PROVEDOR DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

A Sua Excelência
O Secretário de Estado do Ensino e da Administração Escolar
Av. 5 de Outubro, 107
1069-018 LISBOA

Sua referência	Sua comunicação	Nossa referência
		S-PdJ/2015/5804 2015/07/24
		Q-02948/13 (UT6)

S-PdJ/2015/5804

Assunto: Artigo 36.º, n.º 3, do Estatuto da Carreira Docente.

1. Foi requerida a intervenção deste órgão do Estado relativamente à questão do posicionamento no correspondente escalão da carreira docente, no momento do ingresso nesta última, nas situações abrangidas pelo disposto no n.º 3 do artigo 36.º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário (de agora em diante, abreviadamente ECD)[1].

Nos termos do citado preceito do ECD, «[o] ingresso na carreira dos docentes portadores de habilitação profissional adequada faz-se no escalão correspondente ao tempo de serviço prestado em funções docentes e classificado com a menção qualitativa mínima de Bom, independentemente do título jurídico da relação de trabalho subordinado, de acordo com os critérios gerais de progressão, em termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da educação».

[1] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de abril, alterado, por último, pela Lei n.º 80/2013, de 28 de novembro.

Rua do Pau de Bandeira, 9 – 1249-088 – Lisboa
Tel. 213 926 600 – Fax 213 961 243
provedor.adjunto@provedor-jus.pt | http://www.provedor-jus.pt

Esta dependência de emissão de regulamentação, para efeitos de execução do disposto no preceito acabado de citar, decorre de alteração legislativa ao ECD, tal como ficou vertida no Decreto-Lei n.º 75/2010, de 23 de junho. Efetivamente e em termos práticos, por força dessa alteração legislativa – impondo expressamente um dever de regulamentação –, passou a constar da lei uma condição de exercício do direito ao posicionamento indiciário em causa, condição essa até então inexistente.

2. Neste enquadramento, não deixa de afigurar-se equívoco o que vem sendo preambularmente afirmado em sede dos diplomas reguladores dos recentes concursos de vinculação extraordinária[2] – e muito embora se saiba que o preâmbulo é tão-só um elemento ancilar de interpretação –, no sentido de que, e passo a citar:

> «O ingresso na carreira é feito no primeiro escalão da tabela indiciária, ficando sujeitos aos condicionalismos impostos pela Lei do Orçamento do Estado no que respeita à aplicação do n.º 3 do artigo 36.º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de abril.»

A referência expressa, no contexto linguístico acabado de transcrever, à aplicação do n.º 3 do artigo 36.º do ECD (que permanece, à presente data, por regulamentar), condicionando essa aplicação ao disposto em leis orçamentais (as quais, como é sabido, vêm ditando uma proibição de valorizações remuneratórias), faz alentar uma ideia de auto exequibilidade do direito reconhecido no citado preceito (como ocorria, seguramente, na vigência da sua redação antecedente, dada pelo Decreto-Lei n.º 15/2007, de 19 de janeiro), a qual estaria apenas suspensa por força de imperativo orçamental.

Em qualquer caso, não é por força das Leis do Orçamento do Estado, em vigor nestes últimos exercícios, mas sim pela inércia da regulamentação para a qual remete o n.º 3 do artigo 36.º do ECD (sendo, obviamente, esta uma competência, não do Estado-Legislador orçamental, mas do Estado-Administrador), que os docentes que ingressam na carreira e que reúnem os requisitos estabelecidos na lei continuam a ver-se impedidos de serem posicionados *ab initio* «no escalão correspondente ao tempo de serviço prestado em funções docentes e classificado com a menção qualitativa mínima de Bom, independentemente do

[2] Vejam-se os Decretos-Leis n.os 7/2013 e 60/2014, de 17 de janeiro e de 22 de abril, respetivamente.

título jurídico da relação de trabalho subordinado, de acordo com os critérios gerais de progressão».

É que toda a valorização remuneratória (como as que vêm sendo proibidas por força das últimas Leis do Orçamento do Estado) pressupõe, por natureza, a colocação prévia do interessado em determinado escalão da tabela indiciária, colocação esta que, no caso dos docentes que ingressam na carreira, continua a ser feita, na ausência da devida portaria governamental, no primeiro escalão da tabela indiciária.

De outro modo dito, não obstante possuírem anos de serviço docente fora da carreia, com a menção qualitativa mínima legalmente exigida, o ingresso destes docentes na carreira é feito no primeiro escalão da escala indiciária, não sendo este *status quo* ditado pelas referidas Leis do Orçamento do Estado, mas, ao invés, pela já apontada omissão de regulamento devido.

3. Com efeito, o artigo 36.º, n.º 3, do ECD impõe à Administração educativa um dever de regulamentar, cujo não cumprimento não pode senão traduzir uma omissão ilegal. Ancora-se tal asserção, desde logo, na previsão expressa da sua dependência regulamentar (ou de um dever de regulamentação), ínsita no segmento da norma que faz depender os efeitos do disposto no preceito em questão dos "termos a definir por portaria", ou seja, da emissão do competente regulamento.

Estamos, por conseguinte, ante uma norma que comporta, para o órgão a que foi atribuída a competência regulamentar, uma verdadeira imposição legal: embora disponha de alguma autonomia na conformação do "como" da regulamentação, ele está vinculado a emitir a regulamentação necessária, por exigência do princípio da legalidade e da consequente preferência de lei.

Rua do Pau de Bandeira, 9 – 1249-088 – Lisboa
Tel. 213 926 600 – Fax 213 961 243
provedor.adjunto@provedor-jus.pt | http://www.provedor-jus.pt

Acresce que, na situação que nos ocupa, afetando os docentes que ingressam na carreira, a omissão em causa envolve uma iniquidade, a qual poderá, inclusive, estar em contradição com o direito da União Europeia.

A este respeito, recorde-se que, já em 2012, este órgão do Estado alertou o Ministério da Edução e Ciência para o problema da compatibilidade entre o estatuto do pessoal docente e o direito da União Europeia aplicável aos contratos de trabalho a termo[3], sendo já conhecidas, no nosso ordenamento jurídico, algumas medidas que visam diminuir a precariedade da vinculação dos docentes, de que a possibilidade de ingresso na carreira conferida pelos concursos extraordinários de ingresso e a preferência em concursos externos aos docentes que se encontrem em situação de contratação anual e sucessiva são exemplos.

Assim sendo, ante o desiderato de um quadro-geral que garanta a igualdade de tratamento em relação aos trabalhadores contratados a termo, protegendo-os contra discriminações, refletido na interdição, pelo direito da União Europeia, de diferenças de tratamento entre contratados a termo e por tempo indeterminado com base apenas na natureza do contrato[4], cabe questionar, na matéria que motiva a presente missiva, se é compatível com esse mesmo patamar normativo, um estado de coisas (como o atual, na falta da regulamentação para que remete o artigo 36.º, n.º 3, do ECD), em que docentes são integrados na base da carreira, em desconsideração do exercício prévio de funções docentes em situação comparável aos docentes de carreira, em medida temporal (*pro rata temporis*) e qualitativa adequada. Tanto mais quanto é certo o legislador ter já considerado equiparadas as situações de prestação de serviço docente independentemente da modalidade de vinculação, postergando tratamento menos favorável aos docentes que ingressam na carreira, por via da solução vertida no n.º 3 do artigo 36.º do ECD, mas que permanece por regulamentar.

---

[3] Veja-se a Diretiva 1999/70/CE do Conselho de 28 de junho de 1999 respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP (Confederação Europeia dos Sindicatos, União das Confederações da Indústria e dos Empregadores da Europa e Centro Europeu das Empresas Públicas, respetivamente) relativo a contratos de trabalho a termo. A referida tomada de posição encontra-se disponibilizada no sítio institucional do Provedor de Justiça, em http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Oficio007481.pdf.

[4] Vejam-se já as soluções em matéria remuneratória constantes do artigo 43.º, n.os 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 132/2012, de 27 de junho, na versão conferida pelo Decreto-Lei n.º 83-A/2014, de 23 de maio.

Por essa razão, o prazo para completar a regulamentação em falta é ditado pela necessidade de conferir aos docentes abrangidos pela norma não regulamentada o posicionamento indiciário que o legislador já consagrou, encontrando-se claramente ultrapassado.

4. Não se perde, outrossim, de vista que, na matéria do regulamento administrativo, o novo Código do Procedimento Administrativo[5] inova, designadamente e conforme ficou expresso no respetivo preâmbulo, «nas consequências atribuídas à omissão de regulamento de cuja aprovação esteja dependente a aplicação de lei».

Com efeito, conforme o disposto no n.º 1 do artigo 137.º do novo CPA, «[q]uando a adoção de um regulamento seja necessária para dar exequibilidade a ato legislativo carente de regulamentação, o prazo para a emissão do regulamento é, no silêncio da lei, de 90 dias», logo se acrescentando no n.º 2 do mesmo preceito o seguinte: «[s]e o regulamento não for emitido no prazo devido, os interessados diretamente prejudicados pela situação de omissão podem requerer a emissão do regulamento ao órgão com competência na matéria, sem prejuízo da possibilidade de recurso à tutela jurisdicional».

Significativamente, para além da clarificação do prazo de que dispõe o órgão com competência para regulamentar a norma legislativa, consagrou o legislador uma faculdade de petição, uma vez decorrido o prazo para a emissão de regulamento devido. Na expressão de Ana Raquel Gonçalves Moniz, «[a]ssegura-se agora aos particulares um mecanismo de reação administrativa contra a inércia regulamentar, a par da declaração judicial de ilegalidade por omissão constante do art. 77.º do CPTA», solução de alternatividade esta que, em uma perspetiva subjetiva, «assegura aos eventuais lesados pela ausência de regulamento um leque mais amplo de vias de reação» (*in*: «Os regulamentos administrativos na revisão do Código do Procedimento Administrativo», *Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto 2013, p.14).

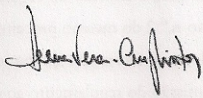
[5] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

Rua do Pau de Bandeira, 9 – 1249-088 – Lisboa
Tel. 213 926 600 – Fax 213 961 243
provedor.adjunto@provedor-jus.pt | http://www.provedor-jus.pt

5. Em face de todo o exposto, não só por imposição do princípio da legalidade, mas também porque está em causa o princípio da não discriminação em um quadro do exercício de funções docentes em situações comparáveis e, ainda, exigências elementares de justiça, urge suprir a omissão ilegal do dever de regulamentar, de modo a garantir a remuneração igual no exercício de funções equivalentes, no quadro de percursos profissionais comparáveis, por docentes igualmente habilitados.

Muito agradecendo a atenção de Vossa Excelência e dos serviços que dirige para a questão enunciada e ficando na expectativa da superação da situação descrita, aproveito a oportunidade para apresentar os meus melhores cumprimentos,

A Provedora-Adjunta,



(*Helena Vera-Cruz Pinto*)