



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

Sua Excelência
O Ministro da Defesa Nacional
Av. Ilha da Madeira
1400-204 LISBOA

31MAI2012 007076

PROTÓCOLO

Sua referência	Sua comunicação	Nossa referência
		Proc. R - 4090/10 (A4) R-1577/11 (A4)

Assunto: *Técnicos de Diagnóstico e Terapêutica do Exército. Regime de avaliação e de alteração de posicionamento remuneratório.*

1. Alguns técnicos de diagnóstico e terapêutica a desempenhar funções no Exército solicitaram a minha intervenção relativamente à circunstância de há muito não se verificar qualquer evolução na sua carreira.
2. A propósito da situação de um dos queixosos - Senhora F...
-, a Provedoria de Justiça solicitou ao Chefe do Estado Maior do Exército (CEME) que ponderasse a aplicação a estes técnicos do atual regime de avaliação do desempenho e de alteração do posicionamento remuneratório aplicáveis à generalidade dos trabalhadores em funções públicas, à luz do enquadramento normativo então traçado (conforme ofício que junto).
3. A sucinta resposta recebida, de que igualmente junto cópia, traduziu-se, no essencial, na afirmação de que *"por se tratar de uma matéria de acentuada complexidade e a bem da segurança jurídica, aguarda-se que a carreira Técnica de Diagnóstico e Terapêutica seja, por via de diplomas próprios, adaptada ao regime introduzido pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, tal como aconteceu com a carreira de enfermagem"*. Limitou-se, pois, aquela entidade a reiterar a posição já assumida junto dos queixosos, não comunicando qualquer apreciação à análise jurídica exaustiva que lhe foi transmitida pelos serviços que dirijo.



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

4. Não me podendo conformar com tal desfecho e ponderando o dever que estatutariamente recai sobre o Provedor de Justiça de, em articulação com as entidades competentes, procurar as soluções mais adequadas à tutela dos direitos dos cidadãos, sou levado a demandar a colaboração de Vossa Excelência no sentido de, independentemente da aludida revisão legislativa, ser alterado o procedimento seguido até ao presente e ser dado cumprimento ao regime imperativo aplicável à situação.

5. Tenho presente, para tanto, os poderes que a Vossa Excelência assistem enquanto titular do departamento governamental que tem por missão assegurar e fiscalizar a administração das Forças Armadas e dos demais serviços e organismos nele integrados¹.

6. Para tanto, começarei por enunciar, a título exemplificativo – já que viso todos os demais trabalhadores do Exército em idênticas condições –, os traços essenciais da situação funcional em que se encontra a trabalhadora acima referida. Sintetizarei igualmente a apreciação jurídica já transmitida ao CEME e, por fim, exporei os motivos por que não me conformei com as explicações fornecidas pelos serviços que aquele dirige.

- O caso concreto submetido à apreciação do Exército -

7. Da situação jurídico-funcional da técnica F... importa reter, sobretudo, o seguinte:

7.1. A trabalhadora foi integrada na carreira de Técnico de Diagnóstico e Terapêutica do Quadro de Pessoal Civil do Exército em ...99, na categoria de técnica de 2.ª classe, escalão 1, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 195/97, de 31 de julho.

7.2. Até à suspensão da contagem de tempo de serviço imposta pela Lei n.º 43/2005, de 29 de Agosto², progrediu ao 2.º escalão em ...2002 e ao 3.º escalão em

¹ Acresce que, como bem salientou já o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, a circunstância de poder estar em causa o exercício de uma competência exclusiva do CEME (por respeitar à definição de situações jurídico-funcionais de pessoal civil do Exército) "não exclui nem afasta, no mais, a relação hierárquica existente ao nível dos respetivos órgãos" (Parecer n.º 60/2007, de 27.9.2007).

² Medida cuja vigência foi prorrogada até 31.12.2007 pela Lei n.º 53-C/2006, de 29 de dezembro.



O PROVEDOR DE JUSTIÇA



...2005, uma vez que, em tais datas, completou 3 anos de tempo de serviço no escalão anterior.

7.3. Desde então e não obstante a entrada em vigor do novo regime de vínculos, carreiras e remunerações, constante da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro (LVCR), a trabalhadora não alterou a posição remuneratória por que aufere.

7.4. Em matéria de avaliação do desempenho, importa considerar que:

- a) Em 2006³, foi atribuída à trabalhadora a classificação de Satisfaz, relativa aos anos de 2003 a 2005;
- b) Em 2009⁴, foi-lhe atribuída igual menção, relativamente aos anos de 2006 a 2008;
- c) Presentemente decorre o procedimento de avaliação relativo ao triénio 2009-2011;
- d) As avaliações referidas nas alíneas anteriores foram atribuídas ao abrigo do regime específico de avaliação da carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica, constante dos arts. 18.º a 31.º do Decreto-Lei n.º 564/99, de 21 de dezembro, regulamentado pelo Despacho n.º 13935/2000, da Ministra da Saúde, publicado no Diário da República, II Série, n.º 155, de 7 de julho;
- e) A trabalhadora nunca foi notificada da atribuição de pontos pela avaliação relativa aos anos de 2004 a 2007 nos termos previstos no art. 113.º da LVCR.

7.5. No essencial, o Exército considerou não ser possível alterar o posicionamento remuneratório da trabalhadora, porquanto:

- a) Da aplicação do art. 113.º da LVCR decorre que a trabalhadora totaliza 6 pontos correspondentes às avaliações dos desempenhos de 2004 a 2007;
- b) *“Por se desconhecer norma que regula as avaliações de 2008 e 2009 dos trabalhadores da carreira de TDT, esta não tem sido considerada para apuramento dos trabalhadores com direito a progressão por opção gestonária”* e
- c) Para efeitos de alteração obrigatória de posicionamento remuneratório, a trabalhadora apenas contabiliza 6 pontos (correspondentes às avaliações de 2004 a 2007), não perfazendo, assim, os 10 pontos necessários, conforme previsto no art. 47.º, n.º 6, da LVCR.

³ Despacho de homologação de 2.6.2006.

⁴ Despacho de homologação de 17.6.2009.



O PROVEDOR DE JUSTIÇA



- O regime jurídico aplicável à carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica -

8. Na apreciação jurídica do caso que a Provedoria de Justiça transmitiu ao CEME considerou-se que:

8.1. A carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica, não tendo sido objeto de revisão, extinção ou de decisão de subsistência após a entrada em vigor da LVCR, continua a reger-se pelas disposições normativas aplicáveis em 31 de dezembro de 2008, com as alterações decorrentes dos artigos 46.º a 48.º (alterações de posicionamento remuneratório), 74.º e 75.º (prémios de desempenho) e 113.º (relevância das avaliações relativas ao período de 2004 a 2007) da LVCR. Assim resulta do disposto nas leis do Orçamento do Estado para os anos de 2009 a 2012⁵.

8.2. Do mesmo passo, o art. 117.º, n.º 4, da LVCR estabeleceu que, a partir da sua entrada em vigor, *“as alterações de posicionamento remuneratório processam-se nos termos previstos nos artigos 46.º a 48.º e 113.º da presente lei nas atuais carreiras e, ou, categorias, considerando-se que as referências legais feitas a escalão e mudança de escalão correspondem a posição remuneratória e a alteração de posicionamento remuneratório, respetivamente”*.

8.3. Em matéria de avaliação do desempenho relevante para efeitos de alteração de posicionamento remuneratório, importa considerar que o regime da avaliação do desempenho específico da carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica [constante do Decreto-Lei n.º 564/99 e do despacho identificado em 7.4. d)]:

a) Previa a atribuição de classificação com periodicidade trienal (art. 23.º, n.º 1)⁶ e apenas duas menções classificativas: *Satisfaz* e *Não Satisfaz* (art. 20.º);

b) Enquanto sistema de avaliação específico de uma carreira, aprovado em momento anterior à entrada em vigor da Lei n.º 10/2004, de 22 de março, não foi substituído por

⁵ A Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2009, determinou que se mantêm *“as carreiras que ainda não tenham sido objeto de extinção, de revisão ou de decisão de subsistência, designadamente as de regime especial e os corpos especiais”*, as quais, até à revisão, continuam a reger-se pelas disposições normativas ainda em vigor, com exceção das disposições referidas (art. 18.º). Idêntica solução foi contemplada nas Leis do Orçamento do Estado para 2010, 2011 e 2012 (respetivamente, arts. 21.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril e 35.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, este último mantido em vigor pelo art. 20.º, n.º 1, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro).

⁶ O que não prejudicava que a mesma se pudesse realizar, *“a qualquer momento”*, a pedido dos trabalhadores (n.º 2 do mesmo preceito).



O PROVEDOR DE JUSTIÇA

7

outro regime que procedesse à adaptação à mesma carreira do sistema de avaliação previsto naquela Lei (e ao abrigo do respetivo artigo 21.º), nem do regime de avaliação atualmente em vigor para a generalidade dos trabalhadores em funções públicas, aprovado pela Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro.

8.4. A conjugação das normas aplicáveis impõe que, para efeitos de alteração de posicionamento remuneratório, se considerem relevantes, quanto aos desempenhos de 2004 a 2008, as classificações obtidas ao abrigo do regime específico de avaliação da carreira referido no ponto anterior. É o que resulta da aplicação do art. 41.º, n.º 5, do Decreto Regulamentar n.º 19-A/2004, de 14 de maio (quanto a 2004), dos arts. 2.º, n.º 2, e 4.º, n.º 1, da Lei n.º 15/2006, de 26 de abril (quanto aos anos de 2005 e 2006-2007, respetivamente) e dos arts. 82.º, n.º 1, e 86.º, n.º 2, da Lei n.º 66-B/2007 (quanto a 2008).

8.5. A consideração de tais avaliações implica a atribuição aos trabalhadores que obtiveram avaliação positiva (ou seja, a menção *Satisfaz*) de 1,5 pontos por cada um dos anos do período de 2004 a 2007 [art. 113.º, n.º 2, alínea d) e n.º 6 da LVCR e art. 24.º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 564/99]. Uma vez notificados da atribuição destes pontos, nos termos do art. 113.º, n.º 8, da LVCR, os trabalhadores poderiam requerer a avaliação por ponderação curricular, ao abrigo do n.º 9 do mesmo preceito.

8.6. A relevância daquelas classificações implica igualmente que, para efeitos de alteração de posicionamento remuneratório por opção gestionária ou de atribuição de prémios de desempenho nos termos dos arts. 47.º, n.º 1, e 75.º da LVCR, os trabalhadores deveriam ter sido obrigatoriamente submetidos a ponderação curricular (art. 113.º, n.º 12, da LVCR e art. 85.º, n.º 2, da Lei n.º 66-B/2007⁷).

8.7. A partir do desempenho de 2009, inclusive, os técnicos de diagnóstico e terapêutica passaram a estar abrangidos pelo sistema de avaliação aplicável à generalidade dos trabalhadores que exercem funções públicas, uma vez que o referido regime específico de avaliação, não tendo sido objeto de adaptação ao SIADAP até 31.12.2008, caducou por força do disposto no art. 86.º, n.º 2, da Lei n.º 66-B/2007. Assim, os desempenhos de 2009, 2010 e 2011 dos trabalhadores integrados na

⁷ Nestes preceitos impõe-se a avaliação por ponderação curricular sempre que, para os referidos efeitos, seja necessário ter em conta a avaliação de desempenho e só tenha havido atribuição de menção qualitativa, como se previa no sistema de avaliação do Decreto-Lei n.º 564/99.



O PROVEDOR DE JUSTIÇA

9

carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica deveriam ter passado a ser avaliados de acordo com o regime do SIADAP e não segundo o regime específico anteriormente aplicável à carreira, o qual já não se encontra em vigor.

9. O cotejo entre a factualidade descrita e o enquadramento normativo aplicável permitem concluir que a atuação dos serviços que dirige não respeitou o regime aplicável na medida em que:

- a) Os trabalhadores não foram notificados dos pontos atribuídos pelas avaliações dos anos de 2004 a 2007, nos termos do art. 113.º, ns. 1, 2, alínea d), e 8, da LVCR;
- b) Os trabalhadores continuaram a ser avaliados ao abrigo do regime específico de avaliação aplicável à carreira quando, a partir do desempenho de 2009, deveriam ter sido avaliados nos termos da Lei n.º 66-B/2007;
- c) O Exército considerou que, a partir de 2008, os técnicos de diagnóstico e terapêutica não dispunham de avaliações de desempenho que pudessem ser consideradas para efeitos de alteração do posicionamento remuneratório por opção gestonária, pelo que não foram incluídos nos universos definidos nos termos do art. 46.º, n.º 2 da LVCR. Ao invés, o Exército: não só *i.* deveria ter procedido nos termos referidos quanto à avaliação do desempenho, considerando as avaliações obtidas para estes efeitos, como *ii.* não poderia ter definido os universos das carreiras e categorias relevantes para alteração de posicionamento remuneratório por opção gestonária com base no fundamento da falta de avaliação do desempenho a considerar para esse efeito.

10. A apreciação jurídica exposta permite igualmente compreender por que não me posso conformar com a posição transmitida pelo Gabinete do CEME de que se trata de *“uma matéria de acentuada complexidade”*, pelo que *“a bem da segurança jurídica aguarda-se que a carreira técnica de diagnóstico e terapêutica seja, por via de diplomas próprios, adaptada ao regime introduzido pela Lei n.º 12-A/2008”*.

10.1. Desde logo, porque a complexidade da matéria não legitima que a Administração se exima da aplicação do Direito e da concretização dos direitos dos trabalhadores que emprega. Complexidade que, aliás, o Exército não fundamenta, na medida em que, perante a apresentação do quadro normativo e da solução que deste resulta, aquele limita-se a observar que *“sem prejuízo da solução apontada a coberto do artigo 85.º, n.º 2, da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro, parece a mesma depender de*



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

7

requerimento do trabalhador como resulta do n.º 7, do artigo 42.º, em estreita dependência com o n.º 1 da disposição subsequente, sendo que, por outro lado, o invocado artigo 85.º tem como epígrafe 'avaliações anteriores'. Observação que esquece que este preceito usa a expressão "é realizada ponderação curricular", sem exigir requerimento do interessado e remetendo tão só para o art. 43.º e não para o art. 42.º, em cujo n.º 7 se prevê a necessidade de requerimento⁸. E descure igualmente que a epígrafe do preceito em questão inclui também a expressão "e conversão de resultados": assim, enquanto os ns. 3 e 4 se referem às avaliações dos anos anteriores que ainda podem ser relevantes, os ns. 1 e 2 respeitam à conversão de resultados da aplicação de diversos sistemas de avaliação.

10.2. Por outro lado, não se ignora que o novo regime de vínculos, carreiras e remunerações comportou uma modificação substancial do quadro normativo das relações de emprego público em vários domínios, de que é demonstrativo o extenso elenco de diplomas revogados, quer pela LVCR (art. 116.º), quer pelo Decreto-Lei n.º 121/2008, de 11 de julho, em matéria de extinção de carreiras de regime especial. Reconhece-se igualmente que a aplicação transitória da LVCR e da Lei n.º 66-B/2007, sobretudo aos trabalhadores das carreiras não revistas, envolve a aplicação concatenada de vários preceitos e diplomas, como aliás, resulta claro da apreciação contida no ponto 8. Tal dificuldade não pode, no entanto, constituir fundamento para a recusa da aplicação do regime legal, de natureza imperativa e que, portanto, ao não convocar a ponderação de outros critérios valorativos, não confere espaço de autonomia à Administração para escolher a melhor solução para cada caso concreto.

10.3. A segurança jurídica, enquanto valor inerente ao princípio do Estado de Direito (art. 2.º da Constituição), proíbe a quebra intolerável de confiança na estabilidade das relações jurídicas. Não pode, por isso, sustentar a falta de aplicação do direito a determinada situação por dúvidas de interpretação, na expectativa de que um futuro regime as venha esclarecer, gerando, com isso, a indefinição ou instabilidade jurídicas que o invocado princípio diretamente proscreve.

10.4. Aliás, o efeito que decorre de tal posição – a não aplicação do regime de alteração de posicionamento remuneratório, por falta de avaliações de desempenho

⁸ A desnecessidade de requerimento não prejudica que a avaliação por ponderação curricular careça de colaboração do avaliado mediante a apresentação da documentação relevante que permita ao avaliador nomeado fundamentar a proposta de avaliação (art. 43.º, n.º 2).



O PROVEDOR DE JUSTIÇA

9

relevantes, enquanto não se operar a revisão da carreira – *contraria frontalmente* o regime legal imperativo acima citado, que determina que a falta de revisão das carreiras especiais *não prejudica* a aplicação do disposto na LVCR em matéria de alterações de posicionamento remuneratório e prémios de desempenho.

Trata-se de resultado que não pode igualmente deixar de se considerar atentatório do mais elementar princípio de justiça: que fundamento objetivo e racional pode justificar que, ao contrário do que sucedeu com a generalidade dos trabalhadores em funções públicas, determinado grupo de trabalhadores, pelo simples facto de pertencer a uma carreira não revista, fique privado de avaliação de desempenho e de qualquer evolução remuneratória até que o legislador venha suprir a omissão de revisão?

Foi exatamente para evitar a produção de injustiças desta natureza que a LVCR, e depois as Leis orçamentais, estatuíram a obrigatoriedade de aplicação do novo regime de alteração de posicionamento remuneratório a todos os trabalhadores em funções públicas, ainda que integrados em carreiras carecidas de revisão. O mesmo escopo levou o legislador da Lei n.º 66-B/2007 a definir o regime de avaliação aplicável aos trabalhadores abrangidos por sistemas de avaliação específicos ainda não revistos, estatuidando um prazo para a sua adaptação ao SIADAP e a caducidade dos que não fossem objeto de revisão oportuna, após o que os trabalhadores ficariam abrangidos pelo regime comum – o SIADAP.

Do mesmo passo, teve o legislador o cuidado de prever a conversão das classificações resultantes dos regimes específicos e o recurso a ponderação curricular no caso de tal conversão não ser possível, permitindo, desse modo, a aplicação a todas as situações das regras gerais em matéria de alteração de posicionamento remuneratório e de prémios de desempenho.

10.5. Acresce que não se trata de questão que se encontre dependente da revisão da carreira de técnico de diagnóstico e terapêutica. Conforme foi salientado junto dos serviços do Estado Maior do Exército, o regime de avaliação do desempenho não pode, no atual quadro normativo das carreiras, ser qualificado como integrando o regime de carreiras e, portanto, estar abrangido pelas normas que dispõem (ou dispuseram) sobre essa revisão, porquanto a LVCR, que *estabelece os regimes de vinculação, de carreiras, e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções*



O PROVIDOR DE JUSTIÇA



públicas”, não abrange a matéria da avaliação do desempenho, objeto de diploma autónomo.

- A correção da atuação ilegal -

11. Das considerações precedentes resulta com clareza a atuação que se impõe em ordem a repor a legalidade violada, no que respeita à avaliação relevante para alteração de posicionamento remuneratório quanto aos anos de 2004 a 2008:

a) Devem os trabalhadores ser notificados dos pontos atribuídos pelas avaliações dos anos de 2004 a 2007;

b) Tendo o Exército procedido, até 2011⁹, a alterações de posicionamento remuneratório por opção gestionária nos termos previstos na LVCR¹⁰ deve promover, independentemente de requerimento dos trabalhadores, a avaliação por ponderação curricular quanto aos desempenhos de 2004 a 2008 (art. 113.º, n.º 12, da LVCR e art. 85.º, n.º 2, da Lei n.º 66-B/2007).

12. No que toca aos desempenhos de 2009 a 2011, as considerações precedentes permitem igualmente concluir estarmos perante uma atuação ilícita e culposa da Administração, na medida em que violou, quer as normas legais que regem a avaliação do desempenho, quer a diligência exigível nessa tarefa (que não se coadunava com o desconhecimento do regime aplicável), sendo irrelevante, para o efeito, a identificação, em concreto, dos respetivos autores materiais.

13. Verifica-se, por outro lado, que a falta de aplicação do SIADAP foi de molde a causar prejuízos na esfera jurídica dos interessados, porquanto daí resultou a impossibilidade de aplicação do regime de alteração de posicionamento remuneratório. Neste circunstancialismo, impende sobre o Estado, nos termos do disposto nos arts. 3.º e 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, a obrigação de reparar os danos causados, o que deve fazer, antes de mais, mediante a reconstituição da situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação. Ora, no caso, não sendo possível fixar agora objetivos relativamente a desempenhos já decorridos, a forma mais aproximada de se alcançar

⁹ Ano a partir do qual foi proibida, pelas leis orçamentais, a prática de atos que consubstanciem valorizações remuneratórias.

¹⁰ Conforme resulta da informação prestada pelo Exército, que se citou supra, no ponto 6.5. b).



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

tal reparação natural será a de permitir aos trabalhadores interessados o recurso à solução que a lei prevê para a impossibilidade de avaliação por falta do período mínimo de serviço efetivo no ano em avaliação. Nestes casos, previstos no art. 42.º da Lei n.º 66-B/2007, determina-se a relevância da “última avaliação atribuída nos termos da presente lei” (n.º 6) ou, na falta desta ou por opção do interessado, a avaliação por ponderação curricular (n.º 7).

14. Por fim, a reparação dos aludidos danos exige também que, uma vez regularizadas as avaliações do desempenho nos termos referidos nos números anteriores, sejam praticados os atos de alteração de posicionamento remuneratório e de atribuição de prémios de desempenho que teriam sido praticados caso tais avaliações tivessem sido oportunamente consideradas.

São estas as razões, Senhor Ministro, que nos termos do artº 21 nº 1 c) do E.P.J. me levam a sugerir a Vossa Excelência que, no uso dos poderes que detém relativamente aos órgãos com competência na matéria, se digne diligenciar no sentido de ser reponderada a posição anteriormente assumida sobre a questão e, conseqüentemente, vir a ser regularizada, nos termos atrás descritos, a situação jurídico-funcional dos técnicos de diagnóstico e terapêutica em exercício de funções no Exército, como impõem a lei e a justiça.

Solicito, ainda, a Vossa Excelência que me seja dada informação sobre a sequência que o assunto vier a merecer.

Queira aceitar, Senhor Ministro, os meus melhores cumprimentos, *também pessoais*

O PROVIDOR DE JUSTIÇA,

(Alfredo José de Sousa)

Anexo: of. Prov. Jus. n.º 5154, de 7.4.2011 e of. CEME n.º 9719, de 26.8.2011.