

GARCIA PEREIRA E ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS RL

António Garcia Pereira  
Francisco Nicolau  
Paulo Graça Lobo  
Ana Leal  
Paulo Alves dos Santos

**PARECER PRELIMINAR**

## **PARECER PRELIMINAR**

### **I**

#### **A Consulta**

Foi-nos solicitado pelos professores consulentes uma análise de todo o regime (legal e regulamentar) actualmente em vigor relativamente ao estatuto, categoria, carreira, avaliação de desempenho e respectivas consequências, em termos de concluir pela sua constitucionalidade e legalidade ou inconstitucionalidade e/ou ilegalidade dos seus diversos pontos, bem como de algumas práticas administrativas que ao seu abrigo têm vindo a ser adoptadas.

Optou-se por isso por levar a cabo primeiro um levantamento e determinação de todos os normativos aplicáveis, depois uma análise mais global dos mesmos e dos vícios de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade de que eventualmente poderiam padecer e, enfim, um conjunto de respostas concretas a questões específicas que se prendem com a aplicação prática de tais normativos.

## **II**

### **O complexo sistema normativo-regulamentar respeitante à matéria em causa**

Temos hoje um complexo sistema normativo-regulamentar que resulta fundamentalmente da articulação, interpretação e aplicação de 7 distintos conjuntos de normas, a saber, as Bases do Sistema Educativo (aprovadas pela Lei nº 46/86, de 14/10, com a redacção dada pela Lei nº 49/2005, de 30/8); o regime constante do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores do Ensino Básico e Secundário (daqui em diante designado abreviadamente por ECD), aprovado pelo Decreto-Lei nº 139-A/90, de 28/4, com a redacção actual conferida pelo Decreto-Lei nº 15/2007, de 19/1; o do Decreto-Lei nº 200/2007, de 22/5, o qual estabelece o regime do primeiro concurso de acesso para lugares da categoria de professor titular aberto em cada agrupamento de escolas ou escola não agrupada após a entrada em vigor do referido Decreto-Lei nº 15/2007; o Decreto-Lei nº 104/2008, de 24/6, que estabelece o regime de concurso e prova pública de acesso para lugares da categoria de professor titular; o Decreto Regulamentar nº 2/2008, de 10/1 que regulamenta o sistema de avaliação do desempenho do pessoal docente da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário; o Decreto Regulamentar nº 11/2008, de 23/5, que visou definir o regime transitório de avaliação de desempenho do pessoal docente e respectivos efeitos durante o 1º ciclo de avaliação e o Decreto Regulamentar nº 1-A/2009, de 5/1, que

estabelece um regime transitório de avaliação do desempenho do pessoal a que se refere o já citado Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores do Ensino Básico e Secundário.

A isto se somem ainda inúmeros despachos, v.g., os nºs 7465/2008, de 13/3, 13459/2008, de 14/5, 16782/2008, de 23/6, 20131/2008, de 30/7, 27136/2008, de 24/10, 31996/2008, de 16/12, 32047/2008 e 32048/2008, ambos de 16/12, 3006/2009, de 23/1.

### **III**

## **OBSERVAÇÕES PRELIMINARES**

Impressiona desde logo aquilo que se afigura ser um patente conjunto de (inadmissíveis) contradições entre diversos pontos do ordenamento jurídico considerado no seu conjunto e até entre as intenções e objectivos prosseguidos com, pelo menos, alguns dos normativos em causa (e proclamados por exemplo nos respectivos preâmbulos) e as soluções práticas a que tais normativos, em concreto, conduzem.

Assim e, por ora, registe-se tão somente o seguinte:

1º É a Lei de Bases do sistema educativo (aprovada pela Lei nº 46/86, de 14/10 e alterada e republicada pela Lei nº 49/2005, de 30/8) que contém, e como matéria de reserva absoluta da competência da Assembleia da República nos termos do artigo 164º, alínea i), da Constituição, as opções fundamentadas e a disciplina básica dos princípios e direitos constitucionais relativos ao ensino (os quais serão, designada que não exclusivamente, a liberdade de ensino, o direito ao ensino, o estatuto das universidades e o direito de participação no ensino, segundo a doutrina consagrada nos Acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 125/2000 e 262/2006, *in Ac. T.C.*, Vol. 46, pp. 489 ss e Vol. 64, pp. 43 ss, respectivamente).

**2º** No preâmbulo do já citado Decreto-Lei nº 15/2007, de 19/1, refere-se explicitamente o objectivo de modificar uma situação que seria alegadamente caracterizada nos seguintes termos:

- a)** “A avaliação de desempenho, com raras excepções apenas, converteu-se num simples procedimento burocrático sem qualquer conteúdo”;
- b)** “Nestas condições, a progressão na carreira passou a depender fundamentalmente do decurso do tempo, o que permitiu que docentes que permaneceram afastados da actividade lectiva durante a maior parte do seu percurso profissional tenham chegado ao topo da carreira”;
- c)** “Permitiu-se até que as funções de coordenação e supervisão fossem desempenhadas por docentes mais jovens e com menos condições para as exercer”;
- d)** “Sendo indispensável estabelecer um regime de avaliação de desempenho mais exigente e com efeitos no desenvolvimento da carreira que permita identificar, promover e premiar o mérito e valorizar o activo lectivo” (sic, com sublinhado nosso);
- e)** “A definição de um regime de avaliação que distinga o mérito é condição essencial para a dignificação da profissão docente e para a promoção da auto-estima e motivação dos professores”.

**3º** E do preâmbulo do Decreto-Lei nº 200/2007, de 22/5, consta explicitamente que:

- a) “A categoria de professor titular está investida de um conteúdo funcional específico, correspondendo-lhe o desempenho das funções de maior responsabilidade no âmbito da coordenação, supervisão pedagógica e avaliação de desempenho dos restantes professores”;
- b) “Com a reconfiguração do modelo da carreira docente e a previsão da categoria de professor titular, o propósito do Governo foi o de dotar as escolas de um corpo de docentes altamente qualificado, com mais experiência, mais formação e mais autoridade”.

4º Por seu turno, no preâmbulo do Decreto Regulamentar nº 2/2008, de 10/1, refere-se explicitamente que o já atrás referenciado Decreto-Lei nº 15/2007, de 19/1, procedeu à alteração do ECD “consagrando um regime de avaliação de desempenho mais exigente e com efeitos no desenvolvimento da carreira que permita identificar, promover e premiar o mérito e valorizar a actividade lectiva”, reproduzindo depois e *ipsis verbis* o constante da alínea e) do antecedente nº 2º.

5º Finalmente, no preâmbulo do Decreto Regulamentar nº 1-A/2009, de 5 de Janeiro, invoca-se explicitamente ter sido possível “identificar três problemas principais: a existência de avaliadores de áreas disciplinares diferentes dos avaliados, a burocracia dos procedimentos previstos e a sobrecarga de trabalho inerente ao processo de avaliação”, curando então o mesmo Decreto Regulamentar nº 1-A/2009 de introduzir alterações não dispiciendas no sistema de avaliação de desempenho criado pelo ECD na versão de 2007, e alegadamente regulamentado e concretizado pelo anterior Decreto

Regulamentar (o nº 2/2008, de 10/1), alterações essas das quais se destacam as seguintes:

- a)** Dispensar de avaliação os docentes que até final do ano escolar de 2010/1011 estejam em condições de reunir os requisitos legais para a aposentação ou requeiram, nos termos legais, a aposentação antecipada, bem como os docentes contratados em áreas profissionais, vocacionais, tecnológicas ou artísticas não integradas em grupos de recrutamento;
- b)** Garantir que os professores são avaliados por avaliadores da mesma área disciplinar;
- c)** Dispensar neste ano lectivo dois dos factores de ponderação fixados pelo artigo 18º do Decreto Regulamentar nº 2/2008, de 10/1 (critério dos resultados escolares e das taxas de abandono);
- d)** Dispensar as reuniões entre avaliadores e avaliados (quer sobre os objectivos individuais, quer sobre a classificação proposta) sempre que exista acordo tácito;
- e)** Tornar a avaliação a cargo dos coordenadores de departamento curricular (incluindo a observação de aulas) dependente de requerimento dos interessados e condição necessária (apenas) para a obtenção da classificação de Muito Bom ou Excelente;
- f)** Reduzir de 3 para 2 o número de aulas a observar ficando a terceira dependente de requerimento do professor avaliado;
- g)** Simplificar o regime de avaliação dos professores avaliadores e compensar a sua sobrecarga de trabalho.



## IV

### **Primeiras referências às questões de (in)constitucionalidade**

Importa lembrar ainda a esta propósito que, pelo seu Acórdão nº 184/2008 de 12/3/2008, proferido no Processo nº 614/2007 de fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade das normas contidas quer no artigo 46º, nº 3 do ECD, com a nova redacção dada pelo Decreto-Lei nº 15/2007, de 19/1, quer nos artigos 10º, nº 8 e 15º, nº 5, alínea c) do mesmo Decreto-Lei nº 15/2007 – e apenas destas –, por maioria, se pronunciou pela inconstitucionalidade da terceira, por violação do artigo 47º, nº 2 da Constituição (quando exclui, para o recrutamento transitório para o professor titular, os professores que à data da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 15/2007 estejam em situação de não prestação efectiva de funções por motivo de doença) e pela constitucionalidade das duas primeiras.

E que em tal Acórdão o juízo maioritário de conformidade com a Lei Fundamental das normas em causa (artigo 46º, nº 3, do ECD, relativo ao sistema de quotas quanto às classificações de Muito Bom e Excelente; e o artigo 10º, nº 8, do referido Decreto-Lei nº 15/2007 respeita à transição dos professores posicionados, à data da entrada em vigor do mesmo Decreto-Lei nos 8º, 9º e 10º escalões para a categoria de “professor”) se baseia em juízos (abstractos) como os de que “a avaliação dos docentes com base na diferenciação em função do mérito nada tem de arbitrário”; de que “uma

avaliação séria e rigorosa levará a dispersar as classificações atribuídas pelos diversos graus da escola, diminuindo a probabilidade de os avaliados com classificação superior a Bom serem em número superior ao das quotas fixadas”, sendo certo porém que “no caso de a norma ora questionada ser interpretada de forma contrária à Constituição, por conduzir a uma decisão arbitrária na avaliação do docente, sempre poderá o lesado recorrer à fiscalização concreta de constitucionalidade”; de que, sendo princípio geral consagrado no artigo 39º, nº 2 da Lei de Bases que “a progressão na carreira do docente deve estar ligada à avaliação de toda a actividade desenvolvida na instituição educativa” e de que essa consideração, na avaliação do docente, de toda a actividade por ele realizada estaria, v.g. nos termos dos artigos 42º, nº 2 e 45º, nºs 1 e 2 do ECD, adequadamente garantida (excepto se se verificasse uma igualdade total entre docentes na sua concretização prática, caso em que de novo se poderia estar perante uma hipótese susceptível de fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade dos preceitos legais em causa; e a de que os docentes se mantêm afinal numa categoria da carreira que já existia e que continua a existir (a de professor), mudando apenas a organização interna dessa categoria, que passa a estar repartida em 6 escalões, sendo criada uma nova categoria (professor titular) hierarquicamente superior à categoria de professor com funções de diferente natureza, âmbito e grau de responsabilidade, categoria essa superior à qual teriam acesso especial e prioritário os professores posicionados no 10º escalão e, subseqüentemente, os professores dos 8º e 9º escalões.

Sem nos adiantarmos por ora em considerações relativas a outros aspectos (e designadamente o de que, patentemente, o método de selecção no concurso de

acesso para professor titular estabelece como factores de ponderação elementos que nada têm que ver com a avaliação pedagógica e científica dos docentes candidatos, como por exemplo o exercício de funções nos órgãos de gestão e administração), importará salientar que o juízo de conformidade com a Constituição – da qual aliás também se discorda, como se verá adiante – formulado pelo Acórdão do Tribunal Constitucional já aqui diversas vezes referenciado se baseia afinal numa análise abstracta de, apenas, dois dos aspectos do regime do Decreto-Lei nº 15/2007 (eventual violação do princípio da igualdade pelo sistema de quotas e eventual lesão dos princípios da confiança e da proporcionalidade pela integração dos actuais professores na categoria mais baixa das duas ora criadas), não inviabilizando nem a apreciação concreta desses mesmos preceitos, nem a fiscalização abstracta de outros preceitos desse diploma, nem de quaisquer outros actos normativos entretanto publicados, relativos aos docentes.

E, reforçando a ideia, se baseia na apreciação de que o regime abstracto consagrado nos tais dois pontos concretos se fará respeitando os valores e prosseguindo os objectivos formalmente proclamados pelo legislador e tal como ele os enuncia no próprio ECD.

A grande questão, contudo, reside na apreciação do modo como todo o já atrás descrito complexo sistema normativo burocrático-administrativo (e o respectivo “arsenal) está a ser concretamente interpretado e aplicado na prática pela Administração e no juízo, em termos de legalidade e de constitucionalidade, que tal interpretação e aplicação são susceptíveis de merecer.

**V**

**A múltipla inconstitucionalidade do sistema criado pelas  
disposições conjugadas do artigo 46º, nº 3 do ECD  
e do Decreto-Regulamentar nº 2/2008**

Ora, antes de mais, e ainda na perspectiva da apreciação abstracta da constitucionalidade do complexo jurídico-normativo hoje aplicável, afigura-se-nos óbvio – em consonância aliás com o notável voto de vencido do Conselheiro Dr. Mário Tavares lavrado no referido Acórdão nº 184/2008 do Tribunal Constitucional e discordando assim da posição maioritária ali adoptada – que o sistema de quotas instituído pelo Decreto-Lei nº 15/2007 (e em clara contradição com os objectivos, enfaticamente proclamados no respectivo preâmbulo, de combater o autoritarismo burocrático desprovido de conteúdo atribuído aos anterior sistema, e de passar a considerar devidamente toda a actividade do docente, muito especialmente a sua actividade lectiva) se revela, e mais ainda se combinado com o Decreto Regulamentar nº 2/2008, em particular com o seu artigo 21º, nº 5, desproporcionado e de todo desnecessário para atingir tais objectivos mas, mais do que isso, claramente violador quer do basilar princípio da igualdade, constante do artigo 13º da C.R.P., quer dos da proporcionalidade e da Justiça a que toda a Administração Pública se encontra constitucionalmente vinculada por força do artigo 266º da C.R.P..

Por um lado, e sem por ora questionar a bondade dos mesmos, a pluralidade e vastidão dos mecanismos instituídos pelo ECD com vista a assegurar uma avaliação que se pretende exigente e rigorosa põem claramente a nu a desnecessidade, desadequação e desproporção de um sistema “cego” de notas, para usar a feliz expressão do já citado voto de vencido do Conselheiro Dr. Mário Torres.

Mas, sem conceder quanto ao que antecede, sempre se mostraria também patentemente violador do indicado princípio de igualdade, já que possibilitaria que dois docentes em situação exactamente idêntica (mesma classificação média das pontuações atribuídas em cada uma das folhas de avaliação, igual percentagem exigida de cumprimento das respectivas actividades lectivas e, no caso da atribuição de Excelente, idêntico reconhecimento de contributos relevantes para o sucesso escolar dos alunos e para a qualidade das suas aprendizagens, reconhecimento esse feito através da proposta classificativa devida e expressamente fundamentada) seriam afinal classificados de forma diversa em função de um factor a eles completamente estranho e em absoluto arbitrário, como seja o de um exercer funções numa escola ou agrupamento onde, para sua infelicidade, a quota de Excelente ou de Muito Bom já foi atingida e o outro exercer funções em escola ou agrupamento onde, para sua felicidade, a dita quota ainda não foi atingida...

Mas violenta também o igualmente basilar princípio da confiança e segurança jurídica dos cidadãos, ínsito à noção de Estado de direito, consagrada no artº 2º da CRP, porquanto, ainda por cima – e ao invés do que está estabelecido no regime geral de avaliação de desempenho da Administração Pública em geral,

onde tais percentagens se encontram prévia e claramente fixadas ou por diploma de natureza legal (Lei nº 66-B/2007, de 28/2) ou, antes disso, de natureza regulamentar (Decreto Regulamentar nº 19-A/2004, de 14/5) – o estabelecimento das quotas de Excelente e Muito Bom dos docentes é afinal remetido para um simples despacho ministerial conjunto, sem determinação da obrigatoriedade da data da sua publicação, podendo assim, até, sê-lo largamente após o início ou mesmo até perto do termo do processo de avaliação, e em função de uma variável não apenas de conteúdo extremamente vago como aleatório e em nada referente ao desempenho individual do avaliado, como é o dos “resultados obtidos na avaliação externa da escola”.

A inaceitabilidade constitucional deste sistema é ainda reforçada pela circunstância de que o princípio da imparcialidade, consagrado no nº 2 do artº 266º da CRP, e também no artº 6º do Código do Procedimento Administrativo, impõe não apenas uma actuação isenta, objectiva, neutral e independente por parte da Administração para com o cidadão e logo também para com os seus funcionários mas igualmente que em todos os procedimentos relativos à admissão, progressão ou avaliação destes, sempre antes da aferição dos avaliados cada um destes deve conhecer, e conhecer com antecedência, todos e cada um dos parâmetros de avaliação, os exactos critérios de classificação e os diversos itens dessa mesma avaliação, e nomeadamente aqueles que definem ou são susceptíveis de definir a sua posição relativa.

A imparcialidade, para mais assumida também “como uma regra de deontologia administrativa” – como se consagrou, entre diversos outros, no Acórdão do S.T.A. de 13/1/05 (*in* Processo nº 730/04) – impõe que todas as regras de um

“jogo” tenham não apenas de estar perfeitamente definidas e clarificadas antes de tal “jogo” começar, como que não podem conter margens de aleatoriedade que permitam quer tratar desigualmente aquilo que é substancialmente igual, como conter margens de arbítrio e de arbitrariedade que nada tenham afinal que ver com a lógica e objectivos do mesmo “jogo”.

Propendemos por isso a considerar que o normativo contendo o sistema “cego” de quotas para a avaliação dos professores estabelecido e constituído pelas disposições conjugadas do artº 46º, nº 3 do ECD e do Decreto Regulamentar nº 2/2008, em particular o seu artº 21º, nº 5, deve reputar-se de ferido de inconstitucionalidade material, por violação dos apontados preceitos e princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade e da transparência.

## VI

### **A violação da reserva de lei e a ilegalidade dos diversos Decretos Regulamentares**

Acresce a esta questão ainda uma outra, que é, *prima facie*, suscitada pela circunstância de o nº 5 do artº 46º do ECD estabelecer a exigente percentagem (de cumprimento das actividades lectivas) de 95% para as menções qualitativas iguais ou superiores a “Bom”, o que naturalmente inclui, para além das de “Muito Bom”, também as de “Excelente”, e o artº 21º, nº 5 do Decreto Regulamentar nº 2/2008 ter vindo estabelecer, para estas últimas (ou seja, as de “Excelente”), a percentagem superior, e exigentíssima, de 100%.

Face ao que anteriormente se expôs, e sendo esta matéria do regime de avaliação claramente de reserva de lei, não se revela por isso aceitável a remissão para fontes inferiores à lei (em sentido amplo) da definição do próprio regime jurídico aplicável à avaliação de desempenho dos professores, visto que tal matéria integra clarissimamente o seu estatuto profissional e o regime (especial) de Função Pública que lhes é aplicável.

A chamada “volição primária” nesta matéria da avaliação dos docentes tem assim que constar de acto legislativo. E, acrescente-se desde já, em nosso entender, até de reserva, pelo menos relativa, da competência da Assembleia da República por força do artº 165º, nº 1, alínea t) da C.R.P., não apenas por a



matéria aí se inserir claramente nas “bases gerais e âmbito da função pública” como o regime constante do ECD não consistir de todo numa simples e mera “derivação” ou “adaptação” das soluções previstas na Lei nº 10/2004 para a Administração Pública.

Ora actos legislativos são, “*ex vi*” do artº 112º, nº 1 da Constituição, “as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais”, sendo que, nos termos do nº 5 do mesmo artigo, nenhuma lei pode conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos. E assim, e também por força do princípio da hierarquia das Fontes de Direito, está em absoluto constitucionalmente vedado que um decreto regulamentar ou até um simples despacho ministerial crie regime jurídico novo sobre as matérias em causa, suspenda, afaste, modifique ou revogue algum preceito constante do acto legislativo (*in casu*, o ECD), ou até simplesmente procure “interpretar” ou “integrar” algum dos seus preceitos.

Daqui decorre com meridiana clareza que, não obstante a “remissão” constante dos nºs 4 e 5 do artigo 40º do actual ECD, em todos os pontos em que um Decreto Regulamentar, *maxime* um dos já diversas vezes citados e analisados nºs 2/2008, de 10/1, 11/2008, de 23/5 e 1-A/2009, de 5/1, ou disponha de forma diversa do estatuído no ECD, ou interprete ou integre alguma das suas normas, ou venha criar regime jurídico novo (designadamente estabelecendo novos critérios de avaliação, parâmetros ou factores de ponderação, bem como deveres e obrigações dos docentes e demais intervenientes do processo de avaliação), ele padecerá de inquestionável e incontornável ilegalidade, não podendo assim vigorar na Ordem Jurídica.

Ora é esse, por exemplo e desde logo, o já atrás apontado caso do nº 5 do artº 25º do Decreto Regulamentar nº 2/2008, que veio exigir para a atribuição de “Excelente” a taxa de 100% de cumprimento das actividades lectivas.

Mas, como se verá adiante, diversos outros casos de normas regulamentares patentemente ilegais se verificam também.

## **VII**

### **A inconstitucionalidade material e orgânica do novo regime da carreira de professor, da sua avaliação e respectivas consequências**

Acresce que, contrariamente ao invocado no citado Acórdão do Tribunal Constitucional, a criação da categoria de professor titular (a que apenas alguns podem aceder, e isso de acordo com parâmetros alguns dos quais pouco ou mesmo nada têm que ver com o âmago da actividade do professor e em que a respectiva escolha, ao menos nos termos em que foi, ou pode ser, feita, e a sua importância relativa ou “parametrização” para o resultado final, se revelam inaceitavelmente aleatórias e arbitrárias) implica aquilo que uma análise mais atenta e menos atenta não pode deixar de identificar como uma verdadeira regressão profissional e um inaceitável violação do princípio da confiança.

Antes de mais, a inexistência de regressão profissional não se afere de todo, não se retira de todo, nem de o trabalhador/professor ser considerado colocado agora numa categoria que formalmente mantém a mesma denominação que a anterior (ainda que entretanto tenham sido criadas acima dela uma, duas, cinco ou dez novas categorias, superiores àquela ...) nem de manter a mesma remuneração que tem actualmente (e na verdade como, legal e/ou constitucionalmente, poderia ela diminuir ?...).

É que aquela regressão é, antes, inquestionável, seja qual for a vertente em que o problema pode, e deve, ser colocado.

A primeira dessas vertentes, e mais evidente, é a de saber se um trabalhador/professor, a quem foi atribuída e reconhecida uma dada categoria, pode depois vir ser-lhe posteriormente atribuída uma categoria (com a mesma denominação ou denominação diversa, tanto monta) com um posicionamento mais baixo na estrutura da Instituição.

Ora, é sabido que constitui direito fundamental do trabalhador o direito à categoria profissional e que esta, na feliz expressão de Monteiro Fernandes, resulta, em regra, do jogo de dois factores pré-contratuais: pelo lado da entidade empregadora, a “vaga” aberta na sua organização - isto é, a “função” ou os “serviços” de que necessita; no respeitante ao trabalhador, a sua profissão ou a “categoria profissional” porventura já adquirida” (A. Monteiro Fernandes, *in* “*Noções Fundamentais do Direito do Trabalho*”, Vol. 1, págs. 92 e 93).

Ora, se é certo que cabe à partida à entidade empregadora, *maxime* a privada, definir a categoria do trabalhador, o certo é que tal faculdade se encontra restringida e limitada por diversos elementos, de natureza distinta.

Desde logo, tem - como a nossa melhor doutrina e jurisprudência desde sempre vieram unanimemente entendendo (*vide*, a título de exemplo, os Acórdãos do S.T.J. de 16/3/86 e de 9/1/87 *in* A.D. S.T.A. respectivamente nºs 300-1566 e 306-909) - de existir correspondência entre a categoria que é atribuída e as funções efectivamente exercidas pelo prestador do trabalho, e quando

porventura se verifique divergência ela tem de ser resolvida pelo reconhecimento ao trabalhador da que melhor se adegue ao núcleo essencial das tarefas por ele desempenhadas e, caso existam várias, por aquela que for mais favorável ao trabalhador.

E isto, mesmo que se trate (e até diríamos sobretudo quando se trate) de relações de natureza laboral privada e de trabalho reguladas por instrumento de regulamentação colectiva !

Em segundo lugar, uma vez atribuída uma dada categoria, a entidade empregadora fica vinculada pela própria qualificação que produziu, e a mesma só pode ser alterada em certos casos específicos (v.g., promoção automática ou mesmo não automática, de acordo com regras pré-definidas de progressão, reconversão profissional, etc.).

Finalmente, a entidade empregadora só nos casos excepcionais legalmente previstos pode exigir tarefas diferentes das que estão abrangidas pelo objecto do contrato pelo que, através da fixação da categoria, também se opera a delimitação das tarefas que são legal e contratualmente exigíveis.

Pode, por consequência, concluir-se com segurança que o nosso sistema jurídico-laboral consagra inequivocamente o princípio da “irreversibilidade da carreira” no âmbito da organização: e tal princípio “no seu significado autónomo - isto é, encarado à margem do princípio da irredutibilidade de salário que com ele se relaciona estreitamente – traduz-se num meio de protecção da

profissionalidade como valor inerente à pessoa do trabalhador” (Monteiro Fernandes, *ibidem*, pág. 94).

De tudo quanto antecede resulta, pois, claramente que a entidade empregadora não pode alterar unilateralmente a categoria do trabalhador, sendo sempre necessário para qualquer mudança o acordo deste, e sendo certo que, em caso de promoção, e traduzindo-se esta por natureza numa melhoria da situação contratual do prestador do trabalho, ele em princípio não se lhe oporá, valendo aqui e neste caso específico o acordo meramente tácito.

Porém, se o trabalhador não der o seu acordo e manifestar a sua oposição à subida de categoria, inclusive esta não lhe poderá ser imposta.

E, tal como se demonstra adiante, o essencial destes princípios devem ter-se por igualmente aplicáveis à relação de trabalho subordinado (público), seja ele de regime de contrato individual de trabalho, de contrato de provimento ou de nomeação.

Temos, pois, e até aqui que todo o trabalhador, quer o trabalhador do âmbito da Função Pública quer o do regime laboral privado, tem direito à categoria e que esta não pode ser unilateralmente modificada pela entidade empregadora !

Sucede ainda que a própria legislação laboral, por razões facilmente compreensíveis de protecção ao contraente mais débil, estabelece uma tutela particular para a proibição do abaixamento da categoria do trabalhador, apenas o admitindo nos estreitos casos e nos precisos limites da lei, ou seja, quando

cumulativamente se verifiquem três requisitos: o elemento objectivo das necessidades prementes da organização (que não, note-se bem, da pessoa do empregador) ou da estrita necessidade do trabalhador, o elemento subjectivo da aceitação por parte deste, e finalmente o elemento, formal e “ratificador”, da autorização administrativa - fora desses casos excepcionais nunca, por consequência, poderá a entidade empregadora baixar a categoria do trabalhador !

É certo que questão de alguma forma complexa que se tem, todavia, colocado é a de saber o que exactamente se deverá entender por “abaixamento” ou “subida” de categoria ou, dito de outra forma, o que se deverá considerar ser uma categoria “superior” ou “inferior” a outra.

Ora vimos já que o princípio da irreversibilidade da carreira tem um significado autónomo, o qual, embora com ele se relacione muito de perto, é distinto do princípio da irredutibilidade da retribuição - quer dizer, o problema da “subida” ou “descida”, ou “não subida” ou “não descida”, de categoria não se pode colocar unicamente sob a perspectiva do critério da retribuição que corresponde a uma e a outra !

Tal conclusão já resultava há muito evidente nomeadamente do anterior artigo 43º do Dec. Lei 49.408 e hoje artigos 122º, alínea d) e 151º do Código do Trabalho, e também 313º, uma vez que tal disposição - que estabelece o poder/dever de a entidade empregadora atribuir a cada trabalhador, dentro do género de trabalho para que foi contratado, a função mais adequada às suas aptidões e preparação profissional - mostra claramente que o elemento

“categoria” não se define apenas em razão do elemento quantitativo (salário) que lhe corresponda em dado momento, mas também, para não dizer sobretudo, em razão de elementos qualitativos tais como o nível de responsabilidades, o grau de complexidade das tarefas e o próprio posicionamento quer absoluto (com referência a toda uma empresa no seu conjunto e encarada de forma estática) quer relativo (em comparação com os outros trabalhadores da organização e em especial com os dos sectores profissionais mais próximos, em termos organizativos e dinâmicos, de “carreira”).

Mas essa conclusão torna-se ainda mais nítida quando se verifica que, nos termos do anterior nº 2 do artº 22º do então vigente Decreto-Lei 49.408, e hoje do artigo 314º, nº 1 do Código do Trabalho, um dos obstáculos ao exercício pela entidade patronal da faculdade do “*jus variandi*” é precisamente a circunstância de a mudança de funções implicar modificação substancial da posição do trabalhador.

E “tal requisito deverá ser apreciado quer sob um ponto de vista vertical da sua posição hierárquica dentro da Empresa (com referência, v.g., aos níveis de qualificação e tabelas salariais previstas no CCT), quer sob um ponto de vista horizontal (quando as funções a desempenhar são qualitativamente muito diferenciadas ou inadequadas à preparação técnica e profissional do trabalhador ou lhe exigem um maior grau de penosidade ou responsabilidade)”, como bem refere João Moreira da Silva, *in* “Direitos e deveres dos sujeitos da relação individual de trabalho”, Coimbra, pág. 27.



Haverá, pois, também de dar-se por assente - e tal como aliás a melhor doutrina estrangeira há muito defendia (por todos, veja-se G. Mazzoni, “*Manuale di Diritto del Lavoro*”, Milão, 1977,pág. 486 e segs.) - que a categoria profissional do trabalhador, e isto tanto do trabalhador do regime laboral privado como do regime da Função Pública, objecto de uma tão relevante protecção do sistema jurídico-laboral, é definida não apenas em função do nível retributivo que lhe respeita mas também e sobretudo do nível de funções, responsabilidade e grau hierárquico dentro da organização que lhe correspondem.

Colocada a questão nestes termos, importará agora verificar se um novo regime legal pode ou não introduzir alterações na categoria profissional de um dado grupo de trabalhadores, em termos de alterar (e designadamente descer) exactamente esse nível hierárquico, ou funcional, ou de responsabilidades, que lhe correspondia nos termos do regime legal anterior.

À primeira vista e numa análise apressada do problema, mas só assim, poderia parecer que na questão em análise a resposta seria, e bem “simplesmente”, afirmativa - dir-se-ia então que se verificara aqui uma mera integração do anterior “Professor” na nova categoria, entretanto criada, de “Professor”.

E ainda que tal integração, porque a ela corresponde um nível salarial não inferior àquele que os trabalhadores tinham até aqui e porque operada através de um diploma legislativo (o ECD), seria assim inteiramente legítima e conforme à Constituição.

Crê-se todavia que tal conclusão, pelas razões que se irão expôr, é afinal errônea e relevaria apenas de uma análise pouco rigorosa das diferentes facetas deste problema, e nomeadamente das relações de hierarquia normativa que se estabelecem no nosso ordenamento jurídico-laboral entre a lei e a Constituição. Há pois agora que examinar também este último aspecto da questão à luz das considerações que para trás foram ficando expostas.

Comecemos então por um exemplo de meridiana evidência: se um determinado regime normativo, que sucede a outro, estabelecer que todos os actuais 1ºs escriturários passam a 2ºs escriturários, e ainda que elevando o vencimento correspondente a esta última categoria precisamente ao nível da retribuição que era paga àqueles, ninguém seguramente duvidará que se verifica aqui uma patente baixa de categoria, mesmo que o vencimento de um trabalhador 1º escriturário fosse por hipótese de € 600,00 e agora - uma vez que o dos 2ºs escriturários foi elevado para tal - se mantenha nesse quantitativo, sem dele baixar afinal !

Ora, “*mutatis mutandis*”, tal é rigorosamente o mesmo que se passa com a questão em análise - com efeito, pretendeu-se que os actuais 1ºs escriturários (aqui, os “Professores”) passem todos a 2ºs escriturários (“Professores” no novo regime), da mesma forma e para o mesmo acervo, do mesmo passo que a alguns e apenas a alguns dos actuais Professores (porventura bem mais modernos, menos experientes e menos capazes do que os seus Colegas que os coordenavam) é concedida a ascensão a 1º Escriturário (Professor Titular), passando até a coordenar, supervisionar e avaliar aqueles !!...

Torna-se deste modo manifestamente evidente que se verifica aqui uma inquestionável descida de categoria !

Desde logo, em termos de remuneração, e já se viu que de forma alguma este é o único elemento para aferir do grau “superior” ou “inferior” de uma dada qualificação profissional.

E descida de remuneração, não em termos “absolutos”, ou seja, sob a perspectiva da expressão numérica de um dado quantitativo, mas seguramente em termos “relativos”, isto é, em comparação com o grau, o ritmo e os níveis de progressão dos outros profissionais da organização, e designadamente dos outros profissionais da mesma carreira.

Acresce que o princípio constitucional da igualdade de tratamento, consagrado genericamente no artigo 13º da C.R.P., impõe que sejam tratados igualmente os que se encontrem em situações iguais e desigualmente os que se encontrem em situações desiguais, de maneira a não se criarem situações arbitrárias.

E é manifesto que colocar agora Professores ao mesmo nível (ou até abaixo !) daqueles outros trabalhadores/Professores que eles sempre coordenaram e supervisionaram, a quem ensinaram e cujo trabalho sempre orientaram, constituiria tratar agora de modo formalmente igual aqueles que estavam, e estão, em situação desigual, criando-se então o arbítrio total.

Era como se agora – passe a comparação... – se decidisse que, embora mantendo o mesmo nível absoluto de vencimento que têm, os Juízes

Desembargadores e os Juizes Conselheiros, por via de um novo Estatuto dos Magistrados, fossem “metidos” juntamente com os magistrados da 1ª instância numa amálgama única designada de “Magistrado”, sendo certo que era criada uma nova categoria de “Magistrado Titular” e que era o Ministro da Justiça que decidia, em função de critérios só agora criados e conhecidos, quais dos Magistrados eram “promovidos” a “Magistrado Titular”.

Daqui resulta claro também que existe neste novo regime de categorias, carreira e respectiva progressão, uma claríssima e inadmissível desvalorização do nível de funções e de responsabilidades e de grau hierárquico dos trabalhadores da Administração Pública que detinham à entrada em vigor do novo ECD a categoria de Professores.

E isto porquanto eles são, como se assinalou, colocados agora em absoluta e total paridade precisamente com aqueles outros trabalhadores que, dentro da mesma carreira, se encontravam exactamente numa posição, em termos de progressão naquela, menos “elevada” ou menos “avançada”

E nem se invoque em sentido contrário que todos estes princípios que se vêm de analisar seriam afinal aplicáveis apenas ao regime laboral privado, mas não aos trabalhadores da Administração Pública.

É que tal argumento – que aliás sempre esbarraria desde logo na lógica das mais recentes reformas legislativas do regime da chamada “Função Pública” tendentes precisamente a sujeitar todos quantos nestas vêm ou virão a trabalhar ao regime do contrato individual de trabalho em funções públicas, que é um

verdadeiro “clone” do Código do Trabalho e da sua “regulamentação” – esquece que a Constituição sempre fez apelo a uma noção unitária de trabalhador, que engloba tanto o regime laboral privado como o funcionário ou agente da Administração Pública, sendo por exemplo os chamados “direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores”, constantes do Capítulo III do Título II da Parte I e os do Capítulo I do Título III da Lei Fundamental (com natureza, regime e protecção, por força do artº 17º do artº 17º da C.R.P., dos direitos, liberdades e garantias fundamentais) directa e imediatamente aplicáveis a todos os trabalhadores, incluindo os funcionários e agentes e também os chamados “contratados” da Administração Pública, em tais direitos se incluindo, por exemplo, o respeito pelo princípio do “a trabalho igual, salário igual” e direito “à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal”, tal como o nº 1 do artigo 55º claramente inculca.

E, por outro lado, e como é unanimemente reconhecido, a liberdade de escolha da profissão, consagrada no artigo 47º da C.R.P. não só se aplica a todas as profissões (incluindo a de professor do ensino público) como não se esgota apenas em poder escolher livremente a profissão desejada mas concretiza-se em vários momentos, sendo que um deles é precisamente o do progresso na carreira profissional (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *in* “CRP anot.”, 4ª ed. Revista, p. 654).

E também o conceito constitucional da função pública pressupõe uma clara dimensão estatutária traduzida na existência de um verdadeiro “estatuto da função pública”, mesmo face a fenómenos como o da generalização da contratualização laboral privada, já que imperativamente os princípios da

igualdade, da proporcionalidade, boa fé, justiça e imparcialidade, reserva da Administração Pública, objectividade e igualdade no acesso não poderão deixar de continuar a ser rigorosamente observados.

É claro que tudo quanto antecede não pode significar, nem de facto significa, que se sustente a imobilidade “*ad aeternum*” de todos os regimes laborais ou estatutários em cada momento existentes. Mas então a tutela do princípio constitucional da confiança desempenha aqui um papel que não pode ser de todo olvidado.

É certo que constituem pressupostos da violação de tal princípio não apenas a existência de expectativas (que, porém, não é sequer preciso que correspondam a direitos subjectivos) que tenham um fundamento jurídico e também que a previsibilidade da manutenção de uma dada posição jurídica se fundamente em valores reconhecidos no sistema, e não apenas na inércia ou na manutenção do *status quo*, como se consagrou no conhecido Acórdão do Tribunal Constitucional nº 786/96 (*in Ac. T.C.*, vol. 34, pp. 23 ss).

Ora, e antes de mais, importa aqui sublinhar que em nosso entender esta questão das categorias e a carreira dos professores, da evolução nesta, da avaliação e respectivas consequências, constitui matéria não apenas de direitos e garantias constitucionalmente protegidos dos mesmos professores, como também do próprio estatuto e do âmbito da função pública, pelo que é inequivocamente de reserva relativa de competência da Assembleia da República, nos termos da alíneas b) e t) do nº 1 do artigo 165º da C.R.P.. Assim, para poder ser regulada por acto legislativo do Governo, este teria de estar para

tal munido da competente autorização legislativa, e, mais do que isso (e exactamente por se tratar de matéria relativa àquele tipo de direitos), a respectiva lei de autorização legislativa teria de ser concreta e precisa, não sendo constitucionalmente admissíveis autorizações vagas, genéricas ou ambíguas, as quais constituiriam um autêntico, e constitucionalmente inadmissível, “cheque em branco” à intervenção legislativa do Governo em matéria que está em princípio reservada ao Parlamento e em que aquele não pode normalmente legislar, e se e quando o faz, tal tem sempre que suceder no âmbito de um poder estritamente vinculado.

É deste modo evidente que o específico regime (de alteração do ECD) consagrado no Decreto-Lei nº 15/2007 foi produzido pelo Governo no âmbito de matéria de reserva de competência da Assembleia da República mas sem estar a coberto da competente autorização legislativa, pelo que é organicamente inconstitucional “ex vi” do já citado artº 165º, nº 1, alíneas b) e t) e também do artigo 18º, nº 2, ambos da C.R.P..

## VIII

### **A inconstitucionalidade formal do Decreto-Lei nº 15/2007 e diplomas subsequentes**

Por outro lado, afigura-se ainda notório que o mesmo Decreto-Lei nº 15/2007 padece igualmente de manifesta inconstitucionalidade formal.

É que as questões reguladas no referido diploma legal constituem inequivocamente matéria do âmbito da “legislação do trabalho” a que se reporta o artº 56º, nº 2, alínea a) da Constituição e, no tocante aos trabalhadores da função pública, também a Lei nº 23/98, *maxime* o artº 10º,

Até porque, de acordo com a orientação uniforme do Tribunal Constitucional, aquela expressão da Lei Fundamental deve ser interpretada como abrangendo qualquer ponto do estatuto jurídico dos trabalhadores, designadamente os da Função Pública, e *maxime* os relativos a direitos constitucionalmente consagrados.

Assim, a preterição da audição das associações sindicais representativas dos Professores – e que aliás deveria ocorrer quer para a lei autorizada quer também para a lei autorizante – fere de modo inapelável os diplomas legais em causa de inconstitucionalidade formal.



Tudo isto quando do próprio texto e respectiva publicação do Decreto-Lei nº 15/2007, de 19/1, não consta a referência concreta à audição de qualquer das associações sindicais representativas dos trabalhadores, mas antes a fórmula “tabelar”, genérica e abstracta de que “foram observados os procedimentos da Lei nº 23/98, de 26 de Maio”, fórmula aliás que se repete, *ipsis verbis*, no Decreto-Lei nº 200/2007, de 22/5, bem como nos Decretos Regulamentares 2/2008, 11/2008 e 1-A/2009.

Ora, sendo certo que a audição não apenas tem de ser efectivamente realizada, como tem também de ser formalmente declarada, tal significa que o vício não deixa de existir nem pela realização de qualquer mera “audição” (como já no passado sucedeu, por exemplo, com a aprovação inicial de algumas alterações ao Estatuto da Aposentação, em que se procurou chamar algumas das associações sindicais para uma reunião na Comissão Parlamentar respectiva, quando todo o processo já se encontrava praticamente finalizado), nem por uma espécie de “prova” feita *a posteriori* com a junção de umas quaisquer actas de que afinal sempre teriam existido reuniões (uma vez que a proclamação formal da existência destas no próprio diploma é que é juridicamente relevante até por ser a única forma viável e eficaz de se aferir, a partir dos factos enunciados, do efectivo cumprimento da Lei nº 23/98).

E a referenciação exacta e concreta de quais as associações sindicais representativas dos professores que terão sido ouvidas e em que termos o terão sido – até por apenas assim ser possível aferir do efectivo cumprimento do referido requisito legal da audição prévia, de outra forma transformado numa

mera formalidade desprovida de qualquer significado – deve ter-se, nos termos constitucionais, por indispensável.

Assim, e precisamente porque deles não consta tal referência exacta e concreta, o regime jurídico do Decreto-Lei nº 15/2007, bem como os de todos os diplomas legislativos e regulamentares que se lhe seguirem, encontram-se irremediavelmente afectados pelo vício de inconstitucionalidade formal.

## IX

### **Uma outra múltipla inconstitucionalidade material do novo ECD**

Porém, crê-se, porém, que o supracitado Decreto-Lei nº 15/2007 e o regime por ele aprovado se encontram ainda, e sobretudo, inquinados por uma outra grave, incontornável e múltipla inconstitucionalidade material.

É que os professores são funcionários públicos e a relação de emprego público de que são titulares é assim uma relação caracterizada pela sua intrínseca natureza pública, pela permanente prossecução do interesse público, e pela profissionalidade, relativamente à qual a nossa Lei Fundamental consagra um conjunto de direitos e garantias constitucionalmente tutelados, entre os quais avultam não apenas o direito de acesso à função pública, mas também o direito de nela permanecer (“*jus in officio*” na feliz e conhecida expressão de Gomes Canotilho e Vital Moreira) e ainda o direito de nela evoluir e progredir.

Convém assim vincar que, conforme aliás justamente se consagrou no conhecido Acórdão do Tribunal Constitucional nº 355/99, de 15/6 (*in* BMJ-488, p. 125), “a evolução na carreira é um valor a tutelar como contrapartida da dedicação do funcionário ao serviço público” e que “os valores da segurança jurídica e da tutela das expectativas legítimas – referências fundamentais num Estado de direito democrático, tal como vem delimitado no artigo 2º da Constituição – implicam que se devam respeitar as situações constituídas, ou

seja, que não se retire ao trabalhador (ou seja, e *in casu* ao Professor, enquanto trabalhador da Função Pública – nota nossa) um benefício laboral adquirido por força de normas válidas e eficazes” !

Esse direito à categoria e à carreira beneficia do regime e, logo, da protecção conferida pela Constituição aos direitos, liberdades e garantias do Título II da Parte I da Lei Fundamental, estando qualquer sua compressão ou restrição sujeita aos apertados limites e critérios do artº 18º, designadamente os de que aquelas terão de estar sempre estritamente condicionadas aos critérios de necessidade, de adequação e de proporcionalidade e de que a lei restritiva, para além de ter sempre de revestir carácter geral e abstracto, nunca pode pôr em causa o conteúdo essencial dos mesmos direitos, liberdades e garantias.

Por fim, convirá sublinhar que os já diversas vezes referidos princípios da segurança e certeza jurídicas, ínsitos na ideia de Estado de direito democrático, consagrada no artº 2º da C.R.P., impõem ainda a protecção dos cidadãos (trabalhadores, e não só) contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça e proíbem que os cidadãos com uma dada situação jurídica constituída e consolidada (que inclusive lhes exigiu opções fundamentais na organização da sua vida pessoal, social e familiar) possam ser surpreendidos com o desrespeito ou afectação direitos e/ou dos benefícios que, a par das obrigações correspondentes, a caracterizavam e haviam sido vertidos para a sua esfera individual por força de normas válidas e eficazes.

Ora é exactamente isso que o complexo normativo que tem por base essencial o ECD, na versão dada pelo Decreto-Lei nº 15/2007, afinal faz !

Com efeito, antes das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 15/2007 e diplomas subsequentes, os Professores tinham um estatuto jurídico-funcional caracterizado no essencial pelo seguinte:

- 1º À categoria de professor correspondiam um complexo de valências, aptidões, conhecimentos e responsabilidades próprios e específicos, e distintos das de outras categorias.
- 2º Tinham uma carreira própria, com promoção em conformidade com determinados parâmetros de avaliação e classificação de serviço.
- 3º A retribuição era definida e atribuída em função da progressão em sucessivos escalões e até ao 10º
- 4º Quaisquer dos professores, desde que profissionalizados, poderiam exercer cargos de coordenação; e quanto à supervisão pedagógica, por força das circunstâncias, a orientação dos estágios competia a um professor já posicionado na carreira, não sendo, porém, exigível que tivesse mais tempo de serviço, por exemplo.

Por seu turno e com o novo regime introduzido pelos supra-referenciados diplomas os actuais professores são integrados numa única categoria, a de “professor” e a sua carreira passa a ser, nos termos do artigo 34º, nº 2 do ECD, constituída por duas categorias hierarquizadas, a de “professores” (onde são integrados) e a de “professores titulares” (onde apenas alguns podem aceder de harmonia com o número de lugares a prover fixados anualmente pelo Governo, nos termos do artigo 38º, nº 4, e sendo que no primeiro concurso de acesso para lugares de professor titular apenas podem concorrer os professores que cumulativamente preencham os requisitos constantes das diversas alíneas do nº

5 do artº 15º do diploma preambular do Decreto-Lei nº 15/2007, sendo o regime específico desse primeiro concurso estabelecido pelo Decreto-Lei nº 200/2007, de 22/5, *maxime* e no tocante ao chamado “método de selecção” no seu artigo 10º).

De tudo isto, realce-se a ponderação, no item da chamada “experiência profissional”, do exercício de funções nos órgãos de gestão e administração do agrupamento de escolas ou escola não agrupada, e ainda por cima apenas no período entre o ano de 1999-2000 e o de 2005-2006 !

Tal significa por exemplo que um docente com 34 anos de serviço que desempenhou nos primeiros 27 sempre funções nos órgãos de gestão da Escola e que nos últimos 7 – até, por hipótese, em obediência a um salutar princípio de rotatividade, ou por qualquer motivo inteiramente aleatório – não desempenhou tais funções, de forma totalmente inesperada (e inesperável...) se vê agora preterido no recrutamento transitório a professor titular por alegada “menor experiência profissional” !?

Mais ! Onde dantes se evoluía e progredia para um “degrau” ou “escalão” superior sem dependência do requisito da existência de quaisquer vagas, agora essa evolução para a categoria superior de “professor titular” é como que afunilada em função dessa mesmo requisito.

Afigura-se-nos assim que a legítima expectativa, juridicamente tutelada, dos professores em verem a sua carreira em curso (e, em muitos casos, há largo tempo iniciada) prosseguir e terminar não apenas de acordo com as regras

previamente definidas e previamente conhecidas de todos como também com respeito da posição relativa nessa mesma carreira alcançada é afinal violentado, e de forma em absoluto desproporcionada, desnecessária e desadequada, quando tais regras são por completo súbita e inovatoriamente alteradas, essa posição relativa é modificada e gravemente deteriorada pela sua ultrapassagem, na base de critérios não apenas em absoluto inesperados como aleatórios e arbitrários, na referida carreira, e esta é drasticamente modificada para passar a ser constituída por duas categorias (a de Professores e a de Professores Titulares).

Torna-se assim evidente que a já referida ideia – trave mestra do princípio do Estado de direito democrático consagrado no artº 2º da C.R.P. – de protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade em geral na Ordem Jurídica e na acção do Estado, designadamente dos seus órgãos legislativos, e conseqüentemente a exigência de um mínimo de certeza e de segurança nos direitos dos cidadãos e nas expectativas que a estes são juridicamente criadas (tal como aqui sucedeu com os professores, como se demonstrou já profusamente) é afinal absolutamente lesada e destruída pelo regime jurídico em apreço, uma vez que este violenta de forma intolerável e arbitrária aqueles mínimos de certeza e segurança jurídicas, determinando nas relações e situações jurídicas já anteriormente constituídas relativamente a cada um dos professores, uma alteração não apenas com a qual estes não poderiam razoavelmente contar, como implica uma inadmissível, intolerável, arbitrária e totalmente desproporcionada alteração “*in pejus*” do conjunto dos direitos e interesses legítimos de cada um deles, sendo certo que o há muito consagrado princípio da proibição do retrocesso social (hoje pacificamente entendido pelo

Tribunal Constitucional como sendo aplicável a todos os direitos fundamentais, e não apenas aos direitos sociais) correctamente interpretado proíbe o Estado de, de um momento para o outro, tratar de pura e simplesmente eliminar ou alterar normas legais que haviam oportunamente consagrado direitos e protegido interesses legítimos, assim os suprimindo de uma penada e deles expropriando os respectivos titulares, em cuja esfera jurídica já há muito se haviam constituído e consolidado.

E, assim sendo, o regime constante do ECD com a nova redacção dada pelo Decreto-Lei nº 15/2007, na parte em que inova drasticamente, e nos moldes já examinados, relativamente quer à composição da carreira e à progressão nela e respectivas consequências para os actuais professores quer aos critérios e modos de funcionamento do novo sistema de avaliação, há-de ter-se também por materialmente inconstitucional por violação, designadamente, do princípio da igualdade, da liberdade de escolha da profissão e acesso à função pública, do direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, bem como do princípio da confiança e da segurança jurídica ínsitos na ideia de Estado de Direito.



X

Também a solução normativa consubstanciadora das percentagens de cumprimento das actividades lectivas exigidas para a obtenção da clarificação de “Excelente” (95% nos termos do artigo 46º, nº 5 do ECD de 2007 e 100% – !? – “ex vi” do artigo 21º, nº 5 do Decreto Regulamentar nº 2/2008, de 10/1) se tem de ter por manifestamente viciada por inconstitucionalidade material, ao menos na vertente normativa que signifique que um docente que, numa situação de exercício de um direito ou no cumprimento de um dever com fortíssima tutela legal (como o da comparência em Juízo na qualidade de testemunha, por exemplo, de um crime a que assistiu), mas que não é legalmente equiparada a serviço efectivo nos termos do artigo 103º do mesmo ECD, se veria impossibilitado de comparecer ao serviço lectivo e assim se vê impossibilitado de aceder à dita classificação de “Excelente”. Rigorosamente o mesmo se podendo dizer da absoluta desproporcionalidade que significará “punir-se” com a impossibilidade de aceder ao “Excelente” um docente das mais elevadas qualidades, e a todos os níveis, apenas porque, por no último dia de aulas e já sem possibilidade de substituição, teve um problema mecânico ou foi surpreendido por um inesperado engarrafamento de trânsito decorrente dum acidente inusitado não consegue chegar a tempo à primeira aula.

## XI

### **Da completa ilegalidade dos Decretos Regulamentares relativos à avaliação dos docentes**

Para além da já apontada e patente ilegalidade do nº 5 do artigo 21º do Decreto Regulamentar nº 2/2008, acontece ainda que da análise do Decreto Regulamentar nº 1-A/2009 e, sobretudo, do seu confronto e articulação com o Decreto-Lei nº 15/2007 e o regime de avaliação neste instituído ressaltam notórias divergências e até inovações de regime por parte deste último diploma, e que são, uma vez mais, legalmente inadmissíveis

Assim, o regime jurídico consagrado pelo Decreto-Lei nº 15/2007, aplica-se, de acordo com o seu artigo 1º, nº 1 “*aos docentes, qualquer que seja o nível, ciclo de ensino, grupo de recrutamento ou área de formação, que exerçam funções nas diversas modalidades do sistema de educação e ensino não superior, e no âmbito dos estabelecimentos públicos de educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário na dependência do Ministério da Educação*”. E o mesmo diploma legal determina, no capítulo da avaliação, no artigo 45º, os *items* de classificação, a saber:

**a)** - No nº 1, e no referente à avaliação a efectuar pelo coordenador do departamento curricular (envolvimento e avaliação científico-pedagógica): *"A avaliação efectuada pelo coordenador do departamento curricular ou do conselho de docentes pondera o envolvimento e a qualidade científico-pedagógica do docente, com base na apreciação dos seguintes parâmetros classificativos: a) Preparação e organização das actividades lectivas; b) Realização das actividades lectivas; c) Relação pedagógica com os alunos; d) Processo de avaliação das aprendizagens dos alunos"*.

**b)** O nº 2, os itens a considerar na avaliação efectuada pelo órgão de direcção executiva (nível de assiduidade, serviço distribuído, etc.).

Ora, o Decreto Regulamentar nº 1-A/2009, no seu preâmbulo, refere explicitamente: "O novo modelo assenta em três pilares essenciais: " ... *ii) uma avaliação integral, que valoriza a plenitude do desempenho dos docentes e não apenas o grau de cumprimento dos seus deveres funcionais*". Ainda, no seu preâmbulo: " Os problemas identificados têm, naturalmente, solução. Para os resolver, o Governo decidiu adoptar um conjunto de importantes medidas que, no seu conjunto, permitem que o procedimento de avaliação seja aperfeiçoado e consideravelmente simplificado".

E depois cria, a respeito da avaliação, três "universos" de docentes (que nem sequer correspondem à já analisada hierarquização da carreira, que foi criada pelo novo ECD em professores titulares e professores), a saber:

**a) Os dispensados da avaliação** (artigo 12º e artigo 13º - os docentes que, até ao final do ano escolar de 2010/2011, estejam em condições de reunir os requisitos legais para a aposentação ou requeiram, nos termos legais, a

aposentação antecipada; e os docentes contratados em áreas profissionais, vocacionais, tecnológicas e artísticas, não integradas em grupos de recrutamento)

**b) “Os dispensados da avaliação científico-pedagógica ” e exclusivamente** avaliados pelo órgão da direcção executiva (artigos 10º e 11º, nº 3), e que são:

- Professores coordenadores de departamento;
- Professores titulares avaliadores de docentes;
- Professores não titulares, nomeados em comissão de serviço como titulares para exercício da avaliação de docentes;
- Professores dos Conselhos Executivos com funções lectivas (que podem ou não ser titulares).

**c) Os também “dispensados da avaliação científico - pedagógica” e igualmente** avaliados pelo órgão da direcção executiva **mas que, ao contrário de todos os restantes, para poderem concorrerem às vagas de Muito Bom e Excelente serão (e apenas estes) obrigados à avaliação científico-pedagógica que terão que requerer (nº2, do artigo 3º do Decreto Regulamentar nº 1 - A/2009 e não abrangidos pelos artigos 10º e 11º, nº 3), e que são:**

- Professores titulares que não avaliem outros docentes,
- Professores não titulares
- Professores contratados

Ora, perante tudo quanto antecede, é manifesto que não é legalmente possível vir estabelecer por despacho regulamentar que a **avaliação científico-pedagógica**, instituída no ECD com a redacção do Decreto-Lei nº 15/2007 como uma componente **integral** do processo de avaliação e

considerada imprescindível na avaliação de todos os docentes, seja afinal aplicada apenas a um dos universos dos docentes (alínea c) do parágrafo anterior: os professores e professores titulares que não avaliem outros docentes) e, nas circunstâncias previstas (ou seja, se desejarem aceder às melhores classificações) e, mais, que para “beneficiar ” desta componente da avaliação - caso dos docentes enquadrados na alínea c) – tal esteja dependente de apresentação de requerimento (nº 2, artº 3º do *Decreto Regulamentar nº 1-A/2009*), e assim, e implicitamente, obrigar apenas alguns dos docentes - os mencionados na alínea c) - a declarar de imediato se pretendem ou não concorrer às quotas de “*Muito Bom*” e “*Excelente*”, quando nada disto resulta do regime constante do ECD e, mais ainda, está em clara contradição quer com a letra quer com a “*ratio*” deste !

E o mesmo se pode dizer da circunstância de, por via dos referidos Decretos Regulamentares, ter passado a ser possível que um vasto universo de docentes – pelo menos, os mencionados na antecedente alínea b) – sejam dispensados desta componente da avaliação (que a lei institui como parte integrante do processo) e possam, sem mais, concorrer às indicadas quotas de “*Muito Bom*” e “*Excelente*” e colocar assim os docentes em situações injustificadamente desiguais e, logo, discriminatórias e, mais grave ainda, com relevantes implicações no acesso às melhores classificações e consequente progressão nas suas carreiras !

Como é igualmente inaceitável que a avaliação dos membros do Conselho Executivo dependa exclusivamente do seu Presidente (nos termos do nº 3 do artigo 11º do *Decreto Regulamentar nº 1-A/2009*), quando é público e notório

que na clara maioria das Escolas os membros que compõem este órgão se propuseram, enquanto grupo de trabalho, ao exercício dos cargos tendo sido eleitos pela comunidade educativa, e assim naturalmente existem entre os seus membros relações de amizade e de interesses comuns que poderão colocar em causa, ao menos objectivamente e tal é quanto basta, as necessárias garantias de imparcialidade de todo este processo de avaliação pretendidamente mais rigoroso e transparente.

E rigorosamente o mesmo se diga do regime instituído no sentido de que os Presidentes dos Conselhos Executivos sejam avaliados pelo Director Regional de Educação, ou seja, por alguém que exerce um cargo de nomeação política (nº 2, artigo 11º do *Decreto Regulamentar nº 1-A/2009*), quando a avaliação das Escolas está a cargo da Inspeção Geral de Educação (I.G.E.) e nomeadamente está instituída no *ECD*, na redacção dada pelo *Decreto-Lei nº 15/2007*, a avaliação dos coordenadores por inspectores – artigo 43º, nº 2, alínea b) - e o acompanhamento global do processo de avaliação dos professores pela I.G.E. em articulação com o Conselho Científico (artigo 43º, nº 7) !

Manifestamente que, para além das questões de bondade, ou falta dela, de política legislativa que tais soluções consubstanciam, todos estes pontos representam afinal “acrescentos”, isto é, “inovações”, modificações e até derrogações, por via de decreto-regulamentar, de preceitos legais, sendo por isso, e face à hierarquia das Fontes de Direito, manifestamente ilegais, e sendo, como supra se referiu já, qualquer hipotética autorização ou atribuição de poder por parte do acto legislativo constitucionalmente proibida pelo nº 5 do artigo 112º da Constituição.

Ademais constituindo, nos termos do artigo 34º, nº 1 do mesmo ECD, o pessoal docente que desempenha funções de educação ou de ensino, com carácter permanente, sequencial e sistemático “um corpo especial da Administração Pública dotado de uma carreira própria” e havendo sido no mesmo Estatuto estabelecido um regime especial de avaliação, manifesto se torna que, aquando do exercício daquelas funções, nunca os professores poderiam ser objecto de avaliação por outro qualquer regime que não o definido e regulado pelo próprio ECD, e muito menos que esse outro regime seja estatuído e/ou posto em aplicação por normas de grau hierárquico inferior ao da lei.

## XII

### **Outras questões relativas ao regime do próprio ECD**

Por outro lado, o regime do próprio ECD é ainda susceptível de suscitar diversos outros reparos do ponto de vista da sua arbitrariedade e da inexistência das condições mínimas de imparcialidade objectiva.

Assim, a essa luz não é compreensível nem constitucionalmente aceitável que as funções acrescidas de professor titular, e em particular as da avaliação dos outros professores, possam ser fundamentadas designadamente num critério de maior experiência acumulada e, logo, de maior antiguidade, mas no primeiro concurso para professor titular, e nos termos do já analisado artigo 10º do Decreto-Lei nº 200/2007, de 22/5, tal critério tenha sido por completo desvalorizado e até de alguma forma subvertido, ao impôr-se a consideração dos últimos 7 anos lectivos apenas.

Por outro lado, e independentemente da sua suspensão transitória ou não, o facto de constituírem factor de classificação do docente as classificações por ele atribuídas aos seus alunos é susceptível de representar um óbvio e inaceitável conflito de interesses (entre o rigor na avaliação dos alunos com consequências mais gravosas para o professor e um facilitismo nessa avaliação, claramente contrário à qualidade da aprendizagem mas propiciador de vantagens para o docente na sua própria avaliação !?), gerando constitucionalmente inaceitáveis



dúvidas objectivas sobre a isenção e imparcialidade da actuação pedagógica do docente e criando, por via legal, uma situação que é até susceptível de criar uma situação de verdadeiro impedimento, nos termos do nº 1, em particular da sua alínea a), do artigo 44º do Código do Procedimento Administrativo.

## XIII

### **Da inexistência de qualquer obrigação legal válida de apresentação, pelos docentes, dos seus “objectivos individuais”**

Especificamente quanto à “magna questão” da (não) entrega, pelos professores, dos objectivos individuais, há desde logo que ter presente o seguinte:

**1º** Não existe de todo qualquer normativo com natureza de acto legislativo que estabeleça o dever da entrega, pelo professor, dos seus objectivos individuais, sendo certo que a única obrigação legalmente estabelecida é, nos termos do artº 44º, nº 1, al. c) do ECD, a do preenchimento e, pressupõe-se, a entrega da chamada “ficha de auto-avaliação” sobre os objectivos alcançados na sua prática profissional, nada se estipulando no sentido de que os ditos objectivos tenham de ser propostos ou até fixados pelo próprio professor.

**2º** Como já atrás se demonstrou, onde a lei claramente não estatui não é lícito ao decreto-regulamentar pretender estatuir “*ex novo*”, pelo que qualquer divergência ou acrescento àquele regime legal que resulte de um dos diplomas com a referida natureza de decreto-regulamentar se terá de ter por manifestamente ilegal e, logo, não podendo vigorar na Ordem Jurídica, nem legitimar ordens ou exigências administrativas na base dessas mesmas “novas estatuições”.

**3º** Em qualquer caso, e sem conceder quanto ao que antecede, o que o artigo 9º do Decreto-Regulamentar nº 2/2008 dispõe – e já aí dispõe “a mais” do que a lei – é que os ditos “objectivos individuais são fixados, por acordo entre o

avaliado e os avaliadores, através da apresentação de uma proposta do avaliado no início do período de avaliação (...) (nº 1) e que “na falta de acordo quanto aos objectivos a fixar prevalece a posição dos avaliadores” (nº 4)- sic, com sublinhados nossos.

Ora, relativamente a tal normativo – que, repete-se, já se reputa de ilegal – tem desde logo de se reconhecer que os pressupostos de facto da sua aplicação não estão no presente processo de avaliação de todo verificados (a apresentação da proposta dos objectivos individuais, até para poder estar conforme à “*ratio*” de todo o sistema de avaliação, deve naturalmente ocorrer no início do período de avaliação, e não a 5 meses do seu termo, e se os ditos objectivos individuais se destinam “a aferir o contributo do docente” para a concretização dos objectivos constantes da alínea a) do artigo anterior, ou seja, para a concretização dos objectivos e metas fixados no projecto educativo e no plano anual de actividades, tal contributo não pode ser aferido de forma minimamente rigorosa se os objectivos individuais são apenas definidos quando os objectivos mais gerais já vão a mais de meio do período da sua da sua execução).

Mas, para além do que se vem de referir, o certo é que se o analisado artigo 9º estabelece que, em caso de desacordo entre avaliado e avaliador quanto à definição dos ditos objectivos individuais, prevalece sempre a posição dos avaliadores, então – e porque a ausência de fixação de objectivos individuais deve e tem que ser logicamente equiparada à fixação de tal modo redutora ou reduzida que os avaliadores dela discordem e logo imponham, por eles, outra definição dos mesmos – tal só poderá significar que, nesse caso, a ausência de apresentação de uma proposta de objectivos individuais por parte do avaliado

não impossibilita o decurso do processo de avaliação, antes determinaria – não fosse a já apontada ilegalidade deste artigo 9º que o impede de vigorar na Ordem Jurídica – que o mesmo prossiga a partir de objectivos fixados pelos avaliadores, e nada mais do que isso !

E o artigo 10º do mesmo Decreto Regulamentar nº 2/2008 – que vem estabelecer que “em todos os parâmetros de avaliação em que haja lugar à fixação de objectivos individuais nos termos do artigo anterior” (sendo certo que dos oito parâmetros fixados no artigo 9º há dois que se não aplicam neste ciclo de avaliação e diversos outros que dependem de factores em absoluto estranhos ao professor – nota nossa), é o grau de cumprimento daqueles objectivos – e não do cumprimento da pretensa obrigação burocrática de definição dos mesmos – que constituirá referência essencial da classificação atribuída.

Tudo isto, para além de que o próprio artigo 15º do citado Decreto Regulamentar nº 2/2008 relativo às “fases do processo de avaliação” não contém também qualquer referência à apresentação dos objectivos individuais pelo docente.

Mais ainda ! O próprio Decreto Regulamentar nº 1-A/2009 – que padece de igual vício de ilegalidade nos termos já anteriormente explanados – do mesmo passo que procura impôr aos Presidentes dos Conselhos Executivos uma calendarização apertada do processo, com a fixação de datas-limite para as diversas formas sequenciais, também em lugar algum estatui a obrigação de apresentação pelo docente dos referidos objectivos individuais.

Contém, todavia, e valerá a pena notá-la, uma curiosa modificação relativamente ao Decreto Regulamentar nº 2/2008 (onde sempre se referiam os “avaliadores” - cfr. artº 9º, nº 1 e 4) ao vir estatuir agora no respectivo artigo 5º, nº 2, que afinal a proposta dos objectivos individuais agora já não é dirigida aos ditos avaliadores mas sim “é exclusivamente dirigida ao Presidente do Conselho Executivo em quem aquela competência tenha sido delegada” numa tão singular quanto significativa preocupação “centralista” do sistema.

Em suma: nenhuma obrigação existe, fixada por norma legalmente válida, de apresentação pelos docentes dos respectivos objectivos individuais. E, conseqüentemente entendemos que, por tal razão, rigorosamente nenhuma consequência para o seu alegado incumprimento, seja ela de natureza disciplinar (inexistindo qualquer pretensa infracção disciplinar pois que, num Estado de direito, não é devida obediência aos actos ou regulamentos da Administração que contrariem a Lei) ou de outra (v.g. de uma pretensa “suspensão” da respectiva contagem do tempo de serviço) pode validamente recair sobre os professores que não procedam a tal apresentação.

Seja como for, a conclusão é sempre idêntica – para além de que todos os comandos nesta matéria que, emanados de Decretos Regulamentares, vão contra ou para além do estabelecido primariamente no ECD se têm de ter por manifestamente ilegais, inexistente qualquer estatuição válida e eficaz da obrigação da apresentação pelos professores dos seus objectivos individuais pelo que quaisquer comandos, actos administrativos ou operações técnicas ou materiais que tenham por pressuposto ou fundamento tal pretensa obrigação não têm bastante fundamento legal, legitimando-se assim o respectivo incumprimento e

deslegitimando-se qualquer reacção negativa a este, seja ela de natureza disciplinar (ameaça de procedimento disciplinar, com a aplicação de qualquer sanção) ou outra, v.g. burocrático-administrativa (não contagem de tempo de serviço durante o período em que supostamente o docente, por não ter fixado, ele, os seus “objectivos individuais”, não pôde ser avaliado), contra o docente que não procedeu à referida apresentação dos ditos objectivos individuais.

## XIV

Se, em nossa opinião e pelas razões já atrás profusamente explanadas, a imposição (como juridicamente vinculativa) da apresentação pelo professor dos seus “objectivos individuais” como fase, e fase obrigatória, do processo de avaliação do desempenho do docente não tem qualquer fundamento normativo válido, desde logo porque o artigo 44º do ECD não o prevê e o mesmo sucede com o artigo 15º do Decreto Regulamentar nº 2/2008 (que aliás nunca poderia inovar, interpretar, integrar ou alterar o regime constante da lei), também por outra via sempre se chegaria àquela mesma conclusão (ou seja, da inexistência da obrigação, legalmente fundada, de apresentação pelos professores dos seus “objectivos individuais”).

É que, de harmonia com a estruturação e faseamento do processo de avaliação tal como o acto legislativo (ECD) o prevê, a fixação dos objectivos individuais (só) faz coerentemente sentido e (só) pode ocorrer desde que verificados certos pressupostos fácticos e temporais.

Com efeito, o princípio geral – cfr. artigo 42º, nº 3 do ECD – é o de que a avaliação se realiza “no final de cada período de dois anos escolares e reporta-se ao tempo de serviço nele prestado”, de que “a classificação dos parâmetros definidos para a avaliação do desempenho deve atender a múltiplas fontes de dados através da recolha durante o ano escolar” (artigo 45º, nº 3) e, designadamente, o de que a taxa de cumprimento das actividades lectivas é reportada ao ano escolar ou ano de período escolar.

O que tudo só pode significar que o desenvolvimento, de harmonia com a lei, do processo de avaliação pressupõe que este se inicie no começo do ano escolar (e não cinco meses depois), sendo que o próprio artigo 9º do Decreto Regulamentar nº 2/2008, de 10/1, aí lógica e correctamente, ao reportar-se aos objectivos individuais também refere que a (legalmente inexigível, como se demonstrou já) apresentação da proposta do avaliado deve ocorrer no início do período em avaliação.

Há-de assim ter-se por violadora da lei (para não dizer também da própria lógica...) a tentativa de imposição, por via regulamentar ou até prévia de mero acto administrativo, de que a definição dos já por diversas vezes citados “objectivos individuais” tenha afinal que ser feita num momento que não corresponde nem coincide, nem de perto nem de longe, com o período inicial do ciclo da avaliação.

E rigorosamente o mesmo se deve dizer dos “instrumentos de registo” e os “elementos de referência” (ou “instrumentos de medida”) previstos respectivamente nos artigos 6º e 8º do referenciado Decreto Regulamentar nº 2/2008.

Mais ! E exactamente pelo mesmo tipo de argumentos (não só, mas também) forçoso será chegar à mesma conclusão no caso de na Escola e/ou Agrupamento não existirem, não houverem sido estabelecidos ou não tiverem sido disponibilizados os ditos “instrumentos de registo”, e sobretudo, os elementos de referência a que se reporta o artigo 8º daquele normativo.



Com efeito, como é que pode um professor fixar correctamente e numa base de confiança e segurança jurídicas mínimas os seus objectivos individuais (que, recorde-se, se reportam ao grau da sua co-participação num esforço de grupo, visando designadamente o progresso dos resultados escolares esperados para os alunos e a redução das taxas de abandono escolar, e cujo grau de atingimento, ou não, terá relevantes consequências na respectiva classificação e, logo, na respectiva progressão na categoria e na carreira) se não existirem ou ele não puder conhecer ou não dispuser do livre acesso aos instrumentos de registo, ou não tiverem sido fixados “os objectivos e metas (...) para o agrupamento de escolas ou escola não agrupada” ou os indicadores de medida, os quais têm de estar “previamente estabelecidos pelo agrupamento de escolas ou escola não agrupada”, para usar precisamente as expressões do nº 1 do artigo 8º do mesmo Decreto Regulamentar nº 2/2008 ?!

## XV

Por fim, e tendo presente quanto se examinou já no antecedente, e muito em particular no tocante à reserva de acto legislativo e à articulação entre Fontes superiores e inferiores de Direito, crê-se de igual modo que o próprio regime “simplificado” da avaliação estabelecido no Decreto Regulamentar nº 11/2008, de 23/5 – precisamente porque consubstanciando uma alteração do regime do ECD, *maxime* do seu artigo 44º – se tem de ter, também, por manifestamente ilegal.

E o mesmo se diga dos artigos 2º (nova calendarização do processo e aprovação dos instrumentos necessários à avaliação) e 5º (nova tramitação referente à apresentação dos objectivos individuais com a apresentação da proposta exclusivamente com fundamento do Conselho Executivo) do Decreto Regulamentar nº 1-A/2009, bem como do artigo 7º (este, na exacta medida em que altera o processo de avaliação previsto no ECD, dispensando ou tornando meramente facultativos fases e parâmetros fixados como obrigatórios por aquele Estatuto).

Por fim, tal regime também se nos afigura ilegal – porque contrário ao ECD – na medida em que todo o pessoal docente é por este considerado um “corpo especial” da Administração Pública, com um processo de avaliação próprio e, por isso mesmo, diferenciado do regime geral àquela aplicável, não sendo assim legítimo aplicar directamente e por simples remissão à situação especial da avaliação dos professores o regime geral de avaliação da Função Pública.

## **XVI**

### **CONCLUSÕES**

- 1ª** O normativo contendo o sistema de quotas para a avaliação dos professores estabelecido e constituído pelas disposições conjugadas do artigo 46º, nº 3 do ECD, aprovado pelo Decreto-Lei nº 15/2007, de 19/1 e do Decreto Regulamentar nº 2/2008, em particular o seu artigo 21º, nº 5, deve reputar-se de ferido de múltipla inconstitucionalidade material, por violação dos princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade, da transparência, da justiça e da imparcialidade (artigos 13º, 266º, nº 2 da Constituição).
- 2ª** Sendo o regime de avaliação dos professores claramente matéria de reserva de lei (em sentido amplo), e aliás constante do próprio ECD, em todos os pontos em que um Decreto Regulamentar disponha de forma diversa do estatuído naquele, ou interprete ou integre alguma das suas normas, ou venha criar regime jurídico novo, ele padecerá de inquestionável e incontornável ilegalidade, por força do artigo 112º, nº 1 da C.R.P..
- 3ª** O específico regime (de alteração do ECD) consagrado no Decreto-Lei nº 15/2007, havendo sido produzido pelo Governo no âmbito de matéria de reserva pelo menos relativa de competência da Assembleia da República, por

força do artigo 165º, nº 1, alíneas b) e t), mas sem estar a coberto da competente autorização legislativa, tem de ter-se por organicamente inconstitucional.

**4ª** Não constando do Decreto-Lei nº 15/2007, bem como de todos os diplomas legislativos e regulamentares subsequentes, que contêm inequivocamente matéria de “legislação do trabalho” a que se refere o artigo 56º, nº 2, alínea a) da C.R.P., a referência exacta e concreta de como e quais as associações sindicais que terão sido prévia e efectivamente ouvidas, mas apenas a declaração “tabelar” de que “foram observados os procedimentos da Lei nº 23/98, de 26/5”, todos esses diplomas se têm de ter formalmente inconstitucionais.

**5ª** Ao consubstanciar uma substancial inovação que representa um verdadeiro e próprio retrocesso ou desvalorização categorial dos professores, afectando os valores da segurança jurídica e da tutela das expectativas legítimas, alterando-lhes de forma tão drástica quanto inesperável e inesperada “as regras do jogo” no decurso do mesmo, tratando desigualmente e em função de critérios em absoluto aleatórios e arbitrários (v.g. o mero desempenho de cargos apenas nos últimos sete anos) situações substancialmente iguais e afectando de forma desproporcionada, desadequada e desnecessária o princípio da liberdade de escolha da profissão e acesso à Função Pública e de nelas permanecer e progredir, o regime constante do ECD com a nova redacção conferida pelo citado Decreto-Lei nº 15/2007 padece, também, de

múltipla inconstitucionalidade material, por violação dos artigos 2º, 18º, 47º e 266º, nº 2 da C.R.P..

**6ª** Como o está também a solução normativa consubstanciadora das elevadíssimas percentagens do cumprimento das actividades lectivas exigidas para a obtenção de “Excelente” (95% no artigo 46º, nº 5 do ECD de 2007 e .... 100% no artigo 21º, nº 5 do Decreto Regulamentar nº 2/2008), ao menos se interpretada e aplicada no sentido de que qualquer docente que não cumpra actividade lectiva numa situação de força maior, de exercício de um direito ou de cumprimento de um dever que não é legalmente equiparado a serviço efectivo nos termos do artigo 103º do ECD é considerado em situação de incumprimento da actividade lectiva e, logo, gravemente prejudicado ou mesmo de todo impossibilitado no acesso àquela classificação

**7ª** Todos os pontos em que os Decretos Regulamentares – v.g. Decreto Regulamentar nº 1-A/2009 (quando por exemplo vem inovar ou alterar o ECD, v.g. ao estabelecer que a avaliação científico-pedagógica, imprescindível nos termos do ECD na avaliação de todos os docentes, seria afinal apenas exigível para um certo universo mais reduzido de professores, que a avaliação dos membros do Conselho Executivo depende exclusivamente do seu Presidente e que este seja avaliado apenas pelo Director Regional da Educação – se e quando venham inovar ou alterar o regime constante do acto legislativo – têm de se ter por manifestamente ilegais, por violação do mesmo ECD, estando

vedado a este, pelo artigo 112º, nº 5 da C.R.P., autorizar tais “inovações” ou “alterações” por via regulamentar.

**8ª** O artigo 10º do Decreto-Lei nº 200/2007 está em frontal contradição com a letra e a “*ratio*” do ECD de 2007 visto que este considera que a atribuição da categoria de professor titular com as suas funções acrescidas (v.g. de avaliação de outros professores) se fundamenta num critério de maior experiência acumulada e aquele vem impôr a consideração de apenas os últimos sete anos lectivos, desvalorizando todos os restantes.

**9ª** O facto de constituírem factor de classificação do docente – independentemente da sua suspensão nesta fase – as classificações por ele atribuídas aos alunos é susceptível de representar um óbvio e inaceitável conflito de interesses, gerador de constitucionalmente inaceitáveis dúvidas objectivas acerca da imparcialidade do docente.

**10ª** Face quer ao ECD (*maxime*, o seu artigo 44º), quer aos subsequentes Decretos Regulamentares (seja ao nº 2/2008, seja ao nº 1-A/2009), forçoso é concluir que em lugar algum do regime jurídico se estatui a obrigação de apresentação pelo docente dos referidos objectivos individuais ou a consequência jurídica de que a não apresentação impossibilite o decurso do processo de avaliação, constitua infracção disciplinar e inviabilize a contagem do tempo de serviço do professor.

**11ª** Sendo que todos os comandos em matéria de entrega pelos professores dos objectivos individuais decorrentes dos Decretos Regulamentares que vão contra ou para além do estabelecido no ECD (designadamente quando sejam interpretados e aplicados como significando estatuir a obrigatoriedade daquela entrega) serão manifestamente ilegais, e uma vez que num Estado de direito, o Estado e toda a Administração Pública devem actuar em estrita obediência à lei, *maxime*, a lei constitucional, as únicas conclusões que se impõem retirar é que não apenas por parte dos professores nenhuma obrigação existe, fixada por norma legal válida, da apresentação dos respectivos objectivos individuais, como nenhuma consequência pode advir do incumprimento ou desobediência de um comando ou ordem ilegal, designadamente de ordem disciplinar (procedimento por pretensa violação do dever de obediência) ou outra (perda de tempo de serviço).

**12ª** Tal obrigação não poderá também considerar-se validamente constituída se os respectivos pressupostos fácticos e temporais não estiverem reunidos, sendo assim igualmente ilegítima a tentativa de imposição de que a definição dos objectivos individuais ocorra não no período inicial do ciclo de avaliação mas mais de cinco meses depois, e o mesmo se dizendo quanto à fixação e divulgação dos “instrumentos de registo” e dos “instrumentos de medida” a que se reportam os artigos 6º e 8º do Decreto Regulamentar nº 2/2008.

**13ª** Rigorosamente a mesma conclusão se impõe, e até por maioria de razão, se na Escola ou Agrupamento de Escola de todo não existirem, não houverem

sido estabelecidos ou não tiverem sido disponibilizados aqueles mesmos “instrumentos”.

**14ª** Por fim, todo o “regime simplificado” estabelecido pelo Decreto Regulamentar nº 11/2008, representando uma alteração por via de fonte inferior à Lei do regime do ECD, *maxime* do seu artigo 44º, tem de se ter por manifestamente ilegal, o mesmo se devendo dizer dos artigos 2º, 5º e 7º do Decreto Regulamentar nº 1-A/2009.

Este é, em suma, o nosso **PARECER** !

Lisboa, 10 de Fevereiro de 2009

(António Garcia Pereira)