

Rec. n.º 5/ A/2006

Proc.:R-5321/05

Data: 11-07-2006

Área: A 4

ASSUNTO: FUNÇÃO PÚBLICA. CARGO DIRIGENTE. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. PROGRESSÃO NA CARREIRA.

Sequência: Aguarda resposta definitiva

I - Enunciado

1. Conforme foi dado oportuno conhecimento a V. Ex.^a, organizou a Provedoria de Justiça um processo para apreciar a queixa apresentada pelo Sindicato dos Quadros Técnicos do Estado, em nome do seu associado ..., relativamente à questão que o opõe ao ISSS, IP, actual ISS, IP, sobre a efectivação do seu direito de acesso à categoria de assessor principal da carreira técnica superior do quadro do ISS, ao abrigo do Estatuto do Pessoal Dirigente da Função Pública. O ISS apenas lhe reconheceu o direito a aceder à categoria de assessor, com o fundamento de que o exercício de funções dirigentes ao abrigo do Regulamento do Pessoal Dirigente e de Chefia do ISS, no período de 01-10-2001 a 30-06-2003, escapa ao regime geral da função pública.

2. Na instrução do processo organizado neste órgão do Estado, foram analisados os elementos apresentados em abono da reclamação e foi ouvido o Conselho Directivo a que V. Ex.^a preside, com vista a confirmar e esclarecer a actuação administrativa questionada.

3. Respondeu o Conselho Directivo, por ofício de 11 de Abril p.p., dando conta das razões de facto e de direito em que assenta a posição assumida. Argumentava, no essencial, o seguinte:

a. A nomeação do funcionário, como Director da Unidade de Previdência e Apoio à Família do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Viana do Castelo, foi feita ao abrigo do Regulamento do Pessoal Dirigente e de Chefia do ISS, aprovado pelo Despacho n.º 11464/2001, publicado no DR II série, de 30 de Maio de 2001 (mas reportando os seus efeitos a 1 de Janeiro de 2001).

b. Por este motivo, o n.º 1 do artigo 32.º do citado Regulamento apenas poderá ser aplicado no contexto do regime do contrato individual de trabalho, ou seja, a dirigentes cujo lugar de origem seja o regime do contrato individual de trabalho - regime de pessoal legalmente previsto nos estatutos do ISS - não se encontrando o interessado abrangido por este estatuto.

c. Em defesa desta tese, argumenta, ainda, que o disposto no n.º 5 do artigo 1.º da Lei n.º 49/99, de 22 de Junho (1), prevê que esta não se aplique "aos institutos públicos cujo pessoal dirigente esteja subordinado ao Estatuto do Gestor Público e àqueles que estejam sujeitos ao regime do contrato individual de trabalho ou a regimes de direito público privativo".

d. Adicionalmente, e aqui acompanhando a tese da Secretaria- Geral do Ministério do Trabalho e Solidariedade Social, alega que a disposição do Estatuto em causa não tem sequer aplicação prática, por o Regulamento de Pessoal não ter sido ainda aprovado.

e. Finalmente, entende que o cargo de Director da Unidade de Previdência e Apoio à Família do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Viana do Castelo do ISS, ainda que a Lei n.º 49/99 fosse aplicável, não é equiparado a cargo dirigente, pelo que o interessado cessou funções na data imediatamente anterior à nomeação para o cargo no ISS, ou seja, em 30 de Setembro de 2001.

4. Importando apreciar a questão perante a factualidade apurada, à luz do quadro legal vigente, não posso, porém, concordar com a abordagem feita e a posição interpretativa defendida na resposta do Conselho

Directivo a que V.Ex.^a preside, afigurando-se que a mesma não é de molde a justificar a validade da decisão tomada no caso vertente.

II - Apreciação

5. Com relevância para a análise a que nos propomos, foi possível apurar qual o percurso profissional do funcionário em causa, relevante para a aplicação das regras previstas no regime do pessoal dirigente da Função Pública em sede de acesso na carreira. Ao que interessa, o funcionário exerceu, ininterruptamente, funções qualificadas como de direcção no período compreendido entre 01-06-1993 até (pelo menos) à data do requerimento para criação do lugar de assessor principal, apresentado nesse Instituto em Dezembro de 2004. Não foi considerado como relevante, por esse Instituto, o período compreendido entre 01-10-2001 e 30-06-2003, em que o mesmo exerceu funções de Director da Unidade de Previdência e Apoio à Família do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Viana do Castelo, do ISSS.

6. Cumprindo apreciar, importa trazer à colação, em primeiro lugar, o que diz João Alfaia (2) sobre o Estatuto de Funcionário Público: "o conteúdo dos direitos emergentes, para os funcionários públicos, da relação jurídica de emprego público abrange um variado leque, quanto à natureza. Assim, entre eles, poderão distinguir-se os de:

- a) Natureza económica - designadamente os abonos;
- b) Natureza funcional - como é o caso da carreira;
- c) Natureza assistencial - como é o caso da assistência médica e medicamentosa;
- d) Natureza previdencial - designadamente os direitos à aposentação e à pensão de sobrevivência."

7. Este Estatuto tem vindo a ser construído e consolidado por via de Leis da Assembleia da República ou diplomas emanados do Governo, na sequência de autorização legislativa apropriada.

8. Neste sentido, a posição do Tribunal Constitucional é clara. É entendimento deste Tribunal que, apesar de não ser possível definir com rigor o que sejam as "bases do regime e âmbito da função pública" (3), porque não existe nenhum diploma que sistematize organicamente tais bases, "todas as normas que, pela natureza e relevância das soluções que contenham, afectem aspectos que hajam de ser considerados como integrantes das bases do regime da função pública, terão de ser aprovadas pela Assembleia da República ou mediante autorização sua".

9. Este Tribunal vai mais longe, ao defender (4) que, "não podendo dispensar livremente os seus funcionários, o Estado também não pode livremente retirar-lhes o seu estatuto específico". E explica que "o funcionário público detém um estatuto funcional típico quanto à relação de emprego em que está envolvido, estatuto este que consiste num conjunto próprio de direitos e regalias e de deveres e responsabilidades que o distinguem da relação de emprego típica das relações laborais comuns (de direito privado). Esse estatuto adquire-se automaticamente com o próprio acesso à função pública, passando a definir a relação específica de emprego que o funcionário mantém com o Estado-Administração. Ora, a garantia constitucional da segurança no emprego não pode deixar de compreender também a garantia de que o empregador não pode transferir livremente o trabalhador para outro empregador ou modificar substancialmente o próprio regime da relação de emprego, uma vez estabelecida".

10. Vista a questão do Estatuto de Funcionário Público, o seu alcance e forma legal a que deve obedecer, importa agora analisar brevemente o regime aplicável ao pessoal dirigente da função pública.

a. O Decreto-Lei n.º 191 F/79, de 26 de Junho, veio estabelecer um primeiro regime jurídico uniforme para o exercício das funções de direcção e chefia. Neste diploma, foi reconhecido aos dirigentes, entre outros direitos, que "o tempo de serviço prestado pelo pessoal dirigente considera-se, para todos os efeitos, como prestado no lugar de origem" (art. 10.º do diploma).

b. Já o diploma que lhe sucedeu (Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro), além deste reconhecimento (5), veio acrescentar o direito anteriormente inexistente (mesmo artigo, n.º 2):

"a) Ao provimento em categoria superior à que possuíam à data da nomeação para dirigente, a atribuir em

função do número de anos de exercício continuado nestas funções, agregado ao número de anos de serviço na categoria de origem, agrupados de harmonia com os módulos de promoção na carreira;

b) Ao provimento na categoria de origem, caso não estejam em condições de beneficiar do disposto na alínea anterior."

c. Os diplomas que alteraram o Decreto- Lei n.º 323/89 mexeram no modo como este direito se efectivava, mas não o retiraram. Do mesmo modo no âmbito dos diplomas subsequentes: Lei n.º 49/99 e Lei n.º 2/2004, de 2 de Janeiro.

11. Assim, desde 1989 que são reguladas por lei (autorizada pela Assembleia ou deste Órgão de Soberania) duas coisas distintas:

a. As condições de recrutamento e de exercício dos cargos de pessoal dirigente e de chefia.

b. O direito ao provimento em lugar de categoria superior, na respectiva carreira, aos funcionários providos transitoriamente em lugar dirigente. Trata-se de uma regra que está integrada no Estatuto do Pessoal Dirigente, mas integra o acervo essencial acima mencionado que constitui o Estatuto de Funcionário Público e, neste, em especial, o direito à carreira.

12. É, agora, o momento para se averiguar de que modo operam as normas de carreira insertas no Estatuto do Pessoal Dirigente da Função Pública. A posição do Supremo Tribunal Administrativo, que se mantém hoje plenamente válida, embora tomada a propósito de problema colocado no âmbito do Instituto do Emprego e Formação Profissional (6), é a de que operam independentemente das que regulam o modo de recrutamento, provimento e exercício de funções dirigentes.

13. Apesar do disposto no n.º 5 do artigo 1.º do Decreto- Lei n.º 323/89, sobre a inaplicabilidade do diploma do pessoal dirigente da função pública a institutos públicos, entendeu este Supremo Tribunal (7) que "são aplicáveis as disposições do art.º 18.º n.ºs 1 e 5 (do mesmo diploma), ao pessoal dirigente do IEFP que, após a publicação do DL 247/85, de 12/7 (que aprovou o Estatuto do IEFP), não optou pelo regime do contrato individual de trabalho, nem, posteriormente, pelo regime de direito público privativo instituído pelo Estatuto do Pessoal do IEFP, aprovado pela Portaria 66/90, de 27/1, assim mantendo o anterior estatuto de ligação à função pública" e, portanto, "deste modo, os recorridos que exerceram cargos dirigentes, respectivamente entre 29.12.87 e 1.12.91, 20.5.87 e 1.12.91, e, o terceiro, entre 21.11.86 e 30.11.91, como chefes de divisão ou equiparados, tinham direito a que, cessadas as respectivas comissões de serviço fossem criados os correspondentes lugares superiores, no quadro de pessoal do IEFP, a preencher nos termos do art.º 18.º n.º 4 do DL 323/89".

14. Verifica-se que, face ao preceituado legal aplicável à data (n.º 5 do artigo 1.º do Decreto- Lei n.º 323/89), o STA entendeu (8) que os então recorrentes "tinham direito a que, cessadas as respectivas comissões de serviço fossem criados os correspondentes lugares superiores, no quadro de pessoal do IEFP". Este entendimento partia do pressuposto de que "o legislador reconheceu aos funcionários do IEFP o direito de conservarem o seu anterior vínculo à função pública, sem alteração do regime aplicável, ou de optarem pelo regime do contrato individual de trabalho". Não tendo os recorrentes feito a sua opção pelo contrato individual de trabalho, tal implica que "quanto a eles (...) se manteve o anterior regime geral da função pública, nele incluído o regime de pessoal dirigente instituído pelo DL 323/89".

15. Explica, mais adiante, o STA o porquê deste entendimento, ao referir o âmbito de aplicação do n.º 5 do artigo 1.º do Decreto- Lei n.º 323/89: o diploma, "ao afastar da sua aplicação os institutos públicos (art.º 1.º, n.º 5), pretendeu apenas afastar do regime geral da função pública aqueles institutos com regime exclusivamente de direito privativo, e não aquelas situações como a dos ora recorridos que, estando integrados no Instituto, auferiam de um regime geral da função pública, consolidado e preservado ao longo dos anos".

16. Para uma maior precisão nesta análise, importa trazer de novo à colação o Decreto- Lei n.º 191- F/79. Este diploma procurou ser, como se reconhece no próprio preâmbulo, uma primeira aproximação à criação de um regime uniforme do pessoal dirigente da Função Pública, antes existente de forma dispersa e não uniforme.

17. Não curou este diploma de estabelecer uma norma análoga à que se veio a encontrar no n.º 5 do artigo 1.º do Decreto- Lei n.º 323/89, pelo facto de, em 1979, ser aplicável a todo o pessoal dirigente o regime da Função Pública. Foi a evolução posterior que veio motivar a diferenciação registada em 1989. Cite- se, a título de exemplo, precisamente, o caso da criação do Instituto de Emprego e Formação Profissional, ou, ainda, o Instituto Nacional de Habitação e o Instituto Nacional de Estatística, para citar apenas estes.

18. Entendeu, então, o STA que o Decreto- Lei n.º 323/89, na parte relativa ao recrutamento e forma de provimento do pessoal dirigente e no que respeita aos requisitos exigíveis para o desempenho das respectivas funções (9), não era aplicável a organismos cujo pessoal dirigente estivesse integralmente sujeito ao Estatuto do Gestor Público ou a um regime de contrato individual de trabalho. Porém, já era aplicável ao pessoal (e não aos organismos) a que fosse, em virtude do seu estatuto pessoal, aplicável o regime da função pública.

19. Pode considerar- se que o entendimento do STA acima enunciado se manteve válido ao longo da evolução da regulamentação para o pessoal dirigente, uma vez que a norma consagrada no Decreto- Lei n.º 323/89 foi mantida, com ligeiros ajustamentos, ao longo das diferentes alterações e diplomas.

20. Assim, o Estatuto do Pessoal Dirigente da Função Pública, enquanto diploma regulador das condições de recrutamento e de exercício dos cargos de pessoal dirigente e de chefia, pode não ser aplicável ao recrutamento de funcionários para o exercício de funções de dirigente em institutos públicos, mas tal também não releva, porque lhe são aplicáveis as normas essenciais, nele contidas, em matéria de carreira de função pública. Em rigor, e seguindo a posição do Supremo Tribunal Administrativo, a situação dos interessados não é influenciada pela previsão do n.º 5 do art.º 1.º do Decreto- Lei n.º 323/89 ou norma similar, em diplomas subsequentes, atendendo ao regime geral da função pública a que se encontravam submetidos. Por esta via, mantêm o direito de acesso na carreira pelo exercício continuado de funções dirigentes, ainda que em Instituto Público.

21. Analisando, agora, o artigo 39.º do Decreto- Lei n.º 316- A/2000, de 7 de Dezembro, que aprova os Estatutos do Instituto de Solidariedade e Segurança Social, verifica se a existência de um quadro de pessoal abrangido pelo regime da função pública a par de um quadro específico para o pessoal contratado ao abrigo do regime do contrato individual de trabalho. Não existe neste preceito ou outro relacionado qualquer indício de distinção no tratamento do pessoal em função do quadro em que se encontre integrado.

22. Por outro lado, o n.º 4 do artigo 38.º do Estatuto estabelece que os funcionários públicos de um dos quadros do ISS, a par dos contratados em regime de contrato individual de trabalho, "podem exercer, no quadro específico do ISS e no regime de comissão de serviço (...) cargos dirigentes (...) nos termos do regulamento interno do ISS". Daqui decorre a possibilidade, em condições equiparadas, de exercício de funções dirigentes, não sendo estabelecida qualquer limitação ou distinção em função da natureza do vínculo.

23. O legislador entendeu conceder a possibilidade de os funcionários que transitam para o ISS poderem optar:

- a. Pela manutenção do seu regime de trabalho, de vinculação pública, ou
- b. Pelo regime de contrato individual de trabalho. Esta opção implica, nos termos do n.º 6 do artigo 4.º do citado diploma, a exoneração da função pública.

24. Ao consagrar esta possibilidade como opção, o legislador respeitou o limite constitucional, não determinando uma transição automática. A opção é exercida por vontade expressa do funcionário e a integração no ISS com um vínculo de natureza privada obriga a uma prévia exoneração.

25. Sentido idêntico a este deve ser seguido em relação ao pessoal das antigas instituições de previdência, abrangidos pelo regime da Portaria n.º 193/79, de 21 de Abril, e ainda subsistentes no âmbito do ISS. Com efeito, e particularmente no que respeita à questão da carreira deste pessoal, o Decreto Regulamentar n.º 18/98, de 14 de Agosto, veio estabelecer norma semelhante ao constante da lei geral (10).

- a. A consagração deste direito veio resolver o problema da aproximação ao regime jurídico da função pública. Nestes termos, ambas as carreiras (dos trabalhadores das instituições de previdência e da função pública) se

encontram actualmente equiparadas, sendo esta a "linha programática de actuação" definida nos diplomas acima mencionados.

b. Também estes colaboradores do ISS podem optar por manter o seu vínculo específico e podem exercer funções de direcção ou chefia no ISS (cfr. art. 4.º do Decreto Lei n.º 316- A/2000).

c. Ficaram então a coexistir dentro do ISS, no essencial, três tipos de carreiras: função pública, previdência (aproximada à da função pública, por via do regime constante da Portaria n.º 193/79, de 21 de Abril, e disposições complementares) e contrato individual de trabalho.

26.O Regulamento do Pessoal Dirigente e de Chefia do ISS, constante do Despacho n.º 11464/2001 (2.ª Série), estabelece as condições de recrutamento e de exercício dos cargos de pessoal dirigente e de chefia do Instituto de Solidariedade e Segurança Social.

27.No art.º 2.º, n.º 3, do citado Regulamento, é estabelecido que o cargo de Director de Unidade é um cargo dirigente. O n.º 1 do mesmo artigo diz que se considera "pessoal dirigente o que exerce actividades de direcção, gestão, coordenação e controlo". As suas competências e organização estão definidas nos artigos 53.º e 54.º da Portaria n.º 543- A/2001, de 30 de Maio.

28.No que toca à pretensa "ausência" de uma equiparação dos cargos dirigentes do ISS a idênticos cargos constantes do estatuto do pessoal dirigente da função pública, importa referir, como bem o demonstra a evolução da legislação sobre a matéria, que o que legislador pretendeu, desde 1979, foi estabelecer princípios uniformes, de forma a poder tornar extensíveis a estes os direitos, deveres e competências estabelecidas pela lei geral para os titulares de cargos dirigentes tipificados na lei. Esta exigência resultava e ainda resulta da existência de cargos dirigentes com designação diversa da prevista na lei geral (11), sem prejuízo de, ao longo dos anos, se ter vindo a estabelecer a equiparação, em sede de lei especial, de determinados cargos, ao pessoal dirigente da função pública, quer apenas para efeitos remuneratórios, quer para todos os efeitos legais.

29.Atendendo, pois, a quanto atrás foi exposto, a questão essencial radica em saber se o tempo de serviço prestado como dirigente na Unidade de Previdência e Apoio à Família do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Viana do Castelo, do ISS, no período compreendido entre 01 10 2001 e 30 06 2003, deve ser contabilizado para efeitos de progressão na carreira, verificados que sejam os restantes pressupostos legais do regime da função pública.

30.Por quanto foi exposto, afigura-se que o entendimento expresso pelo Conselho Directivo do Instituto da Segurança Social, ao não reconhecer este direito, incorre em errada interpretação e aplicação da lei e infringe o disposto no Estatuto do Pessoal Dirigente da Função Pública em matéria de acesso na carreira. Nesta mesma linha, será de ver a argumentação e conclusões assumidas para casos idênticos pela jurisprudência administrativa acima citada e que aqui foi seguida de perto.

III - Recomendação

Assim, em consonância com a posição interpretativa aqui preconizada e no exercício do poder que me é conferido nos termos do art.º 20.º, n.º 1, a), do Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

RECOMENDO a V.Ex.ª que seja determinada a contagem do tempo de serviço prestado pelo ora reclamante como dirigente na Unidade de Previdência e Apoio à Família do Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Viana do Castelo, do ISS, no período compreendido entre 01-10-2001 e 30-06-2003, para efeitos de promoção e progressão na carreira, verificados que sejam os restantes pressupostos legais do regime da função pública, assim se repondo a legalidade posta em crise com a posição até aqui assumida.

O PROVIDOR DE JUSTIÇA

- (1) Aplicável à data dos factos.
- (2) Conceitos fundamentais do regime jurídico do funcionalismo público, Coimbra, 1985, pág. 438.
- (3) Ac. 86-154- P, referente ao processo 84-0150, publicado no DR, I série, de 12-06-86.
- (4) Ac. Cit.
- (5) Art. 18.º, n.º 1 - "o tempo de serviço prestado em cargos dirigentes conta para todos os efeitos legais, designadamente para acesso nas carreiras em que cada funcionário se encontrar integrado".
- (6) A este respeito, cfr. a jurisprudência constante do STA, nos Ac. de 18-12-1997, Proc. 40983; Ac. de 30-09-1997, Proc. 40985; Ac. 17-11-1998, Proc.40988; Ac. de 20-05-1998, Proc. 40989; Ac. de 28-01-1999, Proc. 40987; Ac. de 11-02-1999, Proc. 40986; Ac. de 29-04-1999, Proc. 40984; Ac, de 15-03-2001, Proc. 40989.
- (7) Ac. Proc. 040989, de 15-03-2001.
- (8) Acórdão citado.
- (9) Esta questão não deixa de ser co- natural à forma de reorganização ou reestruturação do Instituto, cujo pessoal dirigente não pode ser provido ao abrigo do regime estabelecido para a função pública, tendo a nova estrutura dos serviços procedido automaticamente à extinção deste regime. Contudo, esta extinção não retira ao conjunto dos funcionários públicos existente e que tenham optado por este regime, os direitos a ele inerentes.
- (10) Este último diploma veio alterar a redacção do artigo 16.º- A, que passou a determinar no seu n.º 2 que "o recrutamento, o provimento e a substituição do pessoal dirigente, bem como a suspensão e a cessação das respectivas comissões de serviço, obedecem ao regime da função pública". Foi ainda aditado um artigo 16.º- B, que estabelece o "Direito à carreira" para o pessoal dirigente:
 - 1 - O tempo de serviço prestado nos cargos de director de serviços e chefe de divisão conta para todos os efeitos legais, designadamente para acesso, nas carreiras em que cada trabalhador se encontrar integrado.
 - 2 - Os trabalhadores nomeados para os cargos referidos no número anterior têm os direitos consagrados na lei para os titulares de idênticos cargos de função pública.
 - 3 - Serão criados, nos quadros de pessoal dos organismos de origem, nos termos previstos no artigo 7.º, os lugares necessários ao provimento em categoria superior à que possuíam à data de nomeação para dirigente, caso a ela tenham direito, os quais serão extintos à medida que vagarem.
 - 4 - O direito ao provimento em categoria superior à que possuíam à data de nomeação para o cargo dirigente não prejudica o direito de os respectivos titulares se candidatarem aos concursos de acesso que ocorrerem na pendência de respectiva comissão de serviço."
- (11) Daí a necessidade da utilização de instrumentos jurídicos que possibilitem a referida equiparação, como é o caso da Resolução do Conselho de Ministros n.º 354- B/79, de 14 de Dezembro, publicada no DR, I Série, de 18-12-1979, sistematicamente repetidas em todos os diplomas que procederam à publicação dos diversos Estatutos do Pessoal Dirigente até à data.