

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

Sua referência

Sua comunicação

Nossa referência

Proc. Q-3479/12 (A6)
Q-5074/12 (A4) Q-6040/12 (A4)

Assunto: *Concurso nacional de docentes. Sanções em caso de incumprimento dos deveres de aceitação e apresentação.*

I

Introdução

A presente missiva é motivada por um conjunto de queixas que me foram dirigidas em matéria de sanções administrativas por incumprimento dos deveres de aceitação e apresentação em sede de concurso de docentes, versando quer o regime legal abstratamente considerado, quer atuações administrativas sancionatórias em concreto.

II

Dos deveres de aceitação e apresentação e consequências para o seu incumprimento

1. O regime de recrutamento e seleção de pessoal docente no ensino não superior – hoje contido no Decreto-Lei n.º 132/2012, de 27 de junho¹ – estabelece que os

¹ Ao qual se referirão as normas indicadas adiante sem outra menção.

docentes colocados através de qualquer uma das modalidades de concurso² devem cumprir dois deveres em momento prévio ao início de funções:

a) Aceitação da colocação na aplicação informática disponibilizada pela Direção-Geral da Administração Escolar (DGAE) e

b) Apresentação (presencial) na escola onde foram colocados.

2. Os prazos fixados para o cumprimento destes deveres divergem em função da modalidade de procedimento concursal. Assim:

a) O prazo de cumprimento do dever de aceitação é de 5 dias úteis no caso de colocações subsequentes aos concursos externo e interno (art. 16.º, n.º 1) e de 48 horas (“correspondentes aos dois primeiros dias úteis seguintes à publicitação da lista de colocação” – art. 16.º, n.º 2) nos procedimentos para a satisfação de necessidades temporárias, com exceção da contratação de escola, cujas colocações devem ser aceites no 1.º dia útil seguinte ao da comunicação da colocação (art. 40.º, n.º 3);

b) Por seu turno, a apresentação dos candidatos aos concursos externo e interno deve ser feita no 1.º dia útil de setembro (art. 17.º, n.º 1), enquanto para os candidatos aos concursos para a satisfação de necessidades temporárias vigoram os seguintes prazos: 72 horas para a contratação inicial e mobilidade interna (17.º, n.º 1), 48 horas para a reserva de recrutamento (art. 37.º, n.º 10) e 1 dia útil para as colocações por contratação de escola (art. 40.º, n.º 4).

3. Em matéria de consequências do incumprimento de tais deveres, rege o art. 18.º, que, dada a relevância para a apreciação da questão enunciada, vale a pena reproduzir:

Artigo 18.º
Deveres de aceitação e apresentação

O não cumprimento dos deveres de aceitação e apresentação é considerado, para todos os efeitos legais, como não aceitação da colocação e determina a:

- a) Anulação da colocação obtida;
- b) Instauração de processo disciplinar aos docentes de carreira com vista à demissão ou despedimento;

² Tem-se presente que o recrutamento do pessoal docente faz-se através dos seguintes procedimentos de concurso: a) interno, dirigido aos docentes de carreira (art. 10.º); b) externo, dirigido a candidatos não integrados na carreira (art. 5.º, n.º 4) e c) concursos para a satisfação de necessidades temporárias, os quais podem revestir uma das seguintes modalidades (art. 6.º, n.º 4): c1) mobilidade interna (para docentes de carreira sem componente letiva), c2) contratação inicial, c3) reserva de recrutamento e c4) contratação de escola.

c) Impossibilidade de os docentes não integrados na carreira serem colocados mediante os concursos de contratação inicial e reserva de recrutamento, no respetivo ano escolar e no seguinte sem prejuízo de poderem ser opositores ao concurso externo, no ano da sua realização.

4. O realce concedido à conjunção “e” constante da previsão da norma citada – “o não cumprimento dos deveres de aceitação e apresentação” – justifica-se no confronto com a previsão do art. 37.º, n.º 11, do mesmo diploma que determina a aplicabilidade do citado art. 18.º no caso de “ausência de aceitação ou apresentação” após colocação em reserva de recrutamento.

5. A consideração de que a interpretação deve ter o texto da lei como ponto de partida e limite, com respeito pela função sintática dos termos usados (na presunção de que o legislador “soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”)³ legitima a **dúvida quanto à razão de ser da diferença de regime aplicável às colocações em sede de reserva de recrutamento relativamente às ocorridas nas demais modalidades de concurso: naquele caso, as consequências previstas no art. 18.º aplicam-se ao incumprimento de qualquer um dos deveres, quer o dever de aceitação, quer o dever de apresentação, enquanto nos restantes procedimentos aquele resultado parece só estar previsto no caso de infração cumulativa de ambos os deveres.**

6. Antes do desenvolvimento desta questão – que se retomará adiante – justifica-se sublinhar a diferente natureza dos “efeitos” do incumprimento dos deveres de aceitação e apresentação. De um lado, temos a “**anulação da colocação obtida**”, comum a todas as modalidades de recrutamento, medida que, apesar do uso do termo “anulação”⁴, **corresponderá, com mais propriedade, à sujeição da decisão administrativa de colocação a uma condição resolutiva**, reportada a duas atuações por parte do candidato: aceitação na aplicação informática e apresentação na escola. Nestes termos, embora esteja em causa o incumprimento de deveres, são mais razões ligadas à necessidade de colocação célere dos docentes que levam a negar a produção de efeitos às colocações que não merecerem a rápida adesão destes, assim permitindo que a Administração Educativa possa, quanto antes, atribuir o posto de trabalho a outro docente. Não está, pois, tanto em causa sancionar uma conduta omissiva que a lei considera ilícita, mas sim clarificar que a falta de aceitação

³ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12.11.2003 (Proc. n.º 39720).

⁴ No caso da reserva de recrutamento, a lei optou por prever que a colocação se “considera” “sem efeito” (art. 37.º, n.º 11).

da colocação (aqui entendida em termos latos) impossibilita a produção dos respetivos efeitos. **Somos, por isso, levados a afastar a natureza sancionatória de tal decisão de “anulação da colocação”⁵.**

7. Já às medidas previstas nas alíneas b) e c) do art. 18.^o – **a instauração de processo disciplinar aos docentes de carreira “com vista à demissão ou despedimento” e a impossibilidade de colocação dos candidatos não integrados na carreira em dois anos escolares⁶** – dificilmente se poderá deixar de reconhecer **natureza sancionatória**. No primeiro caso porque está em causa uma sanção disciplinar e, no segundo, porque é clara a existência de uma intenção punitiva, ou seja, a aplicação de uma privação imposta pela Administração aos responsáveis pela prática de uma conduta qualificada como ilícita no domínio administrativo⁷.

8. Será, também aqui, o interesse público na satisfação eficaz das necessidades de serviço docente – como meio de realização da tarefa estadual de promoção do ensino público – que justifica a previsão de sanções para o incumprimento dos deveres de aceitação e apresentação: “é porque a busca dos interesses públicos pode ser prejudicada pela prática dos ilícitos administrativos que existem as sanções administrativas gerais, a demonstrar que essas infrações têm potencial lesivo, que o dano por elas provocado é relevante e que, por isso, elas não serão suportadas sem gerar contrapartida desfavorável para o infrator”⁸. O que está em causa, afinal, é evitar os prejuízos produzidos pela infração: “como se dá em relação a toda sanção, a previsão normativa da sanção administrativa carrega, de pronto, finalidade dissuasória. Pode-se mesmo dizer que, idealmente, este seja o principal fim das sanções: conseguir convencer os destinatários da ameaça de imposição de uma privação a evitarem a prática do ilícito”⁹.

⁵ Sobre a distinção entre sanções administrativas e outras medidas administrativas desfavoráveis, cfr. Marcelo Madureira Prates, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Coimbra: Almedina, 2005, pag. 167 e segs.

⁶ O ano escolar em que se verifica a infração é o seguinte, sendo certo que as colocações vedadas não abrangem os concursos externos, nem as contratações de escola.

⁷ Cfr. Marcelo Madureira Prates, loc. cit., pag. 54. É essa intenção punitiva que permite distinguir as sanções administrativas de outras medidas administrativas desfavoráveis ou restritivas de direitos e interesses dos administrados – Ana Neves, *O Direito Disciplinar da Função Pública*, Vol. II [Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa], Lisboa, 2007, pp. 222-223.

⁸ Marcelo Madureira Prates, obra citada, pag. 127

⁹ Cfr. nota anterior.

9. O propósito preventivo leva, para o caso dos candidatos sem prévia relação jurídica com a Administração, à estatuição de sanções que se projetam para além do procedimento administrativo em que ocorre o ilícito: não só fica vedada a possibilidade de colocação através das demais modalidades de concurso a que haja lugar no ano escolar em que ocorreu a infração, como o infrator será excluído dos procedimentos concursais, abertos com o mesmo fim, no ano escolar seguinte.

10. Se não se ignora a validade do interesse público prosseguido com a estatuição de sanções administrativas para a falta de adesão dos candidatos às colocações que se lhes dirigirem, **a modelação normativa sancionatória e a forma como a Administração Educativa tem procedido à sua aplicação suscitam reservas de relevo no plano da sua conformação com princípios estruturantes do Estado de Direito democrático.** Razão que me leva a submeter à ponderação de Vossa Excelência as preocupações que a matéria sugere.

III

Das medidas aplicáveis a candidatos não integrados na carreira docente

1. A medida de “anulação da colocação”

11. Independentemente da natureza que se entenda corresponder à medida administrativa de **“anulação da colocação”** que não obteve a adesão do visado, será **sempre uma decisão administrativa com a virtualidade de produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta**, efeitos de natureza ablativa (atenta a especial posição que o visado ocupa no procedimento de recrutamento). São-lhe, por isso, aplicáveis as **exigências de fundamentação e de notificação aos interessados** que a lei prevê para os atos administrativos que afetem direitos ou interesses legalmente protegidos (art. 268.º, n.º 3, da Constituição e arts. 66.º e 124.º do Código do Procedimento Administrativo).

12. Não obstante, nos casos trazidos à minha apreciação, **a DGAE** limitou-se a comunicar a anulação da colocação obtida em sede de reserva de recrutamento à

escola, **nada comunicando aos docentes visados, nem mesmo oferecendo qualquer resposta às exposições que estes lhes dirigiram sobre o assunto.**

13. A ausência de notificação privou as decisões da necessária fundamentação, com a inevitável diminuição das garantias de defesa dos destinatários, tanto mais que a Administração, não obstante a ineficácia das decisões por falta de notificação¹⁰, procedeu à sua execução, mediante o preenchimento do lugar por outro candidato que integrava a reserva de recrutamento.

2. Sanções administrativas: a ausência de processo e a violação do direito de audiência e de defesa

14. A já demonstrada natureza sancionatória da medida prevista na alínea c) do art. 18.º – a impossibilidade de colocação dos candidatos não integrados na carreira em dois anos escolares – leva a demandar para a sua aplicação o **respeito pelos direitos de audiência e de defesa, preceituados no art. 32.º, n.º 10, da Constituição, para “quaisquer processos sancionatórios”**. Donde resulta que “a Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção [contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra] sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender”¹¹. Trata-se, no entender de Gomes Canotilho e Vital Moreira¹², “de uma simples irradiação para esse domínio sancionatório de requisitos constitutivos do Estado de direito democrático”.

15. **A garantia do direito de defesa “pressupõe a prévia acusação**, pois só há defesa perante uma acusação”¹³. Exige, do mesmo passo, **a instrução contraditória a requerimento do arguido**¹⁴, o que envolve a ponderação das alegações

¹⁰ No sentido de que a ineficácia por falta de notificação deve estender-se aos atos que modifiquem (para menos) ou extingam direitos ou interesses legalmente protegidos pré-existentes, vd. Esteves de Oliveira e outros, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª ed., Coimbra, 1999, comentário ao art. 132.º

¹¹ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2005, Tomo I, anot. ao art. 32.º (pag. 363). Cfr., ainda, a propósito da autonomia disciplinar da Administração, Vital Moreira, *Administração Autónoma e Administrações Públicas*, Coimbra Editora, 1997, pag. 195: os princípios da “constituição penal material” são aplicáveis às sanções disciplinares “por direta exigência do princípio do Estado de direito (art. 2.º)”.

¹² *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2007, vol. I, pag. 526.

¹³ Jorge Miranda e Rui Medeiros, obra e local citado.

¹⁴ Ana Neves, obra citada, pag. 49.

apresentadas pelo visado na sua defesa e a realização das diligências instrutórias que forem requeridas para o mesmo fim. Impõe, ainda, **especiais exigências de fundamentação do ato sancionatório**, a qual deve refletir a apreciação das alegações e das provas produzidas em sede de defesa.

16. Este direito é tributário do princípio da culpa como pressuposto de punição de um ilícito, ainda que de natureza administrativa, “como exigência da dignidade da pessoa humana”¹⁵, pois o exercício do direito de defesa desempenha papel fundamental na garantia de que a aplicação da sanção é precedida da prova da culpa do infrator. É que “não basta a demonstração da ocorrência do ilícito para que se imponha a sanção administrativa geral ao seu autor. **A culpa do administrado infrator tem de ser discutida e provada no curso do procedimento administrativo respetivo (...)**. Apenas quando o administrado não apresente motivos suficientes a justificar a inobservância do seu dever administrativo é que a sanção poderá ser aplicada”¹⁶.

17. Esta não é, porém, a realidade da atual prática administrativa de aplicação das sanções pelo incumprimento dos deveres de aceitação e apresentação. **Nos casos trazidos ao meu conhecimento** – em que apenas se verificou o incumprimento do dever de aceitação na plataforma eletrónica, não obstante o respeito pelo dever de apresentação na escola – **a sanção foi imediatamente aplicada, sem procedimento prévio, sem audiência e defesa dos visados, e sem mesmo que estes tivessem sido notificados da aplicação das medidas tomadas**. Com efeito, a DGAE procedeu – provavelmente por via automatizada – à “remoção” dos candidatos da plataforma eletrónica que gere a reserva de recrutamento sem que desse facto lhes tenha sequer sido dado conhecimento. Deste modo, ficaram os docentes privados da possibilidade de serem colocados nos movimentos seguintes de colocação através da reserva (os quais, como se sabe, têm periodicidade semanal).

18. Se aos valores jurídicos enunciados aditarmos a constatação de que o direito condicionado pela sanção administrativa reveste a natureza de direito fundamental – o direito de acesso à função pública¹⁷ – temos que ter por absolutamente criticável a atuação administrativa descrita. A circunstância de estar em causa um procedimento

¹⁵ Margarida Ermelinda Lima de Moraes de Faria, *O sistema das sanções e os princípios do Direito administrativo sancionador*, disponível em www.biblioteca.sinbad.ua.pt/teses, pag. 115. Vd., mesmo local, as diferentes conceções da culpa no processo administrativo sancionador.

¹⁶ Marcelo Madureira Prates, obra citada, pag. 95.

¹⁷ Por sua vez expressão da liberdade fundamental de escolha da profissão – art. 47.º, n.º 1, da Constituição.

administrativo de massa, tramitado através de plataforma informática, não legitima a inobservância dos direitos mais elementares dos cidadãos face à Administração¹⁸. A automação do processo decisório, se bem que necessário para garantir o eficaz suprimento de necessidades de serviço docente, de dimensão nacional, não pode redundar na total rigidez da decisão administrativa quando esteja em causa a aplicação de sanções administrativas restritivas de direitos. Nem consente que se menosprezem garantias essenciais dos cidadãos que enformam a própria ideia de Estado de Direito¹⁹.

19. Pense-se, aliás, na situação limite de ocorrência de caso fortuito, força maior ou de justo impedimento que impossibilita totalmente o docente do cumprimento do dever de aceitação e apresentação, e sem que este possa ser suprido por outros meios, situação que, em face dos curtíssimos prazos fixados para o cumprimento destes deveres, não será de verificação tão rara como à partida se poderia prever. Se o docente visado nem sequer é informado de que foi retirado da reserva de recrutamento, só poderá invocar a verificação de uma causa de justificação do incumprimento após a própria execução da sanção, quando constatar que um outro posto de trabalho a que se candidatou foi atribuído, através da reserva, a docente com graduação inferior à sua. E, enquanto estiver a demonstrar à Administração que a sanção não deveria ter sido aplicada, assistirá à colocação semanal de docentes através do mecanismo de que foi ilicitamente excluído.

20. Nesta matéria, **justifica-se, pois, exigir da Administração Educativa que interprete o preceito em sentido que respeite o texto constitucional**: assim, não obstante o Decreto-Lei n.º 132/2012 não prever, nem regular, o procedimento prévio à aplicação das sanções, deve a Administração **cumprir as exigências que o direito constitucional de audiência e defesa em matéria sancionatória** importa, em especial no que respeita à notificação prévia da acusação, à instrução contraditória a

¹⁸ Como sublinham Carla Amado Gomes e Sandra Lopes Luís, *O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a atividade administrativa informal*, fevereiro de 2012, disponível em www.icjp.pt (estudos e artigos), “os atos informáticos, embora não estejam previstos na lei procedimental revestem, caso contenham as menções obrigatórias indicadas no artigo 123º do CPA (mesmo que adaptadas), a natureza de decisões administrativas. A “despapelização” que a introdução dos meios telemáticos induz não obsta a considerar que o ato informático constitui uma expressão de vontade funcional emanada de um programa que é gerido pela Administração, assumindo-se como uma sua *longa manus*”.

¹⁹ “Do ponto de vista do cidadão, importa considerar que a automação vai, muitas vezes, deixá-lo sem interlocutor, diante de uma organização anónima e desumanizada” – Pedro Gonçalves, “O ato administrativo informático”, in *Scientia Juridica*, n.ºs 265/67, 1997, pags. 45 e segs.

requerimento do visado, à fundamentação da decisão – mediante a pronúncia relativamente à defesa – e à notificação desta.

3. A previsão normativa das infrações e das sanções administrativas correspondentes

21. **O princípio da precisão ou da determinabilidade dos atos normativos²⁰ desempenha papel fundamental no domínio administrativo sancionador²¹.** Segundo o Tribunal Constitucional²², “nos demais ramos do direito público sancionatório [para além do direito penal] (*maxime*, no domínio do direito disciplinar), as exigências da tipicidade fazem-se sentir em menor grau: as infrações não têm, aí, que ser inteiramente tipificadas. Simplesmente, num Estado de Direito, nunca os cidadãos (...) podem ficar à mercê de puros atos de poder. Por isso, (...) as normas legais têm que conter um *mínimo de determinabilidade*. Ou seja: hão de revestir um grau de precisão tal que permita identificar o tipo de comportamentos capazes de induzir a infligência dessa espécie de penas – o que se torna evidente, se se ponderar que, por força dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, elas só deverão aplicar-se às condutas cuja gravidade o justifique (...). É que, a segurança dos cidadãos (e a correspondente confiança deles na ordem jurídica) é um valor essencial do Estado de Direito, que gira em torno da dignidade da pessoa humana – pessoa que é o princípio e o fim do Poder e das instituições (cfr. artigos 2.º e 266.º, ns. 1 e 2, da Constituição)”.

22. A esta luz, **não surge aceitável que, como se salientou, a previsão normativa das sanções administrativas em análise deixe em dúvida o próprio âmbito da previsão**, ou seja, saber se a infração se verifica pela violação de qualquer um dos deveres – aceitação na aplicação eletrónica, por um lado, e apresentação presencial na escola, por outro – ou se, ao invés, do cotejo entre as normas dos arts. 18.º e 37.º,

²⁰ De acordo com o Tribunal Constitucional, “o princípio da precisão ou determinabilidade das leis implica que o legislador elabore normas jurídicas claras, suscetíveis de interpretação que conduza a um sentido inequívoco, e que tenham a suficiente densidade, de forma a constituírem uma medida jurídica capaz de alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos, traduzindo uma norma de atuação para a Administração, possibilitando, como norma de controlo, a fiscalização de legalidade e a defesa dos direitos e interesses protegidos” (Acórdão n.º 458/93).

²¹ Nesse sentido, Marcelo Madureira Prates, obra citada, pag. 85 e segs.

²² Acórdão n.º 666/94.

n.º 11, resulta que, com exceção dos casos verificados na reserva de recrutamento²³, a sanção só será aplicável se houver a violação simultânea de ambos os deveres.

23. Acresce que **a diferente gravidade da conduta de quem não cumpre nenhum dos deveres relativamente a quem infringe apenas um, em especial o menos grave, não permite admitir, por força do mais elementar princípio de justiça, a cominação de igual privação de direitos.**

24. Na verdade, considerem-se as seguintes condutas (descritas apenas do ponto de vista objetivo):

a) o candidato não aceita a colocação na aplicação informática nem se apresenta na escola;

b) o candidato aceita a colocação na aplicação informática, mas não se apresenta na escola para iniciar a prestação de trabalho;

c) o candidato não aceita a colocação na aplicação informática, mas apresenta-se na escola, assinando termo de apresentação.

Os casos submetidos à minha apreciação integram-se, aliás, nesta última hipótese – claramente menos censurável (em abstrato) face às restantes –, tendo, de resto, os docentes iniciado funções logo após a apresentação na escola. A Administração, porém, aplicou desde logo, como referi, uma das sanções, excluindo-os do procedimento de colocação através da reserva de recrutamento.

25. Ora, é evidente que a distinta valoração dos comportamentos enunciados em face dos bens jurídicos protegidos pela norma sancionadora, sobretudo entre a conduta do candidato que não cumpre uma dever de natureza formal (o registo na aplicação informática), mas manifesta inequivocamente a sua adesão relativamente à colocação, iniciando mesmo a prestação de trabalho correspondente, relativamente àquele outro que se remete ao silêncio total, não consente a aplicação de igual sanção, sob pena de violação dos princípios da igualdade, da justiça e da proporcionalidade.

26. Este último princípio encontra, aliás, nas situações desta natureza especial âmbito de aplicação, não só porque está em causa a aplicação de sanção ablativa, mas porque importa a restrição de um direito fundamental. A limitação da colocação através de concursos públicos de satisfação de necessidades de serviço docente

²³ E da contratação de escola, caso em que se prevê somente a “anulação da colocação” (art. 40.º, n.º 5).

durante dois anos escolares (mas com efeitos que se projetam nos concursos vindouros, porquanto a ordenação concursal dos candidatos assenta na duração da experiência de serviço docente) importa, como salientei, a restrição de uma liberdade fundamental (a liberdade de escolha de profissão e de género de trabalho – n.º 1 do artigo 47.º da Constituição) e de um direito fundamental (direito de acesso à função pública em condições de igualdade e liberdade – n.º 2 do artigo 47.º da Constituição)²⁴.

27. E o certo é que a aplicação das sanções às situações de menor gravidade como as descritas não supera o teste da proporcionalidade. A circunstância de não estarmos perante uma atuação *substancialmente* desconforme ao dever imposto – já que o candidato manifesta presencialmente aceitar a colocação – mas tão só o incumprimento de uma mera *formalidade*, facilmente *suprível* pelo órgão administrativo a quem o candidato manifestou aquela adesão (a escola), não permite dar por verificados, pelo menos, os requisitos de necessidade e de razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito em que aquele princípio se desdobra²⁵: o fim primeiro da norma sancionatória (garantir a célere ocupação do lugar) poderia ser alcançado por meio bastante menos oneroso para o particular se a falta do registo informático correspondente à adesão pudesse ser colmatada pela escola onde este se apresentou; por outro lado, a sanção aplicada não se afigura uma justa medida, mas sim excessiva relativamente aos fins obtidos²⁶. Como sintetiza Marcelo Prates, por exigência deste princípio, “a Administração e, adiante, os tribunais, se for o caso, haverão de ponderar se o interesse público tutelado pela sanção administrativa justifica não só o gravame do interesse privado, mas igualmente o *quantum* desse gravame”²⁷.

28. Aliás, a Administração Educativa reconheceu isso mesmo relativamente aos docentes colocados, em 31.8.2012, através do concurso de contratação inicial e de mobilidade interna que, não obstante se apresentarem nas escolas, não aceitaram as

²⁴ Razão pela qual estará sujeita a “*numerus clausus sob forma legal ex vi artºs. 18.º n.º 2 (reserva de lei restritiva)*” – expressão do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 25.6.2009, proc. 5060/09, disponível em www.dgsi.pt.

²⁵ Nesse sentido, vd. Gomes Canotilho e Vital Moreira, obra citada, pp. 392-393.

²⁶ Aliás, no caso, o objetivo da norma acaba por ser defraudado, na medida em que a “anulação da colocação” do docente “faltoso” gera a necessidade de nova colocação. Se a falta formal fosse suprida pela escola perante a apresentação do docente, o lugar ficaria imediatamente ocupado.

²⁷ Marcelo Madureira Prates, obra citada, pag. 117.

colocações na plataforma informática, considerando que estes docentes manifestaram “*presencialmente e de forma inequívoca*”²⁸ aquela aceitação. Ficam, assim, por esclarecer as razões que levaram a Administração Educativa a conferir tratamento distinto às situações similares verificadas posteriormente em sede de reserva de recrutamento, tanto mais que as escolas em questão comunicaram em tempo útil à DGAE que os docentes “faltosos” se haviam apresentado nas escolas e, mesmo, iniciado funções.

29. Resta, ainda, notar que, **mesmo que se considere que as sanções só são aplicáveis à infração simultânea dos deveres de aceitação e apresentação, nem assim se tem por respeitado o princípio da proporcionalidade**. Na verdade, a norma em referência opta pela estatuição de sanções fixas, “tolhendo toda a discricionariedade administrativa no momento da aplicação da sanção (...). O caminho do *rigorismo* da previsão normativa transforma a Administração em mero autômato sancionador, impedindo qualquer possibilidade de haver a adequação da sanção administrativa abstratamente prevista, quer às circunstâncias objetivas ou subjetivas do ilícito efetivamente praticado, quer ao interesse público porventura presente no caso concreto”²⁹.

IV

Da sanção disciplinar aplicável aos docentes de carreira

30. O regime vertido no art. 18.º do Decreto-Lei n.º 132/2012 suscita, outrossim, dúvidas no que concerne à determinação sancionatória de índole disciplinar, aplicável aos docentes de carreira (alínea b) do referido preceito), tendo presentes os limites jurídicos que se impõem numa matéria como aquela em debate.

31. Assim, se é certo que no tocante às exigências de tipificação no domínio do direito disciplinar público “o grau de formalização legal constitucionalmente exigido ao direito disciplinar é sempre menor do que aquele que é requerido ao direito criminal”, para me socorrer de formulação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 229/2012, não posso

²⁸ Conforme informações prestadas pelo Ministério da Educação e Ciência à comunicação social.

²⁹ Marcelo Madureira Prates, obra citada, pag. 112.

igualmente deixar de ter presente o sentido da jurisprudência firmada ao longo do tempo pelo mesmo Tribunal “sobre a questão de saber qual a densidade normativa que é constitucionalmente exigida para a tipificação legal de infrações disciplinares”, na súmula constante do Acórdão n.º 413/11³⁰:

“Fundamentalmente, tem sido dito, a este propósito, que (...) se devem ter em conta exigências acrescidas de densificação normativa sempre que se prevejam penas disciplinares expulsivas, i.e., penas cuja aplicação se traduza na afetação do direito ao exercício de uma profissão ou cargo público (garantidos pelo artigo 47.º, n.ºs 1 e 2 da Constituição) ou na afetação do direito à segurança no emprego (artigo 53.º). Tal significa que a proteção constitucional conferida quanto ao grau exigível de densidade normativa no direito disciplinar, ainda que não decorra de nenhum preceito que a ela especificamente se dirija, há de resultar sempre do disposto no artigo 18.º, n.º 2, da CRP. Visto que a afetação de direitos fundamentais só é constitucionalmente admissível se for justificada – sendo que, face ao artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, só o é se for necessária, adequada e proporcional – não pode deixar de ser exigível uma caracterização minimamente precisa das condutas a que a pena disciplinar é aplicável. Assim, e sintetizando, pode dizer-se que a proteção constitucional no domínio do direito disciplinar se formula do seguinte modo: quanto maior for a gravidade da pena aplicável (da perspetiva da afetação de direitos fundamentais do arguido), tanto maior deve ser a caracterização dos comportamentos puníveis (...).”

32. A esta luz e estando em causa a definição de infrações disciplinares pelo incumprimento de determinados deveres por parte de docentes de carreira, cabe primeiramente, a respeito do regime jurídico de recrutamento que nos ocupa, reiterar a já alertada disparidade de previsão normativa quanto às infrações em sede de reserva de recrutamento (art. 37.º, n.º 11) face às demais modalidades de concurso.

33. Com efeito, alternando o legislador entre fórmulas tipificadoras que apontam para a natureza ora disjuntiva ora cumulativa do incumprimento dos deveres de aceitação da colocação e de apresentação na escola, vale inteiramente aqui o que já deixei expresso *supra* a este propósito, sem deixar de fazer notar que as dúvidas geradas quanto ao âmbito da própria previsão normativa são tanto mais graves quanto a intensidade de afetação dos direitos que está em causa, bem como pelo desvalor que a distinta previsão normativa denota afinal em face das exigências de proporcionalidade enquanto “medida de racionalidade regulativa” e refletida em sede

³⁰ Invocando, por seu turno, os Acórdãos n.ºs 282/86, 666/94, 481/01, 383/10 e 351/11.

de normação sancionatória – *i.e.* numa dimensão abstrata –, nomeadamente na necessária relação de equilíbrio entre a gravidade da infração e o peso inerente à sanção disciplinar correspondente.

34. Em idêntica linha, **a redação da alínea b) do art.º 18 sugere, por outro lado, uma automaticidade que obscurece a função de garantia que a norma aí contida deve necessariamente prosseguir, ao cominar a instauração de processo disciplinar “com vista à demissão ou despedimento”**. De outro modo dito e para parafrasear M. Leal-Henriques³¹, a norma em questão aponta para “a fatalidade de uma sanção sem alternativa”, como que presumindo uma determinada medida de culpabilidade e uma conduta do docente inadimplente infalivelmente inviabilizante da manutenção da relação funcional.

35. No plano do rigor da letra da lei e sendo certo que o art. 2.º do Decreto-Lei n.º 132/2012 delimita o respetivo âmbito pessoal por referência “aos docentes de carreira cuja relação jurídica de emprego pública é titulada por contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado (...)”, permita-me, ainda, Senhor Ministro, fazer notar de antemão que a nomenclatura das penas, na referida alínea, mediante o binómio pena de demissão ou despedimento, não se coaduna com a delimitação subjetiva operada, desconsiderando, assim, a tipologia de vínculos e os critérios de utilização dos mesmos, tal como postulados pela reforma operada pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro³².

36. No plano substantivo, deve ter-se presente, seguindo a explanação de Ana Neves, que **“a culpa é um pressuposto inafastável da responsabilidade disciplinar, um elemento integrativo da noção de infração disciplinar**. Independentemente da previsão legal, a exigência da culpa, de censurabilidade ética individual do trabalhador, é uma decorrência do carácter sancionatório, punitivo, dessa responsabilidade”, mais adiante clarificando a referida autora que “em sede de responsabilidade disciplinar, a exigência de culpa é genérica. Sendo um dos «elementos constitutivo ou indispensável a todas as infrações disciplinares», não é identificativa, nas suas espécies, de cada uma delas, como elemento subjetivo do tipo ou é-o apenas de

³¹ *In Procedimento Disciplinar*, 5.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2007, pag. 193.

³² Diploma que, como é sabido, consagrou o contrato de trabalho como modalidade regra da constituição da relação jurídica de emprego público, sendo a nomeação uma modalidade excecional, e determinou a aplicação do novo regime àqueles que no momento da entrada em vigor da citada lei eram já trabalhadores da função pública.

certas infrações. A espécie e gravidade da culpa são consideradas um fator de graduação da escolha e medida da sanção, em geral e especificamente como circunstância agravante e atenuante, não podendo, em todo o caso, a sanção concreta ser superior à culpa”³³.

37. Neste enquadramento, não se questiona, em abstrato, uma opção legislativa que comine, para os docentes de carreira, a pena disciplinar expulsiva em caso de incumprimento dos deveres previstos nos arts. 16.º e 17.º do Decreto-Lei n.º 132/2012, na condição de que estejam verificados os pressupostos específicos da aplicabilidade da sanção mais grave da escala punitiva do direito disciplinar público, a saber, a gravidade objetiva da falta tal como normativamente assumida pelo legislador em face do interesse público a tutelar, à qual acresce impreterivelmente, nos termos gerais, o critério da inviabilização da manutenção da relação funcional enquanto pressuposto indispensável da ativação de uma pena disciplinar expulsiva por facto imputável ao trabalhador³⁴. Tais exigências, fazendo parte da “tipicidade nuclear” de toda a infração cominada com a sanção mais grave, são decorrência desde logo do princípio da proporcionalidade (*ex vi* art. 18.º, n.º 2, da Constituição) como também de uma cabal definição legal “quanto aos pressupostos de facto e de direito que constituem justa causa de despedimento”³⁵.

38. Sem embargo, já não se apresenta isenta de crítica a norma constante da alínea b) do art. 18.º, na medida em opta por **uma estatuição de sanção fixa**, ademais sugerindo, por força do respetivo enunciado linguístico (“com vista a...”), a **inevitabilidade da certeza da sua aplicação. Em face da letra da lei, a sanção expulsiva apresenta-se como que a consequência necessária e automática das condutas omissivas assinaladas, que a Administração se cinge a executar no quadro do correspondente processo disciplinar.**

³³ Obra citada, pp. 263-264.

³⁴ Vid. art. 18.º do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9 de setembro. De igual modo, em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, “a valoração das infrações disciplinares como inviabilizantes da manutenção da relação funcional tem de assentar não só na gravidade objetiva dos factos cometidos, mas ainda no reflexo dos seus efeitos no desenvolvimento da função exercida e no reconhecimento através da natureza do ato e das circunstâncias em que foi cometida, de que o seu autor revela uma personalidade inadequada ao exercício dessas funções”, aplicando-se as penas expulsivas “a comportamentos que atinjam um grau de desvalor de tal modo grave que mine e quebre, definitiva e irremediavelmente a confiança que deve existir entre o serviço público e o agente” (Acórdão de 9.12.2009, proc. 487/08).

³⁵ A expressão pertence a Gomes Canotilho e Vital Moreira, obra citada, p. 709.

39. Ora a culpa não pode ser analisada no mero facto da não aceitação da colocação na aplicação informática e da não apresentação na escola por parte do docente de carreira. Conforme realça o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 282/86, prever uma “única pena para toda e qualquer falta, independentemente da sua natureza e gravidade e do grau de responsabilidade do agente (...), isso ofende frontalmente o princípio da necessidade e da proporcionalidade enunciado no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, o qual vale diretamente para todas as medidas restritivas dos direitos, liberdades e garantias (...) e que exige, entre o mais, que as penas previstas para cada tipo de infrações não sejam desproporcionadas à sua natureza. Este princípio não vale apenas para a aplicação das penas; ele rege antes do mais a previsão legal delas”.

40. Note-se que não está aqui em causa propor um tipo completamente aberto de infração disciplinar, que remeta a pena a aplicar para a total discricionariedade da entidade com competência para punir disciplinarmente. Distintamente, importa não perder de vista que, no quadro do incumprimento dos deveres de aceitação e de apresentação, releva uma multiplicidade de condutas, como já atrás realcei, nem todas censuráveis em idêntico grau ou sequer inviabilizantes da manutenção da relação funcional, só podendo estar prevista a pena expulsiva para situações que justifiquem a gravidade de afetação de direitos que ela implica, segundo juízos de proporcionalidade. Devendo a norma que valoriza determinado comportamento como disciplinarmente relevante fornecer um critério de decisão justo na avaliação da conduta desviante tipificada, não, creio, por conseguinte, por força das considerações anteriormente tecidas que a solução vertida na alínea b) do art. 18.º satisfaça as exigências basilares do princípio do Estado de direito, na dimensão de proibição do excesso.

41. Em suma, **por força da insuficiência da sua enunciação e da fatalidade apontada à aplicação da pena disciplinar expulsiva, a norma constante do art. 18.º, alínea b), do Decreto-Lei n.º 132/2012 não satisfaz as exigências de determinabilidade constitucionalmente exigíveis, nem se adequa aos parâmetros do princípio da proporcionalidade na sua estatuição.**

São estas razões, Senhor Ministro, que, no uso das competências que me são conferidas pelos arts. 20.º n.º 1, alínea b), e 21.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 9/91 (Estatuto do Provedor de Justiça), de 9.4 – “procurar, 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” e “assinalar as deficiências da legislação que verificar” –, me levam a sugerir a Vossa Excelência a adoção das medidas adequadas a:

a) Alterar a atuação sancionatória da Administração Educativa, no sentido de

i. Garantir-se o respeito pelos deveres de notificação e fundamentação das decisões de anulação das colocações que não mereceram, sob qualquer forma, a adesão dos destinatários;

ii. A aplicação das medidas sancionatórias previstas no art. 18.º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 132/2012 ser antecedida de procedimento administrativo que garanta os direitos de audiência e de defesa dos visados, nos termos enunciados, procedendo-se, quanto antes, à revogação das sanções já aplicadas sem o cumprimento de tais garantias;

b) Suprir as deficiências de previsão e estatuição das normas sancionatórias contidas nas alíneas b) e c) do art. 18.º do Decreto-Lei n.º 132/2012, de modo a corresponder às exigências de determinabilidade e de conformidade com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da justiça.

Doutro modo ser-me-ei forçado a ponderar recurso ao Tribunal Constitucional pondo em crise a constitucionalidade das normas do D.L. n.º 132/2012 acima citadas (n.º 3 do art.º 20 do E.P.J.).

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

Com os melhores cumprimentos.

O PROVIDOR DE JUSTIÇA,

(Alfredo José de Sousa)