Administração Local

decorria do artigo 2.º, n.º 4, do mesmo diploma e do artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 409/91, de 17 de Outubro.

A celebração de contrato de trabalho a termo por pessoa colectiva pública depende de um procedimento de selecção realizado de acordo com os princípios da liberdade de candidatura, da igualdade e do mérito (artigo 47.º, n.º 2, e artigo 266.º, n.º 2, da CRP), cuja observância assenta, fundamentalmente, nas seguintes garantias:

- a) ampla e adequada publicidade dos empregos a prover (“oferta de trabalho pelos meios adequados”, na expressão do n.º 4 do artigo 9.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho);
- b) predeterminação e estabilidade de regras e critérios; (artigo 5.º, n.º 2, 2.ª parte, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, artigo 266.º, n.º 2, da CRP, e artigo 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho);
- c) a utilização de métodos e “critérios objectivos de selecção” (artigo 9.º, n.º 4, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho);
- d) a fundamentação das decisões (por apelo a tais critérios — *idem*).

3.1. No caso concreto, verifica-se que a oferta de contratação foi publicada no jornal “O Primeiro de Janeiro”. Não obstante a menor expressão nacional da respectiva tiragem, a opção por este jornal foi justificada “no facto de se tratar de um jornal de expansão nacional, com razoável venda ... [no] zona [de Vila Real], que ... [a] câmara assina, cujos preços são vantajosos para o município e que, de modo geral faz publicação com rapidez.”.

3.2. O aviso de contratação anunciou que a selecção seria efectuada “através de prova documental e entrevista profissional de selecção” ⁴³⁵.

Esta formulação, assim constante do aviso, aponta para a utilização de dois métodos ou formas de selecção: a avaliação dos elementos curriculares dos candidatos — indicação reforçada ⁴³⁶ pela necessidade dos candidatos instruírem o requerimento de candidatura com o “*currículum vitae* e documen-

⁴³⁵ “A selecção será efectuada através de prova documental, ...”.

⁴³⁶ Cf. acta n.º 3, § 2, ponto 2.º: “Considerando que *apesar de constar no aviso de abertura do processo de selecção que o requerimento deveria ser acompanhado do curriculum vitae, a avaliação curricular, como critério de selecção, não foi estabelecida*” (itálico nosso).

tos comprovativos das habilitações literárias e/ou profissionais e de identidade” — e entrevista profissional de selecção.

De referir, por outro lado, que da ficha de avaliação utilizada na entrevista profissional de selecção constam, como destaca o ponto 2.º da acta n.º 3, “alguns elementos curriculares”.

O aviso de abertura de um qualquer procedimento de recrutamento e selecção constitui o “quadro global de referências” dentro do qual o mesmo vai decorrer, autovinculando-se a Administração com a sua publicação e que, em regra, “não pode, por isso, vir subsequentemente a alterar”. E não pode fazê-lo por “razões de justiça e de objectividade”⁴³⁷, seja porque é susceptível de se repercutir ou prejudicar uma participação informada e adequada dos particulares (artigo 7.º, n.º 1, e 8.º do CPA), seja porque contende com a observância do princípio da estabilidade das regras (com as devidas adaptações, cf. artigo 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).

O artigo 9.º, n.º 4 da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, não define regras ou predetermina a escolha da Administração quanto aos métodos a utilizar no recrutamento de um trabalhador em regime de contrato individual de trabalho, para além de exigir que seja objectivo, isto é, pertinente face à actividade a desenvolver pelo trabalhador a contratar.

Em face do exposto, impõe-se não censurar a não utilização do método de selecção avaliação curricular ou, quando muito, destacar a consideração não formalizada de “elementos curriculares”, mas registar que o Aviso n.º 44/DAGP/2004 é equívoco, na medida em que induz a crença — ou suscita a dúvida — de que seria feita avaliação curricular ou que seria avaliada a experiência profissional anterior dos candidatos. Esta dúvida contende com o dever da Administração prestar informações, neste caso com relevância procedimental, precisas e seguras (artigo 7.º do CPA).

3.4. No que à fundamentação respeita dos resultados da entrevista profissional de selecção, verifica-se que o júri elaborou ficha com quadro indicativo das pontuações atribuídas a cada um dos critérios de apreciação, o qual,

⁴³⁷ Marcelo Rebelo de Sousa, *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lisboa, 1994, p. 69, e Acórdão do Tribunal de Contas, Autos de Reclamação n.º 86/91, *Anuário da Administração Pública*, 1991, Ano IX, Ministério das Finanças, DGAP, pp. 473 e 475.

no entanto, não contém senão esta indicação. Quanto à outra ficha, que resume os dados curriculares dos candidatos e contém as perguntas feitas na entrevista para avaliar o referido desempenho face a cada um dos critérios, este desempenho é traduzido através de formulações estandardizadas e não suficientes para permitir a conexão com os valores atribuídos que, nalguns casos, são diferentes para respostas iguais. Deste modo, não pode dizer-se que a fundamentação devida (artigo 124.º, n.º 1, alíneas *a*) e *c*), do CPA) seja suficientemente esclarecedora (artigo 125.º, n.º 2, do CPA) e, portanto, não ter-se por incólume a validade da decisão final do procedimento (artigo 135.º do CPA).

3.5. A decisão final do procedimento de selecção só foi notificada aos candidatos depois de celebrados os contratos com os candidatos posicionados nos sete primeiros lugares (respectivamente, em 23 e em 20 de Setembro de 2004).

As decisões dos órgãos administrativos que afectem os interesses dos particulares devem ser aos mesmos notificadas (artigo 268.º, n.º 1, 2.ª parte, e 3, 1.ª parte da CRP e artigo 66.º, alíneas *a*) e *c*), do CPA, e artigo 5.º, n.º 2 e 5, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho), notificação da qual depende a respectiva oponibilidade (artigo 60.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, na versão resultante das alterações introduzidas pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro — CPTA).

A referida celebração dá execução à decisão final do procedimento. Se a mesma deveria ter sido precedida da notificação desta — e a sua falta prejudicava tal execução — é de notar que, mesmo sendo posterior, não alude sequer àquela celebração (cf. ponto 2, *k*), do ofício), quando era devida à face do artigo 152.º do CPA ⁴³⁸.

Concluiu-se, assim, que foi, ilegalmente, iniciada a execução da decisão final do procedimento.

Ao não ter sido levada ao conhecimento atempado dos interessados a resolução definitiva do procedimento, nos termos expostos foi, concomitante-

⁴³⁸ “1 — A decisão de proceder à execução administrativa é sempre notificada ao seu destinatário antes de se iniciar a execução. //2 — O órgão administrativo pode fazer a notificação da execução conjuntamente com a notificação do acto definitivo e executório.”.

mente, prejudicado o exercício em tempo útil do direito à tutela jurisdicional efectiva (artigo 20.º, n.º 1, e artigo 268.º, n.º 4, da CRP, e artigo 2.º, n.º 1, do CPTA).

3.6. Uma das candidatas, como visto, requereu o fornecimento de fotocópia da lista de classificação da acta definidora dos critérios de selecção dos currículos apresentados pelas candidatas posicionadas desde o primeiro ao sétimo lugar na lista de classificação. O júri entendeu que “apenas deverão ser fornecidas à candidata as fotocópias da acta definidora dos critérios de selecção e da lista de classificação final” (§ 3 do ponto 2.º da acta n.º 3).

Ao actuar desta forma o júri não atendeu, de forma bastante, ao direito à informação e de acesso aos registos e arquivos administrativos da candidata:

- a) Estes direitos, consagrados nos n.ºs 1 e 2 do artigo 268.º da CRP, encontram-se concretizados nos artigos 61.º a 65.º do CPA;
- b) O direito à informação obriga a Administração a dar a conhecer, às pessoas directamente interessadas no procedimento, que o requeiram, todos os elementos relativos ao respectivo andamento ou curso procedimental; a transmitir-lhes as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas; a permitir-lhes a consulta do processo e a fornecer-lhes certidão, reprodução ou declaração autenticada dos documentos que constem do processo (artigo 268.º, n.ºs 1 e 2, lidos articuladamente, conforme artigos 61.º a 64.º do CPA);
- c) A Constituição e a lei autorizam a restrição ao direito à informação (conexo com o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos) apenas quando estejam em causa “matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas”;
- d) Não é manifestamente o caso dos documentos que integram um procedimento administrativo, público, e de selecção de um trabalhador por parte de uma pessoa colectiva pública;
- e) Isto mesmo destacou o Tribunal Constitucional, a propósito da apreciação da constitucionalidade da norma do ⁴³⁹ n.º 4 do

⁴³⁹ “4 — Os interessados terão acesso, em caso de recurso, à parte das actas em que se definam os factores e critérios de apreciação aplicáveis a todos os candidatos e, bem assim, àquela em que são directamente apreciados”.

artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 498/88, de 30 de Dezembro (revogado pelo Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho), afirmando o direito de acesso amplo, em qualquer das suas formas (informação directa, consulta do processo, passagem de certidões, fornecimento de fotocópias) ao processo de concurso por parte dos candidatos, susceptível de ser apenas legitimamente restringido nas situações referidas (*supra*, alínea c));

- f) O Acórdão n.º 394/93 (Processo n.º 188/92, DR., I Série-A, n.º 229, de 29 de Setembro de 1993, pp. 5469 a 5475) declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 4 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 498/88, de 30 de Dezembro, por restringir o acesso dos interessados à parte das actas que definem os factores de apreciação e àquela em que sejam directamente apreciados ⁴⁴⁰;
- g) O direito à informação, com este conteúdo, conexiona-se com o direito à participação procedimental (artigo 267.º, n.º 5, da CRP, e artigo 8.º do CPA) e o direito à tutela judicial efectiva (artigo 20.º e artigo 268.º, n.º 4, da CRP). Especificamente, as informações procedimentais relativas aos candidatos opositores ao mesmo concurso “constituem elementos essenciais de aferição da legalidade da actuação do júri e do acto final do concurso, pelo que o impedimento do conhecimento desses elementos a qualquer concorrente constitui violação do conteúdo essencial do direito constitucional ao recurso contencioso dos actos da Administração arguidos ilegais” (Acórdão n.º 231/92 — Processo 94/90, do Tribunal Constitucional, in DR., II Série, n.º 255, de 4 de Novembro de 1992, p. 10 404);
- h) À Administração não cabe fazer qualquer juízo sobre a aplicação ou utilidade pretendida pelo particular com a informação solicitada, o que decorre do “mandato constitucional da «transparên-

²⁸⁵ No sentido da referida inconstitucionalmente, cf., anteriormente, Acórdão n.º 231/92 — Processo n.º 94/90, DR., II Série, n.º 255, de 4 de Novembro de 1992, pp. 10 402 a 10 404, Acórdão n.º 193/92 — Processo n.º 265/91, DR., II Série, n.º 195, de 25 de Agosto de 1992, pp. 7861 a 7863, e Acórdão n.º 156/92, II Série, n.º 202, de 2 de Setembro de 1992, pp. 8162 a 8164.

cia» da Administração ínsito no artigo 268.º da Constituição da República e [d]a sua orientação a garantias de defesa e participação dos administrados” (Acórdão cit. ult., p. 10 403).

Referindo-se às consequências do deficiente cumprimento do dever de informar, Freitas do Amaral escreve que “não só a Administração responde civilmente pelos danos causados ao particular interessado como, se tal comportamento ocorrer antes da decisão final do processo, haverá vício de forma por preterição de formalidade essencial, invocável aquando da impugnação do acto definitivo” ⁴⁴¹.

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos estabelece a interrupção do prazo de impugnação do acto deficientemente notificado com o requerimento do particular dirigido à entidade que o praticou (artigo 60.º) e com a utilização pelo interessado do processo urgente de intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões (artigo 36.º, n.º 1, alínea c), e artigos 102.º a 108.º do CPTA).

4. Nestes termos, sem prejuízo do arquivamento do processo da Provedoria de Justiça relativo ao procedimento identificado de contratação de sete auxiliares de acção educativa, impõe-se chamar a melhor atenção de V. Ex.^a para as razões expostas, no presente ofício, no que à legalidade da actuação administrativa respeita.

R-5112/04

Assessora: Maria José Castello-Branco

Entidade visada: Ministro do Trabalho e da Solidariedade Social

Assunto: Instituto de Solidariedade e Segurança Social — funções inspectivas.

1. O presente processo teve origem em várias queixas formuladas junto da Provedoria de Justiça por trabalhadores contratados e por funcioná-

⁴⁴¹ “Direitos Fundamentais dos Administrados”, in *Nos Dez Anos da Constituição*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1986, p. 14.

rios do Instituto de Solidariedade e Segurança Social (ISS.IP), com fundamento em desajustamento funcional.

2. Alegam que, não tendo sido contratados para tal ou não estando integrados na carreira de inspecção, exercem, de facto, funções inspectivas.

3. Após uma primeira análise da legislação aplicável foi desde logo possível verificar que os parâmetros da questão são fundamentalmente quatro:

3.1. a atribuição de funções de controle aos serviços regionais de planeamento e fiscalização (hoje serviços de fiscalização) nos termos do art. 26.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, que aprova os Estatutos do ISS.IP ⁴⁴²;

3.2. a consagração do regime jurídico do contrato individual de trabalho para o pessoal do ISS.IP, nos termos do art. 37.º do mesmo diploma;

3.3. a criação da carreira de inspecção no ISS.IP efectuada pelo Decreto Regulamentar n.º 22/2001, de 26 de Dezembro; e,

3.4. a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprova o regime jurídico do contrato individual de trabalho da Administração Pública.

4. Consequentemente, no âmbito da instrução do processo, foram solicitadas informações em 13 de Janeiro de 2005, e em 23 de Fevereiro de 2005, ao Presidente do Conselho Directivo ISS.IP, sobre as situações individuais dos funcionários e a diferença conceptual entre as funções exercidas pelo Departamento de Fiscalização do ISS.IP, através de contrato, e o conteúdo funcional descrito para a carreira de inspector, prevista no Decreto Regulamentar n.º 22/2001.

5. Foi possível, assim, obter a informação constante do ofício do Presidente do Conselho Directivo do ISS, I.P de 08 de Março de 2005.

6. No entendimento desta entidade, o n.º 4 do art. 1.º da Lei n.º 23/2004 recolhe um princípio de ordem constitucional quando determina que no âmbito da administração directa do Estado não podem ser objecto de contrato de trabalho por tempo indeterminado, actividades que impliquem o exercício directo de poderes de autoridade que definam situações jurídicas de terceiros, ou o exercício de poderes de soberania. Esta norma acabaria, assim,

⁴⁴² Alterado pelo Decreto-Lei n.º 112/2004, de 13.05.

por inviabilizar o exercício desta função por pessoal contratado pelo ISS.IP, só podendo exercer tal função os funcionários integrados na carreira de inspecção criada pelo Decreto Regulamentar n.º 22/2001.

7. Refere, ainda, que o pessoal contratado do ISS.IP se encontra a exercer funções de apoio e que, nos dois casos identificados pela Provedoria de Justiça relativos a funcionários, estes se encontram a exercer funções de inspecção.

8. Face a esta posição, permitir-me-á, Senhor Ministro, questionar a própria criação da carreira de inspecção no ISS.IP, já que as queixas apresentadas são reveladoras de uma situação estrutural complexa. Entendo que, por este motivo, não posso, nem devo, limitar a minha intervenção à análise do comportamento gestonário dos órgãos directivos do ISS.IP: o que estas queixas revelam é a existência de um problema originado pelas opções estratégicas que foram efectuadas relativamente à alocação e tipificação das funções de controle dentro do Ministério de tutela da área da solidariedade social. Convém, portanto, ter presente, que o que se encontra em causa é a relação institucional do Estado-administração com as pessoas colectivas que integram a administração indirecta ⁴⁴³.

9. Antes, porém, de caracterizar as competências e atribuições do ISS.IP, mostra-se necessário proceder a uma breve descrição da evolução organizativa deste sector, já que esta área sofreu num curto espaço de tempo duas reestruturações significativas de sentido contrário:

9.1. com a lei orgânica do XV Governo Constitucional, publicada através do Decreto-Lei n.º 120/2002, de 3 de Maio, o Ministério do Trabalho e da Solidariedade passou a designar-se Ministério da Segurança Social e do Trabalho, vindo a originar o Decreto-Lei n.º 171/2004, de 17 de Julho, que reestruturou a orgânica do ministério;

9.2. decorrente da publicação da lei orgânica do XVI Governo Constitucional, através do Decreto-Lei n.º 215-A/2004, de 3 de Setembro, foi extinto o Ministério da Segurança Social e do Trabalho e criado o Ministério da Segurança Social, da Família e da Criança, estruturado pelo Decreto-Lei n.º 5/2005, de 5 de Janeiro. As áreas do trabalho, emprego e formação pro-

⁴⁴³ Cfr. sobre esta temática o Acórdão do STA no processo n.º 1406/02 de 01.07 2003, in www.dgsi.pt

fissional foram transferidas para o Ministério das Actividades Económicas e do Trabalho, cuja estrutura consta do Decreto-Lei n.º 8/2005, de 6 de Janeiro;

9.3. de novo, com a publicação do Decreto-Lei n.º 79/2005, de 15 de Abril, que aprova a orgânica do XVII Governo Constitucional, foi esta distribuição de áreas alterada e criado o Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, incorporando-lhe outra vez as áreas do trabalho, emprego e formação profissional;

9.4. deste último diploma consta a regra segundo a qual todos os serviços, organismos e entidades cujo enquadramento ministerial é alterado mantêm a mesma natureza jurídica, modificando-se apenas, conforme os casos, o superior hierárquico ou o órgão que exerce os poderes de superintendência e tutela, nos termos do n.º 1 do art. 25.º, o que nos situa no Decreto-Lei n.º 5/2005, que manteve a anterior tipificação do ISS.IP.

10. Verifica-se portanto que o ISS.IP mantém, nos termos da alínea *a)* do n.º 1 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 5/2005, a natureza de instituto público, remetendo assim para os estatutos do instituto aprovados, como já referimos, pelo Decreto-Lei n.º 316-A/2000. Através destes, o ISS.IP foi dotado de personalidade colectiva de direito público, autonomia administrativa, financeira e patrimonial conjugando-se com o objectivo definido nos termos do n.º 1 do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 5/2005: a gestão dos regimes de segurança social, o reconhecimento dos direitos e o cumprimento das obrigações decorrentes dos regimes de segurança social e o exercício da acção social, de orientação técnica, coordenação e apoio ao funcionamento da estrutura orgânica do sistema de segurança social, permitindo assim, qualificá-lo como um serviço personalizado do Estado.

10.1. Procedendo à integração deste objectivo com as atribuições que lhe estão cometidas, constata-se que o ISS.IP deve exercer, em articulação com a Inspecção-Geral do Ministério da tutela, a acção fiscalizadora do cumprimento dos direitos e obrigações dos beneficiários e das instituições particulares de solidariedade social e outras entidades privadas que exerçam actividades de apoio social, nos termos da alínea *d)* do n.º 2 do art. 2.º.

10.2. Esta acção fiscalizadora incumbe aos serviços regionais de planeamento e fiscalização, a quem compete, entre outras funções, dirigir “a acção as acções de fiscalização no cumprimento dos direitos e obrigações

dos beneficiários, das entidades empregadoras, das instituições particulares de solidariedade social e de outras entidades privadas que exerçam actividades de apoio social”, de acordo com o art. 26, n.º 2.º alínea f) do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, na redacção do Decreto-Lei n.º 112/2004.

11. Estabilizado este ponto de partida exige-se, agora, o enquadramento dos parâmetros a que fizemos referência em 3, no âmbito da relação institucional do Estado-administração com as pessoas colectivas que integram a administração indirecta. Importa, portanto, sempre tendo em atenção que compete ao Governo, no exercício de funções administrativas, nomeadamente, “dirigir os serviços e a actividade da administração directa do Estado, civil e militar, superintender na administração indirecta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma”, nos termos da alínea d) do artigo 199.º da Constituição, conhecer o que sobre esta questão dispõem, quer a Lei n.º 4/2004, de 15 de Janeiro, que estabelece as normas e os princípios a que deve obedecer a organização da administração directa do Estado, quer a Lei n.º 3/2004, da mesma data, que aprova a lei quadro dos institutos públicos.

11.1. E que resulta desde logo evidente através do n.º 2 do art. 2.º da Lei n.º 4/2004, é que foram reservados à administração directa do Estado, o exercício de poderes de soberania, autoridade e representação política do Estado, estudo e concepção, coordenação, apoio e controle ou fiscalização de outros serviços administrativos, determinando que quando nos organismos de controlo, auditoria e fiscalização, a função dominante seja a inspectiva, estes serviços denominam-se inspecções-gerais ou inspecções regionais, quando se trate respectivamente de serviços centrais ou periféricos, nos termos do art. 16.º.

11.2. Trata-se, portanto, de uma concepção que vai ao encontro da tradição centralizadora portuguesa, decorrendo a norma do n.º 2 do art. 2.º da Lei n.º 4/2004, necessariamente, do entendimento conceptual da administração estadual indirecta, como conjunto das entidades públicas que desenvolvem, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira, uma actividade administrativa destinada à realização de fins do Estado.

11.3. Estando desligada do conceito de hierarquia, esta realidade exige como contrapartida o exercício, por parte do Estado, de um poder de intervenção e controle, que se configura como o poder de tutela e de superin-

tendência ⁴⁴⁴ e cuja excepcionalidade, face à autonomia dos institutos públicos, conjugada com o princípio da legalidade, exige que a definição do seu conteúdo e a forma do seu exercício devam ser estabelecidas por lei.

11.4. O que nos remete para a análise do regime legal da tutela e da superintendência constante da lei quadro dos institutos públicos e, em especial, dos arts. 41.º e 42.º da Lei n.º 3/2004.

11.4.1. De acordo com estas disposições entendo que foram consagrados quatro tipos de tutela ⁴⁴⁵, caracterizando-se como correctiva “a priori”, na previsão do n.º 2 e n.º 4, correctiva “a posteriori” na previsão do n.º 3 e do n.º 5, tutela de âmbito disciplinar, (n.º 8) e ainda tutela substitutiva face à verificação da previsão do n.º 9 todos do art. 41.º.

11.4.2. Por seu turno, a superintendência é definida nos termos do art. 42.º da Lei n.º 3/2004, como o poder de dirigir orientações, emitir directivas ou solicitar informações aos órgãos dirigentes dos institutos públicos sobre os objectivos a atingir na gestão do instituto e sobre as prioridades a adoptar na respectiva prossecução. Implica ainda, como contrapartida, o

⁴⁴⁴ Definida como o «o poder conferido ao órgão de uma pessoa colectiva de intervir na gestão de outra pessoa colectiva autónoma — autorizando ou aprovando os seus actos ou, excepcionalmente, modificando -os, revogando-os ou suspendendo-os, fiscalizando os seus serviços ou suprimindo a omissão dos seus deveres legais-, no intuito de coordenar os interesses mais amplos representados pelo órgão tutelar. Segundo o critério do fim, concebe-se, pois, uma tutela que visa aferir da legalidade da decisão da entidade tutelada, da sua conformidade à lei (tutela de legalidade); ao lado de uma tutela que procura indagar do seu mérito, isto é, se a decisão, abstraindo da sua legalidade, é ou não conveniente e oportuna, correcta ou incorrecta, dos pontos de vista administrativo, técnico, financeiro, etc”. Cfr. Parecer da PGR, n.º 901985, in www.dgsi.pt.

⁴⁴⁵ Recorrendo ao parecer cit. em nota 3, “Segundo o conteúdo, distinguem-se três espécies fundamentais de tutela administrativa: a tutela «correctiva», tendente a corrigir os eventuais inconvenientes resultantes do conteúdo dos actos projectados ou decididos pelos órgãos tutelados; a tutela «inspectiva», traduzindo o poder de fiscalizar órgãos e serviços da pessoa colectiva tutelada, para o efeito de promover a aplicação de sanções por ilegalidades ou má gestão; a tutela «substitutiva» ou «supletiva» que consiste no poder conferido à autoridade tutelar de suprir as omissões do órgão tutelado, praticando em seu lugar os actos devidos. Os autores sentiram, aliás, a necessidade de autonomizar, adentro destas categorias, certas conformações que a tutela pode apresentar, a demandarem tratamento próprio. Num dos mais significativos reflexos dessa atitude dogmática distinguem-se, no conteúdo da tutela correctiva, por um lado, os poderes de autorização ou aprovação dos actos da entidade tutelada, havendo, no primeiro caso, uma tutela *a priori* e, no segundo, uma tutela *a posteriori*”.

poder de controlar o desempenho dos institutos públicos, em especial para o cumprimento dos fins e dos objectivos estabelecidos e quanto à utilização dos recursos pessoais e materiais colocados à sua disposição.

11.4.3. Ora as inspecções-gerais são normalmente o organismo adequado ao exercício da tutela e do poder previsto no n.º 3 do art. 42.º da Lei n.º 3/2004, alargando o conceito restrito de inspecção que consiste “na faculdade que o superior possui de tomar conhecimento, directamente ou por seus delegados, de todos os actos e factos ocorridos no desempenho dos serviço sob a sua direcção”, que é por natureza “um corolário do poder de direcção” ⁴⁴⁶.

11.5. Do exposto, resulta que a norma do n.º 2 do art. 2.º da Lei 4/2004 me permite questionar de imediato, a manutenção em vigor da atribuição de poderes de autoridade ao ISS.IP, efectuada através do art. 44.º dos seus estatutos. Considero, aliás, que também dificilmente se poderá defender a manutenção da vigência do n.º 2 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 112/2004, que aplica a carreira de inspecção aos serviços da administração central e regional autónoma, incluindo os institutos públicos.

12. Também de um ponto de vista de organização funcional da actividade administrativa, dificilmente se pode sustentar o entendimento de que a opção quanto à distribuição da função de fiscalização dotada de poderes de autoridade, no Ministério da tutela, permitia a existência de dois organismos sobrepostos a exercer o mesmo tipo de funções.

12.1. É que a Inspeção-Geral do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social (cuja orgânica foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 80/2001) encontra-se incluída na administração directa do Estado e definida como um organismo central de controlo, auditoria e fiscalização, mantendo a solução que já constava do Decreto-Lei n.º 171/2004.

12.2. Refiro, aliás, complementarmente, que foi através deste diploma que se consagrou neste Ministério uma evolução importante, na estruturação da função de controle, pois possibilitou o regresso da Inspeção-Geral

⁴⁴⁶ Caetano, Marcello, “Manual de Direito Administrativo” vol. I, Almedina, Coimbra, 1984, pág. 247.

do Trabalho, até então incompreensivelmente sediada na administração estadual indirecta, ao âmbito da administração estadual directa ⁴⁴⁷.

12.3. Recorrendo ao texto preambular do diploma que a constituiu, verifica-se que a Inspecção-Geral do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social foi pensada como um organismo integrado no sistema de controle interno do Estado e visa essencialmente avaliar o funcionamento dos Serviços do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, em todas as suas componentes, desde a gestão de pessoal à gestão administrativa e financeira e assume, por inteiro, a sua vocação matricial de instância de controlo do orçamento de segurança social e do funcionamento dos serviços que passam a ser todos os do Ministério, articulando-se com os organismos sob suprintendência e tutela do Ministério ⁴⁴⁸.

13. Constata-se portanto, desta análise, que as competências da inspecção-geral tem uma natureza diferente, muito mais complexa e abrangente do que aquelas que foram estatutariamente atribuídas ao ISS.IP, resultando as primeiras da qualificação da inspecção como organismo de controlo, auditoria e fiscalização dos serviços e organismos do Ministério que tutela a segurança social, e as segundas, da qualificação dos objectivos de um instituto público destinado a gerir os regimes de segurança social, o reconhecimento dos direitos e o cumprimento das obrigações decorrentes do regime de segurança social e exercício da acção social.

14. Face ao que antecede, retiro quanto à opção de criação da carreira de inspecção no ISS.IP. as seguintes conclusões:

⁴⁴⁷ O Instituto para o Desenvolvimento e Inspecção das Condições do Trabalho foi criado pelo Decreto-Lei n.º 219/93, de 16 de Junho, nele se encontrando inserida a Inspecção-Geral do Trabalho, foi extinto e, em sua substituição, criado o Instituto para a Segurança, Higiene e Saúde no Trabalho, permitindo assim o regresso da Inspecção-Geral do Trabalho ao âmbito da administração directa do Estado, primeiro como serviço central do Ministério da Segurança Social e do Trabalho (Decreto-Lei n.º 171/2004) e, posteriormente, também como serviço central, no Ministério das Actividades Económicas e do Trabalho (cfr. art. 1.º art. 4.º do Decreto-Lei n.º 8/2005).

⁴⁴⁸ Em face das funções que lhe estão cometidas, causa especial perplexidade, a comparação do Decreto Regulamentar n.º 22/2001, com o Decreto Regulamentar n.º 32/2002, de 22 de Abril, que define e regulamenta a aplicação do Decreto-Lei n.º 112/2001 às carreiras de inspecção da Inspecção-Geral e que apenas cria duas carreiras — a de inspector superior e a de inspector-adjunto, esta última a extinguir quando vagar na Inspecção-Geral, enquanto através do Decreto Regulamentar n.º 22/2001, são criadas três carreiras.

14.1. As competências de inspecção no âmbito da área da segurança social encontram-se atribuídas à Inspecção-Geral, definida como serviço central do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, estando assim, de acordo com o n.º 2 do art. 2.º da Lei n.º 4/2004, que estabelece os princípios e normas a que deve obedecer a organização da administração directa do Estado e que determina a inserção na administração estadual directa dos serviços de cujas atribuições decorra, designadamente, o exercício dos poderes de soberania, autoridade e representação política do Estado ou o estudo e concepção, coordenação, apoio e controlo ou fiscalização de outros serviços administrativos.

14.2. Em conjugação com a Lei 3/2004, que aprova a lei quadro dos institutos públicos, deve entender-se, em consequência, que o exercício de poderes de autoridade se encontra limitado à administração estadual directa, daqui decorrendo duas conclusões imediatas:

14.2.1. que o segmento do n.º 1 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 112/2001, de 6 de Abril, que admite o exercício de funções de autoridade no âmbito da administração estadual indirecta colide directamente com o disposto no n.º 2 do art. 2.º da Lei n.º 4/2004;

14.2.2. que o art. 44.º dos estatutos do ISS.IP, porquanto atribui o exercício dessas funções a um instituto público, também contraria aquela disposição.

14.3. Mas mesmo que assim não se entenda, dificilmente se poderia enquadrar no ISS.IP, a criação de uma carreira de inspecção, já que orgânica e estatutariamente se encontra definida como sua atribuição, uma acção fiscalizadora do cumprimento dos direitos e obrigações dos beneficiários e das instituições particulares de solidariedade social e outras entidades que exerçam actividades de apoio social (alínea *d*) do n.º 2 do art. 4.º).

14.4. Em especial, quanto ao Decreto Regulamentar n.º 22/2001, considero ainda que:

14.4.1. a criação da carreira de inspecção efectuada por este decreto regulamentar não tem viabilidade a médio, ou, em algumas situações, a curto prazo, já que as normas de transição de pessoal previstas no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, conjugadas com o disposto no art. 37.º dos estatutos, têm a virtualidade de transformar o quadro de funcionários públicos do ISS.IP, em quadro a extinguir;

14.4.2. não pode ter, como norma habilitante, o n.º 1 do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 112/2001, que estabelece o enquadramento e define a estrutura das carreiras de inspecção da Administração Pública, já que não se encontravam previstas as condições de aplicação daquele artigo: as carreiras de inspecção não foram criadas pelo Decreto-Lei n.º 316-A/2000, tendo as mesmas sido criadas *ex novo* pelo Decreto Regulamentar n.º 22/2001;

14.4.3. não sanciona a actividade de direcção dos inspectores já que, a norma supletiva do art. 11.º do citado Decreto Regulamentar não tem a virtualidade de, só por si, criar funções de direcção.

15. Quanto à situação dos funcionários:

15.1. O desajustamento funcional parece existir apenas quanto a funcionários, que não tendo transitado para a carreira de inspecção, se encontram efectivamente a exercer funções de inspecção, já que todos os trabalhadores contratados, conforme se refere no ofício do Presidente do Conselho Directivo do ISS, I.P. de 08 de Março de 2005, já referenciado, exercem funções de apoio à função inspectiva conforme ao contrato que celebraram ⁴⁴⁹.

15.2. Refira-se, aliás, que pelo menos até à data de publicação da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, vigorou o art. 44.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, que confere expressamente poderes de autoridade ao pessoal do ISS, IP e não necessariamente no exercício de funções de fiscalização, o que elimina até essa data, a fundamentação da impossibilidade jurídica de celebração de contratos para o exercício de funções de controle.

15.3. No entanto, como já referi, este art. 44.º encontra-se em crise, embora por outros fundamentos e a partir de outra data diferentes daquela que resulta do entendimento do presidente do instituto.

15.4. Haverá, portanto, que salientar, que, independentemente da situação profissional do funcionário, não pode a Administração fazer prevalecer as dificuldades funcionais ou constrangimentos orçamentais, para vincular os funcionários em causa, de forma permanente, ao exercício de funções diferentes das que correspondem à sua categoria, sem a corresponde remuneração, sob pena de violação do princípio geral de proibição do enriquecimento injusto

⁴⁴⁹ Cujá cláusula primeira tipifica o objecto do contrato, como as funções inerentes à categoria de técnico superior cujo conteúdo funcional se encontra descrito no regulamento da carreira em vigor para o pessoal da Administração Pública.

(art. 473.º do Código Civil), de acordo com a orientação firmada deste órgão do Estado, em casos semelhantes ⁴⁵⁰. Mas também importa ressaltar que as alterações de conteúdo funcional, são fundamentalmente formais, resultando neste caso, do exercício de funções que tendo sido interpretadas como sendo de inspecção, não o deveriam ser nem à data em que foi publicado o Decreto Regulamentar n.º 22/2001, em função do objectivo que foi estabelecido para o instituto e da estrutura da função de controle no Ministério, nem, actualmente, face à Lei n.º 4/2004.

15.5. Tal não significa que não se tenha verificado, face à descrição da situação que foi efectuada, uma situação de desigualdade de tratamento entre funcionários que exercem funções ditas inspectivas e os que exercem funções de técnico superior sem estas características e que se traduz, fundamentalmente na atribuição de um estatuto remuneratório diferenciado, para os primeiros. A tal discriminação urge pôr cobro.

Em conclusão

Analizada a matéria reclamada, à luz do enquadramento jurídico-legal pertinente e atendendo aos esclarecimentos oportunamente prestados pelo Presidente do Conselho Directivo do ISS.IP, afigura-se-me que os estatutos do ISS.IP devem ser afeiçoados ao n.º 2 do art. 2.º da Lei 4/2004, já que esta lei de enquadramento reserva o exercício de funções de fiscalização, bem como o exercício de poderes de autoridade à administração estadual directa.

Mas mesmo que não se perfilhe este entendimento, considera-se que o Decreto Regulamentar n.º 22/2001 criou indevidamente carreiras de inspecção que extravasam o objectivo do ISS.IP, definido quer pelos estatutos quer pelo Decreto-Lei n.º 5/2005, originando-se situações de desajustamento funcional, instabilidade organizativa e desequilíbrios estruturais face à própria Inspeção-Geral do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, pelo que considero que haveria sempre que proceder à alteração desta injustificada sobreposição.

⁴⁵⁰ Cfr. Leitão, Alexandra, In “O enriquecimento sem causa na Administração Pública”, pág. 38 e seguintes, citado In R. 2293/02, In Relatório à Assembleia da República 2002, Provedor de Justiça, pág. 665.

Informo, por último, que determinei o arquivamento dos processos abertos na Provedoria de Justiça a este respeito, com comunicação aos reclamantes das conclusões alcançadas.

R-225/05

Assessora: Elisa Morgado

Entidade visada: Presidente do Conselho Directivo do Instituto da Segurança Social, IP

Assunto: Reclassificação profissional.

1. Como é do conhecimento de V. Ex.^a foi aberto e instruído na Provedoria de Justiça o processo R-225/05, a propósito da nomeação em comissão de serviço extraordinária de um funcionário do ex-Centro Regional de Segurança Social do Norte, nos termos do n.º 2 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro, a que foi dada publicidade pelo Aviso n.º 9505/2004 (2.ª Série).

Constitui esta nomeação acto intercalar do procedimento de reclassificação profissional de um assistente administrativo do quadro de pessoal do ex-Centro Regional de Segurança Social do Norte, afecto à Unidade de Atendimento ao Cidadão e Comunicação, proposta pelo respectivo director, com fundamento no facto de o mesmo ter concluído a licenciatura em Relações Internacionais tida como adequada ao desempenho das funções na mesma Unidade (cfr. alínea *d*) do artigo 4.º do citado Decreto-Lei n.º 497/99).

2. De acordo com os esclarecimentos prontamente prestados por V. Ex.^a, no Instituto de Solidariedade e Segurança Social, pese embora o facto de ao respectivo pessoal ser aplicável o regime jurídico do contrato individual de trabalho, nos termos do artigo 37.º dos estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, têm sido admitidas reclassificações profissionais, tal como têm sido realizados concursos internos gerais de ingresso e autorizadas transferências, já que:

- a) nos quadros de pessoal dos ex-centros regionais, que se mantêm válidos, subsistem vagas para o efeito, em virtude dos lugares que

vão vagando, designadamente por via de aposentações e transferências, nunca terem sido extintos;

- b) não foi possível permitir aos funcionários públicos o exercício do direito de opção a que se refere o artigo 4.º do mesmo Decreto-Lei n.º 316-A/2000, pelo que continuou a ser-lhes reconhecido não apenas o direito à carreira em termos gerais, mas também a expectativa de poderem ingressar noutras carreiras, dado que os lugares dos quadros da Função Pública não foram declarados extintos à medida que foram vagando.

3. Sendo certo que a questão objecto do presente processo consiste unicamente na apreciação da legalidade do recurso à reclassificação profissional, não deixam aqui de ser inteiramente válidas, embora com as necessárias adaptações, as razões já invocadas para sustentar a ilegalidade da abertura de concursos internos de ingresso, transmitidas oportunamente a V. Ex.^a, pelo ofício de 29 de Abril último.

Na verdade, também a aplicação deste mecanismo de mobilidade, na medida em que pode significar — e significa, de facto, no caso em apreço, por força da regra do n.º 1 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 497/99, de 19 de Novembro — uma transição para categoria de ingresso de diferente carreira, afasta a aplicação do regime jurídico de trabalho imposto pelo artigo 37.º dos estatutos do Instituto de Solidariedade e Segurança Social, sem que se mostre pertinente invocar nesta sede qualquer expectativa merecedora de tutela.

Por um lado, e sob pena de se subverter a escolha do legislador pelo regime jurídico do contrato individual de trabalho, não se pode deixar de entender que os lugares de ingresso dos quadros de pessoal dos organismos extintos pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, se mantêm transitoriamente em vigor enquanto providos. Por outro, a norma do n.º 1 do artigo 4.º deste mesmo diploma garante apenas aos funcionários públicos dos organismos extintos a situação de origem e os direitos que dela decorrem, e a reclassificação profissional, ainda que possa ser requerida pelo próprio funcionário, não deixa de ser, mesmo nessa hipótese, um instrumento de gestão a utilizar rigorosamente em função do interesse e da conveniência de serviço (cfr. artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 497/99).

4. Nestes termos, permito-me insistir na fragilidade dos fundamentos aduzidos e, sem prejuízo do arquivamento do presente processo, chamo a aten-

ção de V. Ex.^a para a ilegalidade da nomeação em comissão de serviço extraordinária no âmbito do procedimento de reclassificação profissional em apreço e, consequentemente, do provimento definitivo que porventura dele venha a resultar.

R-629/05

Assessora: Elisa Morgado

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Alcanena

Assunto: Processo de selecção publicitado pelo aviso publicado no Diário de Notícias em 25 de Novembro de 2004 — contratação a termo resolutivo — funções inerentes à carreira técnica superior de Sociologia.

1. Como é do conhecimento de V. Ex.^a, foi aberto e instruído na Provedoria de Justiça o processo R-629/05, a propósito do processo de selecção divulgado pelo aviso publicado no Diário de Notícias, de 25 de Novembro de 2004, para a contratação a termo resolutivo de um técnico superior da área de Sociologia, uma vez que, segundo se alegava, o respectivo júri apreciou e valorou as candidaturas em função de critérios a que não deu publicidade.

V. Ex.^a, ouvido nos termos do artigo 34.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, veio, oportunamente, prestar todos os esclarecimentos indispensáveis à adequada apreciação da questão suscitada, permitindo que, quanto à mesma, seja agora assumida posição por parte deste órgão do Estado.

2. É inequívoco que não está aqui em causa um processo de concurso regulado pelo Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, mas um processo de selecção simplificado, nos termos do artigo 9.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

Sendo um processo de selecção simplificado, e é-o por referência ao previsto no artigo 5.º da mesma Lei, não pode, ainda assim, e por estar em causa a escolha de um trabalhador por um empregador público para o exercício de funções da mesma natureza, dispensar a observância dos princípios gerais que regem a actividade administrativa, e que a obrigatoriedade da publicação da oferta de trabalho pelos meios adequados e de decisão reduzida

a escrito e fundamentada em critérios objectivos de selecção justamente visam acautelar (cfr. n.º 4 do citado artigo 9.º, e artigo 2.º, n.º 4, do Código do Procedimento Administrativo).

Ora, como foi reconhecido pelo júri quando analisou a reclamação apresentada por uma das candidatas, a não indicação dos critérios de avaliação no aviso que publicita a oferta de trabalho, directamente ou por remissão para a primeira acta, prejudicou os que não instruíram a candidatura de acordo com os mesmos (cfr. Acta de 14/1/2005). E tanto basta para que se mostrem violados os princípios da imparcialidade e da igualdade, cuja observância não se satisfaz com a fixação prévia desses critérios, mas exige ainda que eles sejam ou possam ser do conhecimento de todos, isto é, que seja assegurada a respectiva publicidade, pois só assim a Administração surge isenta e imparcial, garantindo a transparência do processo de selecção e não privilegiando nenhum candidato.

Muito embora haja concluído neste sentido e tenha decidido, por isso, corrigir o procedimento, o júri acaba por não dar a todos os candidatos a mesma oportunidade, já que convidou apenas a que reclamara a aperfeiçoar a candidatura e a juntar elementos de prova em novo prazo, e nada diz aos demais que, tal como ela, porque desconheciam a sua essencialidade, nenhum documento exibiram para comprovar os factos alegados (cfr. Despacho de V. Ex.ª de 3/2/2005). É pois manifesto que, desta forma, se violaram os princípios da imparcialidade e da igualdade, consagrados, respectivamente, nos artigos 6.º e 5.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.

3. Para além desta questão, verificou-se depois em sede instrutória que, apesar de se tratar aqui da escolha de um trabalhador para exercer funções próprias da carreira técnica superior na área de Sociologia no Sector de Desenvolvimento Social, no aviso de oferta de trabalho foi indicada como licenciatura adequada unicamente a licenciatura em Sociologia e Planeamento. Depois, o júri, na primeira acta, veio estabelecer para a licenciatura exigida a pontuação de 16 valores e admitir licenciaturas afins, que se absteve de definir ou indicar por qualquer forma, fixando-lhes a pontuação de 10 valores, até que na fase de avaliação e classificação, acabou por aceitar e valorar como licenciatura adequada também a licenciatura em Sociologia de que eram titulares alguns dos candidatos.

Em face do conteúdo funcional do técnico superior de Sociologia e das competências atribuídas ao Sector de Desenvolvimento Social dessa câmara

municipal, não se pode compreender a restrição das habilitações adequadas à licenciatura em Sociologia e Planeamento. Não porque se censure a adequação desta escolha, tanto mais que, como foi depois explicado, se pretendeu fazer face ao acréscimo de trabalho decorrente da implementação do projecto “Rede Social”, mas porque se questiona a exclusão *ab initio* de outras licenciaturas na mesma área científica, susceptíveis de conferir a preparação técnica adequada e suficiente para o bom desempenho das funções em apreço. E, à luz deste critérios, questiona-se, desde logo, a exclusão da licenciatura em Sociologia, para a qual não se encontra, nem foi apresentada, qualquer justificação e que se revela arbitrária quando o júri a vem admitir também como “licenciatura exigida” e a classificá-la como tal.

Em qualquer processo de selecção, mesmo no processo simplificado, importa garantir o maior número possível de candidaturas, pois só assim se acabará por concretizar uma escolha acertada do ponto de vista do interesse público, no respeito dos princípios da imparcialidade e igualdade dos candidatos. Nesta medida, qualquer limitação injustificada tem de julgar-se ilegal e invalidante de todo o processo.

Não se pode, por outro lado, pretender que a actuação superveniente do júri tenha sido capaz de sanar tal ilegalidade, na medida em que, não fazendo recuar o processo ao momento da apresentação das candidaturas, manteve essa limitação injustificada de candidaturas e não se revelou isento, nem garantiu a igualdade de oportunidades.

4. Termos em que, sem prejuízo do arquivamento do processo acima referenciado, se chama a atenção de V. Ex.^a para a ilegalidade do processo de selecção em apreço e, em consequência da contratação dele emergente, por violação dos princípios da imparcialidade e da igualdade a que a Administração, em qualquer circunstância, se encontra vinculada.

R-751/05; R-1133/05

Assessora: Ana Neves

Entidade visada: Directora-Geral da Administração Pública

Assunto: Procedimento público de recrutamento e selecção para os cargos de direcção intermédia de 1.º grau de Director do Departamento de

Estudos Profissionais e de Coordenação da Formação e Director do Departamento para a Modernização e Inovação Organizacionais.

1. Foi apresentada queixa ao Provedor de Justiça relativamente ao procedimento de recrutamento e selecção para os cargos de direcção intermédia de 1.º grau de Director do Departamento para a Modernização e Inovação Organizacionais e de Director do Departamento de Estudos Profissionais e de Coordenação da Formação da Direcção-Geral da Administração Pública.

2. Analisados, num primeiro momento, os documentos enviados do processo relativo ao primeiro cargo, prestou a Directora-Geral da Administração Pública, em 18 de Maio, os esclarecimentos solicitados, designadamente esclarecimentos quanto à não fundamentação da decisão por referência aos parâmetros do perfil publicitado e ao facto de não ter sido realizada a audiência dos interessados (artigos 28.º, 29.º, n.os 1 e 2, e 34.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto). Remeteu, igualmente, em momento posterior, cópia do processo de recrutamento de titular para o segundo dos referidos cargos (ofício de 7.05.05).

3. Nos esclarecimentos prestados, é alegado, em síntese, que:

- a) a “Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, não consagra o concurso como forma de recrutamento dos titulares dos cargos de direcção intermédia, consagrando antes um recrutamento por escolha, condicionado à posse de determinados requisitos e precedido de um processo de selecção simplificado (negrito no original da palavra escolha)”;
- b) a “liberdade conferida ao dirigente máximo do serviço para escolher o candidato que melhor corresponda ao perfil pretendido para prosseguir as atribuições e objectivos do serviço apenas está limitada por três factores: pela apresentação de candidatura por parte do interessado; pela verificação dos requisitos legais e pelo perfil previamente fixado”;
- c) “Ainda assim, no caso vertente, entendeu o júri *ad hoc* fazer constar de um memorando a apreciação final sobre cada um dos candidatos, optando, assim, não só por fundamentar a escolha do candidato que melhor correspondeu ao perfil fixado, mas também por

fazer uma apreciação geral sobre os restantes candidatos mencionando, a respeito de cada um deles, quais as razões que levaram a que não fossem escolhidos. // Não se entende, pois, forçosa uma aproximação exaustiva do currículo e das características de personalidade de todos os candidatos a cada um dos pontos do perfil desde logo por inexistência de dispositivo legal que a imponha e, por outro lado, porque tal aproximação resulta claramente do confronto entre as várias considerações tecidas acerca de cada um dos candidatos e dos respectivos currículos”;

- d) Apela ao carácter relativo da fundamentação, ao facto de a respectiva suficiência poder resultar também de “remissões ou referências a outros documentos constantes do processo e com base nos quais se procedeu à ponderação determinante do resultado concreto”;
- e) Quanto à ausência de qualquer juízo sobre a posse por parte dos candidatos de “formação académica ou profissional nas áreas de actuação”, segundo fixado na descrição publicitada do perfil pretendido, alega que a “Lei n.º 2/2004 apenas exige como requisito de recrutamento dos titulares dos cargos de direcção intermédia a posse de uma licenciatura (...) ao contrário do que acontecia no âmbito da Lei n.º 49/99, de 22 de Junho, em que era exigida a posse de licenciatura adequada para o desempenho de determinado cargo, a Lei n.º 2/2004 não entendeu necessário qualquer juízo de adequabilidade da formação académica ao exercício do cargo a prover, que ficará na relativa discricionariedade da entidade competente para a escolha”;
- f) Por último, arguiu que não há lugar à audiência dos interessados, porque “a própria natureza da escolha, enquanto forma de recrutamento, dificilmente se coaduna com a realização da audiência de interessados: se, por um lado, a escolha atribui por definição, uma vasta liberdade, no caso, ao dirigente máximo do serviço, o que lhe permite fazer uma apreciação pessoal sobre adequação dos vários candidatos ao perfil fixado, apreciação esta que não é passível de impugnação, sequer contenciosa; por outro lado, a audiência de interessados tem como finalidade transportar para um determinado procedimento, a possibilidade de os interessados apresentarem a sua versão dos factos, ou seja, a possibilidade de participa-

rem nas decisões da Administração”. Invoca ainda o facto de o provimento dos cargos de direcção intermédia ser feito por urgente conveniência de serviço, o que “indicia claramente que a decisão de escolha é uma decisão urgente”, assim como “a estipulação de um prazo máximo para o exercício de funções em regime de gestão corrente (90 dias); a redução do prazo de exercício dos cargos dirigentes em regime de substituição em caso de vacatura do lugar de 6 meses (Lei n.º 49/99) para 60 dias e o desaparecimento da figura da suspensão da comissão de serviço” e que “é a própria lei que, ao qualificar como urgente a decisão de escolha do candidato, considera desde logo verificada a situação constante da alínea a) do n.º 1 do artigo 103.º do Código do Procedimento Administrativo”.

4 Analisados os documentos que integram os respectivos processos, apuram-se os seguintes factos:

- a) No dia 18 de Setembro de 2004, foi publicitado, pela Direcção-Geral da Administração Pública, no Jornal “Expresso” e na Bolsa de Emprego, com o Código de Oferta OE200409/0226, anúncio de “recrutamento e selecção de 7 directores de serviço para a DGAP”, entre os quais, um para o Departamento para a Modernização e Inovação Organizacionais (Ref. D) e um para o Departamento de Estudos Profissionais e de Coordenação da Formação (Ref. C);
- b) O anúncio fixou como “áreas de actuação” para os referidos cargos, respectivamente, as “constantes do artigo 6.º da Portaria n.º 906/2004, de 26 de Julho, designadamente, promover a gestão pela qualidade em serviços públicos, impulsionar o recurso a modelos inovadores de organização e gestão pública, avaliando o respectivo impacte, bem como acompanhar o processo de difusão da sociedade da informação na Administração Pública, promovendo o recurso a soluções de administração pública electrónica” e as “constantes do artigo 5.º da Portaria n.º 906/2004, de 26 de Julho, designadamente, propor a definição de linhas de política e estratégias de informação, formação, de desenvolvimento profissional e certificação profissionais para a gestão das carreiras da Administração Pública e conceber e anúncio);

c) Quanto ao “perfil do(a) candidato(a) a seleccionar” definiu o anúncio pretender-se que:

(1) “os candidatos detenham comprovados conhecimentos técnicos na(s) área(s) de actuação do cargo de direcção em causa”,

(2) “comprovada experiência de direcção de equipas de trabalho nessas áreas”,

(3) “formação profissional adequada” e

(4) “capacidade de organização e de liderança”.

d) Sobre o “processo de selecção”, estabeleceu o anúncio que seria feita “análise curricular, com vista à selecção dos candidatos para a entrevista, onde será exaustivamente discutido o currículo profissional”;

e) O anúncio explicitou que a escolha recairia “no candidato que em sede de apreciação das candidaturas melhor corresponda ao perfil pretendido para prosseguir as atribuições e objectivos do serviço”;

f) Em relação ao cargo de Director do Departamento para a Modernização e Inovação Organizacionais (Ref. D), foram realizadas 11 entrevistas, 10 nos dias 6 e 13 de Dezembro de 2004 ⁴⁵¹;

g) Em 22 de Dezembro de 2004, foi elaborado “Memorando do processo de selecção para o cargo de Director do Departamento para a Modernização e Inovação Organizacionais da DGAP (Ref. D)”;

h) No mesmo, é sumariada a experiência profissional dos candidatos e são feitas, relativamente a alguns, referências à entrevista realizada;

i) Lê-se nas conclusões que “[a]nalisados os currículos profissionais dos diversos candidatos, avaliadas e amplamente debatidas em sede de entrevista as competências demonstradas, foi decidido nomear para o cargo de Director de Departamento para a Modernização e Inovação Organizacionais o Lic. ...”;

j) No memorando, é referido que [t]em acompanhado desde o início os trabalhos desenvolvidos pela DGAP nas várias vertentes em

⁴⁵¹ Uma das entrevistas foi realizada em data que não vem referida no processo (em documento datado de 6 de Outubro de 2004 consta apenas que a candidata “já realizou entrevista”).

causa, sobretudo em matéria de modelos organizacionais (participou no projecto da Lei n.º 4/2004 e integra o GT para a constituição do Centro de Processos Comuns do POC-P-vertente gestão da mudança), gestão por objectivos (1. como formador SIADAP; 2. como membro do GP para o desenvolvimento do sistema informático de apoio à aplicação do SIADAP; 3. tem vindo a integrar, anualmente, as equipas encarregues da elaboração do Plano de Actividades da DGAP), e *e-government* (estudos sobre interoperabilidade), sistemas de apoio à decisão (grupo de trabalho da Bolsa de Emprego Público), gestão do conhecimento, etc. Manifestou, durante a entrevista, não só forte motivação para o cargo a que se candidatou, mas também uma postura bastante assertiva relativamente ao desempenho do mesmo”;

- k) Quanto ao “recrutamento e selecção para Director do Departamento de Estudos Profissionais e de Coordenação da Formação da DGAP”, foram realizadas 14 entrevistas, nos dias 14 de Outubro, 6 e 15 de Dezembro de 2004 e em 6 de Janeiro de 2005;
- l) Em 20 de Janeiro de 2005, foi elaborado “Memorando do processo de selecção para o cargo de Director do Departamento de Estudos Profissionais e de Coordenação da Formação da DGAP (Ref. C).”;
- m) O memorando tem estrutura e conclusões idênticas às do referido nas alíneas h) e i) supra;
- n) No que respeita ao candidato J , refere-se que “[f]oi responsável pelo programa de formação levado a efeito no Ministério dos Negócios Estrangeiros quando do processo de informatização da rede consular. Este projecto, para além de ter recorrido a co-financiamentos da U.E., abrangeu um número significativo de trabalhadores de recrutamento local nos vários países onde decorreu, o que lhe confere elevado grau de especificidade. Na entrevista manifestou um elevado nível de motivação para o exercício do cargo, tendo-se posicionado de forma bastante assertiva relativamente às exigências do mesmo, designadamente numa óptica inovadora e pró-activa, por oposição à perspectiva ‘imobilista’ e tradicional, manifestada pela grande maioria dos restantes candidatos”;
- o) De acordo com o currículo que integra o processo de candidatura, o candidato J é funcionário da carreira diplomática; iniciou funções

como adido de embaixada em 13 de Maio de 1992, exercendo desde então funções próprias da sua carreira. Sem prejuízo, “[p]or despacho do Subsecretário de Estado Adjunto do Ministro dos Negócios Estrangeiros, de Setembro de 1993, foi nomeado membro do Núcleo de Informatização Consular, organismo então criado para iniciar e desenvolver o processo de ligação em rede dos 125 postos consulares portugueses espalhados pelo mundo, visando simplificar e agilizar o processo de transmissão de informação e despacho para/com os serviços centrais, em Lisboa. Em virtude da entrada em vigor da actual Lei Orgânica do MNE, em 1 de Março de 1994, passa a integrar o Departamento Geral de Administração, o qual absorveu as competências até então conferidas à Direcção Geral do Pessoal do MNE, mantendo as tradicionais em matéria patrimonial e financeira (...). Foi-lhe atribuída, a nível intermédio, a gestão da pasta do PIDDAC do MNE, durante o ano de 1993, 1994 e 1995; no âmbito da modernização consular, teve a responsabilidade do pelouro PROFAP, tendo na altura mantido várias reuniões no exterior, na Secretaria de Estado da Modernização Administrativa, com vista à sua execução, de modo a poderem ser aproveitadas, na sua totalidade, as verbas previstas no QCA com participação comunitária”;

- p) Relativamente, por exemplo, ao candidato M, é dito no memorando que “[m]anifestou motivação e vontade de mudar. Tem alguma experiência em matéria de programação da formação que, todavia, se desenvolveu apenas no âmbito do Ministério da Educação e para o pessoal docente”. Consta do respectivo currículo, designadamente, “[d]estacamento no Instituto de Inovação Educacional, para o desenvolvimento de Projecto de Cooperação com os Centros de Formação de Associação de Escolas// — Requisição no Instituto de Inovação Educacional — Direcção de Serviços de Avaliação do Sistema Educativo, tendo desenvolvido actividades de investigação no domínio da avaliação das aprendizagens (1994 a 1997).// — Requisição no Departamento do Ensino Secundário, para assessorar o Director no âmbito da revisão curricular, em especial a avaliação de programas [2001 (Janeiro a Julho)] (...); exercício do cargo de “Director Pedagógico do INETE — Instituto de Educação

Técnica (1999 a 2000).// — Coordenador do Serviço de Currículo e Avaliação do Centro de Formação Militar e Técnica da Força Aérea (desde 1 de Outubro de 2003); consta ainda indicação de várias comunicações em congressos, seminários e conferências, projectos e estudos desenvolvidos e trabalhos publicados, nas áreas da avaliação e aprendizagem.

No que respeita, à candidata M, afirma-se no memorando que [a]presenta um vasto currículo académico e de investigação. Relativamente à experiência profissional relevante para o departamento a que concorre, verifica-se que esta resulta essencialmente de ter trabalhado alguns anos no ex-Departamento de Organização da Formação da DGAP. Todavia, esta organização da formação incidia, fundamentalmente, nos aspectos logísticos (calendário, locais, formadores, apoio, etc.) e não na definição de linhas de política e estratégias de informação, formação, de desenvolvimento e certificação profissionais, visando a gestão das carreiras da AP.” No currículo apresentado, é especificada, designadamente, a respectiva actividade docente, de investigação, de formadora e indicados os seminários, conferências, colóquios e projectos de investigação em que participou ou que organizou durante vários anos. Quanto às funções exercidas no Departamento de Recrutamento e Selecção da DGAP são referidos: “[a]presentação, avaliação de projectos de programas de provas de conhecimentos específicos e gerais.// [e]laboração de programas, encaminhamentos dos mesmos conforme a tramitação normativa (informações, ofícios, (...));// [c]ontactos com diferentes organismos e/ou entidades, tendo em vista a obtenção de dados complementares; // [e]laboração de provas para concursos requisitados por organismos da Administração Pública;// [a]plicação de provas e elaboração de relatórios finais dos resultados obtidos nas provas; [r]ealização de entrevistas profissionais de selecção; [r]ealização de um trabalho de grupo no âmbito da entrevista profissionais, ...”;

- q) Em 6 de Janeiro de 2005, a directora-geral notificou os candidatos à Ref. D, através de ofício com o seguinte teor: “Reportando-se à candidatura apresentada por V. Ex.^a à referência D constante do Anúncio publicado no dia 18 de Setembro p.p. no Jornal

‘O Expresso’, para recrutamento de um lugar de Director de Serviços desta Direcção-Geral, cumpre vir agradecer a disponibilidade manifestada e transmitir-lhe o meu apreço pelos elementos que facultou a este Serviço.// Entretanto, aproveito a oportunidade para comunicar a V. Ex.^a que foi seleccionado para aquela referência o licenciado ... , cuja candidatura e entrevista, com o júri constituído, demonstraram corresponder inteiramente ao perfil pretendido na mencionado referência”;

- r) Por seu despacho de 20 de Janeiro de 2005, nomeou o funcionário L no cargo de director de serviços do Departamento para a Modernização e Inovação Organizacionais da DGAP (Despacho n.º 3148/2005, DR., II Série, n.º 31, de 14 de Fevereiro de 2005, pp. 2057 e 2058);
- s) Fixou no dia 1 de Janeiro de 2005 o início da produção de efeitos da nomeação (ponto 2 do referido despacho);
- t) Por ofício datado de 1 de Fevereiro, a Directora-Geral notificou em idênticos termos aos referidos em q) os candidatos ao provimento no cargo com a Ref.^a C;
- u) Por despacho de 14 de Fevereiro de 2005, nomeou o funcionário diplomático J no cargo de director de serviço do Departamento de Estudos Profissionais e de Coordenação da Formação da Direcção-Geral da Administração Pública (Despacho n.º 5620/2005, DR., II Série, n.º 53, de 16 de Março de 2005, pp. 4181 e 4182);
- v) O ponto 2 do despacho refere que a “nomeação produz efeitos a partir de 17 de Fevereiro de 2005”.

5. Vejamos o Direito aplicável.

5.1. A Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, redefiniu o procedimento de recrutamento e selecção dos titulares dos cargos dirigentes, substituindo, para os denominados cargos de direcção intermédia, um modelo de procedimento concursal próximo do previsto, no Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, para o recrutamento e selecção dos funcionários e agentes administrativos em geral, por um “procedimento sumário de selecção”. Para os titulares dos cargos chamados de direcção superior manteve o recrutamento por escolha (artigo 18.º).

Segundo consta na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 81/Prop/2003, de 11 de Setembro de 2003, quanto aos primeiros, “[o]ptou-se ..., por consagrar ...um processo sumário de selecção, com garantia de publicidade das vagas, liberdade de candidatura e de transparência que, associado à *exigência de qualificação específica*, à redefinição das competências e à avaliação dos resultados, será garante da promoção da qualidade e do mérito que se pretende característica indissociável destes cargos de responsabilidade” (itálico nosso). A “Nota sobre o Estatuto dos Dirigentes da Administração Pública”, com a data de 1 de Março de 2004, publicada no Portal do Governo, assinala, entre as “inovações do diploma”, a [c]riação de um processo de selecção simples, com exigência de publicidade ...e livre candidatura, assegurando-se a isenção da escolha, abolindo os concursos burocratizados para escolha dos dirigentes intermédios” (www.portugal.gov.pt).

5.2. O artigo 21.º da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, estabelece as seguintes regras:

- a) “publicitação da vaga na Bolsa de Emprego Público disponível na Internet e em órgão de expansão nacional” (1.ª parte do n.º 1);
- b) especificação no aviso, “nomeadamente, da área de actuação, requisitos legais de provimento e perfil pretendido” (2.ª parte do n.º 1);
- c) observância do critério de selecção da maior correspondência do candidato “ao perfil pretendido para prosseguir as atribuições e objectivos do serviço” (n.º 2);
- d) O “perfil” deve reportar-se à “competência técnica” e à “aptidão para o exercício de funções de direcção, coordenação e controlo” conexas com as “atribuições e objectivos do serviço” (n.º 1 do artigo 20.º e 2.ª parte do n.º 2 do artigo 21.º);
- e) A escolha deve ser fundamentada (1.ª parte do n.º 5);
- f) O provimento do cargo faz-se, “por despacho do dirigente máximo do serviço ou organismo, em comissão de serviço, pelo período de três anos, renovável por iguais períodos de tempo” (n.º 3);
- g) “O provimento nos cargos de direcção intermédia é feito por urgente conveniência de serviço a partir da data do despacho de nomeação, salvo se outra data for expressamente fixada” (n.º 4 do

artigo 21.º da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, e artigo 127.º, n.º 1, do CPA);

- h) Obriga à publicitação no Diário da República do despacho de nomeação acompanhado da fundamentação da escolha efectuada no procedimento de selecção, para além da publicitação de “uma nota relativa ao currículo académico e profissional do nomeado” (n.º 5 do citado artigo 21.º).

5.3. O procedimento administrativo é o *iter*, sequencialmente lógico e cronológico, de formação e manifestação da vontade da Administração Pública ou da respectiva execução (artigo 1.º, n.º 1, do CPA). Compreende, em geral, as fases da iniciativa, da instrução, da audiência dos interessados e da decisão (cf. Secção I, III e IV do Capítulo IV do CPA).

Os procedimentos administrativos que tendem à tomada de uma decisão ampliativa da esfera jurídica do(s) seu(s) destinatário(s) obedecem, fundamentalmente, a dois modelos: aquele em que a decisão emerge de uma escolha entre vários aspirantes ou candidatos ao bem ou vantagem que confere (por exemplo, procedimento de concessão da exploração de uma mina, procedimento de selecção de um de entre os vários candidatos a um emprego ou cargo público); e aquele em que se trata de avaliar a pretensão de um sujeito em face de um bem ou vantagem (*v. g.*, autorização para a abertura de um estabelecimento comercial). No primeiro, “predomina o momento comparativo (entre as posições dos diversos candidatos a um bem) e portanto a escolha; no segundo avulta a valoração da pretensão única ... à luz do interesse público” ⁴⁵².

O procedimento tendente ao provimento de emprego público é considerado uma “manifestação típica” do procedimento concursal, porque, por um lado, trata-se de escolher entre vários candidatos (concorrência) e, por outro lado, porque essa escolha assenta, exclusivamente, em critérios objectivos, relativos, fundamentalmente, à idoneidade, desde logo técnica, dos candidatos ⁴⁵³.

⁴⁵² Vincenzo Cerulli Irelli, *Corso di Diritto Amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, Ristampa aggiornata al 31 dicembre 2001, pp. 514 e 515.

⁴⁵³ Vincenzo Cerulli Irelli, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., p. 616.

Em face do exposto, não é rigoroso, ou é eufemístico, opor ao “curso” o procedimento de recrutamento definido na Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, dito, no ponto 1 do ofício da DGAP, de 18 de Maio de 2005, “recrutamento por escolha, condicionado à posse de determinados requisitos e precedido de um processo de selecção simplificado”. O procedimento de recrutamento de trabalhadores para o exercício de funções ou de uma dada actividade na Administração Pública, independentemente da sua concreta designação e maior ou menor formalidade, implica um juízo comparativo dos méritos dos candidatos, com a escolha daquele que, de acordo com as suas qualificações e as características das funções que é chamado a exercer, é o mais apto para ocupar a vaga, executar a actividade ou função.

5.4. O procedimento, para além das funções que, em geral, cumpre — função de racionalização e eficiência da actividade administrativa e função garantística (artigo 267.º, n.º 5, da CRP ⁴⁵⁴) —, associado ao direito de acesso a um concreto emprego ou cargo na Administração Pública é estruturante do respectivo exercício, surgindo aquele, na sua essência, como o direito a um procedimento justo de selecção (artigo 47.º, n.º 2, e artigo 266.º da CRP).

A justeza do procedimento assenta, fundamentalmente, nas seguintes garantias:

- a) ampla e adequada publicidade dos empregos a prover;
- b) divulgação atempada e bastante do sistema de avaliação;
- c) predeterminação e estabilidade de regras e critérios;
- d) a utilização de métodos e critérios de selecção objectivos;
- e) a fundamentação das decisões.

A Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, acolhe estas garantias:

- a) exige a publicitação de vaga de cargo dirigente “na Bolsa de Emprego Público disponível na Internet e em órgão de expansão nacional” (1.ª parte do n.º 1 do artigo 21.º);
- b) exige a indicação no aviso de, pelo menos, a “área de actuação, requisitos legais de provimento e perfil pretendido” (2.ª parte do n.º 1);

⁴⁵⁴ Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e Pacheco de Amorim, Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2.ª edição, Coimbra, 1997, pp. 34 a 36.

- c) objectiva o conceito de “perfil”, dizendo que deve respeitar à “competência técnica” e à “aptidão para o exercício de funções de direcção, coordenação e controlo” exigidas pelas “atribuições e objectivos do serviço” (n.º 1 do artigo 20.º e 2.ª parte do n.º 2 do artigo 21.º);
- d) fixa o critério de selecção, impondo que a escolha recaia “no candidato que em sede de apreciação das candidaturas melhor corresponda ao perfil pretendido para prosseguir as atribuições e objectivos do serviço” (n.º 2 do artigo 21.º); e
- e) estabelece o dever de fundamentação da decisão (1.ª parte do n.º 5 do artigo 21.º).

5.5. Ao determinar que a “escolha deverá recair no candidato que em sede de apreciação das candidaturas *melhor corresponda* ao perfil pretendido para prosseguir as atribuições e objectivos do serviço” (n.º 2 do artigo 21.º — itálico nosso), aferido pela “competência técnica” e pela “aptidão para o exercício das funções de direcção, coordenação e controlo” (artigo 20.º, n.º 1), a lei não permite, em rigor, à Administração que esta “escolha entre várias alternativas de actuação juridicamente admissíveis” ⁴⁵⁵, não lhe confere liberdade na escolha do indivíduo a prover no cargo dirigente. Atribui-lhe sim a possibilidade de densificar o “perfil pretendido”, pressuposto fundamental da decisão, e “liberdade na apreciação” e avaliação dos candidatos face ao “perfil” densificado.

No entanto, quer se esteja perante a concessão legislativa de discricionariedade ou de “margem de livre apreciação”, é hoje certo que quer num caso quer noutro não se trata de espaços de “total liberdade decisória da Administração. Ela só existe na medida em que seja conferida pela lei e na medida em que não seja ultrapassado qualquer limite imposto pelo bloco de legalidade: trata-se de uma consequência do princípio da legalidade da administração” e não de uma excepção a este princípio ⁴⁵⁶. Daí que “discricionariedade” e “livre apreciação” não possam ser tomados, sem mais, como sinónimos de ausência

⁴⁵⁵ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, Introdução e Princípios Fundamentais, Outubro de 2004, p. 180.

⁴⁵⁶ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, cit., p. 194.

de controlo administrativo e jurisdicional das decisões em que se projectem. É que “os limites da margem de livre decisão decorrem também da exigência constitucional de uma tutela jurisdicional efectiva dos particulares perante a Administração (arts. 20.º, 5, 268.º, 4 CRP). Existe, assim, uma tensão permanente entre a ausência de controlo jurisdicional do núcleo da margem de livre decisão, imposto pelo fundamento político, e a necessidade de tutela das posições jurídicas subjectivas dos particulares” ⁴⁵⁷.

De forma consentânea com o que é próprio do Estado de Direito, o “século XX evidenciou uma tendência para o alargamento dos limites da margem de livre decisão: o elenco de vícios do acto passou a abranger a usurpação de poder e o desvio do poder (...), a incompetência, a violação de lei e o vício de forma; e passou a considerar-se que a margem de livre decisão está intrinsecamente limitada pelos princípios constitucionais e legais da actividade administrativa. Por outro lado, de acordo com a visão contemporânea do princípio da legalidade, a margem de livre decisão deixou de abranger a liberdade de actuar na ausência de proibição legal, para passar a ser uma liberdade de escolher apenas quando e na medida em que a lei o permita” ⁴⁵⁸.

A decisão de escolha de um dos candidatos ao procedimento em causa e a subsequente nomeação são, pois, ao invés do que vem genericamente arguido, decisões sindicáveis, quer à luz das “vinculações legais” descritas (ponto 4.4. *supra*), quer dos princípios da actividade administrativa (artigo 266.º, n.º 2, da CRP, e artigos 3.º e segs. Do CPA).

Considerando o exposto e, em particular, atentamente cada uma das normas descritas, extrai-se que é mais densa a vinculação jurídica do procedimento de recrutamento de titular de cargo de direcção intermédia, decorrente da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, do que aquela que é pressuposta no ofício de 18 de Maio.

A lei remete para a Administração a definição do perfil pretendido, exigindo-lhe, no entanto, que seja o relevante “para prosseguir as atribuições e objectivos do serviço” e atendendo a que deve ser recrutado funcionário

⁴⁵⁷ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, cit., pp. 194 e 195.

⁴⁵⁸ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, cit., p. 195.

“dotado de competência técnica e aptidão para o exercício de funções de direcção, coordenação e controlo”. Os parâmetros fixados pela DGAP, para tal perfil (cf. Alínea *c*) do ponto 3, supra ⁴⁵⁹), ficam a constituir o quadro de referência da avaliação a efectuar, por reporte ao qual tem de ser fundamentada a escolha feita.

Ora, não se verifica que tenha sido estabelecida, nos memorandos citados, tal conexão, ainda que genérica, entre os parâmetros fixados e os factos constantes dos currículos dos candidatos e os apurados, infirmados e confirmados nas entrevistas realizadas. Dir-se-á mesmo que terão sido desconsiderados, em particular no que respeita à Ref. C, os factores “conhecimentos técnicos nas *áreas de actuação*” e “formação profissional adequada”, a efectiva direcção de equipas de trabalho e se estas se inscrevem na área de actuação em causa. Atente-se, por exemplo, que o candidato nomeado no cargo com Ref. C não foi (como se diz no memorando), à face do currículo junto ao processo instrutor e nota curricular publica, “responsável pelo programa de formação levado a efeito no Ministério dos Negócios Estrangeiros,...”, mas “membro do Núcleo de Informatização Consular”; note-se que, para além desta tarefa se diluir no conjunto da actividade desenvolvida como funcionário diplomático, à mesma pode ser feita a observação feita (pelo júri *ad hoc* ⁴⁶⁰/dirigente máximo do serviço, no memorando respectivo), à actividade desenvolvida, na programação da formação, pelo candidato referido na alínea *q*) do ponto 3, dos factos, isto é, “que, todavia, se desenvolveu apenas no âmbito do Ministério [Ministério dos Negócios Estrangeiros]” ⁴⁶¹.

A desatenção do quadro de referências constante do anúncio de abertura do procedimento, a que a Direcção-Geral da Administração Pública se autovinculou, põe em causa a confiança dos demais candidatos, seus destinatários, na respectiva transparência e contende com o princípio da estabilidade

⁴⁵⁹ Perfil pretendido: “conhecimentos técnicos nas *áreas de actuação*”, a existência de maior ou menor “experiência de direcção de equipas de trabalho *nessas áreas*”; “formação profissional adequada”; da existência de maior ou menor “capacidade de organização e de liderança” — em consentaneidade com a exigência de “qualificação específica”, explicitada na exposição de motivos da proposta da Lei n.º 2/2004.

⁴⁶⁰ Nomeado no ofício da DGAP, de 13 de Maio, mas não referenciado nos processos de recrutamento.

⁴⁶¹ O que revela, pois, uma dupla medida avaliativa.

das regras, no sentido em que a Administração deve actuar na estrita observância daquilo que dispôs para si própria, dos parâmetros decisórios que fixou nos limites da lei (artigo 6.º-A do CPA e artigo 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).

Relativamente à fundamentação da escolha feita, para além de decorrer da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 125.º do CPA, trata-se de um caso “em que a lei especialmente o exige” (corpo do n.º 1 do artigo 125.º do CPA e artigo 21.º, n.º 5, da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro). Não é possível arguir (alínea *c*) do ponto 3, supra), que a lei não reclama senão a justificação da “escolha do candidato que melhor corresponda ao perfil fixado” — que não vem de todo o modo feita à luz dos parâmetros relevantes -, desconsiderando a correspondência dos outros candidatos a esse mesmo perfil e, numa situação de concorrência, o seu posicionamento relativo.

Concluída a aplicação das entrevistas e elaborado o “memorando” relativo à avaliação dos candidatos a partir da análise dos respectivos currículos e à realização daquelas, foram notificados, pela Directora-Geral, da decisão tomada, nos termos referidos no ponto *q*) e *t*) do ponto 3, supra. A notificação que não incluiu os fundamentos da decisão tomada, como devido pelo artigo 268.º, n.º 3, da CRP, e artigos 68.º, n.º 1, alínea *a*), e 2.º, n.º 5, do CPA).

5.6. As decisões administrativas precedidas de instrução não devem, em princípio, ser tomadas sem que aos interessados seja assegurada a possibilidade de sobre os respectivos projectos se pronunciarem (artigo 267.º, n.º 5, da CRP, e artigo 100.º do CPA). Só não é assim ocorrendo alguma das situações previstas no artigo 103.º do CPA, fundamentadas no caso concreto.

Nos procedimentos administrativos especiais, o princípio é também o da realização da audiência dos interessados (artigo 2.º, n.º 7, do CPA), só se justificando o seu afastamento se estiver previsto instrumento que a possa substituir com idêntica ou maior eficácia ou se, ponderada a “essencialidade da formalidade, tendo em conta a natureza do procedimento e o objectivo que com ele se pretende prosseguir”, com a ocorrência de interesses públicos relevantes, concretos e fundamentados, seja de concluir que estes prevalecem sobre a essencialidade daquela (Parecer n.º 32/2002, do Conselho Consultivo da PGR, in www.dgsi.pt/pgp, documento n.º PPA20052004003202).

Os argumentos invocados para justificar a não realização da audiência dos interessados nos procedimentos em referência são, como visto, o carác-

ter urgente do acto de nomeação em cargo dirigente, subsumível à alínea *a*) do n.º 1 do artigo 103.º do CPA, o que resultaria, quer da referência legal à “urgente conveniência de serviço”, quer do alegado carácter inócuo de que se revestiria a respectiva participação por estar em causa uma escolha discricionária da Administração.

Os argumentos não procedem:

- a*) O juízo sobre a urgência na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 103.º do CPA não é um juízo que possa ser feito em abstracto, independentemente dos casos concretos. É “aferida em relação à situação objectiva, real, que a decisão procedimental se destina a regular”. Daí a exigência de fundamentação da sua não realização, pela “indicação dos factos que revela, não apenas essa urgência, como também que ela é tal que aniquila a possibilidade de realizar a audiência no prazo mínimo da lei” ⁴⁶²;
- b*) A “urgência é um conceito relativo, mas para os efeitos deste artigo [artigo 103.º] a decisão só é verdadeiramente urgente quando seja de todo incompatível com a observância da audiência, ... Como se escreveu nos Acs. [do] Supremo Tribunal de 12.6.97 e 5.4.00 (proc.ºs n.ºs 41.616 e 39.128), o factor tempo tem de apresentar-se como “*elemento determinante e constitutivo*” da finalidade pública a prosseguir” (Ac. De 13 de Fevereiro de 2002, Processo n.º 046979, 3.ª Subsecção do CA, do STA, JSTA00057178).

A finalidade do procedimento é aqui o provimento de cargos dirigentes, que melhor acautele o interesse público da capacidade funcional da Administração. A necessidade de com maior ou menor rapidez proceder ao mesmo (provimento) depende da menor ou maior antecipação, relativamente ao termo da comissão de serviço, da abertura do respectivo procedimento. Tendo este sido programado (pelo termo conhecido de anterior comissão de serviço) e iniciado atempadamente dificilmente se oferecerá a situação de urgência reclamada; não o tendo sido, não é justificável que a Administração oponha ao exercício de um direito por parte dos particulares urgência apenas a si impu-

⁴⁶² Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e Pacheco de Amorim, Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2.ª edição, Coimbra, 1997, respectivamente, p. 464 e 463.

tável, isto é, motivada pelo facto de não ter diligenciado antes pela abertura do necessário procedimento.

A caducidade do título transitório consubstanciado pela designação em substituição de cargo dirigente e pelo exercício deste “em regime de gestão corrente” (artigo 27.º, n.º 3, e artigo 24.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro) não justifica, igualmente, o afastamento do exercício do direito de audiência, pelo exposto e porque precisamente a pendência de “procedimento tendente à nomeação de novo titular” constitui causa justificativa da continuidade do título transitório;

- c) Em matéria de eficácia dos actos administrativos, rege o disposto nos artigos 127.º e segs. Do CPA. A regra é a de que produzem efeitos a partir da data em que são praticados. A lei e o próprio acto, no entanto, podem atribuir-lhe eficácia retroactiva ou diferida (artigo 127.º, n.º 1, do CPA).

A declaração de “urgente conveniência de serviço”, prevista no artigo 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 146-C/80, de 22 de Maio (revogado pelo artigo 115.º, alínea g), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto ⁴⁶³), destinava-se a permitir que os “diplomas ou despachos que impli[cassem] a admissão ou mudança da situação jurídico-funcional do pessoal [pudessem] ser executados e produzir efeitos, designadamente quanto ao exercício de funções e processamento de abonos, antes de se mostrar cumprido o disposto no [seu] número anterior”.⁴⁶⁴ Este número só permitia aquela execução e produção de efeitos depois de obtido o visto do Tribunal de Contas e consequente publicação no Diário da República do acto com essa menção.

Suprimida a exigência de visto prévio relativamente aos actos em causa ⁴⁶⁵ e regulada que está hoje, de forma sistemática no CPA, a eficácia dos actos administrativos, a figura ou a declaração de “urgente conveniência de serviço”, no sentido de que o respectivo despacho produz efeitos antes da publicação, tornou-se despicinda.

⁴⁶³ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.

⁴⁶⁴ Cf., ademais, os n.ºs 1 e 2 do artigo 45.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro.

⁴⁶⁵ Cf. artigos 46.º, 47.º e 114.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Se, por força de disposição legal, o acto de nomeação, “em qualquer das suas modalidades”, está sujeito a publicação no Diário da República (artigo 34.º, n.º 1, alínea *a*), e artigo 7.º, n.º 1, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e artigo 131.º do CPA), reconduzindo-se à previsão da alínea *c*) do artigo 129.º do CPA), a lei (artigo 128.º, n.º 2, alínea *a*), do CPA) permite ao autor do acto administrativo atribuir-lhe eficácia retroactiva, quando ela seja favorável ao interessado, estabelecendo como “requisitos de aponibilidade e de validade dessa cláusula retroactiva (...) o de que os pressupostos legais da respectiva competência e decisão existissem à data a que se reportam os efeitos do acto” e “não lese [a retroactividade, que não a própria decisão em si] (seja inócua para) os direitos ou deveres legalmente protegidos de outras pessoas, de terceiros”⁴⁶⁶.

Acresce referir que a audiência dos interessados dirige-se ao projecto da decisão final do procedimento e não ao acto de nomeação;

- d*) No que respeita ao invocado carácter discricionário da escolha da pessoa a nomear, para além de tal não significar, como visto, decisão juridicamente livre, destaca-se que são precisamente os actos que comportam discricionariedade aqueles em relação aos quais não é aceite, em face da não realização da audiência dos interessados, a aplicação do princípio do aproveitamento dos actos administrativos⁴⁶⁷.

6. Em face do exposto, cumpre chamar a atenção de V. Ex.^a, nos termos do artigo 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto), para as vinculações legais a que estão sujeitos os procedimentos de recrutamento e selecção para os cargos de direcção intermédia dos serviços e organismos da Administração Pública e que, nos termos descritos, não foram inteiramente respeitados no procedimento de recrutamento e selecção do Director do Departamento de

⁴⁶⁶ Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e Pacheco de Amorim, Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2.ª edição, Coimbra, 1997, respectivamente, p. 623.

⁴⁶⁷ Cf. Ac. de 13 de Fevereiro de 2002, Processo n.º 046979, JSTA00057178, Ac. de 19 de Fevereiro de 2003, Processo n.º 0123/03, JSTA00058810 e Ac. de 1 de Setembro de 2004, Processo n.º 0868/04, JSTA00060764 (in www.dgsi.pt).

Estudos Profissionais e de Coordenação da Formação da Direcção-Geral da Administração Pública e do Director do Departamento para a Modernização e Inovação Organizacionais .

R-848/05
Assessora: Ana Neves

Entidade visada: Director-Geral dos Recursos Humanos da Educação

Assunto: Concurso de educadores de infância e de professores dos ensinos básico e secundário para o ano lectivo de 2004/2005 — anulação da colocação de professora na Escola EB 2,3 José Sanches, Alcains — princípio da legalidade. — princípio da prossecução do interesse público — desvio de poder.

1. O professor Y apresentou queixa ao Provedor de Justiça, porquanto, tendo aceite substituição temporária na Escola E.B. 2,3 José Sanches de Alcains, para leccionar, em princípio, até 31 de Agosto de 2005, lhe foi comunicado a cessação das respectivas funções, por recolocação, naquela Escola, da professora Z, do quadro de nomeação definitiva numa Escola de Setúbal, colocação que, apesar de ter sido anulada, se manteve, por, segundo terá sido alegado pela própria, ter “influências no Ministério da Educação”.

2. No âmbito da instrução da queixa apresentada (artigos 28.º, 29.º, n.ºs 1 e 2, e 34.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto), foram prestados esclarecimentos pelo Conselho Executivo do Agrupamento de Escolas José Sanches, Alcains, e por V. Ex.^a.

3. Analisados estes, apuraram-se os seguintes factos:

- a) Em 1 de Setembro de 2004, a professora X iniciou funções na Escola EB 2,3, José Sanches, Alcains (ofício de 6 de Abril de 2005, do Conselho Executivo do Agrupamento de Escolas José Sanches, Alcains);
- b) Em 30 de Dezembro de 2004, por ofício, a professora X foi notificada do despacho do Subdirector-Geral dos Recursos Humanos da

- Educação que anulou a respectiva colocação no concurso interno, de 31 de Agosto de 2004, na EB 2,3 José Sanches, Alcains (código 341850), no grupo de código 07;
- c) A anulação fundou-se no facto de ter sido verificado que beneficiou de uma candidatura indevida;
 - d) Mais ficou notificada da “sua recolocação na EB 2,3, Bocage, São Julião (código 340431), no grupo de código 08, onde está provida” (ofício de 30.12.2004, do subdirector-geral dos Recursos Humanos da Educação/DGRHE — sublinhado nosso);
 - e) Da anulação foi dado conhecimento à Escola na EB 2,3 José Sanches, Alcains, em 5 de Janeiro de 2005;
 - f) E nessa mesma data, a professora X cessou funções naquela Escola;
 - g) Por despacho do Director Regional Adjunto da Direcção Regional de Educação do Centro, de 7 de Janeiro de 2005, “foi autorizado o complemento de horário, em mais de 12 horas, ao docente contratado/Grupo 07, Y”, na Escola na EB 2,3 José Sanches, Alcains.” Para tanto, devia a Escola “diligenciar no sentido de proceder ao averbamento da nova situação do docente, no contrato inicial” (ofício, de 7 de Janeiro de 2005);
 - h) Em 11 de Janeiro de 2005, a professora X requereu ao Director-Geral dos Recursos Humanos da Educação autorização para se manter na Escola EB 2,3 José Sanches, Alcains, até ao final do ano lectivo;
 - i) Em 15 de Março de 2005, por ofício, o Coordenador Educativo da Coordenação Educativa de Castelo Branco esclareceu o Conselho Executivo do Agrupamento de Escolas José Sanches que, caso se mantivesse “a anulação da colocação da professora X, o docente Y manter-se-ia “em exercício de funções até 31/08/2005 (cf. Ponto 1, art. 3.º da Portaria n.º 367/98).// No entanto, dado a referida docente ter reclamado desta anulação, para a DGRHE, conforme informação de V. Ex.^a, e, sendo alheios ao parecer que venha a ser emitido por esta entidade, a vigência do contrato do docente Y poderá, em nosso entender, vir a enquadrar-se no disposto no ponto 4 do art. 3.º da Portaria n.º 367/98, de 29/06”;

- j) Em 28 de Março de 2003, o subdirector-geral da DGRHE proferiu despacho de concordância sobre informação n.º .../GRPD/2005, na qual “é proposto que seja autorizado o solicitado pela docente face ao declarado pela EB 2,3 de Alcains — que “após a conclusão do contrato do professor Y que termina a 6 de Março de 2005, a docente em causa poderá reassumir o horário anteriormente atribuído” e em virtude de, caso regresse à escola de origem não ter horário” (pontos 3 e 4 do ofício de 19 de Julho de 2005);
- k) Em 29 de Março de 2005, através de ofício o mesmo subdirector-geral comunicou à professora X, com conhecimento à Escola EB 2,3 José Sanches, Alcains, EB 2,3 Bocage e à DREL, o seguinte: “Reportando-me ao requerimento apresentado a 11 de Janeiro de 2005, informo V. Ex.^a que foi autorizada a manter-se na EB 2,3 José Sanches, em Alcains, até ao final do ano lectivo em curso”;
- l) “Através do fax, de 08/04/2005 e anexos, a Escola de Alcains” informou a Direcção-Geral dos Recursos Humanos da Educação do teor do ofício, de 15 de Março, acima referido, isto é, que caso se mantivesse a anulação da colocação da professora X o docente manter-se-ia no exercício de funções até 31 de Agosto de 2005, com base no artigo 3.º, n.º 1, da Portaria n.º 367/98 (sublinhado nosso);
- m) Em 11 de Abril de 2005, a Presidente do Conselho Executivo do Agrupamento de Escolas José Sanches, Alcains, solicitou ao Director Regional de Educação do Centro, esclarecimentos relativos “à situação profissional da professora X na EB 2,3 José Sanches; // à situação contratual do professor Y com o nosso agrupamento”;
- n) Em 14 de Abril de 2005, foi recebido no Agrupamento de Escolas José Sanches, Alcains, ofício do Director Regional Adjunto da Direcção Regional de Educação no qual informa que a “docente X deverá manter-se nesse estabelecimento de ensino até final do presente ano escolar, dando-se assim cumprimento ao veiculado pelo ofício de 29 de Março de 2005.// Relativamente ao docente substituto, Y, deve ser observado o disposto no ponto 4 do art. 3.º da Portaria n.º 367/98, de 29 de Junho, na nova redacção dada pela Portaria n.º 1046/2004, de 16 de Agosto”;

- o) Em 8 de Abril de 2005, a Provedoria de Justiça solicitou a V. Ex.^a a indicação dos “fundamentos legais precisos da manutenção da colocação da referida professora, apesar da sua anulação (sendo certo que não há, no caso, situação de continuidade pedagógica da professora referida a salvaguardar)” e o “envio de cópia do despacho que serviu de suporte à comunicação de 29 de Março de 2005”;
- p) Na resposta recebida (ofício de 17 de Julho de 2005) não foram indicados quaisquer preceitos legais fundamentadores do acto de manutenção da colocação apesar da sua anulação formal;
- q) Não foi enviado despacho materializador desta decisão, comunicada, em 29 de Março de 2005, através do ofício da DGRHE à professora X e Escola EB 2,3 José Sanches, Alcains (alínea j), supra);
- r) É invocado que “a posição desta Direcção-Geral não foi a de revogar o despacho de anulação de colocação da professora X, mas permitir que a mesma permanecesse naquele estabelecimento de ensino até ao final do ano lectivo de 2004/2004, face à confirmação da existência de horário por parte da escola.”.

4. A questão central do presente processo reside na apreciação da legalidade da decisão da Direcção-Geral dos Recursos Humanos da Educação que, não obstante ter anulado a colocação da professora X na Escola EB 2, 3, José, praticou acto, sem apelo a qualquer fundamento legal, de sentido contrário, mantendo essa mesma colocação (anulada).

A Direcção-Geral dos Recursos Humanos da Educação é o serviço do Ministério da Educação responsável, designadamente, pelo “recrutamento e a mobilidade do pessoal docente e não docente das escolas, gerindo os processos de concursos adequados” (artigo 18.º, n.º 2, alínea h), do Decreto-Lei n.º 208/2002, de 17 de Outubro).

A colocação dos candidatos ao “concurso para selecção e recrutamento do pessoal docente da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário” é estritamente disciplinada pela lei (entre outros, pelo Decreto-Lei n.º 35/2003, de 27 de Fevereiro).

Em 29 de Março de 2005, o subdirector-geral comunicou à professora X “que foi autorizada a manter-se na EB 2,3 José Sanches, em Alcains, até ao final do acto lectivo”. Esta decisão traduz uma má compreensão do princípio da legalidade, assim como o ponto 7 do ofício da DGRHE, de

19.07.2005, no qual se afirma que a posição da Direcção-Geral “não foi a de revogar o despacho de anulação de colocação da professora X, mas permitir que a mesma permanecesse naquele estabelecimento de ensino, até ao final do ano lectivo”. Vejamos:

- a) Os órgãos e agentes administrativos devem actuar em obediência à lei e ao Direito. A lei é o limite, mas também o fundamento necessário da acção administrativa, o que significa que aqueles só podem fazer aquilo que a lei lhes permite (e não como acontece com os particulares quando se relacionam entre si, tudo o que a lei não lhe proíbe) — artigo 266.º, n.º, da CRP, e artigo 3.º, n.º 1, do CPA;
- b) No caso em análise, nenhuma norma legal permite que o subdirector-geral ou o director-geral da DGRHE (e nenhuma foi indicada por estes órgãos administrativos) mantenha colocação inválida de professora, objecto de acto específico de anulação (decorrente da “verificação de ter beneficiado de uma candidatura indevida” — ofício citado, de 30.12.2004);
- c) Os actos administrativos desintegrativos são aqueles que destroiem actos anteriores ou os respectivos efeitos jurídicos. São actos desintegrativos o acto revogatório, a declaração de nulidade e de inexistência, a suspensão, a substituição e a modificação. Na revogação há uma destruição dos efeitos jurídicos de um acto administrativo anterior, retroactivamente, se fundada na ilegalidade, e, em regra, para o futuro, se fundada na inconveniência ou inoportunidade do acto (artigos 141.º e 140.º do CPA). O acto substitutivo é aquele que regula de novo situação objecto de um acto administrativo anterior, em termos incompatíveis com a subsistência deste, de modo que importa a sua cessação (artigo 147.º do CPA);
- d) A decisão de 28 de Março de 2005 (cf. Alínea j) do ponto 3 supra) que «manteve a colocação» da professora X na Escola EB 2,3 José Sanches, Alcains, consubstancia um acto substitutivo da anulação, ocorrida por despacho de 29 de Dezembro de 2004, dessa mesma colocação desta professora na escola: afastou aquela anulação, destruindo os respectivos efeitos (o que acontece também na revogação), dispondo *ex novo*, em sentido contrário, relativamente à

- situação jurídica da professora no âmbito do concurso de colocação de professores para o ano lectivo de 2004/2005;
- e) O acto anulatório de 29 de Dezembro de 2004 (alínea *b*) do ponto 3, supra), fundou-se, naturalmente, na respectiva ilegalidade (artigo 141.º do CPA). A substituição do acto anulatório não foi determinada pela ilegalidade deste (acto revogatório de acto anulado) e nenhuma alteração de enquadramento jurídico se verificou na situação da professora X no âmbito do concurso. Deste modo, o acto substitutivo reiterou a ilegalidade que consubstanciou a colocação da mesma professora na Escola EB 2, 3 José Sanches;
 - f) O ofício do Subdirector-Geral, de 29 de Março, comunicou à interessada ter sido autorizada a sua colocação apesar de anulada e o ofício de V. Ex.^a de 19 de Julho, refere ter sido permitido tal colocação. Constituem actos autorizativos aqueles que permitem o exercício de um direito preexistente na esfera jurídica do seu destinatário ou o exercício por parte de um órgão administrativo de competência que lhe está legalmente conferida. Pelo que chamar à colocação a figura da autorização/permissão é juridicamente incorrecto. A professora não tem um direito a ser recolocada em Escola na qual foi apurada ser ilegal a sua colocação;
 - g) Invoca V. Ex.^a a comunicação da Escola EB 2,3 José Sanches, Alcains, da existência de horário. A alegação não procede. Com efeito, não justifica legalmente a desconsideração da ilegalidade — e ocorrida anulação — da colocação da professora X na Escola E,B 2, 3, e o facto de ser devida a sua colocação noutra escola, em cuja quadro está provida;
 - h) O princípio da legalidade vincula os órgãos e agentes administrativos a exercer os poderes que lhe atribuídos por lei “em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhe forem cometidos” (artigo 3.º, n.º 1, do CPA). A prossecução do fim real, público ou privado, diferente do legalmente protegido fere as respectivas decisões administrativas por desvio de poder, respectivamente, por motivo de interesse público ou por motivo de interesse privado, sempre invalidante, no primeiro caso, com a anulabilidade, com a nulidade no segundo caso (artigo 135.º e 134.º, n.º 1, do CPA). As regras de colocação dos candidatos ao concurso de professores são

ditadas pela necessidade de otimizar a capacidade funcional do serviço público de educação e de assegurar o respeito pelos direitos e interesses dos respectivos candidatos (artigo 4.º do CPA). A realização de um procedimento concursal leal, justo e transparente, em cada momento do procedimento, é fundamental à garantia da prossecução destes fins.

Ora, no caso em análise, não se antevê que qualquer um destes fins (e necessariamente o primeiro) tenha informado a decisão de manter a professora X — com lugar de quadro de nomeação definitiva noutra escola — na escola na qual a sua colocação foi anulada, por indevida.

- i) O acto de anulação da colocação da professora X foi proferido em 23 de Dezembro de 2004. O acto mediante o qual “foi autorizada a manter-se na EB 2,3 José Sanches, Alcains, até ao final do ano lectivo em curso” é de 28 de Março de 2005. O horário ou parte do horário correspondente a esta colocação estava preenchido pela contratação do professor Y. Este professor permaneceu no exercício de funções até 8 de Abril de 2005, portanto, para além da data inicial de 9 de Março de 2005. Acresce que a manutenção da sua colocação era entendida como estando dependente da manutenção da anulação da colocação da professora X (cf. alínea b) do ofício de 15.03.05, do Coordenador Educativo da Coordenação Educativa de Castelo Branco e ponto 6 do ofício de V. Ex.^a de 19 de Julho). Dito por outras palavras, é impertinente a invocação da existência de horário na Escola EB 2,3 José Sanches, Alcains. A questão não é a existência de horário, mas a de saber se existia fundamento legal para a recolocação da professora X naquela Escola tendo a sua anterior colocação sido anulada e esta questão foi desconsiderada pela Direcção-Geral dos Recursos Humanos da Educação;
- j) Acresce depor, *prima facie*, contra a referida optimização da capacidade funcional da prestação do serviço público de educação, a recolocação de professora na escola em causa (ademais do quadro de nomeação definitiva de outra escola) mais de três meses depois de ter sido anulada a respectiva colocação na mesma.

5. Nestes termos, conclui-se que o acto da Direcção-Geral dos Recursos Humanos que recolocou ou manteve, em 28 de Março de 2005, a colocação, anulada em 29 de Dezembro de 2004, da professora X é contrário aos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público e à transparência e confiança que é devida à actuação administrativa (artigos 3.º, 4.º e 6.º-A, n.º 2, do CPA), pelo que se impõe chamar a atenção de V. Ex.^a para o desvalor jurídico da actuação e posição do Serviço do Ministério da Educação que dirige, nos termos do artigo 33.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto).

R-866/05

Assessora: Elisa Morgado

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração do Hospital de Santa Maria

Assunto: Atraso na condução dos procedimentos de concurso — princípios da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos e da boa-fé.

1. Foi aberto na Provedoria de Justiça o processo R-866/05, a propósito da situação do Dr. XX que reclamou do atraso na condução dos procedimentos do concurso interno geral de acesso à categoria de chefe de serviço de Cirurgia Plástica e Reconstructiva do Hospital de Santa Maria, aberto pelo aviso publicado no Diário da República, II Série, n.º 91, de 19 de Abril de 1989, e do concurso interno de acesso condicionado para provimento de dois lugares de chefe de serviço Cirurgia Plástica e Reconstructiva do mesmo Hospital, aberto em 13 de Agosto de 1999, através de aviso publicado no n.º 102 do Boletim Informativo, cujo prosseguimento se impunha em cumprimento de decisões datadas já de Abril de 2001.

2. V. Ex.^a, ouvido em sede instrutória, nos termos dos artigos 28.º e 34.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, veio oferecer a resposta constante do ofício de 19 de Abril último, no qual apontava as dificuldades na composição dos respectivos júris e determinados erros cometidos como causa justificativa da demora contestada, afirmando que logo que “corrigidas as situações (...) referidas, estarão reunidas as condições para o prosseguimento dos procedimentos

dos concursos em apreço”. E, a final, através do ofício de 21 de Setembro, deu conhecimento de ter sido entretanto publicada no Boletim Informativo do Hospital de Santa Maria a nova constituição do júri do concurso interno condicionado, e publicada a alteração do júri do concurso interno de acesso geral no Diário da República, II Série, n.º 90, de 10 de Maio de 2005, rectificada no Diário da República, II Série, n.º 113, de 15 de Junho de 2005.

3. Podendo agora concluir, a partir dos esclarecimentos prestados por V. Ex.^a, estarem já ultrapassadas as causas que impediam o normal andamento destes concursos, enuncio, ainda assim, os factos apurados:

3.1. pelo aviso publicado no Diário da República, II Série, n.º 91, de 19 de Abril de 1989, foi aberto concurso interno geral de acesso para a categoria de chefe de serviço de cirurgia plástica e reconstrutiva do Hospital de Santa Maria, tendo o acto de homologação da respectiva lista de classificação final sido revogado nos termos do despacho do Secretário de Estado dos Recursos Humanos e da Modernização da Saúde, de 27 de Abril de 2001;

3.2. em cumprimento deste despacho de 27 de Abril de 2001, foi, nos termos do Aviso n.º 5985/2004 (2.^a Série), publicado no Diário da República, II Série, de 25 de Maio de 2004, fixada a nova composição do júri do concurso, não sendo nenhum dos seus membros, efectivos ou vogais, médicos do próprio Hospital de Santa Maria;

3.3. neste Aviso n.º 5985/2004 (2.^a Série), o quarto vogal efectivo é indicado como “Dr. H..., chefe de serviço de Cirurgia Plástica do Hospital de Vila Nova de Gaia”;

3.4. no Diário da República, II Série, n.º 90, de 10 de Maio de 2005, é publicada a Rectificação n.º 800/2005, na qual se lê que “Por ter saído com inexactidão o Aviso n.º 5985/2004 (2.^a Série), publicado no Diário da República, 2.^a Série, n.º 122, de 25 de Junho de 2004, rectifica-se que onde se lê “Dr....” deve ler-se “Dr. ...”;

3.5. no Diário da República, II Série, n.º 113, de 15 de Junho de 2005, é publicada a Rectificação n.º 1033/2005, na qual se lê “Por ter saído com inexactidão a rectificação n.º 800/2005 (2.^a Série), publicada no Diário da República, 2.^a Série, n.º 90, de 10 de Maio de 2005, referente ao concurso de chefe de serviço de Cirurgia Plástica, publicado no Diário da República, II Série, n.º 91, de 19 de Abril de 1989, rectifica-se que onde se lê “publicado no Diário da República, 2.^a Série, n.º 122, de 25 de Junho de 2004” deve ler-se “publicado no Diário da República, 2.^a Série, n.º 122, de 25 de Maio de 2004”;

3.6. por aviso publicado no Boletim Informativo n.º 102, de 13 de Agosto de 1999, do Hospital de Santa Maria, foi aberto concurso interno condicionado para provimento de dois lugares de chefe de serviço Cirurgia Plástica e Reconstructiva;

3.7. na sequência da decisão do recurso hierárquico interposto da homologação da respectiva lista de classificação final em Abril de 2001, foi designado o novo júri para repetição das operações do concurso por deliberação publicitada no Boletim Informativo n.º 123, de 2 de Julho de 2004;

3.8. porque o presidente do júri designado não reunia os requisitos estabelecidos no n.º 42 da Portaria n.º 177/97, de 11 de Março, foi promovida a sua substituição por deliberação de 8 de Setembro de 2005 e divulgada a nova composição do júri através do Boletim Informativo n.º 399, em 20 de Setembro de 2005, em que apenas os vogais suplentes são médicos do Hospital de Santa Maria;

3.9. entre Abril de 2001 e pelo menos Junho de 2005, nenhum acto procedimental no âmbito destes dois concursos foi praticado.

4. Ora a Administração não pode actuar senão dentro dos limites impostos pelo interesse público e pelo respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e segundo as regras da boa fé, devendo os órgãos administrativos providenciar pelo rápido e eficaz andamento do procedimento, quer recusando e evitando tudo o que for impertinente ou dilatatório, quer ordenando e promovendo tudo o que for necessário ao seguimento do procedimento e à justa e oportuna decisão (cfr., respectivamente, artigo 6.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, e artigos 4.º, 6.º-A e 57.º do Código do Procedimento Administrativo).

5. É por isso que, desde logo, não se pode aceitar sem reparo a demora que se verificou na designação dos membros dos júris dos concursos, designação ditada por decisões proferidas há já mais de quatro anos, e tanto que, para as dificuldades invocadas por V. Ex.^a naturalmente inquestionáveis, se encontra solução no próprio Regulamento dos Concursos de Habilitação ao Grau de Consultor e de Provimento na Categoria de Chefe de Serviço da Carreira Médica Hospitalar, aprovado pela Portaria n.º 177/97, de 11 de Março.

Com efeito, nesse regulamento determina-se que todos os membros do júri devem ser titulares da categoria de chefe de serviço da carreira médica hospitalar da área profissional a que o concurso respeita, sendo o presidente designado de entre directores de departamento ou de serviço e, sempre que

possível, do serviço ou estabelecimento que realiza o concurso. Mas prevê-se que, se aí não existirem médicos com a categoria e cargos para constituir o júri, deve este ser integrado por médicos de outros serviços ou estabelecimentos que reúnam essas condições, e em caso de impossibilidade de constituição do júri em que todos sejam da respectiva área profissional podem então ser nomeados vogais de áreas afins (cfr., respectivamente, n.ºs 42, 42.1 e 42.2).

6. Mas o que se mostra verdadeiramente censurável é que a meros erros de escrita se atribua a relevância que eles não têm, admitindo que possam obstar ao prosseguimento de um concurso que fica dependente da respectiva rectificação.

Assim, o engano que se verifica num dos vários nomes do quarto vogal do júri do concurso interno geral no Aviso n.º 5985/2004, vogal este que é, além do mais, identificado também pela situação profissional, é na verdade insusceptível de criar uma situação de incerteza quanto à identidade deste e, como bem o demonstra a rectificação publicada no Diário da República, II Série, n.º 90, de 10 de Maio último, a sua correcção não corresponde a qualquer alteração substancial.

7. Termos em que, sem prejuízo do arquivamento do presente processo, formulo uma especial chamada de atenção, esperando obter o empenhamento pessoal de V. Ex.^a no sentido de serem dadas instruções para que os referidos concursos prossigam agora sem mais demoras.

R-1018/05

Assessora: Ana Neves

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Penafiel

Assunto: Prestação de serviços para desempenhar funções no Gabinete Técnico Local de Penafiel — sociólogo — protocolo n.º 02/2004 — recrutamento dos trabalhadores.

1. Em 11 de Março último, foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça, porquanto, tendo sido aberto procedimento de contratação, em regime de prestação de serviços, de um técnico superior sociólogo para desem-

penhar funções no Gabinete Técnico Local de Penafiel, o mesmo foi extinto por decisão do Presidente da Câmara Municipal de 17 de Fevereiro de 2005.

Segundo vem alegado:

- a) a decisão consubstancia “incumprimento das suas obrigações legais/contratuais” por parte da Câmara Municipal de Penafiel;
- b) é incompreensível a invocação, na mesma, da falta de utilidade de um sociólogo “na fase de instalação e funcionamento do GTL [Gabinete Técnico Local]” e de inadequação do critério do “preço proposto”, quando foi o “Departamento Financeiro que baseou a escolha nesse critério”;
- c) Mais é referido que, em virtude do investimento realizado, se perderam oportunidades de trabalho.

2. No âmbito da instrução da queixa apresentada (artigo 28.º e 34.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto), foram juntos ao processo os esclarecimentos e os documentos enviados por V. Ex.ª.

Analisados os elementos disponíveis, destacam-se os seguintes aspectos:

- a) Em 31 de Janeiro de 2004, a Câmara Municipal de Penafiel, a Direcção-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano e a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte celebraram um protocolo (Protocolo n.º 02/2004), ao abrigo do disposto no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto (“Lei das Finanças Locais”), do Despacho n.º 23/90, de 6 de Novembro de 1990, do Secretário de Estado da Administração Local e do Ordenamento do Território, e do Despacho n.º 43/2003 (2.ª Série), de 6 de Dezembro de 2002, do Secretário de Estado Adjunto e do Ordenamento do Território;
- b) Nos termos do Protocolo, “a Câmara Municipal de Penafiel constituirá na sua dependência um Gabinete Técnico Local (GTL) tendo como área de intervenção o Centro Histórico de Penafiel” (cláusula primeira, n.º 1);
- c) “O GTL é criado para elaboração do Plano de Pormenor do Centro Histórico de Penafiel, de Projectos de requalificação de edifícios e de espaço público, bem como o acompanhamento das respectivas

- obras e intervir na gestão urbanística da área proposta” (cláusula primeira, n.º 3);
- d) A cláusula terceira, n.º 1, do Protocolo, especifica o número e a qualificação profissional do pessoal que comporá o Gabinete Técnico Local, assim como os “índices salariais” pelos quais será abonado;
 - e) O n.º 7 da cláusula terceira do Protocolo prevê que o “preenchimento originário, ou em substituição, [de “lugares” no Gabinete Técnico Local] poderá assumir a forma de contrato de aquisição de serviços, nos termos legalmente definidos”;
 - f) O Protocolo vigora “por um ano, eventualmente renovável uma só vez, por igual período e igual participação, por Despacho do Secretário de Estado do Ordenamento do Território” (cláusula sétima);
 - g) Pelo ofício de 19.09.2005, o Presidente da Câmara Municipal informou que “a homologação do protocolo n.º 2/2004 é datada de 31 de Janeiro de 2004”;
 - h) Sobre o texto do protocolo enviado foi aposto o seguinte despacho não datado: “À Dr.^a I para promover/coordenar os procedimentos com vista à instalação do GTL. Deverá falar comigo previamente”;
 - i) Em 27 de Outubro de 2004, o Director do Departamento Financeiro da Câmara Municipal de Penafiel dirigiu a G convite para apresentar proposta relativa a “prestação de serviços para desempenhar funções no Gabinete Técnico Local de Penafiel — Técnico de Serviço Social ou Sociólogo”;
 - j) O convite especifica, por um lado, os serviços pretendidos e, por outro lado, os termos da apresentação da proposta;
 - k) “A proposta dever[ia] ser remetida no prazo de 5 dias a contar da data da recepção [do] ofício, para o Departamento Financeiro. Dever[ia] ser redigida de forma sucinta e em linguagem clara e objectiva, sem rasuras ou palavras riscadas e entrelinhas, [conter] manifesta[ção] [da] vontade de contratar e indica[ção] [d] as condições em que [o concorrente] se dis[punha] a fazê-lo”;
 - l) A proposta deveria ainda conter: “a) proposta técnica onde consta[sse] o objecto da prestação de serviços; b) proposta de

- honorário; *c*) currículo do concorrente; *d*) documento de identificação do concorrente e *d*) declaração conforme ao modelo constante no Anexo 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.”;
- m*) Em 5 de Novembro de 2004, G apresentou proposta de candidatura ao referido procedimento;
- n*) Consta da mesma, a “proposta de honorário” de 700, 00 euros mensais;
- o*) Iguais convites foram dirigidos, por ofícios datados de 27 de Outubro de 2004, a L. e P;
- p*) A proposta do primeiro deu entrada na câmara municipal em 8 de Novembro de 2004. O segundo candidato enviou carta à câmara municipal em 5 de Novembro de 2005 (carimbo do correio);
- q*) Ambos apresentaram o valor de 900,00 euros como “proposta de honorário”;
- r*) Em 16 de Novembro de 2004, uma “Comissão de Análise das Propostas” elaborou relatório do procedimento;
- s*) No ponto 2 do relatório é referido que o “critério de apreciação das propostas” adoptado é o do preço mais baixo;
- t*) O relatório regista a apresentação de 3 propostas, duas no valor de 900,00 euros e uma no de 700, 00 euros;
- u*) Propôs que “a decisão seja no sentido da adjudicação da prestação de serviços em causa a G — pelo valor da sua proposta de 700,00 Euros/mensais (+ IVA) e restantes condições expostas da sua proposta”;
- v*) No mesmo relatório, encontra-se aposto carimbo para despacho do Presidente da Câmara, não preenchido;
- w*) Por ofício datado de 16 de Novembro de 2004, “[n]os termos e para os efeitos do n.º 1 e n.º 2, do art. 41.º do DL n.º 197/99, de 8/6”, foi informada G “que, de acordo com o Relatório da Comissão de Análise, [era] intenção [da] Autarquia adjudicar a prestação de serviços supracitada à proposta de valor mais baixo, tendo esta sido apresentada por G”;
- x*) Pelo mesmo ofício, foi-lhe solicitado que, no prazo de cinco dias “se pronuncia[sse] sobre [aquela] intenção” e que, “findo o prazo proceder[ia] esta Autarquia à referida adjudicação”;

- y) Os candidatos referidos na alínea o), supra, foram notificados, em 16 de Novembro de 2004, da intenção da Câmara Municipal adjudicar a aquisição de serviços a G, a qual procederia após o prazo de cinco dias;
- z) Em 19 de Novembro de 2004, deu entrada na Câmara Municipal de Penafiel “declaração de aceitação” da interessada.
- aa) Em 20 de Dezembro de 2004, a Câmara Municipal enviou, à Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte, um ofício, “para apreciação as notas curriculares dos candidatos sujeitos a concurso e, já seleccionados, bem como da indicação do tipo de contrato a utilizar para integração dos candidatos no GTL”;
- bb) Indicou para a composição inicial do Gabinete Técnico Local 9 pessoas a recrutar em regime de aquisição de serviços, entre elas a G, cujos serviços seriam remunerados pelo índice 400;
- cc) O Vice-Presidente da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte, em 19 de Janeiro de 2005, aprovou a composição da “equipa proposta pela Câmara Municipal de Penafiel para constituição do GTL para o Centro Histórico da Cidade”;
- dd) Por despacho de 17 de Fevereiro de 2005, o Presidente da Câmara Municipal proferiu despacho com o seguinte teor: “Determino a extinção do procedimento administrativo de contratação, em regime de prestação de serviços, de um técnico superior sociólogo para desempenhar funções no Gabinete Técnico Local de Penafiel: // 1. por não se afigurar útil, do ponto de vista do interesse público, a contratação de um sociólogo, nesta fase inicial de instalação e funcionamento do GTL; // porque na apreciação as propostas para integrar o GTL, no que toca aos técnicos superiores, não deve ser apenas atendido o preço proposto, mas incluir, também, outros factores de ponderação, como por exemplo a experiência e formação profissional determinantes no sucesso do projecto a empreender”;
- ee) Por ofício, a Chefe da Divisão Administrativa da Câmara Municipal de Penafiel notificou G daquele despacho;

- ff)* O contrato a celebrar teria, segundo é informado pelo Presidente da Câmara Municipal, a duração previsível de um ano (ofício de 19.09.2005).

3. No presente processo, está em causa um procedimento de contratação de um sociólogo em regime jurídico de prestação de serviços.

A aquisição dos serviços enquadra-se no âmbito da constituição “na dependência” da Câmara Municipal de Penafiel de “um Gabinete Técnico Local (GTL) tendo como área de intervenção o Centro Histórico de Penafiel” (Cláusula primeira, n.º 1, do Protocolo n.º 02/2004 e alíneas *a)* a *e)*, do ponto 2, *supra*). Tem previsão no n.º 7 da cláusula terceira do Protocolo n.º 02/2004, onde se estipula que o “preenchimento originário, ou em substituição, [dos “lugares” de pessoal para o referido Gabinete] poderá assumir a forma de contrato de aquisição de serviços, nos termos legalmente definidos”.

Segundo estes “termos legalmente definidos”, a celebração de contratos de prestação de serviços por parte da Administração Pública só pode ter lugar, por um lado, para a “execução de trabalhos com carácter não subordinado” (artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 25/98, de 26 de Maio, e o disposto no n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 409/91, de 17 de Outubro). Por outro lado, a adjudicação da aquisição de serviços e celebração do consequente contrato pressupõe a observância do “regime previsto na lei geral quanto a despesas públicas em matéria de aquisição de serviços” (n.º 1 do artigo 7.º citado, e artigos 1.º, 2.º, alínea *d)*, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, que “estabelece o regime da realização de despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços, bem como da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e de serviços”).

De acordo com este regime, a “contratação relativa à locação e aquisição de bens ou serviços deve ser precedida de um dos procedimentos” especificados no artigo 78.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho. A escolha do tipo de procedimento é função do valor do contrato a celebrar (artigos 7.º, 80.º e 81.º).

Considerando a duração previsível do contrato de um ano (alínea *ff)* do ponto 2, *supra*) — e um valor estimado/mês correspondente ao índice 400 (cláusula terceira, n.º 1, do Protocolo e número 6 do Despacho n.º 42/2003, 2.ª Série, publicado no DR., II Série, n.º 1, de 2 de Janeiro de 2003, pp. 18

e 19), a aquisição de serviços em causa não ultrapassaria os 25 mil euros ^{468 469}, e, nesta medida, bastava, no caso, a realização do “procedimento com consulta prévia”, com consulta obrigatória a três interessados (artigo 81.º, n.º 1, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).

3.1. Independentemente da maior ou menor complexidade dos procedimentos adjudicatórios, os mesmos devem respeitar os princípios enunciados nos artigos 7.º a 15.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

De entre estes, destacam-se os princípios da transparência e publicidade e o da estabilidade.

De harmonia com o primeiro, o “critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato que se pretende celebrar devem estar definidos previamente à abertura do procedimento e ser dados a conhecer a todos os interessados a partir da data daquela abertura” (n.º 1 do artigo 8.º e n.º 2 do artigo 55.º ³¹⁶ do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).

No caso concreto, à face dos elementos documentais recebidos, não existe notícia da predefinição do critério de adjudicação. O convite para a apresentação das propostas não dá a conhecer esse critério (cfr. ponto 2, alíneas *k*) e *l*), supra), surgindo o mesmo pela primeira vez nomeado no relatório da Comissão de Análise das Propostas (alínea *s*) do ponto 2, supra).

O princípio da estabilidade (artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho) postula, por um lado, a manutenção do quadro de referências do procedimento, dado pelas peças de base do mesmo, que devem conter a caracterização da prestação adjudicanda e o critério de escolha das propostas. Por outro lado, demanda que, por princípio, o procedimento vá até ao fim. Com efeito, é exigível que a entidade pública tenha ponderado devidamente a

⁴⁶⁸ O valor anual aproximado seria de 15223,68 euros, correspondente ao valor mensal de 1268,64 Euros (valor correspondente ao índice do 1.º escalão da categoria de técnico superior de 2.ª classe) x 12 meses (in www.dgap.gov.pt).

⁴⁶⁹ Se atendermos à possibilidade de prorrogação por mais um ano, decorrente da cláusula sétima do Protocolo n.º 02/2004, o valor do contrato ultrapassaria os 25 mil euros, e, nesta medida, o procedimento utilizado não é o legalmente adequado.

⁴⁷⁰ “O critério de adjudicação deve ser indicado nos documentos que servem de base ao procedimento”.

decisão de abertura do procedimento e os termos em que pretende contratar ⁴⁷¹.

Acresce que, à luz do princípio da boa fé, é devido às entidades públicas que actuem “segundo as exigências de identidade, autenticidade e veracidade na comunicação” (artigo 13.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e artigo 6.º-A, do CPA).

O n.º 4 do artigo 14.º afirma, especificamente, que “[q]uando já tenham sido apresentadas propostas, a entidade adjudicante não pode desistir de contratar, salvo nos casos previstos no ... [próprio Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho].”

Os casos em que a Administração pode deixar de adjudicar são os referidos nos artigos 56.º a 58.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho. O artigo 56.º prevê que a adjudicação seja dada sem efeito por “facto imputável ao adjudicatário”, caso em que a Administração pode proceder à adjudicação ao concorrente classificado em segundo lugar. O artigo 57.º refere-se aos casos de inaceitabilidade de todas as propostas e de conluio.

O artigo 58.º contempla a possibilidade da “entidade competente para autorizar a despesa anular o procedimento” havendo alteração fundamental das circunstâncias e na hipótese de superveniência de razões de “manifesto interesse público que o justificam” (n.º 1, alíneas *a*) e *b*).

A decisão deve ser fundamentada e deve ser publicitada de forma idêntica à adoptada para a abertura do procedimento (n.º 2 do artigo 58.º). Os concorrentes que tenham apresentado propostas devem ser notificados dos fundamentos de tal decisão e “ulteriormente, da abertura do novo procedimento” (n.º 4 do artigo 58.º).

A decisão proferida pelo Presidente da Câmara Municipal de Penafiel de 17 de Fevereiro de 2005, que pôs termo ao procedimento invoca, como fundamentos, não ser “útil” a contratação de um sociólogo, “do ponto de vista do interesse público, ...nes[sa] fase inicial de instalação e funcionamento do GTL” e invoca a inadequação do critério de adjudicação, “porque na aprecia-

⁴⁷¹ Com a definição do “quadro global de referências em que o processo de recrutamento e selecção vai decorrer”, a Administração autovincula-se “não pode, por isso, vir subsequentemente a alterar” o mesmo por “óbvias razões de justiça e de objectividade” (Marcelo Rebelo de Sousa, *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lisboa, 1994, p. 69).

ção das propostas para integrar o GTL, no que toca aos técnicos superiores, não deve ser apenas atendido o preço proposto”.

A fundamentação da decisão em causa é exigida pelo artigo 58.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, mas impõe-se, igualmente, por força do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA — na medida em que, respectivamente, afecta os interesses legalmente protegidos, desde logo, do concorrente a quem foi notificada, em 16 de Novembro de 2004, não só a intenção de adjudicação, mas também que a mesma (adjudicação) teria lugar findo o prazo de cinco dias — e da alínea e) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA, por se tratar de uma decisão que põe termo ao procedimento.

A fundamentação consiste na apresentação, clara, suficiente e congruente, dos motivos de facto e dos motivos de direito da decisão (artigo 125.º, n.ºs 1 e 2, do CPA).

O despacho de 17 de Fevereiro de 2005, do Presidente da Câmara Municipal de Penafiel não identifica, nestes termos, os fundamentos da sua decisão. Não apresenta, por um lado, qual a base legal que a alicerça. Não expõe, por outro lado, os factos que concretizam a perda de utilidade invocada, à luz do interesse público, que apenas genérica e abstractamente invoca. Não é também explicado por que razão, tendo sido o critério do preço mais baixo (um dos critérios de adjudicação legalmente previstos — artigo 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho) o critério escolhido, sem que estivesse a Administração obrigada a adoptá-lo, num segundo momento, é invocada essa própria escolha para justificar a tomada de decisão desfavorável aos interessados no procedimento.

A variação de critério ocorre, acresce notar, menos de dois meses depois da referida contratação ter merecido despacho favorável. Senão, atente-se: em 27 de Outubro de 2004, o Director do Departamento Financeiro da Câmara Municipal de Penafiel dirige convite para a apresentação de propostas a três possíveis interessados; em 16 de Novembro de 2004, uma “Comissão de Análise das Propostas”, propõe a adjudicação a um dos concorrentes, data em que foi notificada a candidata seleccionada; em 20 de Dezembro de 2004, a Câmara Municipal envia, à Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte, ao abrigo do disposto no Protocolo n.º 02/2004, as notas curriculares das pessoas a contratar para o Gabinete Técnico Local, “equipa” que mereceu despacho favorável do respectivo Vice-

-Presidente em 19 de Janeiro de 2005; e em 17 de Fevereiro de 2005, é posto termo ao procedimento.

Observa-se que tendo sido o Presidente da Câmara Municipal solicitado, no âmbito da instrução do presente processo, a concretizar os motivos de interesse público invocados e a indicar as razões concretas que levaram a que o critério do preço mais baixo deixasse de ser tido por justificado à luz do interesse público (ofício, de 18.05.05, e ofício de 29.06.05), nada disse, limitando a remeter cópia do seu despacho de 17 de Fevereiro de 2005.

Por último, destaca-se a específica exigência da lei, no que à invocação do interesse público respeita como causa para pôr termo ao procedimento. As razões de interesse público têm de ser “manifestas” e têm de ser “supervenientes” (artigo 58.º, n.º 1, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).

3.2. Não se demonstra, no processo, que assim seja e, portanto, o preenchimento dos pressupostos legais de que dependeria a válida decisão extintiva do procedimento. Nesta medida, cumpre chamar a atenção para a censura jurídica de que a decisão de 17 de Fevereiro de 2005 é passível e respectivo desvalor (artigo 135.º do CPA).

Acresce referir, no plano do princípio da boa fé, que a ofensa de confiança legitimamente criada nos destinatários da acção administrativa pode acarretar a obrigação de indemnizar o lesado, se se demonstrar a verificação dos pressupostos gerais da responsabilidade civil.

4. Feita esta chamada de atenção, foi determinado o arquivamento do correspondente processo da Provedoria de Justiça.

R-1407/05

Assessora: Ana Neves

Entidade visada: Coordenadora da Sub-Região de Saúde

Assunto: Admissão a concurso interno limitado para provimento de quatro lugares na categoria de técnico de 1.ª classe da carreira técnica de diagnóstico, área de ortóptica, do quadro de pessoal da ARSLVT — falta de habilitações — nulidade.

1. Foi apresentada queixa ao Provedor de Justiça relativamente à admissão, ao concurso interno de acesso limitado para o provimento de 4

vagas na categoria de técnico de 1.^a classe da carreira de técnica de diagnóstico e terapêutica, área de ortóptica, de candidatos sem as habilitações legais exigidas para o efeito e para provimento nos lugares a preencher.

2. Solicitada a colaboração de V. Ex.^a (artigos 28.º, 29.º, n.os 1 e 2, e 34.º do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto), prestou esclarecimentos e juntou documentos através do ofício de 9 de Junho.

Invoca, em síntese, que “os concorrentes quando foram integrados na carreira de técnicos auxiliares de diagnóstico e terapêutica de 2.^a classe (ramo de ortóptica), reuniam as condições legais para o efeito, pois detinham as habilitações académicas e profissionais exigidas (conforme declaração do serviço)”, uma vez que “todos os concorrentes ingressaram e transitaram na carreira por força de despachos superiores, sem que, em momento algum, viesse a ser posta em causa a falta de titularidade de habilitações profissionais para o ingresso na carreira, antes pelo contrário, é a própria administração regional de saúde que na proposta de nomeação para ingresso na carreira de técnicos auxiliares de diagnóstico e terapêutica dos concorrentes de 26 de Maio de 1985, sobre o qual recaiu o despacho do então director-geral dos Cuidados de Saúde Primários, que refere e cita-se: ‘Quando da sua colocação naquele Centro, foi-lhes ministrado um curso que os habilitou a exercer as funções que se inserem na carreira de técnicos auxiliares de diagnóstico e terapêutica, ramo de ortóptica, e tem vindo a satisfazer as necessidades de serviço naquela área’”.

Mais invoca que ainda que se entendesse que o respectivo acto de nomeação é nulo, é de aplicar o artigo 134.º, n.º 3 do CPA, que permite atribuir “certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos, por força do simples decurso do tempo, e de harmonia com os princípios gerais de direito.”.

3. Analisados os documentos que instruem a queixa apresentada e os esclarecimentos e documentos enviados, apuram-se os seguintes factos:

- a) Em 12 de Abril de 1985, foi autorizado (por despacho do director-geral dos Cuidados de Saúde Primários — ponto 5 do Parecer de 30 de Março de 2004), “por delegação”, a nomeação, “em regime de comissão de serviço, nos termos do n.º 2 do art. 82.º do Decreto-Lei n.º 413/71, de 27 de Setembro conjugado

com o art. 7.º do Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de Junho” ⁴⁷², dos oficiais administrativos, entre outros, C, M, J, L e G, na categoria de técnicos auxiliares de diagnóstico e terapêutica de 2.ª classe (cf. proposta onde foi apostado o referido despacho e ponto 5 do Parecer de 30 de Março de 2004);

- b) A nomeação em causa foi fundamentada no alegado exercício de “funções não correspondentes à categoria que detêm” e no facto de “[q]uando da sua colocação ... [no] Centro [Centro de Oftalmologia em Lisboa], foi-lhes ministrado um curso que os habilitou a exercer as funções que se inserem na carreira de técnicos auxiliares de diagnóstico e terapêutica, ramo de ortóptica” (cf. proposta onde foi apostado o referido despacho);
- c) O “despacho foi visado pelo Tribunal de Contas em 3.07.85 e publicado no DR., II Série, de 1.08.85” (ponto 5 do Parecer de 30 de Março de 2004 e Diário respectivo, p. 7158);
- d) Por despacho de 11 de Julho de 1986, a então Ministra da Saúde “incumbiu a Escola Técnica dos Serviços de Saúde de Lisboa de incluir na sua programação um curso de técnicos de ortóptica destinado aos técnicos de diagnóstico e terapêutica em serviço no Centro de Oftalmologia em Lisboa” (ponto 1 do ofício da então Directora-Geral do Departamento de Recursos da Saúde);
- e) “Esta autorização de admissão ao curso foi tomada a título excepcional e visou possibilitar a técnicos que já se encontravam na carreira a aquisição das necessárias competências técnicas” (ponto 2 — idem; ponto 6 do ofício de 19 de Outubro de 2004, do Director em substituição da Escola Superior de Tecnologia da Saúde de Lisboa e carta de 14 de Julho de 1989 da Associação Portuguesa de

⁴⁷² Artigo 82.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 413/71, de 27 de Setembro: “As admissões [no Ministério da Saúde e Assistência, durante o período de instalação] serão feitas em regime de prestação eventual de serviço, salvo se recaírem em funcionários públicos ou administrativos, caso em que serão feitas em comissão de serviço.”

Artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de Junho: “As ARS ficam em regime de instalação, nos termos dos artigos 79.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 413/71, de 27 de Setembro.”

Ortóptica dirigida à então Directora do Departamento dos Recursos Humanos);

- f) Nenhum dos funcionários referidos (ora candidatos excluídos) concluiu os cursos de Ortóptica — ponto 6 do ofício de 19 de Outubro de 2004, do Director em substituição da Escola Superior de Tecnologia da Saúde de Lisboa;
- g) Este ofício especificando as habilitações exigidas e reconhecidas para o exercício das funções de técnico de diagnóstico e terapêutica, esclarece que “o ‘certificado’, emitido pelo Gabinete de Formação de Pessoal da então Administração Regional de Saúde de Lisboa, em 15/06/1983, obtido no termo de programa, não constitui (...) um diploma ou carta de curso pelo que não tem as virtualidades reconhecidas por lei a estas” (ponto 5 do ofício cit. ult.);
- h) Por despacho de 23 de Dezembro de 1987, foi “autorizada a transição, em comissão e por urgente conveniência de serviço, para a categoria de técnico de 2.^a classe de ortóptica, letra J” (Diário da República, n.º 123, de 27 de Maio de 1988, p. 4850);
- i) Em 14 de Julho de 1989, a Associação Portuguesa de Ortóptica dirigiu carta à Directora do Departamento dos Recursos Humanos do Ministério da Saúde, onde se lê, designadamente, “tem esta Associação manifestado em várias ocasiões o seu desacordo pelo processo relativo aos 18 funcionários administrativos do Centro Oftalmológico de Lisboa (C.O.L) e a quem foi, posteriormente àquela nomeação, facilitada a entrada excepcional, e por processo nunca antes praticado, na Escola Técnica dos Serviços de Saúde de Lisboa, a fim de frequentarem o Curso de Ortóptica”// (...) // “um novo dado vem alertar os técnicos ortoptistas e a sua associação: é que dos 18 funcionários em questão, apenas 8 se encontram a frequentar o Curso de Ortóptica a fim de regularizarem *a posteriori* a sua nomeação como técnicos. Os restantes 10 funcionários, uns por não se mostrarem interessados em frequentar o curso, outros por, inclusive, *terem reprovado* no 1.º ano do curso e outros por diferentes razões, continuam, no entanto, nomeados técnicos de ortóptica e a exercer funções no C.O.L” (sublinhado no original);

- j) Em 27 de Junho de 1990, a Directora-Geral do Departamento de Recursos Humanos da Saúde dirige ao Presidente da Comissão Instaladora da Administração Regional de Saúde de Lisboa um ofício, no qual informa “que a questão dos técnicos de ortóptica em funções no C.O.L tem vindo a ser analisada neste Departamento e, pela natureza do assunto (que (...) suscita dúvidas por ora ainda não consolidadas)”; que estando os “profissionais em causa (...) nomeados como técnicos de ortóptica de 2.^a classe, da carreira dos técnicos de diagnóstico e terapêutica, é (...) [seu] entendimento que dessa nomeação decorrem todos os efeitos inerentes, incluindo *mudança de escalão*, o que só poderá ser infirmado se porventura o despacho de nomeação de 1985 viesse a ser considerado nulo (até porque a simples anulabilidade já não poderia ser encarada dado o decurso de tempo)”(sublinhado no original);
- k) Através da Nota de Serviço n.º 170/2002 foi aberto o concurso interno de acesso limitado para o provimento de 4 vagas na categoria de técnico de 1.^a classe da carreira de técnica de diagnóstico e terapêutica — área de ortóptica;
- l) Constituem requisitos gerais de admissão ao concurso os “referidos no artigo 47.º do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro”, entre os quais “[p]ossuir as habilitações profissionais legalmente exigíveis para o desempenho do cargo” (ponto 7.1 do aviso de abertura);
- m) São requisitos especiais os estabelecidos no n.º 1 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro (ponto 7.2 do aviso de abertura), a saber, ter a categoria de técnico de 2.^a classe, nesta ter pelo menos três anos de serviço e avaliação de desempenho de satisfaz;
- n) Em 19 de Julho de 2004, a Coordenadora da Sub-Região de Saúde de Lisboa deu provimento aos recursos interpostos pelos candidatos excluídos, “na parte que respeita à falta de habilitação profissional, com base nos fundamentos explanados no Parecer do Departamento de Modernização e Recursos da Saúde e corroborados na Informação da Divisão de Gestão de Recursos Humanos”;

- o) Sustentam estes documentos que tendo a nomeação dos interessados sido visada pelo Tribunal de Contas, tribunal a quem “competê a verificação prévia da legalidade dos actos administrativos”, não cabe pôr em causa a validade daquela, ao que acresce a consolidação na ordem jurídica por força da não impugnação atempada da sua validade e a inexistência de limite legal à promoção na carreira dos funcionários que ingressaram sem habilitações na carreira;
- p) Anexo ao ofício de 9 de Junho, a Coordenadora da Sub-Região de Saúde de Lisboa juntou “Certificados”, com a data de 15 de Junho de 1983, emitidos pelo “Coordenador do Programa”, de alguns dos candidatos aos concurso, nos quais se lê que o funcionário “com a categoria de 3.º oficial em serviço no Centro Oftalmológico de Lisboa frequentou o programa sobre o Curso de Ortopista-Parte Geral com a duração total de 996 horas, realizadas de 19 de Outubro de 1980 a ... 19 de Junho/81”, seguindo-se o elenco das matérias ministradas.

4. À data da nomeação dos funcionários em referência, o ingresso na carreira de técnico auxiliar dos serviços complementares de diagnóstico e terapêutica era disciplinado pelo Decreto Regulamentar n.º 87/77, de 30 de Dezembro. Podiam ingressar na carreira, mediante concurso documental, os “indivíduos habilitados com o curso geral dos liceus ou equivalente e que possu[íssem] o curso de especialização profissional adequado [— de duração não inferior a cinco semestres —], obtido em conformidade com a regulamentação a publicar em portaria do Ministério dos Assuntos Sociais e do Secretário de Estado da Administração Pública” (artigo 2.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto Regulamentar n.º 87/77, de 30 de Dezembro).

A Portaria n.º 709/80, de 23 de Setembro, reestruturou “os centros de formação de técnicos auxiliares dos serviços complementares de diagnóstico e terapêutica” (n.º 1 do Capítulo I). Estabeleceu que, “[e]nquanto não fo[sse]m criadas as escolas técnicas dos serviços de saúde, [era] aos Centros de Lisboa, Porto e Coimbra que compet[ia] desenvolver as actividades relacionadas com a formação e aperfeiçoamento do pessoal técnico auxiliar dos serviços de saúde.” (n.º 2 do Capítulo I). O diploma especifica, designadamente, e estrutura a formação — constituída por três períodos, um inicial, básico, outro de

formação técnica e um período de estágio (n.º 21 do Capítulo I) —, a sua duração — de cinco a seis semestres (n.º 22 do Capítulo I) —, as condições de admissão ao concurso e provas de selecção (Capítulo VII), as formas de avaliação e as regras determinativas do aproveitamento escolar (Capítulo X).

Os funcionários em referência, de acordo com os «certificados» juntos — emitidos pelo “Coordenador do Programa” — apenas “frequentaram” um “programa sobre o Curso de Ortopista-Parte Geral”, com a duração de 996 horas (/8 horas = 124,5 dias).

Esta formação não corresponde à habilitação legalmente exigida para ingresso na carreira. Assim decorre claramente:

- a) da consideração das normas destacadas e da consideração de que as habilitações juridicamente relevantes pressupõem a conclusão, com aprovação, em curso com determinadas características;
- b) da declaração de ciência e conhecimento emitida por professor coordenador da Direcção da Escola Superior de Tecnologia da Saúde de Lisboa (alíneas *e*) e *f*) do ponto 3 do ofício);
- c) do facto da Ministra da Saúde, em 11 de Julho de 1986, ter determinado à Escola Técnica dos Serviços de Saúde de incluir tais funcionários no Curso de Técnicos de Ortopia, para lhes possibilitar a “aquisição das necessárias competências técnicas” (alíneas *d*) e *e*) do ponto 3 do ofício);

É um facto, portanto, que os funcionários não tinham em 12 de Abril de 1985 as habilitações necessárias para ingresso na carreira.

Não as tinham no termo do prazo de entrega das candidaturas ao concurso em referência, à luz das habilitações específicas enunciadas no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro, e consta do ofício da Direcção da Escola Superior de Tecnologia da Saúde de Lisboa de 19 de Outubro de 2004 (alínea *f*), do ponto 3 do ofício).

A falta de habilitações académicas e profissionais legalmente exigidas para o provimento no exercício de certas funções públicas consubstancia falta de um elemento essencial do respectivo acto de provimento, constituindo uma

das situações abrangidas pela norma do n.º 1 do artigo 133.º do CPA (cf. Ac. do TCA Sul, Processo 05112/00, de 22-09-2004, www.dgsi.pt/tca) ⁴⁷³.

Mas a nulidade da nomeação resulta, igualmente, do facto de não ter sido precedida de concurso, ao arrepio do disposto no artigo 2.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar n.º 87/77, de 30 de Dezembro.

5. Os actos nulos não produzem juridicamente quaisquer efeitos, não sendo, deste modo, passíveis de consolidação na ordem jurídica, nem de revogação, nem de execução; é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada, também a todo o tempo por qualquer órgão administrativo ou tribunal (artigos 134.º, 139.º, n.º 1, alínea *a*), e artigo 150.º, n.º 1, alínea *a*), do CPA).

A norma do n.º 3 do artigo 134.º do CPA enuncia uma excepção à regra da total improdutividade jurídica dos actos nulos. Prevê “a possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos por força do simples decurso do tempo, de harmonia com os princípios gerais de direito”.

A norma não legitima, sem mais, que o simples decurso do tempo faça equivaler o acto nulo ao acto válido.

Em primeiro lugar, a norma apenas prevê a possibilidade de atribuição de “certos efeitos jurídicos”, isto é, não pode o acto nulo em toda a sua inteireza ou para todos os efeitos ser tomado por um acto válido. Com efeito, o acto nulo é aquele que “apresenta uma desconformidade tal, relativamente ao seu paradigma de validade, que é sancionado pelo ordenamento com a inaptidão para a produção dos efeitos a que tenderia, ou com a privação de tais efeitos se já tiver motivado a alteração da realidade” ⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Observa Vieira de Andrade que “o conceito legal de nulidade substancial, referido a ‘actos a que faltem elementos essenciais’, deve interpretar-se no sentido de designar os elementos essenciais de cada tipo de acto — e não apenas com o alcance dos elementos abstractos comuns a todos, em termos de reduzir a nulidade aos casos de inexistência substancial” — “Nulidade e anulabilidade do acto administrativo. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Plenário) 30.5.2001, P. 22 251”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 43, Janeiro/Fevereiro, 2004, p. 47. O reconhecimento do desvalor de nulidade para a nomeação de funcionário sem os requisitos legais pertinentes remonta já, pelo menos, ao artigo 88.º, n.º 1, alínea *f*), do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março.

⁴⁷⁴ Gianluca Formichetti, “L’investitura nulla e il rapporto di fatto”, in *Il funzionario di fatto*, a cura di Bruno Cavallo, Giuffrè Editore, 2005, p. 164.

A atribuição da totalidade de efeitos jurídicos que o acto produziria se não fosse nulo redundaria, ademais, numa inaceitável inversão da gravidade dos desvalores da ilegalidade: o acto anulável, impugnado ou revogado nos prazos legais, importaria a eliminação da ordem jurídica dos efeitos por si produzidos; o acto nulo, apesar de não “produzir quaisquer efeitos jurídicos” e de a nulidade poder ser declarada a todo o tempo, ter-se-ia por válido em nome do simples decurso do tempo.

O problema da atribuição de efeitos jurídicos a “investidura nula” e a concepção do “funcionário putativo” nasceu para proteger os terceiros destinatários de actos praticados pelo mesmo e em articulação com o princípio da boa fé ⁴⁷⁵ e não, como menos atentamente tende, por vezes, a ser considerado, para formalizar formas ilegais de acesso à função pública ou de mudança de carreira ⁴⁷⁶.

A expressão “certos efeitos” assacáveis ao acto de nomeação nulo prende-se desde logo com a relevância jurídica dos actos praticados por tais funcionários e depois com a produção dos efeitos típicos de uma relação de trabalho, como por exemplo, o pagamento da retribuição, a aquisição do direito a férias, etc..

Em segundo lugar, a excepção do n.º 3 do artigo 134.º do CPA é admitida — e só é admitida — “nos limites da existência de um princípio geral do ordenamento jurídico que o justifique” ⁴⁷⁷. A lei faz depender a atribuição de “certos efeitos” da respectiva conformidade com “os princípios gerais de direito”.

Ora, no caso concreto, é claro:

- a) que a nomeação dos oficiais administrativos não era nem é conforme à lei (falta de concurso e falta de habilitações específicas para o exercício da profissão);

⁴⁷⁵ Ludgero Neves, *Direito Administrativo*, Lições coligidas por Arthur de Campos Figueira, Tipografia de Francisco Luís Gonçalves, 1916, pp. 112 e segs., *maxime*, p. 116 (“O exercício da função pública por um funcionário de facto não pode ser invocado em seu proveito”).

⁴⁷⁶ Note-se, inclusive, que em Itália, a jurisprudência é mais «severa» relativamente ao acto de afectação do funcionário de certa carreira ao exercício de outra diversa do que relativamente à constituição da relação jurídica de emprego, não admitindo no primeiro caso qualquer excepção à nulidade — Gianluca Formichetti, “L’investitura nulla e il rapporto di fatto”, cit., p. 175.

⁴⁷⁷ Gianluca Formichetti, “L’investitura nulla e il rapporto di fatto”, cit., p. 167.

- b) de tal forma que “Sua Excelência a Ministra da Saúde por despacho de 11.7.86 incumbiu a Escola Técnica dos Serviços de Saúde de Lisboa de incluir na sua programação um Curso de Técnicos de Ortóptica destinado aos técnicos de diagnóstico e terapêutica em serviço no Centro de Oftalmologia de Lisboa”; admissão ao curso que, inclusive, ocorreu à margem das regras gerais de admissão ao mesmo, com autorização daquele membro do Governo “tomada a título excepcional”, com o objectivo estrito de “possibilitar a técnicos que já se encontravam na carreira a aquisição das necessárias competências técnicas”.
- c) Em Outubro de 2004, o director da Escola Superior de Tecnologia da Saúde de Lisboa reitera que àqueles foi “proporcionada a hipótese de regularizarem a situação efectuando cursos de Ortóptica na Escola”, que alguns não frequentaram e nunca concluíram, situação que aliás motivou protestos enfáticos por parte da Associação Portuguesa de Ortóptica, em 1989 (cf. alínea i), do ponto 3 do ofício).

Nenhum princípio geral de direito (v. g., artigo 266.º e 3.º e segs. do CPA), *maxime* o princípio da tutela da confiança, justifica, sequer depõe em favor, da atribuição ao acto nulo de nomeação de 12 de Junho de 1985 do efeito de permitir a admissão a concurso de acesso (e subsequente eventual nomeação em categoria de acesso) de funcionários que não têm as habilitações legalmente exigidas para o exercício das funções e que, bem sabendo que as tinham que adquirir, por a sua falta contender com a validade da sua nomeação, não diligenciaram para o efeito, apesar de terem sido admitidos à Escola Técnica de Saúde de Lisboa, mediante autorização ministerial excepcional.

5.1. A argumentação aduzida no ofício de 9 de Junho, pretende usar (alegada) «consolidação» do acto de nomeação de 12 de Abril de 1985 para afastar a questão da validade do acto de admissão a concurso de acesso relativamente aos candidatos abrangidos por tal acto nulo.

Deve ter-se presente que:

“Só podem ser admitidos a concurso [de ingresso ou de acesso] os candidatos que satisfaçam os *requisitos gerais de admissão a concurso e provimento em funções públicas*, bem como os requisitos especiais legalmente exigidos para provimento dos lugares a preen-

cher”, no caso, estar integrado na categoria anterior, ter pelo menos três anos de serviço nessa categoria e avaliação de desempenho de satisfaz (respectivamente, artigo 47.º, n.º 1, e artigo 15.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro — sublinhado nosso). “São requisitos gerais de admissão a concurso e provimento em funções públicas: // (...) b) Possuir as habilitações profissionais legalmente exigíveis para o desempenho do cargo, ...” (artigo 47.º, n.º 2, do mesmo diploma).

Significa isto que a atendibilidade (pretendida) da nomeação de 12 de Abril de 1985, para operar a transição dos oficiais administrativos para a categoria de técnico, não pode redundar na desconsideração do preenchimento dos requisitos de admissão a quaisquer concursos no âmbito da carreira.

A Administração não pode abster-se de verificar se os candidatos a concurso de acesso preenchem os requisitos legais (artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro) ou desrespeitar a lei através da admissão a concurso de candidatos relativamente aos quais verifiquem não reunirem os requisitos necessários (artigo 47.º, n.ºs 1 e 2, e artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro).

Destaca-se, por último, que, mesmo quando o próprio legislador alarga a área de recrutamento para o provimento, mediante concurso, de funcionários em carreira para a qual não têm as habilitações necessárias, tem o cuidado de estabelecer limites às possibilidades de promoção (cf., por exemplo, o artigo 18.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro) ⁴⁷⁸.

5.2. Relativamente aos fundamentos (alínea *o*) do ponto 3) da decisão referida na alínea *n*), destaca-se, conforme já referido no ofício de 4 de Maio, que a fiscalização preventiva do Tribunal de Contas, invocada, do acto de 12 de Abril de 1985, constitui, fundamentalmente, um controlo de legalidade da despesa pública inerente à prática de actos da Administração (controlo da legalidade financeira), para efeitos da eficácia deste (o visto é uma condição de eficácia, como se infere da alínea *c*) do artigo 129.º do CPA). Não

⁴⁷⁸ A aceitar-se a admissão a concurso dos funcionários em referência, o acto de nomeação de 12 de Abril de 1984 acabaria não só por produzir mais do que “certos efeitos jurídicos”, como produziria mais efeitos jurídicos do que um acto válido de nomeação produziria.

afasta ou prejudica a apreciação administrativa e judicial da validade dos actos que tenham sido objecto de visto.

6. Em conclusão:

- a) o acto de nomeação de 12 de Abril de 1985 é nulo por falta das habilitações legalmente exigidas para o provimento na carreira de técnico auxiliar de diagnóstico e terapêutica (redenominada carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica) e por não ter sido precedido de concurso;
- b) o provimento foi feito no pressuposto de que os candidatos viriam a obter, subsequentemente, as necessárias habilitações, tendo a Administração diligenciado, sem que estivesse obrigada a fazê-lo, no sentido da respectiva aquisição das mesmas;
- c) os candidatos não frequentaram o necessário curso na Escola Superior de Tecnologia da Saúde de Lisboa ou, tendo-o frequentado, não o vieram a concluir;
- d) a admissão válida a concurso de acesso à categoria de técnico de diagnóstico e terapêutica depende do preenchimento dos “requisitos gerais de admissão a concurso e provimento em funções públicas” (artigo 47.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de Dezembro).

7. Nestes termos, concluída a instrução da queixa apresentada ao Provedor de Justiça relativa à admissão a concurso interno de acesso limitado para o provimento de 4 vagas na categoria de técnico de 1.ª classe da carreira de técnica de diagnóstico e terapêutica, área de ortóptica, de candidatos sem habilitações, impõe-se chamar a melhor atenção de V. Ex.ª para as razões justificativas da procedência da mesma queixa.

R-1919/05
Assessora: Elisa Morgado

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Vila Nova de Famalicão
Assunto: Concurso externo de ingresso para provimento de quatro lugares de arquitecto de 2.ª classe (estagiário) do grupo de pessoal técnico superior, aberto pelo Aviso n.º 26/2004.

1. Como é do conhecimento de V. Ex.^a, foi aberto na Provedoria de Justiça o processo R-1919/05, relativo ao procedimento de concurso para provimento de quatro lugares de arquitecto de 2.^a classe (estagiário) do grupo de pessoal técnico superior do quadro do pessoal da Câmara Municipal de Vila Nova de Famalicão — divulgado pelo Aviso n.º 26/2004, publicado no Diário da República, III Série, n.º 63, de 15 de Março de 2004 —, no qual, alegadamente, não foram definidos de forma bastante os critérios de apreciação nos métodos de selecção avaliação curricular e entrevista profissional de selecção, nem foi suficientemente fundamentada a classificação atribuída a cada candidato em resultado da respectiva aplicação, porquanto:

- a) na avaliação curricular, no factor formação profissional, foi valorada, através de pontuação variável e sem critérios de concretização, a posse de certo número de acções de formação ou de aperfeiçoamento profissional relacionadas com a área funcional dos lugares postos a concurso, sem determinação das que assim deviam ser consideradas e sem distinção em função da respectiva duração ou natureza;
- b) no mesmo método, mas no factor experiência profissional, foi dada exclusiva relevância ao número de anos em funções idênticas às do lugar a prover, sem consideração de quaisquer dados profissionais dos candidatos, através de pontuação variável sem definição de critérios para aplicar os valores compreendidos entre os intervalos;
- c) quanto ao método de selecção entrevista profissional, do mesmo modo se fixaram parâmetros de avaliação sem justificação, assentes em intervalos demasiado grandes e sem indicação de critérios para a respectiva aplicação;

além de que

- d) as entrevistas não foram públicas e os assuntos a abordar não foram identificados, verificando-se depois pelas fichas individuais dos candidatos que a classificações diferentes corresponde a mesma fundamentação;
- e) os candidatos classificados nos quatro primeiros lugares prestam serviço nessa câmara municipal, sendo um deles adjunto do Vereador do Urbanismo e Habitação que é também presidente do júri deste concurso;

Violando-se, deste modo, os artigos 13.º e 266.º da Constituição da República Portuguesa, os artigos 5.º, 6.º, 124.º e 125.º do Código do Procedimento Administrativo, e os artigos 5.º e 23.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho.

2. V. Ex.^a foi ouvido em sede instrutória, ao abrigo dos artigos 29.º, n.ºs 1 e 2, e 34.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, tendo prestado esclarecimentos através do ofício de 4 de Outubro de 2005, ao qual anexou cópia dos documentos pedidos e integrantes do processo de concurso em apreço, nos seguintes termos:

- a) o júri definiu os critérios de avaliação dos candidatos nos métodos de selecção avaliação curricular e entrevista profissional, conforme consta na acta número um;
- b) o júri pontuou a cada candidato o número de acções de formação na área do lugar a prover, sem qualquer distinção nas acções;
- c) todos os candidatos foram pontuados segundo o mesmo critério;
- d) todos os candidatos foram avaliados de acordo com os anos de experiência profissional na área do lugar a prover;
- e) os candidatos foram pontuados de acordo com os parâmetros estabelecidos para a avaliação da entrevista profissional, tendo sido definida ficha com as questões colocadas a todos eles;
- f) no espírito da lei, foi designado para presidente do júri o Vereador do Urbanismo e Habitação por ser na área em apreço a pessoa mais indicada (cfr. artigo 12.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, aplicável à Administração Local pelo Decreto-Lei n.º 238/99, de 25 de Junho);
- g) os candidatos classificados nos quatro primeiros lugares trabalham na câmara municipal, mas foram avaliados segundo os critérios previamente definidos;
- h) um dos candidatos é adjunto do Vereador do Urbanismo e Habitação, mas nenhum facto foi apontado, denunciando que o mesmo tenha sido favorecido, na aplicação de qualquer dos métodos;
- i) além de que este caso não está previsto nos artigos 44.º e 48.º do Código do Procedimento Administrativo.

3. Foi assim possível apurar os seguintes factos pertinentes:

- a) pelo Aviso n.º 26/2004, publicado no Diário da República, III Série, n.º 63, de 15 de Março de 2004, foi aberto concurso externo de ingresso para provimento de quatro lugares de arquitecto de 2.ª classe (estagiário), do grupo de pessoal técnico superior do quadro de pessoal da Câmara Municipal de Vila Nova de Famalicão;
- b) sendo o respectivo júri composto pelo Vereador do Urbanismo, pelo director do Departamento de Urbanismo e Habitação e pelo chefe de divisão de Planeamento Urbanístico (cfr. n.º 10);
- c) como métodos de selecção, foram adoptados a avaliação curricular, a prova escrita de conhecimentos e a entrevista profissional de selecção, tendo sido divulgada a fórmula de classificação final, que consiste na média aritmética simples das classificações obtidas em cada um desses métodos, bem como referido que as respectivas fórmulas constavam de actas de reunião do júri do concurso (cfr. n.ºs 11 e 12);
- d) o sistema de classificação e as fórmulas foram aprovados em reunião do júri realizada em 10 de Fevereiro de 2004 e fixados no documento “Fórmula de Classificação”, conforme acta número um;
- e) no documento “Fórmula de Classificação” consta:

e.e) — no método *avaliação curricular* são considerados, a par das habilitações literárias, a formação profissional e a experiência profissional, nos quais se ponderam, respectivamente, “as acções de formação e aperfeiçoamento profissional, em especial as relacionadas com a área funcional dos lugares postos a concurso, até um máximo de 20 valores”, segundo a fórmula

$$AC = \frac{HL + FP + EP}{3}$$

valorando-se a formação profissional:

- até 3 cursos ou acções de formação com relevância para o lugar a prover — 10 a 12 valores;
- de 4 a 9 cursos ou acções de formação com relevância para o lugar a prover — 13 a 15 valores;
- mais de 10 cursos ou acções de formação com relevância para o lugar a prover — 16 a 20 valores;

e) “o desempenho efectivo de funções idênticas ao lugar a prover, com avaliação da sua natureza e duração, até um máximo de 20 valores”, em que:

- Experiência profissional > 2 anos — 18 a 20 valores
- Experiência profissional de 1 a 2 anos — 14 a 17 valores
- Experiência profissional até 1 ano — 0 a 13 valores;

e.ee) — no método *entrevista profissional de selecção*, os factores de ponderação são a motivação e o interesse pelo lugar, a capacidade de expressão e argumentação e conhecimentos profissionais, obedecendo a respectiva valorização ao seguinte esquema

- Não favorável — 0 a 9 valores
- Favorável — 10 a 12 valores
- Bastante favorável — 13 a 15 valores
- Preferencialmente favorável — 16 a 20 valores

e.eee) — a *classificação final*, expressa numa escala de 0 a 20 valores, resulta da fórmula

$$CF = \frac{AC + PEC + EPS}{3}$$

em que CF = classificação final, AC = avaliação curricular, PEC= prova escrita de conhecimentos e EPS = entrevista profissional de selecção;

- f) quanto à aplicação da *avaliação curricular*, elaborou o júri, em 28 de Fevereiro de 2005, documento onde reproduz os factores a ter aqui em consideração e a fórmula classificativa, anotando simplesmente, num quadro, os valores atribuídos aos candidatos em cada um desses parâmetros, bem como a classificação total, na sua expressão numérica;
- g) assim, a candidata classificada, a final, em 1.º lugar, habilitada com o *grau de mestre*, exibindo *14 certificados de formação de natureza e duração diversa*, que está em *funções na Câmara Municipal de Vila Nova de Famalicão*, nelas contando cerca de *2 anos e 3 meses* (entre Abril de 2002 e Março de 2004, como adjunta do Vereador do Urbanismo e Habitação, Trânsito e Trans-

- portes e, de Dezembro de 2001 a Abril de 2002, como arquitecta estagiária na Divisão de Planeamento Urbanístico), e que possui 7 anos como analista na *Cooperativa de Ensino Universidade Lusíada CRL* e 5 anos numa *empresa têxtil* como engenheira, obteve as classificações de *19 valores nas HL, 14 valores na FP, 18 valores na EP*, perfazendo no total 17 valores;
- h) a candidata classificada, no final, em 2.º lugar, possui *licenciatura* em Arquitectura, e frequentou *5 formações de natureza e duração diversa*, exercendo *funções na Câmara Municipal de Vila Nova de Famalicão* há cerca de 2 anos e 3 meses (de Novembro de 2001 a Julho de 2002, como estagiária no Departamento de Urbanismo e Habitação, de Agosto de 2002 a Novembro de 2002, no Gabinete de Gestão Urbanística, e desde Dezembro de 2002, no Gabinete de Apoio ao Vereador e ao Director do Urbanismo e Habitação), e que antes trabalhou num *Gabinete de Arquitectura e desenvolveu alguns projectos* (entre Setembro e Dezembro de 2000), obteve as classificações de *18 valores nas HL, 13 valores na FP, 18 valores na EP* e no total 16,33 valores;
- i) o candidato classificado em 4.º lugar é *licenciado* em Arquitectura, frequentou *11 formações de natureza e duração diversa*, entre 1994 e 1999 *foi colaborador de vários arquitectos*, e há cerca de 4 anos e três meses trabalha na *câmara municipal* (de Novembro de 1999, em estágio profissional e a partir de Maio de 2000 como Técnico Superior — Arquitecto), tendo obtido *18 valores em HL, 12 valores em FP e 19 valores em EP*, e no total 16,33 valores;
- j) a candidata classificada em 6.º lugar é *licenciada* em Arquitectura, possui uma *pós-graduação*, e *7 formações de natureza e duração diversa*, conta como experiência profissional *4 anos e 5 meses na Câmara Municipal de Vila Nova de Famalicão* (de Agosto de 1998 a Janeiro de 1999, estagiária no Departamento de Urbanismo e Habitação e de Janeiro de 1999 a Janeiro de 2003, nas funções de técnica superior de 2.ª classe na Divisão de Gestão Urbanística), obteve *18 valores em HL, 15 valores em FP e 19 valores em EP*, e no total 17,33 valores;
- k) em 28 de Fevereiro de 2005, o júri elabora documento respeitante à aplicação do método *entrevista profissional de selecção*, no qual

menção dos factores de ponderação e a respectiva valoração, fazendo constar em quadro e em expressão numérica, a classificação obtida por cada candidato nos factores em questão, bem como no total;

l) foi também definida uma ficha individual de entrevista profissional, na qual se reproduzem os factores de ponderação e a valoração já fixados, e se indicam as seguintes questões base:

- O que o aliciou a concorrer a este concurso?
- O que entende como principais funções dum arquitecto numa autarquia local?
- Qual o seu conhecimento técnico e profissional nestas funções?

e ainda um quadro com o nome do candidato, assim como os factores de ponderação, onde consta a classificação obtida e a apreciação da resposta oferecida;

m) assim, na ficha da candidata classificada, a final, em primeiro lugar, consta:

- no factor *Motivação e interesse pelo lugar*: 15 valores. Demonstrou bastante motivação e interesse pelo lugar, nomeadamente pela estabilidade profissional que este lugar proporciona;
- no factor *Capacidade de expressão e argumentação*: 15 valores. Boa capacidade de expressão e argumentação. Expôs de forma clara e objectiva as suas ideias;
- no factor *Conhecimentos profissionais*: 15 valores. Bons conhecimentos profissionais na área das autarquias locais;

n) na ficha da candidata classificada, a final, em segundo lugar, consta:

- no factor *Motivação e interesse pelo lugar*: 15 valores. Demonstrou bastante motivação e interesse pelo lugar, nomeadamente pela estabilidade, desafio profissional e pela progressão na carreira que este lugar proporciona;
- no factor *Capacidade de expressão e argumentação*: 15 valores. Boa capacidade de expressão e argumentação;

- no factor *Conhecimentos profissionais*: 15 valores. Muitos bons conhecimentos profissionais na área das autarquias locais;
- o) na ficha do candidato classificado, a final, em quarto lugar, consta:
 - no factor *Motivação e interesse pelo lugar*: 15 valores. Demonstrou muita motivação e interesse pelo lugar, nomeadamente pela estabilidade profissional que este lugar proporciona;
 - no factor *Capacidade de expressão e argumentação*: 15 valores. Boa capacidade de expressão e argumentação;
 - no factor *Conhecimentos profissionais*: 15 valores. Demonstrou possuir bons conhecimentos profissionais na área das autarquias locais;
- p) na ficha da candidata classificada, a final, em quinto lugar, consta:
 - no factor *Motivação e interesse pelo lugar*: 14 valores. Demonstrou bastante motivação e interesse pelo lugar, nomeadamente pela progressão na carreira que um provimento no quadro de pessoal proporciona;
 - no factor *Capacidade de expressão e argumentação*: 14 valores. Boa capacidade de expressão e argumentação;
 - no factor *Conhecimentos profissionais*: 13 valores. Bons conhecimentos profissionais na área das autarquias locais;
- q) vários candidatos trabalharam, ou trabalhavam ainda no período de tempo em que decorreu a candidatura ao concurso, na Câmara Municipal de Vila Nova de Famalicão, designadamente os classificados em 1.º, 2.º, 4.º e 6.º lugares, sendo um destes, à data, adjunto do vereador presidente do júri.

4. Tendo por base estes factos, importa agora apreciar as questões suscitadas à luz do regime jurídico aplicável.

4.1. Corresponde a princípio fundamental da actividade administrativa, também com assento constitucional, o dever de os órgãos e agentes administrativos actuarem com justiça e imparcialidade no exercício das suas funções (cfr. artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa — CRP — e artigo 6.º do Código do Procedimento Administrativo — CPA —).

Em qualquer procedimento administrativo, e por imperativo de imparcialidade, deve pois o titular do órgão abster-se de intervir sempre que

se verifique uma qualquer circunstância que permita a dúvida sobre a sua isenção ou sobre a rectidão da sua conduta (cfr. artigos 44.º e 48.º do CPA). E o procedimento de recrutamento e selecção de pessoal para os quadros da Administração Pública, em particular, tem de obedecer ao princípio da igualdade de condições e de igualdade de oportunidades para todos os candidatos, o que se garante também pela neutralidade da composição do júri (cfr. artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 204/9, de 11 de Julho, aplicável à Administração Local com as adaptações do Decreto-Lei n.º 238/99, de 25 de Junho).

É pois à luz destes princípios e garantias que deve ser apurada a relevância da relação prévia de alguns candidatos com a Câmara Municipal de Vila Nova de Famalicão e o contacto funcional com os membros do júri, especialmente, a de determinado candidato que de um destes chegou a ser adjunto.

Ora, e como V. Ex.^a alegou, consideradas as circunstâncias previstas na lei como fundamento de escusa e suspeição, ainda que não taxativas, não pode ser dada relevância a tal relação. A simples relação funcional, só por si, é insuficiente para que se possa considerar existir “grande intimidade”, sendo certo que esta é a única que, no caso, se poderia mostrar pertinente (cfr. artigo 48.º do CPA). Como se entendeu no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 12 de Maio de 1998, justamente a propósito do facto de um concorrente ter sido adjunto de um membro do júri de concurso, “na Administração Pública são imensas as situações de trabalho (...) sem daí advir grande, ou sequer, intimidade entre os vários funcionários” (v. www.dgsi.pt).

Desta forma e se considerarmos ainda que a escolha dos membros do júri se fundamenta no artigo 4.º, n.º 4, do citado Decreto-Lei n.º 204/98, que para a constituição deste órgão prescreve o princípio da especialidade, que os critérios de avaliação e o sistema de classificação final foram fixados muito antes de se conhecer o universo dos candidatos e as respectivas fórmulas construídas em expressão numérica simples, não é essa relação funcional o bastante para que, objectivamente, se possa questionar a rectidão da conduta do júri ou do seu presidente.

4.2. O recrutamento e a selecção de pessoal para os quadros da Administração Pública traduzem o processo de concurso disciplinado no Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, no qual se cometem ao respectivo júri competências vastas, para apreciar o mérito, individual e relativo, dos candidatos. É a ele que cabe escolher os métodos de selecção a utilizar e, dentro des-

tes, os parâmetros a eleger, bem como as fórmulas classificativas a aplicar, gozando nessa escolha de ampla liberdade (cfr., por exemplo, artigos 14.º, n.º 1, 19.º, 26.º e 36.º).

O que todavia não significa que, no uso de tais competências, o júri actue sem limites, já que, e desde logo, não pode deixar de observar os princípios fundamentais que regem toda a actuação administrativa. Além de que está naturalmente limitado pelo fim a atingir com o próprio procedimento, e com o dos métodos que este admite, garantindo que, a final, e em condições de liberdade e de igualdade, se seleccionam aqueles que, de entre todos, demonstraram possuir as aptidões e capacidades indispensáveis para o exercício das tarefas e responsabilidades da função (v.g. artigos 266.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, artigos 3.º a 6.º do CPA, e artigos 4.º, 5.º, 18.º, 20.º, 22.º e 23.º, do Decreto-Lei n.º 204/91).

Ora, um dos métodos por que este júri optou foi a avaliação curricular, método que, de acordo com o artigo 22.º do mesmo decreto-lei, “visa avaliar as aptidões profissionais do candidato na área para que o concurso é aberto, com base na análise do respectivo currículo profissional”, e no qual são obrigatoriamente considerados e ponderados a habilitação académica de base, a formação profissional e a experiência profissional, sempre de acordo com as exigências da função. Depois, na formação profissional apreciam-se as “acções de formação e aperfeiçoamento profissional, em especial as relacionadas com as áreas funcionais dos lugares postos a concurso” e na experiência profissional o “desempenho efectivo de funções na área de actividade para a qual o concurso é aberto, bem como outras capacitações adequadas, com avaliação da sua natureza e duração” (cfr. alíneas *b*) e *c*) do n.º 2).

Pese embora a enunciação, tanto no aviso de abertura, como no documento “Fórmula de Classificação”, do essencial desta norma, verificou-se que, afinal, no factor “formação profissional” o júri acabou por valorar apenas o número de acções, sem qualquer distinção em função da respectiva natureza e duração, tratando por igual seminários, colóquios, acções e cursos de formação (cfr. anteriores alíneas *b*) e *v*) do n.º 2). E tendo embora elegido os “cursos ou as acções com relevância para o lugar a prover” não definiu previamente quaisquer critérios a utilizar para aferir essa relevância, ficando, por isso, por perceber quais os que, de entre os comprovados pelos candidatos, foram valorados.

Do mesmo modo, no factor de ponderação “experiência profissional”, entendeu o júri considerar apenas o exercício de funções “idênticas” às do lugar a prover, sem definir critérios para aferição dessa identidade, desprezando assim a experiência profissional geral e “outras capacitações adequadas” a que a norma em questão manda atender, o que, além do mais, determinou que o percurso profissional dos candidatos ficasse circunscrito à experiência na câmara municipal e deve obviamente ser censurado, tanto mais por estar aqui em causa um concurso externo de ingresso (cfr. artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 204/98, e anteriores alienas *e.e*) e *g*) a *j*) do n.º 3).

Por outro lado, observadas as fórmulas valorativas para ambos os factores de ponderação, construídas com base em intervalos para cuja aplicação não se estabelecem quaisquer parâmetros, é manifesto que não houve adequada e prévia determinação de critérios de avaliação, ficando por perceber os valores atribuídos a cada candidato que, nestas circunstâncias e resumindo-se a simples expressões numéricas, não se mostram fundamentados (v.g., para a formação profissional, em que 4 a 9 cursos se valora com 13 a 15 valores, e mais de 10 cursos com 16 a 20 valores, e em que a experiência profissional superior a 2 anos é pontuada com 18 a 20 valores, e cfr. alíneas *e.e*) e *g*) a *j*)).

E tanto basta para que se conclua pela violação dos princípios da proporcionalidade, da igualdade e imparcialidade, bem como dos artigos 5.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *b*), 22.º n.º 2, alíneas *b*) e *c*), do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, e artigos 124.º e 125.º do CPA.

4.3. O método entrevista profissional também escolhido pelo júri, logo pela sua definição legal se torna patente que possui carácter subjectivo, no qual se pode ver razão bastante para a exigência, na sua aplicação, da elaboração de uma “ficha individual, contendo o resumo dos assuntos abordados, os parâmetros relevantes e a classificação obtida em cada um deles, devidamente fundamentada” (cfr. artigo 23.º). É que “a fundamentação assume particular relevância e é verdadeiramente essencial nas situações em que a Administração dispõe de maior liberdade de decisão, nomeadamente, nos casos em que goza de prerrogativa de avaliação, de liberdade administrativa de decisão, ou de <justiça administrativa>, uma vez que sem ela ficaria substancialmente frustrada a possibilidade de se impugnar com êxito os respectivos actos quanto aos seus vícios mais típicos (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP, anotada, 3.ª edic. pág. 936)” (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 25 de Março de 1999, proferido no recurso n.º 44544, em www.dgsi.pt).

Ora, é certo que o Júri elaborou essas fichas individuais, indicando as questões colocadas, mas é também certo que nelas não fez constar o teor das respostas dadas, nem os critérios de aplicação da respectiva valoração, limitando-se a emitir juízos conclusivos, através de expressões vagas, designadamente “bons” ou “muito bons”, que quase nada dizem sobre as aptidões de cada candidato, individualmente e em termos relativos (cfr. anteriores alíneas *k*) a *p*) do n.º 3)

Em rigor, as deliberações do júri estão portanto insuficientemente fundamentadas, assim violando o disposto no n.º 2 do citado artigo 23.º, bem como o artigo 125.º do CPA, pois nessas fichas nada permite “a um destinatário normal, colocado na situação dos seus destinatários concretos deste acto, conhecer do itinerário cognoscitivo-valorativo seguido pelo júri para atribuir, como atribuiu, uma dada pontuação (e não outra diversa) a cada candidato” e relativamente a cada uma das perguntas “que a todos foram postas; isto é, conhecer o percurso lógico percorrido pelo júri, e as razões justificativas e decisivas da pontuação que deu a cada um dos candidatos, e não outra qualquer”, como bem o demonstra a comparação entre os candidatos classificados em quarto e quinto lugar, a quem, com a mesma justificação, foi atribuída diferente valoração, e entre os candidatos classificados no segundo e quarto lugar que obtiveram idêntica valoração, apesar de diferente apreciação (v.g. o referido Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25 de Março de 1999, e o Acórdão do mesmo Tribunal de 11 de Dezembro de 2003, no processo n.º 1201/03, em www.dgsi.pt).

4.4. Ainda a propósito da entrevista profissional de selecção e deste artigo 23.º, o Provedor de Justiça sustentou já na Recomendação n.º 3/B/2001 — que veio entretanto a ser acatada, dando origem à Circular n.º 3/DGAP/2002 —, que este preceito deve ser entendido no sentido de ser pública a entrevista profissional de selecção, já que a publicidade, “conatural à essência do conceito de concurso”, é “uma garantia de transparência e de controlo social dos actos da Administração Pública” e “simultaneamente uma garantia da prossecução do interesse público e dos direitos e interesses legítimos dos particulares” (em www.provedor-jus.pt).

5. Nestes termos, censura-se, sob o ponto de vista da legalidade, o procedimento de concurso em apreço, alertando-se V. Ex.^a para a invalidade que afecta a decisão de homologação e as consequentes nomeações.

R- 2016/05

Assessora: Maria José Castello-Branco

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Santiago do Cacém
Assunto: Concurso — princípio da imparcialidade.

I

1. Como é do conhecimento de V. Ex.^a foi apresentada queixa neste órgão do Estado relativa ao “concurso externo de ingresso para provimento de um lugar de técnico superior de 2.^a classe, precedido de estágio, do grupo de pessoal técnico superior”, aberto pela Câmara Municipal de Santiago do Cacém, através do Aviso n.º 74/DGRH/SR2004 publicado in DR, III Série, n.º 183, de 5 de Agosto de 2004.

2. A queixa apresentada por duas candidatas tem a ver com a violação do princípio da imparcialidade pelo júri do concurso, cuja actuação terá resultado em benefício de uma terceira candidata, que acabou por ficar classificada em primeira posição e baseia-se, fundamentalmente, na descrição dos acontecimentos ocorridos no dia de prestação de provas de conhecimentos, 2 de Novembro de 2004.

3. São fundamentos de facto da queixa, principalmente, os seguintes: A tinha prestado serviço na Câmara com anterioridade; no início da prova de conhecimentos os seus dados pessoais não foram confirmados através de bilhete de identidade, tendo trazido parte da prova já feita de casa que substituiu pela que deveria ter efectuado; o júri quando confrontado com o facto nada fez, recusando-se a abrir a pasta de A; por último, os candidatos não receberam nenhuma informação sobre a valoração da prova escrita de conhecimentos tendo apenas recebido uma lista final na qual, já constava a candidata que viria a ocupar a 1.^a posição, A, e sem qualquer resultado de M. Invoçam ainda a existência de três testemunhas.

4. Contactada a Câmara Municipal de Santiago de Cacém, através dos ofícios de 9 de Junho de 2005 e do ofício de 23 de Agosto, respondeu através dos ofícios de 13.07.05 e de 26.09.05, ambos com anexos.

5. Entende V. Ex.^a que tendo o júri considerado não ser correcto, apenas com base numa suspeita, ir mexer na pasta pessoal que a candidata trazia

consigo ⁴⁷⁹, a actuação do júri “*não beliscou qualquer dos princípios enunciados, não me parecendo adequado que, somente com base numa denúncia de uma candidata, que o júri adoptasse outro comportamento, designadamente mexer na pasta de outra candidata, de forma a comprovar as acusações que lhe eram imputadas. 14. Portanto, à luz do princípio da proporcionalidade e da boa fé, e não tendo o júri suscitado de qualquer irregularidade durante a prova, nomeadamente no que diz respeito à candidata acusada, não seria correcto que o mesmo, baseado apenas na denúncia duma outra candidata, tomasse a iniciativa de mexer numa pasta pessoal, justificando-se, para tanto com o argumento de assegurar a igualdade de condições dos candidatos. 15. Aliás, se assim fosse, por uma razão de igualdade e equidade entre candidatos, teria o júri de remexer em todas as pastas ou malas de todos os candidatos que prestaram prova, actuação que me parece completamente desproporcionada e ferida de qualquer razoabilidade*” ⁴⁷⁹.

6. Referiu também a Câmara ⁴⁸⁰, através da vereadora do Pelouro de Recursos Humanos, no uso de competências delegadas, que em relação à eventual instauração de processo de averiguações nada se infere “*da acta n.º 4 do referido concurso, que o júri actuou com violação de qualquer dos princípios a que está vinculado mormente os princípios já mencionados na alínea anterior 328 e que não assegurou a igualdade de condições e de oportunidades a todos os candidatos. Efectivamente um processo de averiguações, só se justifica quando existem suspeitas de eventuais irregularidades ocorridas em qualquer serviço. Assim, consultada a aludida acta, bem como todo o procedimento do concurso, foi entendido não existir qualquer motivo que justifique a instauração do procedimento de averiguações. Porquanto o júri, perante a denúncia de uma das candidatas, de que uma outra candidata teria copiado, esclareceu que a prova era com consulta, pelo que, não considerou adequado e proporcional revistar a pasta pessoal da candidata acusada. Por outro lado, é importante aduzir, aliás como resulta da acta, que apenas quando a candi-*

⁴⁷⁹ Cfr. n.º 6 do ofício da Câmara Municipal de Santiago do Cacém de 13.07.05, que remete para a parte final do § n.º 4 da acta n.º 4 do júri.

⁴⁸⁰ Cfr n.ºs 13, 14 e 15 da informação GJ/2004, citada no ponto 7 do ofício da Câmara Municipal de Santiago do Cacém, de 13.07.05

⁴⁸¹ Cfr. alínea b) do ofício da Câmara Municipal de Santiago de Cacém, de 26.09.05.

⁴⁸² Que refere os princípios da igualdade, isenção, transparência, proporcionalidade e justiça.

*data acusada já não se encontrava na sala, é que a ora queixosa referiu que aquela teria trocado uma folha da prova por outra que teria trazido de casa”*⁴⁸³.

7. Concluída a instrução do processo, ficou o mesmo delimitado à questão da violação do dever de imparcialidade.

II

8. Desde já, quero definir, Sr. Presidente da Câmara, o âmbito da minha intervenção, que não abrangerá a análise da veracidade das acusações de fraude levantadas pelas queixosas porquanto se trata de matéria de âmbito disciplinar ou criminal que excede as competências da Provedoria de Justiça.

9. Também não incidirá sobre a decisão que o júri tomou no dia 2 de Novembro de 2005, quando entendeu não abrir a pasta da candidata A.

9.1. Certo é que a Administração Pública está sujeita, no exercício das suas funções, aos princípios da legalidade, da igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade, mas também se verifica que “*nuns casos a lei pormenoriza, até onde é possível ou conveniente, os actos que a Administração deve praticar, e noutros deixa-lhe, no âmbito do exercício das respectivas funções, acentuada margem de liberdade, ocorrendo ali uma situação de predominante vinculação, e aqui de predominante discricionariedade*”⁴⁸⁴. Assim, nos termos deste Parecer da PGR que acabamos de citar, no caso da discricionariedade a “*Administração é livre na apreciação da idoneidade relativa das várias actuações possíveis com vista à realização do interesse legalmente protegido, em termos de optar por aquela que melhor realize, em termos objectivos, aquele interesse*”.

9.2. Também segundo o Parecer n.º 8/96 PGR resulta que “*(...) o princípio da imparcialidade, essencialmente respeitante às relações entre a Administração e os particulares, postula que, no conflito entre o interesse público e o interesse dos particulares, ela deve proceder com isenção na determinação do primeiro, e deve actuar com igualdade face ao segundo no qua-*

⁴⁸³ Cfr. ponto n.º 2 2 do ofício de 26.09.05.

⁴⁸⁴ Cfr. parecer PGR n.º 69/91 in http://www.pgr.pt/portugues/grupo_soltas/pub/colecao/v/adm-publ.htm

*dro de critérios uniformes de prossecução daquele ou, como referem os mesmos autores, o princípio da imparcialidade, essencial no quadro do procedimento administrativo, vincula a Administração a ponderar, nas suas opções, todos os interesses juridicamente protegidos envolventes do caso concreto, em termos de equidistância em relação a eles, de modo a cumprir a exigência de objectividade da decisão final (...)*⁴⁸⁵.

10. Entraríamos assim, na análise da conjugação dos conflitos de interesses, que só o júri, no âmbito das suas competências exclusivas e atendendo às circunstâncias de modo e tempo que em concreto se verificaram, poderia julgar: entendeu o júri que não havia motivos para uma acusação considerada infundada poder conduzir a uma violação da intimidade da vida privada. Ora, no entender da Provedoria de Justiça, o “*rigor das avaliações acolhidas pelo júri depende tão somente da sua isenção e profissionalismo*”⁴⁸⁶.

11. Não poderia portanto, nunca, este órgão de Estado, substituir-se ao júri, definindo o que no seu entender, deveria ou não ter sido o comportamento do mesmo.

12. No entanto, a questão que se coloca, no âmbito do princípio da imparcialidade necessita de uma análise mais detalhada de outros elementos.

12.1. Começemos então pelo texto da própria acta n.º 4 com relevância para a presente questão: “*No dia dois de Novembro de dois mil e quatro, pelas catorze horas e trinta minutos, realizou-se a prova de conhecimentos. A Presidente do Júri antes do início da prova distribuiu folhas timbradas da Câmara Municipal, destinadas à sua elaboração, informou os candidatos da duração a prova, que para a sua elaboração poderiam consultar a documentação, e ainda que deveriam apresentar os Bilhetes de identidade para confirmação das identidades e assinar todas as folhas antes de as entregar. No decurso da prova, a candidata S questionou o Júri sobre o número de folhas entregues a cada candidato, ao que lhe foi respondido que as mesmas não haviam sido contadas, mas que se necessitasse de mais, lhe seriam entregues. A candidata respondeu não precisar de mais folhas. Posteriormente, e no momento em que a candidata A se preparava para entregar a sua prova,*

⁴⁸⁵ in http://www.pgr.pt/portugues/grupo_soltas/pub/colecao/v/admpubl.htm

⁴⁸⁶ in 4. de III da Recomendação do Provedor de Justiça n.º 3/B/01.

a candidata, S solicitou ao Júri a anulação da prova com o argumento de que a candidata A pronto teria “copiado”. Perante o esclarecimento da Presidente do Júri de que a prova era com consulta, a mesma candidata refere que a A teria na sua posse folhas que a mesma considerava serem em número superior àquelas que foram distribuídas, pelo que solicitou que tal facto fosse averiguado através da observação na pasta de rascunho da referida candidata. A referiu que apenas tinha duas folhas de rascunho e o dossier com a documentação passível de consulta. Perante os factos a Presidente do Júri questionou S se poderia provar o que disse e informou que não parecia correcto, apenas com base numa suspeita, ir mexer na pasta pessoal que a candidata trazia consigo. A candidata S não acrescentou mais informações e deu continuidade à sua prova, tendo a candidata A entregue a prova e saído. No final do tempo previsto para a elaboração da prova, os candidatos entregaram a mesma. Quando S se deslocou à mesa para este fim referiu e cita-se “que estas situações são inadmissíveis” que já tinha participado em vários concursos mas que no caso da Câmara de Santiago “tudo foi feito à descarada”, que a referida candidata tinha grande familiaridade com os funcionários da Câmara” com quem a tinha visto conversar e ainda que a mesma candidata teria “tirado” da pasta folhas timbradas escritas e as havia substituído pelas folhas brancas que o júri entregou no início da prova”.

12.2. Verifica-se, também, da análise documental do processo, que a candidata A exerceu, pelo menos, dois anos completos de funções na Administração Local embora não resulte do processo se foram integral ou parcialmente realizados na Câmara Municipal de Santiago do Cacém ⁴⁸⁷.

12.3. Resulta igualmente do processo que aquela candidata era bem conhecida do júri, invocando a câmara a analogia com o Código do Notariado, para justificar o reconhecimento presencial da candidata A ⁴⁸⁸.

12.4. Acresce que a própria câmara reconhece, na sequência do alegado pela queixosa no dia da prova, não ter havido um controle “a priori” da mesma. Esta constatação resulta do ponto 14 da Informação n.º.../04, do seguinte teor: “Não obstante o caso aqui apreciado, penso que a Câmara

⁴⁸⁷ Resulta da ficha de avaliação curricular enviada como documento anexo ao ofício de 13.07.2005.

⁴⁸⁸ N.º 12 da informação n.º GJ/2005.

Municipal de Santiago de Cacém deverá regulamentar os concursos de pessoal, elaborando para o efeito um regulamento interno, cuja finalidade será a adopção de critérios e procedimentos uniformes, mormente a título paradigmático, o júri passar a rubricar todas as folhas dadas aos candidatos bem como fazer o controle do número de folhas fornecidas a cada um dos candidatos, bem como fazer o controlo do número de folhas fornecidas a cada um dos mesmos”.

13. Não posso assim, deixar de concluir que no decurso do concurso se verificaram factos e actos que, embora isoladamente, não sejam suficientemente relevantes ⁴⁸⁹ permitem, quando considerados numa sequência conca-

⁴⁸⁹ Qualquer candidato que cumpra os requisitos exigidos para o concurso, poderá ser admitido, não podendo, pelo facto de já ter trabalhado na entidade para a qual concorre, ser vedada a sua candidatura. Das fichas de avaliação curricular verifica-se que eram cotadas quatro tipos de situações diferenciadas: ausência de experiência profissional, 10 valores; experiência profissional anterior considerada desadequada ao exercício das funções correspondentes ao conteúdo do exercício funcional do lugar posto a concurso, 11 valores; experiência profissional anterior fora da Administração Local, considerada adequada ao exercício das funções correspondentes ao conteúdo do exercício funcional do lugar posto a concurso, 12 valores; experiência profissional anterior na Administração Local, considerada adequada ao exercício das funções correspondentes ao conteúdo do exercício funcional do lugar posto a concurso, 13 a 20 valores em que até um ano, 13 valores acrescendo um valor por cada ano completo até ao máximo de 20 valores. Cfr. Acórdão do STA n.º 151/05 de 11.05.05 em cujas conclusões se pode ler “*Havendo vários índices possíveis da denominada experiência profissional, a eleição administrativa de algum deles em detrimento dos outros, se não for ostensivamente errónea ou inadmissível, está a coberto da sindicância dos tribunais. V — Não repugna que, atenta a simplicidade das funções dos lugares a prover, a Administração, optando por encarar a experiência profissional pelo prisma do seu acabamento, tenha considerado que a experiência relevante no concurso seria a exercida em certos tipos de actividade durante um ano seguido, em virtude de esse tempo bastar para se obter uma experiência completa, que não aumentaria de modo significativo com o simples prolongamento daquele exercício. VI — Sendo assim, a equiparação da experiência profissional de «um ano seguido» com a de dois anos ou mais não ofendeu os princípios da igualdade, da equidade ou da justiça material, pois antes se traduziu no tratamento análogo do que, em termos de experiência profissional e de subsequente capacidade presumida, era intrinsecamente semelhante”, in <http://www.dgsi.pt>; Aliás, veja-se nesse sentido a jurisprudência constante do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 15605/02 de 29.04.03, “O júri do concurso é livre para fixar os critérios que reputa mais adequados, ponderando o peso de elementos que considera atendíveis, sendo tal actividade contenciosamente sindicável apenas em caso de erro grosseiro ou de adopção de critérios ostensivamente desajustados, não tendo de fundamentar a razão de considerar certos itens e não outros para a densificação dos factores de avaliação indicados na lei”.*

tenada, gerar nos particulares a ilação de ter havido quebra de sigilo sobre a matéria das provas e posteriormente uma conduta pouco transparente da Administração na prova de conhecimentos.

14. Ora, é por isso necessário ponderar que “*o conhecimento antecipado da matéria de provas é facto que, podendo atingir a seriedade do concurso e o tratamento de igualdade de todos os concorrentes é susceptível de provocar a anulação do concurso. No entanto, as consequências derivadas de tal facto não serão sempre as mesmas, pois tudo dependerá das circunstâncias que haja revestido. Com efeito se, não obstante a quebra do sigilo, se averiguar que nenhum concorrente tomou conhecimento da matéria das provas, o facto, com referência à validade do concurso, será irrelevante. Se, porém, se averiguar que algum ou alguns concorrentes beneficiaram com a quebra do sigilo, o procedimento aconselhável dependerá de ser, ou não, possível individualizar os beneficiados, no primeiro caso, o interesse público ficará satisfeito com a simples exclusão dos beneficiados, pois não se pode olvidar por completo o interesse dos demais concorrentes à manutenção do concurso; no segundo caso, ponderados devidamente os reflexos da quebra do sigilo na prestação das provas, o concurso poderá ser anulado, ou não, de harmonia com o que for mais conforme ao interesse público*”⁴⁹⁰. Continua o texto que temos acabamos de citar, pela necessidade de se comprovar a quebra do sigilo sobre a matéria das provas e, caso tenha existido, a extensão que revestiu, designadamente, se algum dos concorrentes com ela beneficiou ou os respectivos reflexos na realização das provas e confiança que estas possam merecer. Da análise dos documentos pertinentes resultará a decisão de anular o concurso.

15. Haveria ainda que ter presente que “*na comprovada impossibilidade de distinguir com nitidez as partes viciadas do acto, isto é quais os candidatos que conheciam antecipadamente as provas, quais os que copiaram e quais os que beneficiaram de ajudas estranhas na realização das provas, por contraponto aos inocentes desses práticas, entende-se como justificada e lícita a solução da revogação in totum do acto que havia homologado a lista de classificação final (...)*”⁴⁹¹ É que “o princípio da transparência, que constitui

⁴⁹⁰ http://www.pgr.pt/portugues/grupo_soltas/pub/colecao/vi/5.htm.

⁴⁹¹ Acórdão n.º 11332/02 de Contencioso Administrativo — 1.º juízo liquidatário, de 3.3.05 in <http://www.dgsi.pt>.

uma garantia preventiva da imparcialidade, impõe que a Administração actue de forma a dar a imagem de objectividade, isenção e equidistância dos interesses em presença, de molde a projectar para o exterior um sentimento de confiança. (...)a violação desses princípios basta-se com o simples risco ou perigo de uma actuação parcial, apreciados em abstracto, mediante critérios de razoabilidade”⁴⁹², ou seja “consuma-se pela criação do risco ou perigo de quebra do dever de imparcialidade, que é consequência do estabelecimento de uma zona envolvente desse bem jurídico que alarga o seu campo de incidência: não é, assim, necessário que o recorrente demonstre que a violação da transparência teve reflexos concretos no acto decisório”⁴⁹³.

16. Não basta portanto, que a “*Administração seja efectivamente imparcial na prossecução do interesse público, é necessário que os cidadãos acreditem na efectividade dessa imparcialidade*”⁴⁹⁴.

Assim face ao exposto, sem formular qualquer juízo de valor sobre as provas prestadas por A nem sobre a decisão do júri tomada no decurso da prova de conhecimentos realizada no dia 2 de Novembro de 2004, no âmbito do “concurso externo de ingresso para provimento de um lugar de técnico superior de 2.º classe, precedido de estágio, do grupo de pessoal técnico superior” aberto pela Câmara Municipal de Santiago do Cacém (CMSC), através do Aviso n.º 74/DGRH/SR2004, publicado in DR, III Série, n.º 183 de 5 de Agosto de 2004, permito-me entender, face ao factos apurados, que se criou o risco ou perigo de quebra do dever de imparcialidade, independentemente de se ter produzido uma efectiva actuação imparcial.

Assim, estando certo que V. Ex.^a não deixará de ponderar este entendimento, daí decorrendo ou não, a manutenção dos actos do júri posteriores à admissão dos candidatos, bem como, de que V. Ex.^a cumprirá com o propósito de elaborar uma regulamentação das provas escritas de conhecimentos, conforme indicado, considero que deixou de se continuar a justificar a intervenção da Provedoria de Justiça pelo que determinei o arquivamento do processo, deste facto dando conhecimento aos interessados.

⁴⁹² Acórdão do STA 30/04 de 3.02.04 in <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁹³ Acórdão do Pleno no processo n.º 31806 de 12.11.03, in <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁹⁴ Maria Teresa de Melo Ribeiro “O princípio da imparcialidade da administração pública”, Livraria Almedina, Coimbra 1996, pág. 192.

R-2230/05
Assessora: Elisa Morgado

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração do Hospital Distrital de Águeda

Assunto: Concurso interno geral de ingresso para provimento na categoria de enfermeiro de nível I da carreira de enfermagem, aberto pelo Aviso n.º 4076/2004 — audiência dos candidatos.

1. Foi aberto na Provedoria de Justiça o processo R-2230/05, com base em reclamação apresentada por um candidato no concurso interno geral de ingresso para provimento na categoria de enfermeiro de nível I da carreira de enfermagem, aberto pelo Aviso n.º 4076/2004, na qual se contesta a actualização do respectivo júri na fase da participação dos interessados sobre o projecto de lista de classificação final, porquanto e em síntese:

- a) este deliberou realizar a audiência oralmente, quando o artigo 38.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, impõe que esta seja escrita;
- b) tendo convocado os candidatos por ofício, e embora invocando o Código do Procedimento Administrativo, limitou-se a comunicar a classificação final e a posição relativa obtida após a aplicação dos métodos de selecção, bem como a marcar o dia e a hora da “audição”, nalguns casos para seis dias após a data em que o mesmo foi assinado.

2. Em sede instrutória, e nos termos previstos no artigo 29.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, foi solicitada a colaboração do presidente do júri no sentido de esclarecer os factos alegados, atendendo ao disposto no n.º 1 do artigo 102.º do Código do Procedimento Administrativo e a que, sob pena de se impedir o exercício do direito de audiência prévia, a notificação para a audiência oral está também sujeita aos requisitos estabelecidos no n.º 2 do artigo 101.º do mesmo Código, bem como de informar se entretanto havia sido repetida a notificação dos candidatos para garantir o cumprimento efectivo desta formalidade essencial.

Na resposta prestada através do ofício de 12 do corrente mês — cuja prontidão, apesar de tudo, saliento — refere-se apenas que “o candidato foi

informado da deliberação do júri em optar pela audiência oral” para que os candidatos pudessem “apreciar todas as questões com interesse para o assunto”, que estes “foram devidamente esclarecidos, mostrando-se satisfeitos”, que o “enfermeiro não quis entender a opção do júri”, o qual “teria dado todos os esclarecimentos se ele tivesse comparecido à audiência”, e ainda que “em devido tempo esse esclarecimento foi feito por escrito ao enfermeiro em questão”.

Entretanto, e através dos documentos remetidos pelo próprio candidato, verifiquei que o esclarecimento a que é feita alusão foi prestado em resposta a uma exposição deste após ter sido convocado nos termos referidos — e na qual, demonstrando a essencialidade da audiência prévia no procedimento de concurso e da prestação dos elementos que nesta sede se mostram relevantes, solicita que lhe seja facultada a possibilidade de se pronunciar -, em que o júri, no fundamental, sustenta:

- a) ter respeitado com todo o rigor e de acordo com as normas que regulamentam o procedimento do concurso interno geral de ingresso para enfermeiros, nível 1, o direito consagrado na Constituição da República Portuguesa à participação dos cidadãos na formação das decisões que lhes disserem respeito;
- b) pois que o regime legal que regulamenta estes concursos não é o previsto no Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, mas o plasmado no Decreto-Lei n.º 437/91, com as respectivas alterações;
- c) este diploma não prevê a necessidade de proceder à audiência de interessados, antes de submeter a lista de classificação final para homologação da entidade competente;
- d) no entanto, entendeu fazê-lo, nos termos do artigo 100.º do Código do Procedimento Administrativo e no cumprimento das directrizes emanadas pelo Departamento de Modernização e Recursos da Saúde;
- e) uma vez que a audiência dos interessados pode ser escrita ou oral, compete ao júri decidir em cada caso qual a forma mais adequada às circunstâncias, de qualquer forma devendo observar o que dispõe os artigos 100.º a 105.º (cfr. Circular Normativa n.º 1/94, de 24/01/1994);

f) desta forma, não foi violado o disposto no artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 204/98, por este diploma não se aplicar ao presente concurso, o qual não sofre assim de qualquer vício de procedimento.

3. Não discutindo que, no caso concreto, se trata de aplicar um regime privativo de concursos, qual seja, o consagrado no Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, cuja vigência, aliás, o próprio Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, manteve expressamente, noto que, ainda assim, não é esta razão para afastar em toda a linha o regime deste último diploma, já que ele próprio impõe a observância dos princípios e garantias que consagra no seu artigo 5.º (cfr. artigo 3.º, n.ºs 2 e 3).

Contudo, e sendo inquestionável que neste procedimento de concurso se impõe a audiência prévia dos interessados, audiência que, como o júri também reconhece, constitui a concretização mínima do princípio constitucional de participação dos cidadãos na formação das decisões da Administração que lhes disserem respeito (cfr. artigo 267.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa), relevante é apenas averiguar se a mesma foi assegurada, no respeito dos artigos 100.º a 105.º do Código do Procedimento Administrativo aplicado supletivamente (cfr. artigo 2.º, n.º 5).

Ora, do que deixei enunciado, facilmente se conclui que assim não sucedeu, não tendo sido, de facto, dada efectiva oportunidade aos candidatos para se pronunciarem a respeito do projecto de lista de classificação final. É que, mais do que esclarecer os candidatos, como o júri considera, com a audiência pretende-se que eles se pronunciem, defendendo a sua posição preventivamente e contribuindo validamente para a melhor decisão (cfr. n.º 1 daquele artigo 100.º).

Esta formalidade não foi regularmente cumprida, desde logo porque o júri, optando pela audiência oral, não convocou todos os candidatos “com a antecedência de pelo menos oito dias”. Depois, porque na notificação não facultou “os elementos necessários” para que estes ficassem a conhecer “todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito”, nem indicou as horas e o local onde o processo poderia ser consultado (cfr. artigos 101.º, n.º 2, e artigo 102.º, n.º 1), não permitindo assim qualquer pronúncia eficaz e relevante.

A este propósito, não posso deixar de salientar que, além de estarem aqui em causa vinculações legais, as próprias directrizes emanadas pelo

Departamento de Modernização e Recursos da Saúde, na Circular 1/94 que o júri invoca, são muito claras, apontando para o dever de, “em qualquer caso, se observar o que dispõem os artigos 100.º a 105.º” e de “ser facultada aos interessados cópia do projecto da lista com indicação dos motivos da exclusão ou, se se tratar da lista de classificativa final, de todos os documentos que fazem parte do processo de concurso”.

Como se não bastasse, o próprio candidato, na exposição que oportunamente dirige ao júri, bem fez notar que, em sede de concurso, os aspectos relevantes não se limitam à indicação da pontuação global atribuída a cada concorrente e à sua ordenação decrescente, mas incluem ainda todos os elementos que o júri utiliza nessa determinação, tais como “a acta que define os critérios de classificação, a sua aplicação aos interessados e o projecto de lista de classificação final”.

É pois manifesto que não lhe foi assegurado o exercício cabal do direito de ser ouvido antes de proferida a decisão final. E porque a audição dos interessados e a ponderação das respectivas razões pode, como é óbvio, influenciar o projecto de decisão final, a não realização desta formalidade tem eficácia invalidante do procedimento.

Assim, e sem prejuízo do arquivamento do presente processo, apelo a que V. Ex.^a se digne retirar, no caso concreto, as devidas ilações da ilegalidade decorrente da falta da audiência dos interessados no procedimento de concurso em apreço, ilegalidade que não deixará de se reflectir nos actos de nomeação que, a final, dele resultarem.

R-2430/05

Assessora: Maria José Castello-Branco

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal de Portalegre

Assunto: Efeitos do reconhecimento de licenciatura — concurso de recrutamento — qualificações superiores às exigidas no concurso.

Recebeu este órgão do Estado uma queixa relativa ao acto de V. Ex.^a de 3 de Maio de 2005, pelo qual foi a mesma retirada da lista final de ingresso para a constituição de reserva de recrutamento tendo em vista o provimento de 10 lugares vagos da carreira/categoria de auxiliar administrativo do grupo

de pessoal auxiliar aberto por aviso publicado na III Série, do DR n.º 77, de 31 de Março de 2005.

Tendo sido V. Ex.^a questionado sobre esta matéria através de ofício de 27 de Julho, foi este órgão de Estado informado, através de ofício no sentido de que o acto de exclusão da lista de classificação final do concurso, se deveu ao facto de o documento apresentado pela interessada que se pretendia fizesse prova de reconhecimento da licenciatura de que é que possuidora, não cumprir com os requisitos do art. 2.º, alínea b) do n.º 1, do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 219/97, de 20 de Agosto, que define o regime legal a que obedece a concessão da equivalência ou reconhecimento de habilitações, estudos e diplomas de sistemas educativos estrangeiros, face ao sistema português de ensino.

Tal fundamento determinou ainda, após reclamação da interessada, em 31 de Maio de 2005, a manutenção do despacho em crise.

Permita-me, Senhor Presidente da Câmara, que discorde da posição assumida por V. Ex.^a.

1. A questão centra-se na aptidão das provas produzidas pela interessada, relativas às habilitações detidas, para produção dos efeitos necessários à sua manutenção na lista final do concurso em apreço.

2. Estava em vigor, à data do concurso o Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, republicado pela Lei n.º 44/99 de 11 de Junho, adaptado à Administração Local através do Decreto-Lei n.º 412-A/98, de 30 de Dezembro, que aplica o Decreto-Lei n.º 404-A/98 à Administração Local, expressamente declarados aplicáveis no aviso de abertura.

3. Entre os requisitos de admissão enunciava o ponto 7. alínea c), do aviso de abertura do concurso, as “habilitações literárias ou profissionais legalmente exigidas para o desempenho do cargo previstas na lei geral”.

4. Sobre esta matéria dispõe a alínea c) do n.º 1 do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, no sentido de o recrutamento para a carreira de auxiliar administrativo se fazer de entre indivíduos habilitados com a escolaridade obrigatória, correspondente ao 3.º ciclo do ensino básico, de acordo com o n.º 1 do art. 6.º da Lei de Bases do Sistema Educativo, constante a Lei n.º 46/86 de 14 de Outubro, na redacção que lhe foi dada pela Lei 115/97, de 19 de Setembro.

5. Assim, a habilitação estrangeira de 3.º ciclo que tivesse de ser reconhecida, reger-se-ia pelo Decreto-Lei n.º 219/97, de 20/8, cujo objecto

define o regime de concessão de equivalências de reconhecimento de habilitações, estudos e diplomas de sistemas educativos estrangeiros, a habilitações, estudos e diplomas portugueses nos níveis dos ensinos básico e secundário.

6. Ora, como é aliás do conhecimento de V. Ex.^a, nos termos da Lei de Bases do Sistema Educativo, a organização geral do sistema educativo inclui a educação pré-escolar, a educação escolar e a educação extra-escolar, compreendendo a educação escolar os ensinos básico, secundário e superior (art. 4.º).

7. As equivalências de habilitações estrangeiras de nível superior às correspondentes habilitações portuguesas e o reconhecimento de habilitações estrangeiras de nível superior é aplicável, não o diploma que fundamenta o acto de V. Ex.^a, mas antes o Decreto-Lei n.º 293/83, de 21 de Junho, que expressamente, aliás, vem mencionado no documento de concessão de reconhecimento apresentado pela candidata.

8. Verifica-se da análise deste diploma que o reconhecimento pode ser ou recusado ou concedido (8 n.º 1 do art. 15.º) mas, se for concedido, do mesmo deve constar a menção dos seus efeitos, as menções ao nível a que corresponde na estrutura do sistema de ensino superior português e eventuais restrições aos efeitos académicos e ou profissionais (n.º 2 do art. 15.º).

9. E, analisado o documento apresentado pela ora queixosa, verifica-se que o mesmo foi concedido e que estabelece um reconhecimento de habilitações de nível superior, não de nível básico ou secundário.

10. Ora, um documento com estas características poderia ter dificuldade em comprovar o reconhecimento de um grau de nível superior (bacharelato, licenciatura, mestrado, ou doutoramento nos termos do n.º 1 do art. 13 da Lei de Bases do Sistema Educativo), mas comprova inequivocamente que foram reconhecidos estudos de nível superior cuja validade também é consagrada no sistema educativo português (n.º 3 do art. 3.º da Lei de Bases do Sistema Educativo).

11. Estabelece a Lei de Bases do Sistema Educativo, um percurso de ciclos de estudos de natureza sequencial obrigatória, só podendo aceder ao ensino secundário os detentores do 3.º ciclo do ensino básico (n.º 2 do art. 10) e ao ensino superior, os detentores de um diploma de nível secundário ou equivalente (alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 12.º).

12. Não contempla o Decreto-Lei n.º 283/83, nenhuma norma do teor da norma invocada por V. Ex.^a, do n.º 2 do art. 2.º do Decreto-Lei

n.º 219/97, que determina que “*a concessão de equivalência a determinada habilitação do sistema educativo nacional possa corresponder a outras habilitações deste sistema, não confere, por si só, equivalência a estas últimas*”, pelo que

13. Não posso deixar de concluir, que o reconhecimento da habilitação da interessada inclui o percurso escolar descrito e que assim, o nível de estudos comprovado é superior ao nível de estudos exigido para efeitos de concurso.

14. Esta conclusão conduz-nos portanto, a questionar se, tal facto exige que a candidata seja retirada do concurso.

15. E aqui, entendo, tal como o júri inicialmente entendeu ao admitir e classificar a candidata enquanto detentora de habilitação de nível superior e, como sempre se tem entendido na jurisprudência portuguesa ⁴⁹⁵, que, sendo um concurso para preenchimento de vagas de cargo público destinado a escolher o funcionário mais idóneo para o seu exercício, deve entender-se que as condições legais estabelecidas para tal efeito são as mínimas, não sendo obstáculo a concorrer a circunstância de os candidatos reunirem condições superiores.

16. Condições entre as quais se encontram as qualificações, pelo que o mínimo legal exigível, não afasta qualificações mais elevadas ⁴⁹⁶, sob pena de estarmos perante uma injustificada limitação do direito de acesso a um cargo público constitucionalmente garantido.

Assim, face ao exposto, Senhor Presidente da Câmara, chamo a atenção de V. Ex.^a para o entendimento de que o documento apresentado pela interessada tem a virtualidade de produzir os efeitos pretendidos pela mesma, ou seja, de a manter na lista de classificação final, manifestando assim a minha convicção de que V. Ex.^a tudo fará para repor a legalidade da situação.

Desta forma e porque se encontra esgotada a capacidade de intervenção deste órgão do Estado, determinei ao arquivamento do processo, do facto dando conhecimento à queixosa.

⁴⁹⁵ Cfr. o Acórdão do STA de 2 de Abril de 1965, in Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo, ano IV Julho de 1965, n.º 43.º pág. 906.

⁴⁹⁶ Cfr. sobre matéria análoga, o Parecer P000551995 da PCR in <http://www.dgsi.pt..>

Entidade visada: Presidente da Câmara Municipal do Cartaxo

Assunto: Nacionalidade portuguesa como requisito geral de admissão a concurso e provimento em funções públicas.

1. Recebeu este órgão do Estado uma queixa sobre a ilegalidade de uma disposição contida em dois anúncios da Câmara Municipal do Cartaxo, publicitados no “Diário de Notícias”, de 31 de Agosto de 2005, pág. 69, relativos ao concurso para contratação a termo resolutivo certo, de um técnico profissional de 2.ª classe de animação desportiva (Aviso n.º 151/2005) e de um técnico superior de 2ª classe (Aviso n.º 149/2005).

2. Tendo-se procedido à sua análise, verifica-se que os referidos avisos, exigem como requisito de candidatura à oferta de trabalho publicitada da *“nacionalidade portuguesa, salvo nos casos exceptuados por lei especial ou convenção internacional”*.

3. Permito-me solicitar, no entanto, a atenção de V. Ex.ª para a inadequação de semelhante exigência já que as ofertas de trabalho constantes dos avisos mencionados, foram abertas com fundamento na Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprova o regime jurídico do contrato individual de trabalho na Administração Pública e na Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprova o Código do Trabalho.

4. Ora, em nenhum destes normativos, encontra V. Ex.ª tal exigência: pelo contrário, o art. 22.º do Código do Trabalho publicado em anexo à Lei n.º 99/2003, aplicável a estes contratos, por virtude do n.º 3 do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 427/89, na redacção que lhe foi dada pelo art. 28.º da Lei 23/2004 e o art. 6.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, contêm comandos imperativos que conduzem ao afastamento de tal exigência.

5. Assim, o n.º 1 do referido art. 22.º da Lei n.º 99/2003, estabelece o direito à igualdade de oportunidades no acesso ao emprego, proibindo privilégios ou prejuízos em função da nacionalidade, explicitando-se no n.º 2 deste artigo, que nenhum candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em função, nomeadamente, da sua nacionalidade.

6. Também não se encontra qualquer exigência à nacionalidade portuguesa na Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, não podendo sequer admitir-se que os avisos pretenderam salvaguardar um princípio de actividade administrativa ao abrigo da parte final do n.º 2 do seu art. 5.º ⁴⁹⁷, por dois fundamentos.

7. Desde logo, porque o art. 5.º estabelece os princípios aplicáveis apenas aos processos de selecção de contratos de trabalho por tempo indeterminado, o que não é o caso.

8. Mas também, porque, mesmo que fosse possível admitir a sua aplicação subsidiária aos processos de selecção de contratos de trabalho a termo resolutivo certo, verifica-se que a exigência de nacionalidade portuguesa como requisito de admissão a concurso, se encontra cada vez mais afastada dos princípios gerais que regem a actividade administrativa.

9. Desta afirmação, é demonstrativa a jurisprudência do Tribunal Constitucional, quando deu razão a este órgão do Estado, declarando no Acórdão n.º 72/02, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma da alínea d) do n.º 1 do art. 82.º do Decreto-Lei n.º 498/72 de 9 de Dezembro (Estatuto da Aposentação) do seguinte teor:

“1 — A situação de aposentação extingue-se nos casos de:

d) perda da nacionalidade portuguesa, quando esta for exigida para o exercício do cargo pelo qual o interessado foi aposentado”; e, no Acórdão n.º 345/02, quando declarou também com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma contida na alínea a) do n.º 1 do art. 22.º do Estatuto da Carreira Docente, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90 de 28 de Abril, do seguinte teor:

1 — São requisitos gerais de admissão a concurso de provimento:

a) ter nacionalidade portuguesa ou ser nacional de países que, por força de acto normativo da Comunidade Económica Euro-

⁴⁹⁷ Do seguinte teor: “O processo prévio de selecção não está sujeito ao Código de Procedimento Administrativo, sem prejuízo da aplicação dos princípios gerais que regem a actividade administrativa”.

peia, convenção internacional ou lei especial, tenha acesso ao exercício de funções públicas em Portugal”.

10. Permito-me, por último, salientar que esta jurisprudência do Tribunal Constitucional tem como fundamento o art. 15.º da Constituição Portuguesa, que estabelece no seu n.º 1 o princípio universalista de igualdade entre estrangeiros, apátridas e o cidadão português, excepcionando apenas no n.º 2 do mesmo art. 15.º os “*direitos políticos, o exercício de funções públicas que não tenham carácter eminentemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela Lei exclusivamente e cidadãos portugueses*”.

Face ao exposto e porque estou convicto de que a Câmara Municipal do Cartaxo à qual V. Ex.^a preside, tudo fará para evitar que a inserção do requisito da nacionalidade portuguesa à apresentação de candidaturas a ofertas de emprego reguladas pela Lei n.º 23/2004 de 22 de Junho e na Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, se volte a repetir, decidi arquivar o presente processo, deste facto dando conhecimento ao interessado.

R-4001/05

Assessora: Maria José Castello-Branco

Entidade visada: Presidente do Conselho de Administração do Hospital de Santa Maria

Assunto: Contratação a termo certo.

Recebeu este órgão de Estado o ofício que agradeço, em resposta ao nosso ofício de 17 de Outubro de 2005.

Neste ofício foram solicitadas a V. Ex.^a informações sobre a contratação de R..., contratada a termo certo pelo Hospital a que V. Ex.^a preside e que questionava não apenas a fundamentação dos sucessivos contratos celebrados, como presumia que a não renovação do último se devia à sua gravidez. Referia, também, ter recebido apenas 262,09 euros a título de férias não gozadas, subsídio de Natal, feriados, vencimento de Agosto e Setembro e a compensação de 2 dias por cada mês de trabalho.

1. Documentalmente resultava do processo o seguinte:

1.1. Celebrou em 2003 contrato de trabalho a termo certo, ao abrigo da alínea *a*) do n.º 2 do art. 18.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, na redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 218/98, de 17 de Julho. Este contrato foi celebrado para o desempenho de funções de auxiliar de acção médica, tal como os que se lhe seguiram, pelo prazo de seis meses e era eventualmente renovável, com uma remuneração fixada em 425,15 euros;

1.2. Em 3 de Janeiro de 2005 celebra novo contrato de trabalho a termo certo ao abrigo do n.º 3 do art. 18.º-A do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 53/98, de 11 de Março e pelo Decreto-Lei n.º 68/2000, de 26 de Abril, com fundamento em despacho autorizador da Directora do Serviço de Gestão de Recursos Humanos do Hospital, de 23 de Dezembro de 2004, com efeitos a 11 de Setembro de 2003. Este contrato foi celebrado pelo prazo de três meses, renovável por uma única vez, com uma remuneração fixada em 431,36 euros, iniciando-se em 11 de Setembro de 2003;

1.3. No mesmo dia 3 de Janeiro de 2005, celebra outro contrato de trabalho a termo certo ao abrigo do n.º 3 do art. 18.º-A do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, com fundamento em despacho autorizador da Directora do Serviço de Gestão de Recursos Humanos do Hospital, de 23.12.04, com efeitos a 12 de Março de 2004. Este contrato também foi celebrado pelo prazo de três meses renovável por uma única vez, com uma remuneração agora fixada em 440,67 euros, tendo-se ainda, alterado a data de início do contrato que passou a ser 12 de Março de 2004;

1.4. Sete dias depois, em 11 de Janeiro de 2005, celebra outro contrato de trabalho a termo certo ao abrigo do n.º 3 do art. 18.º-A do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, com fundamento em despacho autorizador da Directora do Serviço de Gestão de Recursos Humanos do Hospital, de 23 de Dezembro de 2004, com efeitos, desta vez a 13 de Setembro de 2004. Este contrato foi celebrado pelo prazo de três meses renovável por uma única vez, com uma remuneração fixada em 440,67 euros e iniciava-se em 12 de Março de 2004;

1.5. Em 21 de Março de 2005, celebra novo contrato de trabalho a termo certo ao abrigo do n.º 3 do art. 18.º-A do Estatuto do Serviço Nacional

de Saúde, com fundamento em despacho autorizador da Directora do Serviço de Gestão de Recursos Humanos do Hospital, de 10 de Março de 2005. Este contrato foi celebrado para o desempenho de funções de auxiliar de acção médica, pelo prazo de três meses, renovável por uma única vez, com uma remuneração fixada em 450,37 euros e iniciava-se em 14 de Março de 2004;

1.6. Em todos os contratos celebrados com fundamento no art. 18.º-A do Estatuto do Serviço Nacional Saúde é referida a necessidade de ratificação prevista no n.º 4 deste artigo;

1.7. Em 29 de Julho de 2005 a interessada recebe uma notificação acerca da ratificação da renovação do contrato com efeitos a partir de 11 de Dezembro de 2003;

1.8. Em 1 de Agosto de 2005 recebe uma notificação acerca da ratificação da renovação do contrato com efeitos a partir de 13 de Setembro de 2004;

1.9. Finalmente, em 17 de Agosto de 2005 é notificada da caducidade do contrato celebrado em 14 de Março de 2005, com fundamento no esgotamento do prazo de renovação de três meses, previsto no n.º 3 do art. 18.º-A do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde.

2. Respondeu V. Ex.^a através de ofício de 21 de Novembro de 2005, sobre as questões que foram colocadas.

3. A situação relativa ao pagamento a título de indemnização pela caducidade dos contratos celebrados, proporcionais aos subsídios de férias e de Natal e compensação das férias, folgas e feriados não gozados, no total ilíquido de 2965.10 euros, encontra-se regularizada.

4. Existe um fundamento de facto, que justificou a não renovação contratual,⁴⁹⁸ embora a única data que do documento conste, seja a de 24 de Outubro de 2005, portanto, posterior à data da caducidade do contrato, referenciada por V. Ex.^a a 14 de Setembro de 2005.

5. Dos fundamentos que terão levado o Hospital de Santa Maria, a assumir a situação descrita em 1 — *“diversas orientações transmitidas pela ARSLVT decorrentes dos diferentes enquadramentos legais que vigoraram em 2002 e 2003 e que exigiram diversas instruções dos respectivos processos de*

⁴⁹⁸ Embora a não renovação contratual não careça de fundamento.

contratação, com requisitos e procedimentos distintos” — conclui-se porém que o desdobramento do período do contrato em três meses teria sido assim a única forma de “*salvaguardar os direitos e legítimas expectativas do requerente*”.

6. Fundamentos com os quais não posso, de forma alguma, concordar já que:

6.1. Tais direitos e expectativas não podiam exceder os contornos da legalidade, enquadrando-se nos limites do primeiro contrato, que poderia ter sido renovado até ao prazo máximo de dois anos, nos termos do n.º 1 do art. 20.º do Decreto-Lei n.º 427/89, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 218/98. Tendo sido celebrado em 10 de Março de 2003 e mediante sucessivas renovações de seis meses (cláusula sétima), o contrato poderia vigorar até 10 de Março de 2005.

6.2. No entanto, antes deste prazo máximo se ter esgotado, em Janeiro de 2005, foram celebrados três contratos, dois no dia 3 e um no dia 11, visando qualquer um deles substituir a anterior situação contratual.

6.3. E também não deixa de surpreender o conteúdo de cláusulas contratuais relativas à retroactividade, sucessivamente referenciada a 11 de Setembro de 2003, 12 de Março de 2004 e 13 de Novembro de 2004, bem como a alteração “*ex tunc*” e “*ex nunc*” do regime aplicável, substituindo as normas do contrato inicial celebrado ao abrigo do Decreto-Lei n.º 427/89, pelo regime do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde.

6.4. Ora, prevendo o novo regime apenas um prazo máximo de seis meses, estaríamos perante um primeiro contrato celebrado no dia 3 Janeiro de 2005, 11 meses após a sua inexorável caducidade; o segundo contrato também de dia 3 de Janeiro, teria sido celebrado nove meses após a sua caducidade e o contrato de 11 de Janeiro, sido celebrado imediatamente após o prazo de caducidade.

6.5. Quanto ao contrato assinado em 21 de Março de 2005, com efeitos a 14 de Março de 2005 — que será o que vem caducar em 14 de Setembro de 2005 ⁴⁹⁸ — é o único que se enquadraria nos pressupostos do

⁴⁹⁹ E referimos aparentemente porque não existe nos documentos nenhum contrato celebrado nessa data admitindo-se que se queira referenciar como tal, a data de produção de efeitos.

art. 18.º-A do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde se não tivessem existido os antecedentes do mesmo .

6.6. Verifica-se assim, antes do mais, um total de contratação de 30 meses, superior ao prazo máximo previsto no Decreto-Lei n.º 427/89 e excedendo em muito, o prazo máximo de seis meses previstos no art. 18.º-A do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, o que leva a presumir a existência, não de uma substituição temporária de trabalhador (inicialmente invocada por remissão para a alínea *a*) do n.º 1 do art. 19.º do Decreto-Lei n.º 427/89, na versão do Decreto-Lei n.º 218/98) ou de insuficiência temporária de pessoal de acordo com o art. 18.º-A do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde (por remissão para o n.º 3 deste artigo), mas sim de uma situação prolongada no tempo reveladora de carência tendencialmente permanente de pessoal.

7. Já vimos porém que o motivo da não renovação não terá sido a gravidez, mas fundamentos relacionados com o desempenho profissional da interessada.

8. Ora, Senhor Presidente do Conselho de Administração, nesta situação, mais do que a protecção de direitos e legítimos interesses — que estariam contidos dentro dos limites do primeiro contrato celebrado — o que se verifica é uma total desadequação dos instrumentos contratuais de que dispunha, com manifesto desrespeito pela legalidade, nomeadamente, do art. 18.º-A do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, gerando no particular, que é a parte mais desprotegida no contrato, uma incerteza inadmissível quanto aos termos reais do mesmo e do regime pelo qual se rege.

9. Nem posso aceitar que as instruções da ARLSVT pudessem incentivar ao desrespeito da legalidade, contribuindo assim, para o ficcionamento da legalidade, já que o Hospital de Santa Maria é um instituto público, dotado de personalidade jurídica ⁵⁰⁰ e autonomia, sujeitos apenas a superintendência da entidade de tutela. Refiro aliás, que sendo do conhecimento público ⁵⁰¹ a

⁵⁰⁰ Cfr. neste sentido o Parecer da PCR, n.º P0000831999, in <http://www.dgsi.pt> que abrange a legislação até à época de regionalização do Serviço Nacional de Saúde e o novo papel do sector privado (1995) e no âmbito da nova gestão pública, cujo máximo expoente consta da Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, que aprovou o regime jurídico da gestão hospitalar e procedeu à primeira alteração da Lei n.º 48/90 de 24 de Agosto.

⁵⁰¹ Cfr., neste sentido http://www.medi.com.pt/medicom/actualidadae_dentro.asp?id=90

aposta de V. Ex.^a na transformação do Hospital de Santa Maria numa entidade pública empresarial, considero que se encontra em condições excepcionais de implementar as alterações necessárias no sistema.

Assim, tendo em atenção que a questão remuneratória foi prontamente resolvida, solicito a melhor atenção de V. Ex.^a para a necessidade de melhorar a forma de concretização das medidas de gestão de recursos humanos na sua vertente jurídica e contribuir assim, para a criação de relações de transparência entre a Administração e os seus trabalhadores.

Face ao exposto, decidi, consequentemente, arquivar o processo do facto dando conhecimento à interessada.

