

Pedido de Fiscalização de Constitucionalidade

Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-07/02 (A6)

Assunto: Enfermagem; Função Pública; Sistema retributivo; Inversão das posições relativas

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no artigo 281.º, n.º 2, alínea d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade das normas resultantes da aplicação conjunta do artigo 12.º, alínea b), 2.ª parte, do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, na sua redacção actual, com o constante da tabela I a este anexa e do qual faz parte integrante, bem como as resultantes da conjugação do artigo 2.º, n.ºs 4 e 5, e do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 412/98, de 30 de Dezembro, com o constante dos mapas da tabela a este anexa, alterados de acordo com o anexo I ao Decreto-Lei n.º 411/99, de 15 de Outubro.

Entende o Provedor de Justiça violarem essas normas as contidas nos artigos 13.º, n.º 1, e no artigo 59.º, n.º 1, alínea a), da Constituição, pelas razões aduzidas.

1.º

O Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, veio aprovar o regime legal da carreira de enfermagem, no desenvolvimento e adaptação das soluções vertidas, nesta matéria, no Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro.

2.º

De acordo com o disposto no artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, a carreira de enfermagem desenvolve-se em três grandes áreas de actuação, designadamente, “prestação de cuidados de saúde, gestão e assessoria técnica”.

3.º

Desta forma, estabelece o n.º 2 daquele preceito que a carreira em causa encontra-se estruturada “por categorias, agrupadas em níveis, as quais

implicam formação adequada e a que correspondem funções diferenciadas pela sua natureza, âmbito e nível remuneratório”.

4.º

No seguimento da norma atrás invocada, dispõe o artigo 4.º daquele diploma integrarem o nível 1 da carreira em apreço as categorias de enfermeiro e de enfermeiro graduado.

5.º

O artigo 5.º, n.º 2, do mesmo diploma, na redacção dada pelo art.º 1.º do DL 412/98, postula que “às categorias indicadas no artigo anterior correspondem as remunerações base constantes da tabela I anexa ao presente diploma, que dele faz parte integrante”.

6.º

A matéria relativa ao ingresso, acesso e progressão na carreira de enfermagem encontra-se regulada no capítulo III do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 412/98, de 30 de Dezembro, designadamente e no que respeita ao escalão de integração após promoção e progressão na mesma, nos artigos 12.º e 17.º respectivamente.

7.º

De acordo com a alínea a) do art.º 12.º, o acesso a categoria superior faz-se “para o escalão 1 da categoria para a qual se faz a promoção”.

8.º

Postula, por seu turno, a alínea b) do mesmo artigo, que a promoção poderá ser acompanhada, com a concomitante integração na respectiva escala indiciária, pela entrada “para o escalão a que na estrutura remuneratória da categoria para a qual se faz a promoção corresponda o índice superior mais aproximado, se o interessado vier já auferindo remuneração igual ou superior à do escalão 1, ou para o escalão seguinte, sempre que a remuneração que caberia em caso de progressão na categoria fosse superior”.

9.º

Determina, por sua vez, o artigo 17.º do diploma legal em causa, como regra geral a observar nesta matéria, que a mudança de escalão se processa

por módulos de três anos em cada escalão, desde que a avaliação de desempenho seja de “satisfaz”, realçando-se assim a importância de que se reveste o tempo de serviço prestado para esse efeito.

10.º

Da análise da tabela salarial anexa ao Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, resulta a existência de sobreposição dos índices dos vários escalões nas categorias, constatando-se assim, que em categorias inferiores existem índices superiores aos dos escalões das categorias superiores.

11.º

Esta situação manteve-se inalterada nos mapas salariais constantes da tabela anexa ao Decreto-Lei n.º 412/98, de 30 de Dezembro, assim como no anexo I ao Decreto-Lei n.º 411/99, de 15 de Outubro, que introduziu alterações neste domínio.

12.º

Tal facto, conjugado com os preceitos oportunamente referidos, designadamente o artigo 12.º, alínea b), leva a que, na aplicação deste diploma, situações haja em que venha a ser atribuído escalão mais alto aos funcionários que foram promovidos, mais tarde, a uma mesma categoria.

13.º

Na verdade, resulta da aplicação deste regime legal, como em exemplo que me foi apresentado em reclamação, que um funcionário da carreira de enfermagem (A), por exemplo promovido, por força de concurso, à categoria de enfermeiro graduado em 2 de Dezembro de 1993, então integrado no escalão 3, índice 130, vem a ser ultrapassado, a nível remuneratório, por colega (B) que, opositor naquele mesmo concurso e então integrado no mesmo escalão e índice, apenas em 22 de Abril de 1994, veio a ser efectivamente posicionado naquela categoria, em inversão das posições relativas por aqueles detidas, na mesma categoria, e no âmbito da mesma carreira.

14.º

De facto, o funcionário B, opositor, com a categoria de enfermeiro, posicionado no escalão 5, índice 130, ao concurso aberto em 1992, apenas veio a ser promovido à categoria de enfermeiro graduado em Abril de 1994, tendo naquela data sido posicionado no escalão 4, índice 155,

com base no disposto no artigo 12.º, alínea b), *in fine*, uma vez que a remuneração a perceber, em caso de progressão, na categoria de enfermeiro, seria superior àquela que o mesmo viria a auferir caso viesse a ser posicionado no índice superior mais aproximado, uma vez que vinha já auferindo remuneração igual ou superior à do escalão 1 da categoria de enfermeiro graduado.

15.º

Na verdade, encontrando-se o enfermeiro A integrado, em Dezembro de 1993, no escalão 3, índice 130, da categoria de enfermeiro graduado, veio a ser posicionado, em 2 de Dezembro de 1996, por força das regras de progressão vertidas no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, no escalão 4, índice 155, daquela categoria, de acordo com a tabela I anexa ao diploma em apreço.

16.º

Por sua vez, conforme acima enunciado, veio o Decreto-Lei n.º 412/98, de 30 de Dezembro, a introduzir alterações ao Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, ditadas pela experiência da sua aplicação, procedendo ainda a uma revalorização salarial.

17.º

Tendo em vista este último desiderato, determina o artigo 2.º, n.º 3, daquele diploma, sob a epígrafe de “transições”, que “os enfermeiros graduados, enfermeiros especialistas, enfermeiros-chefes e enfermeiros-supervisores transitam na categoria e no escalão actualmente detidos”.

18.º

Determina, por sua vez, o n.º 4 do mesmo artigo, que “os enfermeiros integrados na categoria de enfermeiro e posicionados nos escalões 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 transitam para categoria de enfermeiro graduado, sendo posicionados, respectivamente nos escalões 1, 1, 2, 3, 4, 5 e 7”.

19.º

Concomitantemente, e tendo em vista a concretização do objectivo de revalorização salarial preambularmente anunciado, veio o artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 412/98, de 30 de Dezembro, a estabelecer que a aplicação dos novos índices remuneratórios obedeceria a um processo de

faseamento, a observar de acordo com o disposto nos mapas a IV, anexos àquele diploma, e do qual fazem parte integrante.

20.º

Considerado o lapso de tempo a observar, tendo em vista a conclusão do processo de faseamento anunciado, estabelece o n.º 2 do citado art.º 5.º que o mesmo “não prejudica a normal progressão e promoção na carreira”, garantindo a aplicação, naquelas situações, do valor do índice remuneratório então em vigor.

21.º

Estabelece, por sua vez, o artigo 11.º do diploma em apreço, que o mesmo produz “todos os efeitos remuneratórios à data de 1 de Julho de 1998”.

22.º

Resulta assim do exposto que, voltando ao exemplo dado e no âmbito do concurso acima mais bem caracterizado, se alguns candidatos vieram a ser imediatamente promovidos à categoria de enfermeiro graduado, outros houve que, de acordo com a vacatura dos lugares em causa, vieram a ser sucessivamente posicionados naquela categoria em momento posterior, havendo ainda um terceiro grupo de candidatos que veio a ficar colocado fora das vagas postas a concurso.

23.º

Estes últimos funcionários vieram a progredir, na categoria de enfermeiro, tendo vindo a ser promovidos, de forma automática, porquanto fora do concurso aberto em 1992 e sem precedência de mecanismo daquela natureza, ao abrigo do disposto no artigo 2.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 412/98, de 30 de Dezembro, com os efeitos remuneratórios reportados, por força do disposto no artigo 11.º deste diploma, a 1 de Julho de 1998.

24.º

Encontrando-se em 1996 o funcionário A, promovido, em Dezembro de 1993 à categoria de enfermeiro graduado, no escalão 4, índice 155, por aplicação das regras de progressão vertidas no citado artigo 17.º do diploma de 1991, apenas em 1999 veio a ser posicionado no escalão 5, com o índice 175.

25.º

Por sua vez, o enfermeiro B, colega daquele primeiro funcionário, opositor ao concurso aberto em 1992 mas posicionado fora das vagas então existentes, veio a progredir na categoria de enfermeiro, encontrando-se integrado, em Janeiro de 1997, no escalão 7, ao qual então correspondia o índice 155.

26.º

Resulta assim da aplicação do disposto nas regras de transição acima mais bem explanadas, designadamente do estabelecido no n.º 4 do artigo 2.º do diploma de 1998, ter vindo o funcionário B a ser posicionado, com efeitos reportados a 1 de Julho de 1998, no escalão 4, índice 157, na categoria de enfermeiro graduado.

27.º

Ora, de acordo com as regras de progressão vertidas no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, na redacção a este dada pelo Decreto-Lei n.º 412/98, de 30 de Dezembro, o funcionário A, promovido à categoria de enfermeiro graduado em 1993, então posicionado no escalão 3, índice 140, veio a progredir para o escalão 4, índice 155, em Dezembro de 1996, e para o escalão 5, índice 172, em Dezembro de 1999 (Mapa II do Anexo II ao Decreto-Lei n.º 411/99, de 15 de Outubro).

28.º

Posteriormente, por força do disposto no n.º 3 do artigo 2.º do diploma de 1998, veio o mesmo a transitar na categoria e no escalão detidos à data da respectiva publicação, ou seja, no escalão 4, índice 157, este último por força da solução legal resultante da conjugação do disposto no já citado artigo 5.º, n.ºs 1 e 2 e no artigo 11.º, ambos daquele diploma.

29.º

Sendo certo que, da aplicação *qua tale* das normas legais acima enunciadas, não resulta, em concreto, a inversão das posições relativas detidas pelos funcionários em causa, a conjugação daquelas com o disposto no artigo 2.º, n.º 5 e 6 do Decreto-Lei n.º 421/98, de 30 de Dezembro, determiná-la-á.

30.º

Estabelece o n.º 5 do preceito atrás citado, que “os enfermeiros abrangidos pelo número anterior que beneficiassem de uma expectativa de progressão mais favorável relativamente à respectiva regra de transição têm direito (...) a ser reposicionados no escalão imediatamente superior da categoria para a qual transitam”.

31.º

Decorre assim do preceituado nestes moldes que, tendo o funcionário B vindo a ser posicionado na carreira de enfermeiro, no escalão 7, índice 155, no dia 1 de Janeiro de 1997, veio o mesmo a progredir, por força das disposições citadas, conjugadas com o mecanismo de progressão vertido no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, no dia 1 de Janeiro de 2000, para o escalão 5, índice 172, de acordo com a tabela de faseamento anexa ao Decreto-Lei n.º 411/99, de 15 de Outubro, que veio a alterar o Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, na redacção até então a este dada pelo Decreto-Lei n.º 412/98, de 30 de Dezembro.

32.º

Tal facto, conjugado com os preceitos oportunamente referidos, leva a que, na aplicação deste diploma, se atribua escalão mais alto aos trabalhadores que foram promovidos na categoria de enfermeiro graduado mais tarde, no caso concreto cerca de 4 anos e seis meses mais tarde, por mero decurso de tempo e sem outra razão que materialmente o justifique.

33.º

Resulta assim do exposto, de forma indubitável, a existência de situações de injustiça relativa, traduzidas no facto de enfermeiros graduados, com maior antiguidade nesta categoria, auferirem menor remuneração relativamente a outros com menor antiguidade e idênticas qualificações.

34.º

De acordo com o previsto no artigo 14.º, n.º s 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, o juízo de equidade interna assume-se como um dos princípios estruturantes do sistema retributivo da função pública, cujo principal objectivo se centrará em *“salvaguardar a relação de proporcionalidade entre as responsabilidades de cada cargo e as correspondentes*

remunerações e, bem assim, garantir a harmonia remuneratória entre cargos no âmbito da Administração”.

35.º

Por esta razão, com a criação de situações de inversão das posições relativas, estar-se-á desde logo a violar o princípio enunciado nos termos que antecedem, ao promover-se a desarmonia remuneratória dentro de uma mesma categoria.

36.º

Determina positivamente o princípio da igualdade, vertido no artigo 13.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, um tratamento igual do que é igual, e um tratamento diverso do que é, de facto, distinto, ao abrigo de um juízo de igualdade material, e em detrimento de um juízo de igualdade formalmente traçado (cfr. Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Vol IV, pgs. 226-227; Canotilho, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, pg. 400)

37.º

Impõe-se, assim, que seja efectivamente dado tratamento desigual a situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais, impostas pela desigualdade das circunstâncias ou pela natureza das coisas, violando-se este comando quando a solução dada pelo legislador surja como arbitrária ao tratar igualmente o que é desigual ou, tratando desigualmente o que é igual (cfr. Miranda, Jorge, loc. cit., pg. 226-228; Canotilho, Gomes, loc. cit.).

38.º

Enquanto corolário do princípio constitucional enunciado nos termos que antecedem, estabelece o artigo 59.º, n.º 1, alínea a) da Lei Fundamental, ao nível da relação jurídica laboral, que *para trabalho igual salário igual*, considerando que a trabalho igual em quantidade, natureza, e qualidade, deverá corresponder igual retribuição.

39.º

Postula assim este princípio constitucional que a remuneração do trabalho, obedecendo a princípios de justiça material, seja diferente, retribuindo-se naturalmente mais a quem tiver melhores habilitações ou mais tempo de serviço (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 548/98, proferido no

âmbito do processo 456/98, publicado no Diário da República – Série II, de 30 de Março de 1999).

40.º

Por esta razão, entende-se pôr em causa o princípio da igualdade constitucionalmente consagrado nos termos que antecedem, a norma que venha permitir, através da sua aplicação, a atribuição “aos funcionários melhor classificados num concurso (...) imediatamente promovidos à categoria superior, de vencimento inferior ao que vem a ser atribuído aos outros funcionários (...) que permaneceram na categoria inferior, só ulteriormente vindo a ser promovidos, no âmbito do mesmo concurso, a que todos se apresentaram posicionados no mesmo escalão” (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/01, proferido no âmbito do processo 470/2000).

41.º

Em bom rigor, impondo o princípio constitucional invocado, que a trabalho igual corresponda salário igual, proíbe o mesmo, na sua dimensão negativa, o estabelecimento de diferenciações desprovidas de fundamento racional, que consubstanciem discriminações que, por serem destituídas de qualquer relação com a natureza, características ou capacidades e qualificações profissionais dos funcionários, se revelam manifestamente arbitrárias e, como tal, constitucionalmente inadmissíveis (neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 254/2000, de 23 de Maio, publicado no Diário da República, n.º 119 – Série I-A).

42.º

Não se suscitando qualquer critério materialmente acolhido na Constituição que fundamente as situações de diferenciação enunciadas, não parece razoável de aceitar tal solução normativa, pondo em causa o princípio da igualdade.

43.º

Na verdade, não há qualquer fundamento racional, critério objectivo ou valor constitucionalmente consagrado para, por força da lei, uma diferença salarial de que beneficiava funcionário colocado em categoria superior ser convertida em diferença salarial que o coloca em plano inferior ao de outros funcionários com menor tempo de serviço na mesma categoria.

Termos em que se requer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas resultantes da conjugação dos artigo 12.º, alínea b), *in fine*, do Decreto-Lei n.º 437/91, de 8 de Novembro, com o constante da tabela I a este anexa e do qual faz parte integrante, bem como as resultantes da conjugação dos artigo 2.º, n.ºs 4 e 5 e do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 412/98, de 30 de Dezembro, que veio a alterar aquele, com o constante dos mapas da tabela a esta anexa, alteradas de acordo com o Decreto-Lei n.º 411/99, de 15 de Outubro, na medida em que permitem a inversão de posições remuneratórias, por violação do princípios constantes dos artigos 13.º, n.º 1, e 59.º, n.º 1, alínea a), da Constituição.

H. Nascimento Rodrigues