

REVISTA
DE
DIREITO PÚBLICO

N.º 1 – JANEIRO/JUNHO DE 2009

Instituto de Direito Público

Lisboa – 2009

ÍNDICE GERAL

Nota de Apresentação	5
--------------------------------	---

I – DOUTRINA

O TRATADO DE LISBOA E O PRINCÍPIO DO PRIMADO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: UMA “EVOLUÇÃO NA CONTINUIDADE”	9
---	---

Diogo Freitas do Amaral

Nuno Piçarra

ALGUNAS REFLEXIONES GENERALES EN TORNO A LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y A LA RELATIVIDAD DE CIERTAS FÓRMULAS ESTEREOTIPADAS VINCULADAS A ELLAS.	57
--	----

Francisco Fernández Segado

O SISTEMA PORTUGUÊS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – BREVÍSSIMA NOTA	129
--	-----

Jorge Miranda

A ABERTURA DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO AO CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS	139
---	-----

Um Estudo sobre a Possibilidade de Europeização do Constitucionalismo Brasileiro

José Júnior Florentino dos Santos Mendonça

PRÓLOGO A UM CURSO DE CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO	191
--	-----

José de Melo Alexandrino

A LEI N.º 32/06, SOBRE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA	219
---	-----

José de Oliveira Ascensão

O RAMO E A ÁRVORE – A PROPÓSITO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA, NOTAÇÃO SOBRE BOTÂNICA JURÍDICA	247
---	-----

Maria Luísa Duarte

CONSTITUIÇÃO E VALORES	257
----------------------------------	-----

Diálogos de Axiologia Constitucional

Paulo Ferreira da Cunha

II – JURISPRUDÊNCIA

AS ALTERAÇÕES DO ESTATUTO DA CARREIRA DOCENTE DOS EDUCADORES DE INFÂNCIA E DOS PROFESSORES DOS ENSINOS BÁSICO E SECUNDÁRIO E A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA	281
--	-----

Jorge Bacelar Gouveia

III – LEGISLAÇÃO

O NOVO REGULAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – CRÍTICA	301
---	-----

Paulo Pinto de Albuquerque

IV – VÁRIA

INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO – ESTATUTOS	313
--	-----

Normas Técnicas	321
---------------------------	-----

AS ALTERAÇÕES DO ESTATUTO DA CARREIRA DOCENTE DOS EDUCADORES DE INFÂNCIA E DOS PROFESSORES DOS ENSINOS BÁSICO E SECUNDÁRIO E A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA¹

Jorge Bacelar Gouveia²

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2. A criação de quotas máximas na avaliação do mérito dos docentes; 3. A desconsideração do exercício de funções de interesse público na avaliação do desempenho dos docentes; 4. A imposição de uma mudança imprevista e desproporcionada da carreira de professor para a carreira de professor titular, 5. Conclusões.

1. Introdução

I. Em 16 de Outubro de 2006, o Ministério da Educação do XVII Governo Constitucional propôs para discussão no âmbito da negociação sindical um documento contendo alterações profundas ao Estatuto da Carreira Docente dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário (ECD), aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 17/2007, de 19 de Janeiro.

No seio das alterações sugeridas, contam-se modificações relacionadas com a adopção de uma nova divisão entre os professores *stricto sensu* e os professores titulares, bem como a introdução de regras de dificultação do acesso aos diversos escalões por parte dos professores.

Com algumas alterações, tal documento viria depois a ser aprovado em Conselho de Ministros, em 23 de Novembro de 2006, tendo sido depois promulgado e publicado como o Decreto-Lei n.º 15/2007, de 19 de Janeiro.

¹ Anotação ao Acórdão n.º 184/2008 do Tribunal Constitucional.

² Doutor e Agregado em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa.

II. Fomos então consultados por várias associações sindicais no sentido de aquilatar da existência de violações da Constituição da República Portuguesa (CRP) por parte deste diploma legislativo.

É o que iremos fazer, transformando em anotação jurisprudencial o parecer jurídico nessa altura elaborado, levando em consideração a ulterior argumentação que foi expendida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 184/2008 entretanto prolatado no âmbito do Processo n.º 614/2007³.

Naturalmente que não nos compete fazer juízos de valor sobre o mérito das alterações feitas, mas unicamente referir algumas questões previamente seleccionadas que contendem com a CRP.

III. Infelizmente, o mencionado aresto do Tribunal Constitucional não considerou o Decreto-Lei n.º 15/2007, de 19 de Janeiro, inconstitucional em todos os aspectos em que assim deveria ter decidido:

- assim o considerou, sim, quanto ao seu art. 15.º, n.º 5;
- mas já deste modo não entendeu na matéria dos respectivos arts. 2.º e 10.º, n.º 8.

IV. Tomando em consideração as questões colocadas aquando da elaboração do parecer, bem como o texto do Acórdão n.º 184/2008 do Tribunal Constitucional, justifica-se a apreciação de três distintas questões em que se suscitam fundadas dúvidas de inconstitucionalidade, as quais passamos a enunciar:

- a criação de quotas máximas na avaliação do mérito dos docentes;
- a desconsideração do exercício de funções de interesse público na avaliação do desempenho dos docentes; e
- a imposição de uma mudança imprevista e desproporcionada da carreira de professor através do aditamento de uma segunda e superior carreira de professor titular.

Para cada um destes problemas, reservaremos um número próprio, para no fim serem apresentadas as conclusões a que tivermos chegado.

³ O Acórdão n.º 184/2008 do Tribunal Constitucional, de 12 de Março de 2008, foi publicado no *Diário da República*, 1ª série, n.º 79, 22 de Abril de 2008, pp. 2365 e ss.

2.A criação de quotas máximas na avaliação do mérito dos docentes

I. Uma das principais novidades trazidas pelo novo ECD foi a introdução de um conjunto máximo de quotas para a atribuição das mais elevadas classificações cujo preenchimento fica automaticamente impedido ultrapassando uma determinada percentagem.

Nos termos da nova redacção do art. 46.º, n.º 2, do ECD, estabelece-se um sistema de classificação final de 1 a 10, nos seguintes termos:

- a) Excelente – de 9 a 10 valores;
- b) Muito Bom – de 8 a 8,9 valores;
- c) Bom – de 7 a 7,9 valores;
- d) Regular – de 5 a 6,5 valores;
- e) Insuficiente – de 1 a 4,9 valores.

Mas a questão fundamental está na nova redacção do n.º 3 do art. 46.º do ECD, onde se estipula o seguinte: “Por despacho conjunto dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da Educação e da Administração Pública são fixadas as percentagens máximas para a atribuição das classificações de *Muito Bom* e *Excelente*, por escola não agrupada ou agrupamento de escolas, as quais terão por referência os resultados obtidos na avaliação externa da escola”.

Eis um sistema de classificação final que contrasta com o sistema anteriormente vigente, não tanto no facto de passar a existir, mas sobretudo na mudança da bitola de classificação e, sobretudo, na limitação da atribuição das duas classificações mais elevadas – Excelente e Muito Bom.

II. A primeira objecção constitucional que este novo figurino de avaliação suscita relaciona-se com a violação do princípio constitucional da igualdade, em múltiplas das suas formulações.

O preceito constitucional fundamental radica no art. 13.º, n.º 1, da CRP, que diz o seguinte: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”.

O n.º 2 deste art. 13.º da CRP especifica depois razões proibidas para a discriminação: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

III. Mas outros preceitos constitucionais dão o mesmo tom de igualdade no tratamento levado a cabo pelo Direito em relação às situações dos cidadãos:

- art. 47.º, n.º 2, da CRP: “Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso”;
- art. 50.º, n.º 1, da CRP: “Todos os cidadãos têm o direito de acesso, em condições de igualdade e liberdade, aos cargos públicos”;
- o art. 58.º, n.º 2, al. b), da CRP: “Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover: (...) b) A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais”;
- o art. 59.º, n.º 1, al. a), da CRP: “Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito (...) a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna”.

IV. Nunca é demais salientar a importância do *princípio da igualdade*, realidade forçosamente presente no amplo princípio do Estado de Direito⁴,

⁴ Sobre o princípio da igualdade em geral na CRP, v. José Carlos Vieira de Andrade, *A imparcialidade da Administração como princípio constitucional*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, L, n.º 15, 1974, pp. 228 e ss.; Ana Prata, *A tutela constitucional da propriedade privada*, Coimbra, 1982, pp. 93 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, pp. 380 e ss., e *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª, Coimbra, 2003, pp. 562 e ss.; Isaltino Moraes, José Mário F. de Almeida e Ricardo L. Leite Pinto, *Constituição da República Portuguesa comentada*, Lisboa, 1983, pp. 46 e 47; Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, I, Coimbra, 1994, pp. 323 e ss.; Jorge Miranda, *Igualdade, princípio da*, in Pólis, III, Lisboa, 1985, pp. 404 e ss., *Igualdade*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, V, Lisboa, 1993, pp. 105 e ss., e *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, pp. 221 e ss.; Almeno de Sá, *Administração do Estado, Administração Local e princípio da igualdade no âmbito do estatuto de funcionário*, Coimbra, 1985, pp. 69 e ss.; João Martins Claro, *O princípio da igualdade*, in AAVV, *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1986, pp. 31 e ss.; Maria da Glória Ferreira Pinto, *Princípio da igualdade – fórmula vazia ou fórmula «carregada» de sentido?*, in *Boletim do Ministério da*

desta feita tendo uma incidência material⁵. Só que o princípio da igualdade em muito transcende a dimensão constitucional, situando-se mesmo como um dos princípios constitutivos da ideia de sistema jurídico, sem a qual este nem sequer poderia ser concebido.

De resto, a CRP, não obstante a localização sistemática da formulação do princípio da igualdade na Parte I relativa aos “Direitos e Deveres Fundamentais”, acaba por assumir essa mesma genérica relevância, ao referir-se a quaisquer situações jurídicas, mesmo que não jurídico-constitucionais⁶.

Justiça, n.º 358, 1986, pp. 19 e ss.; Rui Carlos Pereira, *O princípio da igualdade em Direito Penal*, in *O Direito*, ano 120.º, I-II, Janeiro-Junho de 1989, pp. 116 e ss.; Fernando Alves Correia, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, 1989, pp. 393 e ss.; Teresa Pizarro Beza, *Mulheres, Direito, crime ou a perplexidade de Cassandra*, Lisboa, 1990, pp. 109 e ss.; Miguel Faria, *Direitos fundamentais e direitos do homem*, I, Lisboa, 1992, pp. 101 e ss.; Martim de Albuquerque, *Da igualdade – introdução à jurisprudência*, Coimbra, 1993, pp. 72 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pp. 125 e ss.; Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições de Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1995, pp. 147 e ss.; José Osvaldo Gomes, *Expropriações por utilidade pública*, Lisboa, 1997, pp. 113 e ss.; Mário João Fernandes e Alexandre Sousa Pinheiro, *O art. 13.º da Constituição, um 11.º mandamento?*, in *Revista Jurídica*, n.º 20, Novembro de 1996, pp. 189 e ss.; José Casalta Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 1998, pp. 41 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *A inconstitucionalidade da discriminação remuneratória das carreiras médicas prestadas em tempo completo*, in *Novos Estudos de Direito Público*, vol. II, Lisboa, 2002, pp. 430 e ss., *A importância da Lei n.º 134/99 no novo Direito Português da Igualdade Social*, in AAVV, *A aplicação da Lei Anti-Discriminação – Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto – Actas de Seminário Técnico*, Lisboa, 2000, pp. 10 e ss., e *Manual de Direito Constitucional*, II, Coimbra, 2005, pp. 820 e ss.; Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 799 e ss.; Maria Lúcia Amaral, *O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa*, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra, 2004, pp. 35 e ss.; Vera Lúcia Carapeto Raposo, *O Poder de Eva – o princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos; problemas suscitados pela discriminação positiva*, Coimbra, 2004, pp. 241 e ss.; Benedita Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra, 2005, pp. 41 e ss.

⁵ Do ponto de vista da análise da jurisprudência, é de referir os minuciosos trabalhos de José Casalta Nabais, *Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel*, in AAVV, *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, Paris, 1989, pp. 245 e ss., de Jorge Miranda, *Jurisprudência Constitucional Escolhida*, I, Lisboa, 1996, pp. 9 e ss., e *Manual...*, IV, pp. 248 e ss., ou de Martim de Albuquerque, *Da igualdade...*, pp. 83 e ss.

⁶ Cfr. a primeira parte do art. 13.º, n.º 2, da CRP.

V. O princípio da igualdade assenta numa relação triangular, na qual se confrontam as realidades em comparação, sob o prisma da disciplina jurídica que se quer estabelecer.

Nestes termos, o princípio da igualdade vai assumir duas dimensões distintas, mas absolutamente complementares:

- *uma dimensão igualizadora: tratar igualmente o que é igual;*
- *uma dimensão diferenciadora: tratar diferenciadamente o que é desigual.*

O ponto focal do princípio da igualdade reside na apreciação material da diferença ou da identidade das situações sob o ponto de vista da disciplina jurídica a que ficam sujeitas, devendo surgir justificada numa apreciação valorativa e não meramente naturalística.

VI. A CRP é sensível, em diversos dos seus preceitos, ao princípio da igualdade, mas a formulação mais solene e geral de todas consta do respectivo art. 13.º, que contém, desta perspectiva, dois incisos fundamentais:

- *a imposição geral da igualdade:* “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”⁷;
- *a proibição do tratamento arbitrário e discriminatório, negativo e positivo:* “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever...”⁸.

VII. Ainda em sede geral, a CRP vai um pouco mais longe e ajuda o intérprete-aplicador do princípio da igualdade, fornecendo-lhe uma listagem de critérios ou índices que, *a priori*, não considera legítimos para fundar um tratamento diferenciado, positivo ou negativo, e que são os seguintes:

- ascendência;
- sexo (ou género);
- raça;
- língua;
- território de origem;
- religião;
- convicções políticas;

⁷ Art. 13.º, n.º 1, da CRP.

⁸ Art. 13.º, n.º 2, primeira parte, da CRP.

- convicções ideológicas;
- instrução;
- situação económica;
- condição social;
- orientação sexual.

Todavia, como tem sido referido, mesmo que literalmente o preceito constitucional em causa não o implique, este elenco é meramente exemplificativo e é possível aplicar outros critérios para fundar um tratamento desigualitário ilegítimo, ora recorrendo ao conceito geral de igualdade, ora recorrendo a outros preceitos pertinentes em matéria de igualdade.

Este é um caso que bem se exemplifica através do recurso à Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo preceito inicial permite ampliar a listagem daqueles critérios, para além de conter um índice geral residual, como sucede com a matéria da “origem nacional” ou com a matéria do “nascimento”: “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamadas na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação”⁹.

VIII. No caso em apreciação, a violação do princípio da igualdade cifra-se, desde logo, na seguinte circunstância: a avaliação dos docentes, por força das notas máximas que ficam limitadas pelas quotas atribuídas por percentagens, deixa de ser igual para todos, uma vez que uma mesma nota de Excelente ou Muito Bom pode não ser atribuída, apesar de inteiramente merecida, conforme o professor em causa esteja com colegas em número superior aos números máximos de Excelentes e de Muito Bons que é “administrativamente” possível atribuir. Quer dizer: a nota final atribuída não deriva do mérito intrínseco do avaliando, mas decorre de uma estatística burocrática, inteiramente cega ao problema da avaliação do mérito de um profissional de educação!

Mas a violação do princípio da igualdade também resulta do facto de o sistema de quotas na atribuição das duas notas mais elevadas na avaliação da carreira do docente passar a introduzir um factor de aleatoriedade, total-

⁹ Art. 2.º, § 1.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

mente estranho aos elementos que devem estar presentes na avaliação dos docentes. A avaliação deve fundamentar-se na demonstração das qualidades profissionais dos avaliandos, não podendo ser sensível a factores de discriminação materialmente alheios ao desempenho profissional. Ora, a partir do momento em que se impõe um número máximo de Excelentes e de Muito Bons, introduz-se um critério aleatório – a sorte ou o azar de, respectivamente, não estar ou estar com colegas com notas igualmente elevadas. Que se saiba, o critério da sorte ou do azar não pode ser considerado como um factor relevante de avaliação, dos professores como de qualquer actividade laboral!

IX. A segunda objecção constitucional ao sistema das quotas na atribuição das notas máximas na avaliação dos docentes é de natureza organizatória, e não já material: prende-se com o procedimento de decretação dessas percentagens, não tanto agora com o facto de elas existirem.

De acordo com o enunciado do diploma governamental, a decisão acerca da existência das percentagens das notas mais elevadas de Excelente e de Muito Bom surge no âmbito de uma decisão conjunta – por despacho – do Ministro da Educação e do membro do Governo responsável pela Administração Pública.

Eis um mecanismo de duvidosa constitucionalidade do ponto de vista da deslegalização em que consiste, dado que se remete para decisão administrativa aquilo que deveria caber ao nível da lei: o ECD demite-se de dizer aquilo que devia dizer, transferindo a totalidade da decisão para o nível administrativo, num acto que pertence ao foro da função administrativa, e não já ao foro da função legislativa.

O fundamento para esta conclusão está no facto de a matéria da restrição legislativa de direitos, liberdades e garantias apenas poder ser executada no âmbito da intervenção da lei, e não no âmbito do regulamento administrativo¹⁰: isso mesmo se deduz da circunstância de a matéria dos “Direitos,

¹⁰ Sobre o regime das restrições legislativas aos direitos, liberdades e garantias, v. Jorge Miranda, *O regime dos direitos, liberdades e garantias*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, II, Lisboa, 1978, pp. 81 e ss.; *Restrição de direitos*, in Pólis, Lisboa, 1987, pp. 518 e ss., e *Manual...*, IV, pp. 337 e ss.; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional*, Braga, 1979, pp. 176 e ss.; Nuno e Sousa, *A liberdade de imprensa*, Coimbra, 1984, pp. 255 e ss.; Miguel Faria, *Direitos fundamentais...*, pp. 120 e ss.; Manuel Afonso Vaz, *Lei e reserva de lei*, Porto, 1992, pp. 296 e ss.; Alberto Esteves Remédio, *Forças Armadas e forças de segurança – restrições aos direitos fundamentais*, in AAVV, *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993, pp. 375 e ss.; J.

liberdades e garantias” pertencer à reserva relativa da competência legislativa da Assembleia da República¹¹, sendo certo que está em causa um direito, liberdade e garantia – a liberdade de exercício de uma profissão, neste caso uma profissão pública, a de docente do sistema público.

Por outro caminho se pode alcançar um mesmo resultado de inconstitucionalidade deste mecanismo, o qual se relaciona com a exigência constitucional de as restrições legislativas aos direitos, liberdades e garantias cumprirem uma necessária intervenção ao nível do plano legislativo, nunca do plano administrativo: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”¹².

X. A decisão do Tribunal Constitucional tomada no Acórdão n.º 184/2008, por maioria, não considerou aqui existir qualquer violação do princípio da igualdade, uma vez que essa violação, no caso de haver excesso de mérito por parte dos candidatos, apenas poderia ser avaliada no caso concreto, devendo aí a pessoa prejudicada suscitar os mecanismos da fiscalização da constitucionalidade.

Evidentemente que se lamenta que esta decisão do Tribunal Constitucional, por aquilo que se lê na fundamentação aduzida, não tenha percebido a separação que se supõe sempre existir entre a pura avaliação de mérito – neste caso, depois conexa com o preenchimento de lugares da carreira – e a diferente questão de a progressão na carreira se fazer com um número limitado de lugares, em razão das necessidades existentes, aí sendo legítimo excluir aqueles que não sejam os melhores.

J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pp. 133 e ss., e *Constituição...*, pp. 145 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, Lisboa, 1995, pp. 456 e 457, *O estado de excepção no Direito Constitucional*, II, Coimbra, 1998, pp. 858 e ss., e pp. 1356 e ss., e *Segredo de Estado*, in *Estudos de Direito Público*, vol. I, Cascais, 2000, pp. 101 e ss.; Alexandre Sousa Pinheiro, *Restrições aos direitos, liberdades e garantias*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, Lisboa, 1996, pp. 281 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 450 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra, 2004, pp. 298 e ss.; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, Coimbra, 2005, pp. 148 e ss.

¹¹ Cfr. o art. 165.º, n.º 1, al. b), da CRP.

¹² Art. 18.º, n.º 3, da CRP.

Bem melhor andou um dos juízes conselheiros que votou vencido esta parte do aresto, Mário Torres, que poria o dedo na ferida e cuja argumentação só podemos seguir: “Ele propicia que dois professores com igual mérito – que obtiveram como classificação média das pontuações atribuídas, por dois avaliadores credenciados, em cada uma das fichas de avaliação valores a que correspondiam as menções de *Muito bom* (de 8 a 8,9 valores) ou de *Excelente* (de 9 e 10 valores), e que, além disso, preencheram os requisitos do cumprimento de 95% (ou de 100%, a ter-se por legal a exigência do n.º 5 do artigo 21.º do Decreto Regulamentar n.º 2/2008) das actividades lectivas em cada um dos anos do período escolar a que se reporta a avaliação, e ainda, no caso da atribuição da menção de *Excelente*, lhes foram especificamente reconhecidos, através de fundamentação expressa da proposta classificativa, os contributos relevantes por eles proporcionados para o sucesso escolar dos alunos e para a qualidade das suas aprendizagens – venham a ser diferentemente classificados pela circunstância, meramente aleatória e a que são de todo estranhos, de um deles ter o «azar» de exercer funções em escola não agrupada ou agrupamento de escolas onde já foi atingida a percentagem máxima dessas classificações fixadas no despacho previsto no n.º 3 do artigo 46.º, e o outro ter a «sorte» de exercer funções em escola ou agrupamento onde essa quota ainda não foi atingida”¹³.

3. A desconsideração do exercício de funções de interesse público na avaliação do desempenho dos docentes

I. Outra novidade que foi introduzida pela nova versão do ECD diz respeito ao facto de o desempenho de funções de interesse público fora do quadro da actividade docente ter deixado de ser automaticamente considerado, pelo que a progressão na carreira de docentes que não estejam no desempenho efectivo não pode contabilizar esses períodos em que aqueles exerceram outras missões.

As alterações aprovadas vieram dar nova redacção ao anterior art. 38.º do ECD, no qual se estipulava o automático reconhecimento do interesse público do exercício de alguns cargos públicos e sindicais.

¹³ Acórdão n.º 184/2008 do Tribunal Constitucional, in DR, 1ª série, n.º 79, 22 de Abril de 2008, p. 2378.

Com esta nova versão do art. 38.º do ECD, essa equiparação essencialmente desaparece, nem sequer este art. 38.º versando tal matéria, e antes se dedicando a estabelecer o novo regime do acesso à categoria de professor titular, que passou a ser criada.

O novo art. 38.º, n.º 2, al. a), do ECD passou a dispor do seguinte modo: “Podem ser opositores ao concurso de acesso à categoria de professor titular os professores que, cumulativamente, preenchem os seguintes requisitos: a) Detenham, pelo menos, 18 anos de serviço docente efectivo, com avaliação de desempenho igual ou superior a *Bom* durante o referido período”.

II. A infracção de preceitos da CRP é flagrante com esta nova redacção do art. 38.º, n.º 2, al. a), do ECD, se dela se deduzir a eliminação da possibilidade da equiparação a serviço prestado pelas docentes que desempenharam aquelas funções públicas ou sindicais.

O fundamento para esta conclusão está no facto de ser a própria CRP a directamente estabelecer a protecção do exercício destas actividades, no sentido de garantir o acesso às mesmas por partes dos docentes, não os prejudicando por isso, tratando-se de actividades de interesse público, protegidas por óbvios direitos fundamentais, como o direito de sufrágio (na capacidade eleitoral passiva) e a liberdade sindical.

III. Evidentemente que se pode discutir a bondade da solução constitucional, dado que a sua aplicação indiscriminada, se levada ao extremo, traria consequências negativas sobre a actividade do docente.

Como é bom de ver, se a actividade docente, por absurdo, fosse desenvolvida por docentes que durante muito tempo estivessem afastados da actividade que lhes é própria por causa do exercício das funções de interesse público, jamais poderia esconder-se a dificuldade de garantir altos padrões de desempenho, sendo certo que o regresso dos docentes às suas actividades depois de cumpridas aquelas funções os colocaria no topo da carreira docente.

É por isso que não se pode contestar a saudável moralização que um mecanismo menos amplo de equiparações contém do ponto de vista da qualificação da actividade docente, tendo sido porventura esse um dos propósitos da reforma ora aprovada.

IV. Simplesmente, a reforma foi longe demais e não levou em consideração o equilíbrio que importa sempre considerar nestas situações ocasionais de desempenho de funções de interesse público por parte dos docentes.

O erro de base é ter-se feito *tabula rasa* dessas situações, não as considerando pura e simplesmente, quando a sua consideração, eventualmente corrigida, não seria inconstitucional e assim poderia responder a uma situação pontual e que, no quadro geral, não desqualificaria o bom exercício da actividade docente no seu conjunto.

Basta pensar que o quadro das funções de interesse público potencialmente desenvolvidas pelos docentes é um número residual na totalidade dos docentes no activo, pelo que não se justifica a sua simples eliminação em nome de um critério de eficiência, para além do critério supremo da conformidade com a Constituição.

V. Neste ponto, o entendimento do Tribunal Constitucional, expresso na fundamentação que foi sufragada pela maioria dos juízes conselheiros, socorreu-se, num primeiro momento, da colocação constitucional do direito à protecção da saúde, embora depois inflectindo para considerações de igualdade no acesso e na progressão na função pública.

Sem dúvida que a consideração da igualdade – a partir, no caso, das condições de saúde de cada professor – merece aplauso e é uma avaliação correcta por parte do Tribunal Constitucional, indo para além daquilo que consta do art. 13.º, n.º 2, da CRP, em que se contém uma tipologia exemplificativa de factores inadmissíveis de discriminação.

Só foi pena a perturbação que se gerou nesse trecho da fundamentação que o Tribunal Constitucional seguiu a propósito da confusão de planos entre a força jurídica dos direitos sociais e a força jurídica de princípios constitucionais.

É exactamente isto o que muito bem assinala, de resto, o juiz conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro: “Entendo que o direito à saúde, consagrado no artigo 64.º da Constituição, não pode servir de fundamento de invalidade da norma sob juízo, não por ter (na sua feição dominante) a natureza de direito social, mas por a estatuição questionada nada ter a ver com o âmbito de protecção do artigo 64.º”, depois ainda acrescentando que “Seriam, assim, perfeitamente dispensáveis as largas considerações iniciais sobre o artigo 64.º e o estatuto constitucional dos direitos sociais, cuja fundamentação não é suficientemente realçada”¹⁴.

¹⁴ Acórdão n.º 184/2008 do Tribunal Constitucional, in DR, 1ª série, n.º 79, 22 de Abril de 2008, p. 2376.

4. A imposição de uma mudança imprevista e desproporcionada da carreira de professor para a carreira de professor titular

I. Outro dos aspectos centrais da reforma ora aprovada com a nova versão do ECD relaciona-se com a orientação política de tornar a carreira dos docentes do ensino não superior público mais hierarquizada, criando-se agora uma nova categoria de professores – os professores titulares – para quem atingiu o topo da carreira dos professores, cujos escalões são simultaneamente reduzidos.

Para esse fim, o art. 10.º, n.º 8, do Decreto-Lei n.º 15/2007, veio estabelecer o seguinte: “Os docentes que à data da entrada em vigor do presente decreto-lei se encontram posicionados nos 8.º, 9.º e 10.º escalões da carreira docente prevista no Decreto-Lei n.º 312/99, de 10 de Agosto, transitam para a categoria de professor da nova estrutura de carreira, mantendo os índices remuneratórios actualmente auferidos”.

II. Não se discute a orientação política de hierarquizar um pouco mais a carreira dos docentes do ensino não superior, em nome da legitimidade democrática que deve ser reconhecida ao poder legislativo.

O que já se pode discutir é se tal alteração respeitou as aplicáveis exigências constitucionais, sendo certo que esta mudança vem irremediavelmente afectar carreiras consolidadas de anos e que ninguém ousou questionar.

III. Claro que não se levanta qualquer problema de redução salarial por causa da introdução deste novo esquema de organização da carreira de docente, porquanto nos regimes transitórios adoptados ficam devidamente salvaguardas essas regalias.

Mas não podemos reduzir a profissão pública de professor apenas à sua dimensão salarial, que naturalmente é significativa. Ser professor implica também a colocação da pessoa num determinado estatuto e num corpo de profissionais com regras colectivas no tocante à sua organização e funcionamento.

IV. A primeira dificuldade com que os professores que já estão no topo da carreira – no 10.º escalão – são confrontados é a de, afinal, após a vigência destas alterações, passarem a já não estar no topo da carreira, para a qual lutaram a vida toda e pela qual tantas legítimas expectativas geraram.

E o problema não é apenas o do reconhecimento social de terem chegado ao cume dos diversos degraus da pirâmide em que a sua profissão se

organiza e que assim desaparece. É ainda o problema bem real de não terem encerrado um ciclo profissional e de serem forçados, para continuar a progredir na sua profissão, a submeter-se a novas provas, para assim transitarem de uma categoria que passou a ser inferior – a de professor *stricto sensu* – para uma categoria superior nova e agora criada – a de professor titular.

V. Uma outra dificuldade que igualmente emerge prende-se com o facto de a posição de professor *stricto sensu*, no escalão mais alto, após a criação da carreira de professor titular, ser em boa parte desvitalizada dos poderes que a mesma até aqui encerrava, pois que de futuro só ao professor titular se reconhecerá a permissão legal para o desenvolvimento de certas tarefas de coordenação e supervisão.

Ora, até agora, essas tarefas podiam ser exercidas pelos professores que tinham chegado ao topo da sua carreira sem qualquer limitação, vendo-se muito deles agora na contingência, se não transitarem para a nova carreira superior, de perderem a possibilidade de exercer tais tarefas.

VI. Do ponto de vista da CRP, dela não se desprende nenhuma orientação no sentido de considerar a estruturação das carreiras da Administração Pública como imodificável, tal liberdade sendo atribuída ao legislador democrático.

No entanto, o que já se consegue observar no texto constitucional, a partir da formulação do princípio do Estado de Direito, através do princípio da protecção da confiança¹⁵, é o facto de não ser tolerável alterar abruptamente posições funcionais já estabilizadas e que corresponderam a longos percursos profissionais, feitos no máximo rigor e no cumprimento das exigências legais de progressão nas respectivas profissões.

VII. É nítido que esta argumentação seria falível se por detrás de si não houvesse qualquer alternativa, mas a verdade é que a solução legal que ora analisamos é manifestamente desproporcionada¹⁶.

¹⁵ Sobre o princípio da protecção da confiança, v., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, II, pp. 806 e ss.

¹⁶ Sobre o princípio da proporcionalidade, v., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, II, pp. 824 e ss.

Uma melhor solução, muito menos lesiva das expectativas e interesses dos profissionais que chegaram ao fim da sua carreira, seria a de considerar, temporariamente, a existência de duas carreiras – a de professor *stricto sensu*, no último escalão, e a de professor titular com os mesmos conteúdos funcionais, esperando que aquele grupo de profissionais deixasse de estar no activo quando, mais ou menos brevemente, atingisse a idade de reforma.

Este seria um caminho mais curial e muito menos lesivo das posições jurídicas daqueles que, tendo assumido o direito ao lugar no último escalão de uma carreira que muitos anos assim se concebeu, se vêem de repente decepados de parte dos seus poderes funcionais, sendo forçados a percorrer um nova estrada de concursos e de provas, com o risco de as mesmas nem sempre correrem bem...

VIII. Eis um ponto em que esteve muito mal o Tribunal Constitucional na argumentação que foi utilizada no texto que fez vencimento do ponto de vista da fundamentação, caindo logo no erro de dizer que não há diferenças de posições jurídicas subjectivas – apenas de um estatuto – entre ser professor nos escalões de topo de uma carreira única e de ser professor numa carreira inferior com a criação de uma carreira de professor titular, hierarquicamente supra-nivelada.

Diz-se, a certo passo, no Acórdão do Tribunal Constitucional: “A expectativa que o requerente entende merecer protecção constitucional respeita apenas à continuidade da posição de certos professores nos lugares de topo da carreira. Trata-se, portanto, unicamente, de uma expectativa de manutenção de um *statu quo*, que não pode considerar-se juridicamente relevante para o efeito de merecer a tutela dispensada pelo princípio constitucional da protecção da confiança”¹⁷.

Obviamente que a manutenção deste *statu quo* – para usar a expressão do Tribunal Constitucional – só pode ter a tutela do princípio da confiança porque a respectiva perda, ainda que sem consequências salariais, apreciavelmente desconfigura uma posição profissional de alguém que estava no topo ou num elevado patamar de uma carreira única e que, de repente, se vê rebaixado para uma carreira de segunda categoria, automaticamente perdendo certos direitos de intervenção no processo educativo, não lhe sendo

¹⁷ Acórdão n.º 184/2008 do Tribunal Constitucional, in DR, 1ª série, n.º 79, 22 de Abril de 2008, p. 2373.

mais possível exercer certas tarefas de coordenação, a não ser ingressando naquela nova carreira.

Este facto, contraditoriamente, acaba por ser reconhecido logo a seguir pelo Tribunal Constitucional, ao aceitar que a mudança de *statu quo* tem, no fim de contas, uma forte repercussão na posição laboral do professor que ainda não está num patamar adiantado da carreira: “Muda apenas a organização interna desta categoria, passando a estar repartida em seis escalões, e é criada uma nova categoria (professor titular), hierarquicamente superior à categoria de professor, com funções de diferente natureza, âmbito e grau de responsabilidade – estas funções são, essencialmente, de coordenação, direcção e avaliação”¹⁸.

Como se vê, o que muda não é pouco, é muito, facto que, não obstante, não teve o acolhimento por parte do Tribunal Constitucional, o que só se deve fortemente criticar.

Pelos vistos, para o Tribunal Constitucional, ter sido antes professor com poderes de coordenação, direcção e avaliação e ser agora professor sem esses poderes é “mudar pouco” e não representa uma mudança de *statu quo* digna de protecção constitucional...

5. Conclusões

Pelo exposto, conclui-se que as alterações do Estatuto da Carreira Docente dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, recentemente aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 15/2007, de 19 de Janeiro, são inconstitucionais porque:

- a) introduzem quotas máximas na avaliação do mérito dos docentes, colocando-os em inadmissíveis situações de desigualdade pela arbitrariedade associada à aplicação de critérios aleatórios e estatísticos numa tarefa que é intrinsecamente de avaliação do mérito individual;
- b) desconsideram o exercício de funções de interesse público na avaliação do desempenho dos docentes, sendo certo que a titularidade de

¹⁸ Acórdão n.º 184/2008 do Tribunal Constitucional, in DR, 1ª série, n.º 79, 22 de Abril de 2008, p. 2373.

cargos públicos e sindicais, protegidas como estão essas funções por direitos fundamentais de participação política e dos trabalhadores, não podem ser contabilizadas no sentido de prejudicarem a evolução da carreira dos docentes que, tendo exercido aqueles cargos, emprestaram à causa da democracia e do sindicalismo, eminentes valores constitucionais, parte da sua vida, na impossibilidade de acumularem essas funções com as tarefas docentes;

- c) impõem uma mudança imprevista e desproporcionada da carreira de professor para a carreira de professor titular, dado tratar-se de profissionais que já tinham alcançado o topo da carreira, com o consolidado direito ao lugar, sempre num percurso legitimamente construído na expectativa de se manter uma dada organização da carreira docente, pelo mesma gradualmente subindo.

Lisboa, 5 de Dezembro de 2008.