



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

[Handwritten mark]

2NOV2011 014890

Exma Senhora
Directora-Geral da Administração e do
Emprego Público
Praça do Comércio, Ala Oriental, 2.º
Piso
1149-005 Lisboa

Vossa Referência
Ent. 4421, de 16.03.2011 DGAEP/DRJE

Vossa Comunicação

Nossa Referência
Proc. R- 4015/11 (A4)

Assunto: *Reclamação apresentada na Provedoria de Justiça. Lei do Orçamento do Estado para 2011. Proibição de valorizações remuneratórias.*

Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça relativamente a um conjunto de situações concretas que apresentam, em comum, os seguintes contornos:

- a) Respeitam a trabalhadores integrados na carreira docente que, por erro dos estabelecimentos de ensino onde desempenham funções, não progrediram ao escalão seguinte daquela carreira, em 2009 (num caso) e em 2010 (nos restantes), conforme decorria da aplicação do respectivo regime legal às situações concretas;
- b) Detectado o erro no ano em curso, os estabelecimentos de ensino solicitaram autorização ao Gabinete de Gestão Financeira do Ministério da Educação (doravante designado por GGF) para a correcção do índice remuneratório pelo qual os docentes vinham sendo remunerados;
- c) Por seu turno, o GGF solicitou a essa Direcção-Geral a emissão de parecer sobre a questão de saber se tais situações se podiam considerar abrangidas “pelo regime de excepção a que se refere o n.º 4 do art. 24.º da referida Lei [Lei do Orçamento do Estado para 2011], podendo inclusive ter efeitos retroactivos, ou se pelo contrário ficam abrangidas pela proibição do n.º 1 do art. 24.º¹;

¹ Cfr. of. n.º 1009, de 14.3.2011, Ent. n.º 4421, de 16.3.2011.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

d) Em resposta², a DGAEP entendeu que as situações em causa reportam-se a progressões, *“não reconduzíveis ao conceito de promoção e, consequentemente, à previsão do n.º 4 do artigo 24.º da LOE, pelo que, durante o ano de 2011 e por força do n.º 1 do mesmo artigo, as mesmas não podem concretizar-se visto darem lugar a valorizações remuneratórias”*, parecer que levou o GGF, em todos os casos, a negar a autorização requerida.

1. A ponderação da questão subjacente às situações descritas justifica que se comece por enunciar, de forma necessariamente sumária, o regime de progressão da carreira docente, em larga medida divergente do regime geral de alteração do posicionamento remuneratório dos trabalhadores que exercem funções públicas.

Nos termos do art. 37.º, ns. 1 e 2, do Estatuto da Carreira Docente³, a progressão na carreira docente consiste na alteração do índice remuneratório através da mudança de escalão e depende da verificação cumulativa dos seguintes requisitos⁴:

- a) Permanência de um período mínimo de serviço docente efectivo no escalão imediatamente anterior;
- b) Atribuição, nas duas últimas avaliações do desempenho, de menções qualitativas não inferiores a Bom e
- c) Frequência, com aproveitamento, de módulos de formação contínua que correspondam, na média do número de anos de permanência no escalão, a 25 horas anuais ou, em alternativa, de cursos de formação especializada.

Por outro lado, determina o n.º 8 do mesmo preceito que a progressão ao escalão seguinte opera-se, em regra⁵, na data em que o docente perfaz o tempo de serviço no escalão, desde que tenha cumprido os requisitos de avaliação do desempenho e formação contínua, *“sendo devido o direito à remuneração correspondente ao novo*

² Prestada através do ofício n.º 1438, de 27.4.2011, sob a ref.^a Ent. 4421, de 16.03.2011 DGAEP/DRJE.

³ Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, adiante designado por ECD, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, cuja redacção actual é a conferida pelo Decreto-Lei n.º 75/2010, de 23 de Junho.

⁴ Encontram-se previstos, no n.º 3 do mesmo preceito, outros requisitos específicos no caso da progressão aos 3.º, 5.º e 7.º escalões (sujeição à observação de aulas e obtenção de vaga), que não justificam maior desenvolvimento, por não respeitarem aos casos em análise.

⁵ O regime diverge nos casos referidos na nota anterior, em que a progressão depende ainda da observação de aulas e da obtenção de vaga.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

T

escalão a partir do 1.º dia do mês subsequente a esse momento e reportado também a essa data”.

Em face do regime enunciado, o que está em causa nas situações submetidas à apreciação deste órgão do Estado é a desconformidade legal dos actos de processamento de vencimento praticados a partir do mês seguinte àquele em que os docentes perfizeram o tempo de serviço necessário à progressão (porquanto, em todos os casos, encontravam-se já preenchidos, em tal data, os demais requisitos, relativos à avaliação do desempenho e à formação contínua).

2. A questão que importa dilucidar é, pois, a de saber se a Lei do Orçamento do Estado em vigor admite a prática de actos administrativos que revoguem os actos de processamento de vencimento anteriores e que determinem o novo escalão em função do qual os docentes devem passar a ser remunerados.

Na verdade, a Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (LOE 2011), veio proibir as valorizações remuneratórias, vedando, no que aqui releva, a prática de quaisquer actos que as consubstanciem, designadamente, os actos de alterações de posicionamento remuneratório e de progressão. Esta proibição configura, como se sabe, um instrumento de contenção da despesa pública, objectivo basilar do Orçamento do Estado para 2011, e cuja vigência se deve, portanto, compreender neste mesmo ano, como, aliás, a lei determina (cfr. artigo 187.º, n.º 1). A Lei confere, aliás, a este regime carácter imperativo e prevalecente, cominando com a nulidade os actos que o violem (cfr. respectivamente, artigo 24.º, n.ºs. 1, 14 e 16).

3. O entendimento que essa Direcção-Geral transmitiu ao GGF assenta na qualificação como *excepcional* da norma da parte final do n.º 4 do art. 24.º – que salvaguarda da proibição as promoções que “*devessem obrigatoriamente ter já ocorrido*” em momento anterior à entrada em vigor da LOE 2011 – para daí concluir que todas as situações que não se integram na excepção, como as progressões e alterações de posicionamento remuneratório, cabem na alçada da regra geral e, portanto, na proibição de actos que consubstanciem valorizações remuneratórias.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

O argumento *a contrario* que provém da caracterização da norma como excepcional conduz, pois, à conclusão lógica de que a regra oposta à excepcional, ou seja, a regra geral, é a que vale para todos os demais casos não compreendidos na excepção. Do mesmo passo, o regime excepcional só pode ser aplicado nos casos que integrem a respectiva previsão e não admite, por isso, aplicação analógica.

4. No entanto, como refere Oliveira Ascensão⁶, *“esta simplicidade é enganadora”,* pois *“surtem casos que apresentam mais semelhanças com os regulados de modo excepcional que com os constantes da regra geral”*.

É o que sucede, precisamente, na situação em análise. No caso da promoção, a lei relevou, não o momento em que o acto vai ser praticado, mas sim o da verificação das condições de que a lei geral faz depender a constituição do respectivo direito, garantindo, assim, que o acto que a concretiza possa ainda ser praticado no quadro de uma proibição geral de prática de actos desta natureza.

Ora, a progressão é, a par da promoção, uma forma de evolução profissional e configura, no caso da carreira docente, um verdadeiro direito dos trabalhadores. Assim, e ainda que se sustente que o legislador utilizou aqui a expressão promoções em sentido estrito, pode defender-se, por identidade de razão, que nos casos em que o direito do trabalhador à progressão ou à alteração do posicionamento remuneratório se constituiu por força da lei em momento anterior a 01/01/2011 e que não foram concretizadas por qualquer razão que não lhe seja imputável, possam sê-lo ainda hoje. E não se pode ignorar aqui que algumas das promoções que são garantidas pela lei importarão sempre, segundo o regime que as regula, um acréscimo remuneratório para o trabalhador (cfr., exemplo, as promoções sem necessidade de concurso em carreiras ainda não revistas).

5. Importa notar que o que está em causa nas situações de promoção expressamente acolhidas é a supressão de uma omissão administrativa, mediante a reconstituição da situação jurídico-funcional em que os trabalhadores se encontrariam se a Administração tivesse actuado como estava adstrita e no tempo devido.

⁶ O Direito, Introdução e Teoria Geral, 9.ª edição, 1995, Almedina, Coimbra, pag. 444.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

Trata-se, pois, da reposição da legalidade por referência ao quadro normativo aplicável àquelas situações no momento em que a actuação administrativa deveria ter tido lugar.

Como expressivamente defende MÁRIO AROSO DE ALMEIDA⁷, acerca do problema da relevância das superveniências normativas na definição do direito substantivo aplicável à actuação administrativa, *“a correcta aplicação, no momento próprio, do direito vigente à data da recusa ilegal teria conduzido a que a situação do particular tivesse sido definida nos termos que as normas aplicáveis nesse momento estabeleciam. Era isto que o ordenamento exigia que se tivesse feito, era a isto que deveria ter conduzido a sua observância por parte da Administração. Ora, se isto tivesse acontecido e, portanto, a Administração tivesse agido como devia, definindo validamente a situação no momento próprio, por aplicação das normas então vigentes, nem sequer teria sido nunca de equacionar a hipótese da aplicação das novas normas à situação em causa, que já se encontraria resolvida à data em que essas normas entraram em vigor”*⁸.

Nestes termos, está em causa para este autor uma *“exigência de interesse público, uma vez que se trata de dar corpo à reintegração da legalidade (anterior). De outro modo, estar-se-ia, na verdade, a branquear a ilegalidade cometida e, desse modo, a dar às situações que foram objecto de uma conduta ilegal da Administração um tratamento injustificadamente discriminatório em relação àquele que porventura tenha sido dado a outras do mesmo tipo que não tenham sido objecto de uma tal conduta – o que, a nosso ver, seria atentatório do princípio da igualdade, no sentido clássico de igualdade na aplicação da lei ...”*.

Deste entendimento decorre, pois, que as determinações legais imperativas quanto ao momento em que devia actuar constituem a Administração no dever de praticar actos administrativos reportados ao passado, sempre que não tenha sido cumprido o dever de os emitir no momento devido, e, quando seja caso disso, o dever de fazer reportar a

⁷ *Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Almedina, Coimbra, 2002, pag. 730 e ss.

⁸ Os problemas que se suscitam a propósito de actuações administrativas impostas por lei revogada são idênticos aos que se colocam a propósito da eficácia temporal dos actos que a Administração deve praticar na sequência da anulação contenciosa de actos administrativos.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

esse momento os efeitos do acto. Prevalece, assim, a regra, enunciada pelo mesmo autor, de que a Administração “*deve aplicar o direito em vigor no momento em que lhe cumpre adoptar uma decisão tempestiva*”, abstraindo de circunstâncias supervenientes, para apenas tomar em conta os factos que, na altura, eram atendíveis e o quadro normativo que era então aplicável.

6. Ora, se a ressalva contida na parte final do art. 24.º, n.º 4, da LOE 2011 consubstancia a aplicação desta regra geral – a qual, por sua vez, é ditada, como se viu, pelos princípios da igualdade e da legalidade⁹ –, teremos que admitir a mesma disciplina jurídica para todos os casos idênticos ou em que concorram as mesmas razões que levaram o legislador a prever expressamente tais situações.

O que equivale a concluir pelo carácter não excepcional da norma em questão. A excepcionalidade substancial de uma norma mede-se, não pela mera oposição a outra regra, mas pela sua contradição com os princípios que inspiram a normalidade da disciplina jurídica¹⁰, ou seja, com as orientações fundamentais da ordem jurídica ou de um ramo do direito em particular¹¹.

Assim, ao concretizar o princípio geral enunciado, a expressa admissão das “*promoções que devessem obrigatoriamente ter ocorrido em data anterior*” não pode logicamente constituir uma disciplina singular ou extraordinária. Só assim sucederia se a previsão normativa da proibição de valorizações remuneratórias contida no art. 24.º da LOE 2011 abrangesse expressamente todas as valorizações que, por imperativo legal, deviam ter tido lugar em momento anterior. Uma vez que o preceito nada dispõe a esse respeito, devemos ter por aplicável a referida regra geral, de que a parte final do n.º 4 do preceito constitui tão só um afloramento, a todas as situações similares.

⁹ E, mesmo, segundo o autor citado, do próprio princípio do Estado de Direito, que postula a aplicação uniforme do direito, bem como, em estreita conexão com o mesmo, do princípio da separação de poderes, que veda à Administração o poder de escolher arbitrariamente o quadro normativo a aplicar a cada caso, através da escolha do momento em que actua, quando essa escolha lhe esteja vedada pela lei.

¹⁰ José Souto de Moura, voto de vencido no Parecer do conselho consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 53/1998, de 7.10.1998, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹ Oliveira Ascensão, ob. cit., pags. 445 a 447, onde o mesmo afirma expressivamente, “*se para qualificarmos uma regra como excepcional, nos bastarmos com o simples facto de ela contrariar outra regra de âmbito mais vasto, o resultado será insatisfatório*”.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

Em face de todo o exposto, solicito a V.Exa. que, à luz das considerações desenvolvidas, se digne promover nova ponderação da questão e das orientações divulgadas junto do GGF por essa Direcção-Geral sobre a matéria.

Com os melhores cumprimentos,

A Provedora-Adjunta

Helena Vera-Cruz Pinto