



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

6JUN2012 007481

A Sua Excelência
o Ministro da Educação
Av. 5 de Outubro, 107
1069-018 Lisboa



Sua Referência

Sua Comunicação

Nossa referência
Q-1212/12 (A4)

Assunto: *Diretiva 1999/70/CE do Conselho de 28 de Junho de 1999 respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo. Exercício de funções docentes ao abrigo de contratos sucessivos. Princípio da não discriminação das condições de trabalho.*

I – 1. Foi apresentada queixa ao Provedor de Justiça relativamente à **situação dos docentes contratados a termo da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário.**

É, em síntese, alegado que a titulação do exercício de funções docentes durante anos ao abrigo de sucessivos contratos a termo viola a Diretiva 1999/70/CE do Conselho de 28 de Junho de 1999 respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo.

A título de exemplo, é descrita a **situação de docente que tem vindo a lecionar desde 2001, em diferentes escolas, ao abrigo de sucessivos contratos de duração anual.**

Para além da precariedade indefinida, é invocado que a desigualdade de condições remuneratórias, na redução da componente letiva e dos períodos de avaliação, associada à não atendibilidade jurídica da continuidade do exercício de funções, é contrária ao imperativo de não diferenciação de condições de trabalho entre trabalhadores com vínculos laborais indeterminados e trabalhadores com vínculos laborais de duração temporária.



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

2. Tomando como referência o **estatuto da carreira docente aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28.4 (ECD)¹**, verifica-se que o **exercício de funções docentes pode ser titulado por contratos de duração temporária, designados como contratos administrativos ou como contratos de trabalho a termo²**.

A celebração de contrato com um termo (com a designação de contrato administrativo e de contrato de trabalho a termo) é possível, à face do ECD, nos seguintes termos:

- a) Para a “satisfação de necessidades residuais do sistema educativo não colmatadas por pessoal docente dos quadros que sobrevenham até ao final do primeiro período letivo” (artigo 33.º – “contrato administrativo” –, n.º 1, do ECD);
- b) Para o “exercício temporário de funções docentes ou de formação em áreas técnicas específicas” (artigo 29.º – “Vinculação” –, n.º 4, do ECD).

Nos termos do artigo 38.º (“Necessidades transitórias”), n.º 1, do Decreto-Lei n.º 20/2006, de 31.1³, “[c]onsideram-se necessidades transitórias as que não foram satisfeitas pelos concursos interno e externo, as que resultarem das variações anuais de serviço docente e as correspondentes à recuperação automática dos horários do destacamento por condições específicas e do destacamento por aproximação à

¹ Na versão que considera as suas alterações. ECD foi republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 41/2012, de 21.2.

² “Um dos aspetos mais marcantes da reforma operada pela Lei n.º 12-A/2008 é o da consagração do contrato [de trabalho] como modalidade regra da constituição da relação jurídica de emprego público, quedando-se a nomeação como uma modalidade de natureza excepcional (artigos 9.º, 10.º e 20.º). Este novo regime é aplicável àqueles que no momento da entrada em vigor daquela lei já eram trabalhadores da função pública, sem lhes ser dada a faculdade de manterem o título jurídico definidor da relação de trabalho (artigos 88.º a 92.º)”. Por outro lado, o contrato administrativo (de provimento) deixou de constituir um tipo de vínculo da relação jurídica de emprego público – Acórdão do plenário do TC n.º 256/2010, processo n.º 375/09, Acórdão do plenário do TC n.º 33/2011, processo n.º 618/10, e Acórdão do plenário do TC n.º 265/2011, processo 643/10.

O Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28.4 (versão republicada pelo Decreto-Lei n.º 41/2012, de 21.2), desconsidera a tipologia de vínculos e os critérios de utilização dos mesmos fixados na Lei n.º 12-A/2008, de 27.2, existindo, *prima facie*, um problema de ilegalidade por violação das normas daquela lei que, dispondo sobre aquele duplo aspeto, são de reconhecer como bases do regime da função pública.

³ O diploma “regula o concurso para seleção e recrutamento do pessoal docente da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário”. O diploma foi republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 51/2009, de 27.2, que o alterou.



O PROVIDOR DE JUSTIÇA



residência familiar”. Assim, as necessidades transitórias são satisfeitas “por docentes dos quadros” e, não podendo ser asseguradas por estes, por “contratação” (artigo 54.º, n.º 1).

O concurso de colocação do pessoal docente, seja interno ou externo ou para recrutamento temporário de docente é um concurso curricular cuja graduação obedece a critérios similares (artigos 14.º e 38.º-A do Decreto-Lei n.º 20/2006, de 31.1). O artigo 22.º, n.º 1, alínea f), prevê, a título de requisito geral de admissão a concurso (sem diferenciar), a “aprovação em prova de avaliação de competências e conhecimentos”, a definir em regulamento (artigo 22.º, n.º 10, do ECD); disposições sem aplicação até à data.

“A avaliação dos docentes em regime de contrato a termo realiza-se no final do período de vigência do respectivo contrato e antes da eventual renovação da sua colocação, desde que tenham prestado serviço docente efetivo durante, pelo menos, 180 dias” (artigo 42.º, n.º 6, do ECD). “Os ciclos de avaliação dos docentes integrados na carreira coincidem com o período correspondente à duração dos escalões da carreira docente, devendo o processo de avaliação do desempenho ser concluído no final do ano escolar anterior ao do fim do ciclo avaliativo” (artigo 42.º, n.º 3, do ECD).

A redução da componente letiva do trabalho semanal está prevista no artigo 79.º em função da idade e dos anos de serviço docente.

“A carreira docente estrutura-se na categoria de professor” (artigo 34.º, n.º 2, do ECD). “Cada categoria é integrada por escalões a que correspondem índices remuneratórios diferenciados, de acordo com o anexo I do presente Estatuto, que dele faz parte integrante” (artigo 34.º, n.º 4, e artigo 59.º, n.º 1 do ECD). A 1.ª posição remuneratória tem o valor indiciário de 167. O professor contratado com profissionalização auferire pelo índice 151 (anexo II à Portaria n.º 367/98, de 29.6, versão republicada em anexo à Portaria n.º 1046/2004, de 16.8).



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

“A progressão na carreira docente consiste na alteração do índice remuneratório através da mudança de escalão” (artigo 37.º, n.º 1, do ECD).

“O docente do quadro em efetividade de serviço docente tem direito a um prémio pecuniário de desempenho, a abonar numa única prestação, por cada duas avaliações de desempenho consecutivas, ou três interpoladas, com menção qualitativa igual ou superior a *Muito bom*, de montante a fixar por despacho conjunto dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da educação, a publicar no Diário da República” (artigo 63.º do ECD).

II

3. Ambos os tipos de contratos (contrato administrativo e contrato de trabalho a termo) **inscrevem-se na esfera de aplicação da diretiva que vem invocada, a Diretiva 1999/70/CE.** Esta Diretiva “tem como objetivo a aplicação do acordo-quadro relativo a contratos de trabalho a termo, celebrado a 18 de Março de 1999 entre as organizações interprofissionais de vocação geral (CES, UNICE e CEEP)” (artigo 1.º).

Os Estados-Membros ficaram obrigados a “pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para [lhe] dar cumprimento ... até 10 de Julho de 2001” ou com o dever de se “certificar..., até esta data, de que os parceiros sociais puseram em prática as disposições necessárias por via de acordo, *devendo* [em qualquer caso] *os Estados-Membros tomar qualquer disposição necessária para, em qualquer momento, poderem garantir os resultados impostos pela presente diretiva*” (artigo 2.º da Diretiva – itálico e sublinhado nossos).

O “acordo é aplicável aos trabalhadores contratados a termo ou *partes numa relação laboral*, nos termos definidos pela lei, convenções coletivas ou práticas vigentes em cada Estado-Membro” (artigo 2.º do acordo-quadro - itálico nosso).

O “trabalhador contratado a termo” é o “trabalhador titular de um contrato de trabalho *ou de uma relação laboral* concluído diretamente entre um empregador e um



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

trabalhador cuja finalidade seja determinada por condições objetivas, tais como a definição de uma data concreta, de uma tarefa específica ou de um certo acontecimento” (artigo 3.º do acordo-quadro – itálico nosso).

Os objetivos do acordo são a melhoria da “qualidade do trabalho sujeito a contrato a termo *garantindo* a aplicação do *princípio da não discriminação*” e o estabelecimento de “um quadro para evitar os abusos decorrentes da utilização de sucessivos contratos de trabalho ou relações laborais a termo” (artigo 1.º do acordo-quadro – itálico nosso).

No que se refere à utilização abusiva de contrato ou relação laboral a termo, dispõe o artigo 5.º que, “sempre que não existam medidas legais equivalentes para a sua prevenção, os Estados-Membros, após consulta dos parceiros sociais e de acordo com a lei, acordos coletivos ou práticas nacionais, e/ou os parceiros sociais deverão introduzir, de forma a que se tenham em conta as necessidades de sectores e/ou categorias de trabalhadores específicos, uma ou várias das seguintes medidas: // a) Razões objetivas que justifiquem a renovação dos supramencionados contratos ou relações laborais; // b) Duração máxima total dos sucessivos contratos de trabalho ou relações laborais a termo; c) Número máximo de renovações dos contratos ou relações laborais a termo”.

4. A “Diretiva 1999/70 e o acordo-quadro são igualmente aplicáveis aos contratos ou relações de trabalho a termo celebrados com os órgãos da administração e outras entidades do sector público”, conforme a jurisprudência do TJUE tem repetidamente salientado. Esta considera, designadamente, que “as disposições desses dois diplomas não contêm nenhuma indicação que permita concluir que o seu âmbito de aplicação é limitado aos contratos a termo celebrados pelos trabalhadores com entidades patronais do sector privado” e que “o conceito de «trabalhador contratado a termo» na aceção do acordo-quadro, enunciado no seu artigo 3.º, n.º 1 abrange todos os trabalhadores, sem fazer distinção de acordo com a natureza pública ou privada da sua entidade patronal” (considerandos 54 a 55 do Acórdão do TJUE de 04-07-2006, processo C-212/04, Adeneler e O.).



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

5. Tendo presente que “o benefício da estabilidade do emprego é concebido como um elemento da maior importância na proteção dos trabalhadores (v. acórdão Mangold [de 22-11-2005, processo C-144/04], ...n.º 64), enquanto só em determinadas circunstâncias é que os contratos a termo respondem às necessidades tanto dos empregadores como dos trabalhadores (v. segundo parágrafo do preâmbulo e n.º 8 das considerações gerais do acordo-quadro)” (considerando 62 Acórdão do TJUE de 04-07-2006, processo C-212/04, Adeneler e O.), “o acordo-quadro destina-se a enquadrar o recurso sucessivo a esta última categoria de relações de trabalho, considerada fonte potencial de abusos em prejuízo dos trabalhadores, prevendo um certo número de normas de proteção mínima destinadas a evitar a precarização da situação dos trabalhadores dependentes. // Assim, o artigo 5.º, n.º 1, do acordo-quadro visa especificamente «evitar os abusos decorrentes da conclusão de sucessivos contratos de trabalho ou relações laborais a termo».” (considerandos 63 e 64 do Acórdão Adeneler e O.).

Os Estados-Membros devem, em cada momento⁴, assegurar aos trabalhadores mecanismos obstativos de utilização abusiva das relações de trabalho a termo⁵. As medidas destinadas a garantir a utilização não abusiva devem ser efetivas.

Entre estas medidas figuram as seguintes⁶:

- a) A sua utilização “com base em razões objetivas”, isto é, “circunstâncias precisas e concretas que caracterizam uma atividade determinada e, portanto, suscetíveis de justificar, nesse contexto específico, a utilização de sucessivos contratos a

⁴ Na expressão do artigo 2.º da Diretiva 1999/70/CE, “em qualquer momento”.

⁵ “A obrigação, decorrente de uma diretiva, de os Estados-Membros atingirem o resultado nela previsto, bem como o dever de tomarem todas as medidas gerais ou especiais adequadas para assegurar o cumprimento dessa obrigação, impõe-se a todas as autoridades dos Estados-Membros”. Acresce que “[s]egundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não sendo possível efetuar uma interpretação e uma aplicação da regulamentação nacional conformes com as exigências do direito da União, *os tribunais nacionais e os órgãos da administração têm o dever de aplicar integralmente o direito da União e de proteger os direitos que este confere aos particulares, deixando de aplicar, se necessário, qualquer disposição contrária de direito interno*” (respetivamente, considerandos 51 e 53 do Acórdão do TJUE de 08-09-2011, processo C-177/10, Francisco Javier Rosado Santana c. Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía – itálico nosso).

⁶ O direito interno dos Estados-Membros pode prever “medidas legais equivalentes”.



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

termo” (considerando 69 do Acórdão do TJUE de 04-07-2006, processo C-212/04, Adeneler e O., e artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do acordo-quadro);

- b) A avaliação dos períodos intercalares entre contratos à luz do objeto, finalidade e efeito útil do acordo-quadro (considerandos 84 e 85 do Acórdão Adeneler e O. ...)⁷;
- c) A fixação de uma “duração máxima total” para as sucessivas relações laborais a termo;
- d) A fixação de um número máximo de renovações.

Os Estados-Membros têm de adotar “pelo menos uma das medidas enumeradas no artigo 5.º, n.º 1, alíneas a) a c) do acordo-quadro, que se destinem a evitar de modo eficaz a utilização abusiva de contratos ou de relações de trabalho a termo sucessivos” (considerando 92 do Acórdão Adeneler e O.). Devem revestir “caráter não só proporcional mas também suficientemente eficiente e dissuasivo para garantirem a plena eficácia das normas adotadas em aplicação do acordo-quadro” (considerando 94 Acórdão Adeneler e O.).

6. Dir-se-á que o estatuto da carreira docente prevê uma de tais medidas, a primeira das que foram referidas, respeitante à existência de um motivo objetivo para a utilização de relações laborais a termo.

No caso Bianca Küçük, “a Comissão Europeia sustent[ou] que a renovação repetida de uma relação de trabalho e a celebração de numerosos contratos a termo sucessivos, bem como a duração do período durante o qual o trabalhador em causa esteve já empregado no quadro de tais contratos, *demonstram a existência de um abuso* na aceção do artigo 5.º do acordo-quadro CTT” (considerando 35 do Acórdão do TJUE de 26-01-2012, processo C-586/10 – itálico nosso).

⁷ Tendo presente que não pode ser, no essencial, permitida a contratação de “trabalhadores precariamente durante anos”.



O PROVIDOR DE JUSTIÇA



O Tribunal considerou que o “simple facto de um empregador ser obrigado a recorrer a substituições temporárias de forma recorrente, ou mesmo permanente, e de essas substituições poderem igualmente ser asseguradas pelo recrutamento de trabalhadores em regime de contratos de trabalho sem termo não significa que não exista uma razão objetiva na aceção do artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do referido acordo-quadro ou que exista um abuso na aceção deste artigo”. Mas disse, também que, “na apreciação da questão de saber se a renovação dos contratos ou das relações de trabalho a termo é justificada por tal razão objetiva, as autoridades dos Estados-Membros, no quadro das suas respetivas competências, devem tomar em conta todas as circunstâncias da causa, *incluindo o número e a duração cumulativa* dos contratos ou das relações de trabalho a termo celebrados no passado com o mesmo empregador” (itálico e sublinhado nossos).

O Advogado-Geral Niilo Jääskinen, nas conclusões apresentadas em 15-09-2011, no processo C-313/10, Land Nordrhein-Westfalen c. Sylvia Jansen, concluiu que o “artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo, anexo à Diretiva 1999/70/CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999, deve ser interpretado de forma a que, para apreciar a existência de uma ‘razão objetiva’ na aceção deste artigo, não se exclua que um órgão jurisdicional nacional tenha em conta *o número de contratos de trabalho a termo anteriores à renovação do contrato que deve ser controlado, bem como a duração do período durante o qual o assalariado em causa já trabalhou ao abrigo de sucessivos contratos de trabalho a termo*” (itálico e sublinhado nosso).

No Acórdão Adeneler e O., citado, o TJUE observou que a atendibilidade dos intervalos entre contratos não deve comprometer “o objeto, a finalidade e o efeito útil do acordo-quadro” (n.º 84): com efeito, um conceito “rígido e restritivo do carácter sucessivo de vários contratos de trabalho subsequentes permitiria contratar trabalhadores precariamente durante anos”⁸.

⁸ “Assim, o Tribunal de Justiça já considerou que uma disposição nacional que classifica como sucessivos apenas os contratos a termo separados por um intervalo de tempo inferior ou igual a 20 dias úteis é susceptível de comprometer o objeto, a finalidade e o efeito útil do acordo-quadro. (...) // Em



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

7. **Confrontando o regime jurídico relativo aos contratos de serviço docente de duração temporária com os parâmetros normativos descritos, não é possível concluir pela eficácia e carácter dissuasivo do mesmo regime quanto à utilização abusiva sucessiva de tais contratos.** O regime não contém, para evitar abusos decorrentes da conclusão de sucessivos contratos de trabalho ou relações laborais a termo, uma ou várias das seguintes medidas – nem se vê que contenha medidas equivalentes do ponto de vista dos objetivos fixados na diretiva: i) “razões objetivas que justifiquem a renovação [em sentido amplo, isto é, incluindo os períodos intercalares – ponto 5, alínea c), supra] dos mencionados contratos ou relações laborais”; ii) uma “duração máxima total dos sucessivos contratos de trabalho ou relações laborais a termo”; iii) “número máximo de renovações” (em sentido amplo)⁹.

No que se refere às razões objetivas, nem as “particularidades da atividade em causa nem as respectivas condições de exercício”¹⁰ diferenciam o exercício de funções docentes pelos «trabalhadores a termo» e trabalhadores inseridos em carreira: na economia da norma do n.º 1 do artigo 33.º do ECD, as funções docentes correspondentes a “necessidades residuais” não são qualitativamente diferentes das necessidades não residuais, nem o são as condições do seu exercício, de modo que um mesmo docente pode assegurar as respetivas funções durante períodos diversos e anos

contrapartida, o Tribunal de Justiça também já decidiu que a legislação em causa nos processos principais, que só reconhece como tendo carácter «sucessivo» os contratos de trabalho a termo separados por períodos de menos de três meses, não é, enquanto tal, assim tão rígida e de natureza tão restritiva. Com efeito, esse lapso de tempo pode ser, em geral, considerado suficiente para interromper qualquer relação de trabalho existente e, conseqüentemente, determinar que qualquer eventual contrato assinado posteriormente não seja considerado sucessivo. De onde se conclui que o artigo 5.º, n.º 1, do acordo-quadro não se opõe, em princípio, a uma legislação como a que está em questão nos processos principais. Todavia, incumbe às autoridades e aos órgãos jurisdicionais nacionais, encarregados da aplicação das medidas de transposição da Diretiva 1999/70 e do acordo-quadro, chamados, assim, a pronunciar-se sobre a qualificação de contratos de trabalho a termo sucessivos, examinar, em cada caso, todas as circunstâncias da causa, tomando em consideração, nomeadamente, o número dos referidos contratos sucessivos celebrados com a mesma pessoa ou para efeitos da prestação de um mesmo trabalho, a fim de excluir que relações de trabalho a termo sejam utilizadas de modo abusivo pelas entidades patronais (v. despacho Vassilakis e o., já referido, n.ºs 115 a 117)” – considerando 156 e 157 do Acórdão do TJUE de 23-04-2009, processos apensos C-378/07 a C-380/07, Angelidaki e o.

⁹ Cf. artigo 5.º do acordo-quadro.

¹⁰ Considerando 27 do Acórdão do TJUE de 26-01-2012, processo C-586/10, citado.



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

sucessivos e as necessidades identificadas como residuais são apenas função da organização anual dos horários e da sua distribuição pelos docentes de carreira^{11 12}.

Dir-se-á que o apuramento anual de serviço docente que não pode ser assegurado por docentes inseridos em carreira e que a possibilidade de candidatura, igualmente numa base em regra anual, permite por si que um indivíduo exerça funções docentes ao abrigo de sucessivos contratos. Tenha-se, no entanto, presente que “[o] artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do acordo-quadro relativo a contratos de trabalho a termo deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal seja aplicada pelas autoridades do Estado-Membro em questão, de tal modo que a renovação de contratos de trabalho a termo sucessivos, no sector público, seja considerada justificada por «razões objetivas», na aceção do referido artigo, pelo *único motivo de estes contratos terem por base disposições legais que permitem a renovação* dos mesmos para satisfazer determinadas necessidades temporárias, quando, na realidade, as referidas necessidades são estáveis e duradouras” (itálico nosso)¹³.

A segunda e terceira das mencionadas medidas das alíneas b) e c) do artigo 5.º do acordo-quadro não estão previstas no regime de exercício de funções docentes em Portugal.

A propriedade de qualquer outra medida que se possa invocar para cumprimento do artigo 5.º da Diretiva 1999/70/CE é prejudicada pelo não preenchimento da dupla exigência que tem de ser cumprida: a medida tem que ser efetiva e dissuasiva.

O número de contratos e a duração do período pelo qual o trabalhador exerceu funções ao abrigo de relações laborais a termo são elementos relevantes na aferição

¹¹ Tenha-se, ademais, presente que o Ministério da Educação concebe um único período experimental para vários contratos – cf. artigo 44.º, n.º 1, do projeto de decreto-lei que regula os concursos para seleção e recrutamento do pessoal docente da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário, www.portugal.gov.pt/.../projecto-dl-dos-concursos_-_versao-para-...

¹² Tenha-se igualmente presente que, de acordo com o artigo 54.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 20/2006, de 27.2, as “necessidades transitórias” podem ser preenchidas quer por “docentes dos quadros” quer por “contratação”.

¹³ Considerando 107 do Acórdão do TJUE de 23-04-2009, processos apensos C-378/07 a C-380/07, Angelidaki e o.



O PROVIDOR DE JUSTIÇA



da idoneidade do regime à luz do Direito da União Europeia. Têm uma relevância acrescida quando o **número de trabalhadores com plúrimos contratos há vários anos é muito elevado e se verifica na generalidade dos estabelecimentos de ensino públicos**. A identificação em cada um dos estabelecimentos de ensino de um ou mais docentes em exercício de funções docentes, como na situação do queixoso, há mais de dez anos e com dez ou mais contratos sucessivos, é suscetível de evidenciar o carácter não efetivo e dissuasivo do regime português relativo ao exercício de funções docentes titulado por vínculos laborais temporários.

8. Quando tenha ocorrido uma utilização abusiva do vínculo laboral temporário “uma medida que apresente garantias efetivas e equivalentes de proteção dos trabalhadores *deve poder ser aplicada para punir devidamente esse abuso e eliminar as consequências da violação do direito comunitário*” (considerando 102 Acórdão Adeneler e O. – itálico nosso).

A conversão de contrato de trabalho a termo não é, *prima facie*, compatível com a exigência constitucional de concurso público para ingresso na carreira (Acórdão do plenário do TC n.º 683/99, processo n.º 42/98 e considerando 43 das conclusões de 20-09-2005 do Advogado-Geral Poiares Maduro no processo n.º C-53/04 e C-180/04¹⁴); nem a Diretiva 1999/70/CE nem o acordo-quadro têm disposição que a imponha¹⁵. No entanto, importa não perder de vista que o que há que garantir é a igualdade de oportunidades no acesso aos empregos públicos e a seleção dos mais capazes para o exercício da atividade. Ora, num contexto em que as relações laborais a termo resultam

¹⁴ Poiares Maduro escreve: “Por um lado, parece-me que o direito comunitário não se destina a intervir na escolha, pelos Estados-Membros, dos procedimentos de seleção e de recrutamento para empregos na Administração Pública. Por outro, não é de excluir que uma generalização do procedimento de requalificação ponha em causa o princípio do preenchimento dos lugares permanentes na Administração Pública por funcionários recrutados mediante concurso. Nestas condições, a necessidade de preservar o mecanismo do concurso como mecanismo específico de acesso ao emprego nos órgãos da Administração Pública pode ser considerado um objetivo legítimo que justifica, nesse sector, a não transformação dos contratos de trabalho a termo em contratos sem termo”.

¹⁵ Cf. considerando 64 das conclusões de Eleanor Sharpston: “Embora o segundo parágrafo do preâmbulo do acordo-quadro recorde que os contratos de trabalho sem termo são a forma mais comum no que diz respeito à relação laboral entre empregadores e trabalhadores, nem a diretiva nem o acordo-quadro impõem uma obrigação geral de, quando possível, se prever a conversão dos contratos a termo em contratos sem termo certo”.



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

de sucessivos concursos de colocação anual (substantivamente não diferentes dos «concursos de ingresso na carreira»), em que os recrutados *têm um título profissional e são objeto de cíclicas avaliações de desempenho*, não é de afastar que, em face da análise de cada caso concreto, a conversão, por decisão judicial, possa surgir como a medida que se impõe para atalhar à objetiva evidência de ineficácia do regime que permite a manutenção de docente em situação precária durante 10, 15, 20 anos.

III

9. Um dos objetivos do acordo-quadro – como expresso no décimo quarto considerando da Diretiva 1999/70, do parágrafo § 3 do preâmbulo do acordo-quadro, dos pontos 7 a 10 das considerações gerais e do artigo 1.º do acordo-quadro – é o de “estabelecer um quadro geral para assegurar a igualdade de tratamento para os trabalhadores a termo, protegendo-os contra a discriminação”¹⁶. “No que diz respeito às condições de emprego, não poderão os trabalhadores contratados a termo receber tratamento menos favorável do que os trabalhadores permanentes numa situação comparável pelo simples motivo de os primeiros terem um contrato ou uma relação laboral a termo, salvo se razões objetivas justificarem um tratamento diferente” (artigo 4.º do acordo-quadro¹⁷). O preceito “deve ser entendido no sentido de que exprime um princípio de direito social comunitário que não pode ser interpretado de modo restritivo” (considerando 114 do Acórdão do TJUE de 15-04-2008, C-268/06, Impact).

A expressão “condições de empregos” é “objeto de uma interpretação ampla”¹⁸, “engloba[ndo, designadamente,] as condições relativas às remunerações bem como às

¹⁶ O outro, como já referido, é o de “evitar os abusos decorrentes da utilização de relações laborais e contratos de trabalho a termo sucessivos” (considerando 41 do Acórdão do TJUE de 08-03-2012, processo C-251/11, Martial Huet contra *Université de Bretagne occidentale*).

¹⁷ Sobre o reconhecimento de efeito direto deste preceito, ver considerandos 60 a 68 segs. do Acórdão do TJUE de 15-04-2008, C-268/06, Impact.

¹⁸ Considerando 51 das conclusões da Advogada-geral Eleanor Sharpston apresentadas em 12-05-2011 no processo C-177/10, Francisco Javier Rosado Santana c. Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía.



O PROVIDOR DE JUSTIÇA



pensões que dependem da relação laboral, com exclusão das condições relativas às pensões decorrentes de um regime legal de segurança social”^{19 20}.

Na queixa, vem invocada uma tripla diferenciação: i) diferenciação remuneratória, que conduz, por exemplo, a que um trabalhador inserido na carreira com dez anos de serviço docente aufera remuneração bastante superior a um trabalhador com relações laborais a termo com dez anos de serviço docente; para além de a remuneração do primeiro ser progressiva e a do segundo constante; ii) diferenciação na periodicidade das avaliações – por ciclos de progressão para o primeiro, anual para o segundo; iii) diferenciação do número de horas da componente letiva – decrescente com a antiguidade para o primeiro e padronizada por um limite máximo para o segundo²¹.

Dir-se-á que existe uma razão objetiva justificativa de um tratamento diferente. Invocar-se-á, por hipótese, a diferença relativa à qualidade de «docente do quadro». Mas o motivo é declinável por corresponder à consideração da duração da relação laboral como fator de diferenciação, que é o critério expressamente vedado pela norma do citado artigo 4.º, n.º 1²². Chamar-se-á, porventura à colação o facto de aquela qualidade pressupor a superação com êxito de um concurso externo. Mas também aqui esta causa não é por si justificativa da diferenciação: é que o concurso para o exercício das funções docentes, seja para o exercício por tempo indeterminado, seja para o exercício precário,

¹⁹ Cf. ponto 5 do dispositivo do Acórdão do TJUE de 15-04-2008, processo C-268/06.

²⁰ Constituem, também, condições de emprego “as regras nacionais relativas aos períodos de serviço a cumprir para se poder ser classificado num escalão de remuneração superior” – considerando 46 do Acórdão do TJUE de 08-09-2011, processo C-177/10, Francisco Javier Rosado Santana c. Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía.

²¹ O artigo 79.º do ECD refere-se à redução da componente letiva do trabalho semanal do “pessoal docente em exercício de funções” sem diferenciar, no entanto, entre o tipo de vínculo. No entanto, essa diferenciação sempre foi feita e consta do artigo 10.º, n.º 1, do Despacho n.º 5328/2011, de 18.3, DR, 2.ª série, n.º 61, de 28.3.2011, p. 14522.

²² “No que diz respeito às condições de emprego, não poderão os trabalhadores contratados a termo receber tratamento menos favorável do que os trabalhadores permanentes numa situação comparável *pele simples motivo de os primeiros terem um contrato ou uma relação laboral a termo*, salvo se razões objetivas justificarem um tratamento diferente” (itálico nosso).



O PROVIDOR DE JUSTIÇA



é substantivamente do mesmo tipo: não é um concurso de provas mas unicamente de natureza curricular²³.

IV

10. Perante o quadro exposto, crê-se que aos interessados se oferecem, no plano estadual interno, duas possibilidades:

- a) **Intentar ações judiciais tendentes a obter**, por aplicação do Direito da União Europeia, **a conversão dos respetivos contratos**, cujo equacionamento cuidado, em alguns casos, não é de afastar²⁴; e/ou
- b) **Intentar ações de responsabilidade civil extracontratual contra o Estado** por violação de direito dos docentes à proteção conferida pela Diretiva em referência²⁵.

De forma instrumental, para instrução adequada de tais ações, pode justificar-se, quer de forma individual quer de forma coletivamente organizada, a formulação de pedidos de acesso à informação administrativa pertinente, acima referida, ao abrigo do correspondente regime substantivo²⁶.

²³ Recorde-se que a “prova de avaliação de competências e conhecimentos” a que se refere o artigo 22.º, n.º 1, alínea f), do EDC não é um método de seleção, mas um requisito geral de admissão a concurso; a exigência desta prova (Decreto-Lei n.º 270/2009, de 30.9) não foi feita até ao momento.

²⁴ No considerando 95 das Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston apresentadas no processo C-177/01, esta destaca: “O órgão jurisdicional de reenvio é obrigado a utilizar a interpretação da diretiva e do acordo-quadro dada pelo Tribunal de Justiça, mesmo que o Tribunal Constitucional espanhol haja declarado que diferenças de tratamento entre funcionários temporários e efetivos não contrariam (ou podem não contrariar) a Constituição desse Estado-Membro”.

²⁵ Cf., v.g., considerando 202 do Acórdão do TJUE de 23-04-2009, Angelidaki, : “... no caso de o resultado prescrito por uma diretiva não poder ser atingido por via de interpretação, deve recordar-se que, segundo o acórdão de 19 de Novembro de 1991, Francovich e o. (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I – 5357, n.º 39), o direito comunitário impõe aos Estados-Membros a reparação dos danos causados a particulares pela não transposição dessa diretiva, desde que estejam reunidas três condições. A primeira é que a diretiva tenha como objetivo atribuir direitos a particulares. Seguidamente, o conteúdo desses direitos deve poder ser identificado com base nas disposições da diretiva. Deve haver, finalmente, um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado-Membro e o dano sofrido (v. acórdão de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Colect., p. I – 3325, n.º 27, e despacho Vassilakis e o., já referido, n.º 60)”.

²⁶ Cf. pp. 10 e 11, supra.



O PROVIDOR DE JUSTIÇA



“A obrigação, decorrente de uma diretiva, de os Estados-Membros atingirem o resultado nela previsto, bem como o dever de tomarem todas as medidas gerais ou especiais adequadas para assegurar o cumprimento dessa obrigação, impõe-se a todas as autoridades dos Estados-Membros”. “Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não sendo possível efetuar uma interpretação e uma aplicação da regulamentação nacional conformes com as exigências do direito da União, os tribunais nacionais e os órgãos da administração têm o dever de aplicar integralmente o direito da União e de proteger os direitos que este confere aos particulares, deixando de aplicar, se necessário, qualquer disposição contrária de direito interno” (respetivamente, considerandos 51 e 53 do Acórdão do TJUE de 08-09-2011, processo C-177/10, Francisco Javier Rosado Santana c. Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía; e considerando 111 do Acórdão Adeneler e O., citado).

11. Noutro plano, crê-se que a situação é suscetível de merecer a atenção da Comissão em sede de incumprimento pelo Estado português do Direito da EU (artigos 259.º e 260.º do Tratado relativo ao Funcionamento da UE) corporizado na diretiva da UE e na vasta jurisprudência que lhe respeita, na sequência de queixas que lhe sejam presentes pelos docentes ou pelas suas associações.

12. Nestes termos – independentemente das eventuais iniciativas judiciais dos interessados e do impacto que o seu número e utilização sistemática poderá ter, juntamente com eventuais ações judiciais promovidas pelas respetivas estruturas representativas –, cumpre-nos **chamar a melhor atenção de V. Exa para o desacordo que se crê existir entre o regime português relativo ao exercício de funções docentes nos estabelecimentos públicos de educação pré-escolar e de ensino básico e secundário e o Direito da União Europeia na matéria.**

13. Este desacordo reclama, por um lado, a consideração legislativa das situações concretas existentes e, por outro lado, o ajustamento do regime de contratação dos docentes e das formas de organização das necessidades letivas.



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

As considerações expostas vão de encontro à função do Provedor de Justiça de “procurar contribuir, em colaboração com os órgãos e serviços competentes, as soluções mais adequadas à tutela dos interesses legítimos dos cidadãos e ao aperfeiçoamento da ação administrativa” (artigo 21.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 9/91, de 9.4) e, bem assim, de “assinalar as deficiências da legislação que verificar” (artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do mesmo diploma).

Com os melhores cumprimentos, 

O Provedor de Justiça



Alfredo José de Sousa