

■ DOCTRINA

■ **Sobre a competência legislativa do Governo no domínio estatutário dos docentes do ensino superior (JusNet 36/2009)**

Pedro Barbas Homem

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coordenador do Centro de Investigação Científica

Pedro Barbas Homem

1. Os novos Estatutos da Carreira Docente para o ensino superior; 2. Sobre a competência legislativa do Governo; 3. A reserva de competência legislativa da Assembleia da República no domínio dos direitos, liberdades e garantias; 4. O regime aplicável aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores; 5. Aspectos problemáticos dos novos projectos de Estatutos; 6. Em especial, a garantia de segurança no emprego; 7. Conclusões

1. Os novos Estatutos da Carreira Docente para o ensino superior

Foi noticiado que o Governo aprovou em Conselho de Ministros novos Estatutos da Carreira Docente para o ensino superior universitário e politécnico. Estes documentos foram objecto de negociação com diversos sindicatos, mas, na sua versão final, não obtiveram aceitação por parte de todas as estruturas sindicais.

Assinala-se que estes diplomas não foram objecto de autorização legislativa pela Assembleia da República nem serão submetidos, como Propostas de Lei do Governo, ao Parlamento.

Questiona-se, por isso, se o Governo goza de competência legislativa para este efeito.

É sobre esta temática e apenas sobre ela que se debruça, de modo breve e directo, o presente artigo. Deixaremos para momento posterior uma análise das opções do legislador do ponto de vista da política para o ensino superior dos diversos preceitos estatutários agora aprovados e da respectiva constitucionalidade material.

2. Sobre a competência legislativa do Governo

Como é conhecido, a Constituição da República Portuguesa (CRP) atribuiu ao Governo uma ampla competência para legislar, a qual não tem paralelo noutros países democráticos⁽¹⁾. Paulo Otero chega a dizer que existe em Portugal um primado de facto do governo como legislador.

Na evolução histórica dos Estados de Direito importa sublinhar que uma das preocupações centrais das primeiras constituições consistiu na atribuição aos parlamentos do monopólio da legiferação, como corolário do princípio da separação de poderes. A afirmação deste princípio foi uma ruptura com as práticas legislativas anteriores, assentes na multiplicação de formas legislativas e das entidades com poderes para proferir actos a que foi atribuída força de lei⁽²⁾.

De outro lado, o constitucionalismo pretendeu conjugar o princípio da legalidade com outros princípios, especialmente o representativo e o da publicidade.

São estes os princípios que podemos dizer estarem em crise nos nossos dias.

De um lado, multiplicam-se as leis que não foram prometidas pelos partidos e deputados, isto é, com que os eleitores não contavam por nada terem que ver com os respectivos programas.

De outro, multiplica-se o incumprimento das promessas, não sendo aprovadas as leis prometidas, seja a diminuição dos impostos sejam outras promessas específicas - por exemplo, a legislação laboral e da segurança social ou a legislação da justiça.

Em termos similares para a Itália, Bobbio denuncia que as promessas incumpridas da democracia constituem um dos elementos centrais da crise da democracia italiana.

⁽¹⁾ Entre outros, Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva da Lei - A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1996, pp. 430 ss.; Jaime Valle, *A Participação do Governo no Exercício da Função Legislativa*, Coimbra, 2004, p. 255 s.; v. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional*, tomo I - A lei e os actos normativos no ordenamento jurídico português, Coimbra, 2008, pp. 428 ss.; Alexandre de Sousa Pinheiro, «art. 112.º», em Paulo Otero / Alexandre de Sousa Pinheiro / Pedro Lomba, *Comentário à Constituição Portuguesa*, III/I, Coimbra, Almedina, CIFDUL, 2008, pp. 68 ss.

⁽²⁾ V. em síntese, António Pedro Barbas Homem, *O Espírito das Instituições. Um Estudo de História do Estado*, Coimbra, Almedina, pp. 100 ss..

O princípio representativo está assim em crise.

Mas o monopólio da representação nos parlamentos teve outro princípio condutor. Confrontados com a política do antigo regime assente no segredo e na razão de Estado, o constitucionalismo liberal impôs o princípio da publicidade da política. O funcionamento do parlamento passa a ser público, de tal modo que os eleitores podem acompanhar o trabalho dos seus parlamentares, saber exactamente o que dizem e como votam, e como são preparadas, votadas e aprovadas as leis.

O princípio da publicidade da vida política está igualmente em crise.

As observações anteriores são importantes para contextualizar o tema que nos propomos tratar.

Seria de esperar que não se levantasse dúvida, nem jurídica nem política, sobre a primazia legislativa do parlamento para a aprovação da legislação estatutária dos docentes dos estabelecimentos públicos de ensino superior.

Contudo, não foi isto que se passou - e o Governo apresentou para discussão dos sindicatos propostas estatutárias que não foram objecto de apreciação pelos deputados nem pela comunidade, nomeadamente pelas universidades e escolas politécnicas.

Também a democracia participativa, uma dimensão fundamental para a qualidade da política e da cidadania, é posto em causa por uma política de segredo. Nem mesmo o Conselho Nacional de Educação, que é a instância própria de diálogo sobre as questões educativas, se pronunciou sobre as propostas em causa. Os conselhos científicos e os órgãos de direcção das instituições de ensino superior serão em breve confrontados com a necessidade de implementar complexos documentos legislativos cuja aplicação não foi preparada, meditada e objecto de programação. Quando se verifica que a entrada em vigor que o Governo previu para estes diplomas é quase imediata à sua publicação ainda mais este factor surpresa aparece como relevante.

Do ponto de vista político, portanto, a opção do Governo aparece como contraditória com exigências de representação e de participação democráticas, mas também de publicidade no funcionamento da política.

Nada sabemos sobre o modo como internamente ao Governo foram consensualizadas os textos que agora estão finalizados. Que pareceres internos terão sido proferidos, nomeadamente quanto à conjugação destas normas estatutárias com a legislação geral da função pública. Que ministros deram a sua aprovação a um texto que, nos termos constitucionais, resulta de e vincula um órgão de decisão colegial, o governo.

3. A reserva de competência legislativa da Assembleia da República no domínio dos direitos, liberdades e garantias

Estas opções do legislador são tanto mais estranhas quando se toma em consideração a jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre matérias similares, nomeadamente o Estatuto da Carreira Docente nos Ensinos Básico e Secundário.

Impunha-se prudência em matérias de grande complexidade constitucional, em relação às quais se controverte, não apenas a competência legislativa do Governo, como o conteúdo e admissibilidade de intervenção limitativa dos direitos fundamentais dos docentes.

Vejamos porquê.

A CRP reserva para a Assembleia da República legislar sobre direitos, liberdades e garantias (Vigente cita **art. 165.º/1/b (JusNet 7/1976)**).

A doutrina constitucional considera que esta disposição remete, em bloco, para os direitos, liberdades e garantias previstos no Título II (Direitos, Liberdades e Garantias) da Parte I (Direitos e Deveres Fundamentais) da Constituição⁽³⁾.

O Título II da Parte I subdivide-se por sua vez em três capítulos, sucessivamente dedicados aos direitos, liberdades e garantias pessoais, direitos, liberdades e garantias de participação política e aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores.

Ao contrário de outras experiências constitucionais e da sua versão original, a CRP é clara no regime aplicável aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores previstos nesta parte da Constituição (artigos Vigente cita **53.º a 57.º (JusNet 7/1976)**).

Os direitos previstos nesta sede (direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores) são os seguintes:

- o direito à segurança no emprego (Vigente cita **art. 53.º (JusNet 7/1976)**)
- os direitos e estatuto das comissões de trabalhadores (Vigente cita **art. 54.º (JusNet 7/1976)**)
- a liberdade sindical (Vigente cita **art. 55.º (JusNet 7/1976)**)
- os direitos das associações sindicais e contratação colectiva (Vigente cita **art. 56.º (JusNet 7/1976)**)
- o direito à greve e proibição do lock-out (Vigente cita **art. 57.º (JusNet 7/1976)**).

⁽³⁾ Cf. Jorge Miranda, em Jorge Miranda / Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, III, anotação ao art. 165.º, pp. 534-535.

A doutrina e a jurisprudência constitucional têm vindo a sublinhar que a interpretação destes preceitos constitucionais não deve ser feita atomisticamente, mas conjugando numa leitura mais ampla outras normas e princípios constitucionais.

Mesmo sem apelo a um princípio de indivisibilidade dos direitos fundamentais, que estabeleceria a unidade de regime entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, tem sido o próprio Tribunal Constitucional a apontar a ligação entre o direito à segurança no emprego - direito, liberdade e garantia previsto no art. 53.º - e o direito ao trabalho previsto no Vigente cita **art. 58.º (JusNet 7/1976)**.

No Vigente cita **Acórdão n.º 632/2008 (JusNet 7021/2008)** (*Diário da República*, 1.ª série - N.º 6 - 9 de Janeiro de 2009), o Tribunal Constitucional, expressamente sobre a garantia da segurança no emprego, escreveu que «como decorre de um acervo jurisprudencial já firmado - e vejam-se, para além dos Acórdãos n.os 372/91, cita **581/95 (JusNet 10391/1995)** e Vigente cita **683/99 (JusNet 9718/1999)**, já citados, ainda (e sempre a título de exemplo), o n.º 148/87 (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 178, 5 de Agosto de 1987, a p. 9674) e nos 64/91, 373/91 e Vigente cita **306/2003 (JusNet 7022/2003)**, todos disponíveis em [ww.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt) - a *garantia da segurança no emprego*, entendida como direito, liberdade e garantia ou como *direito de defesa*, tem um conteúdo que não pode ser dissociado do direito ao trabalho, consagrado no artigo 58.º da Constituição».

Ainda uma última observação. Tratando-se de legislação do trabalho, a Assembleia da República tem o dever de audição das organizações representativas dos trabalhadores, mesmo na situação em que o Governo já procedeu a essa audição.

4. O regime aplicável aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores

O regime aplicável aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores é comum aos outros direitos, liberdades e garantias⁽⁴⁾. Caracteriza-se por três aspectos específicos substantivos: aplicabilidade directa e vinculação das entidades públicas e privadas (Vigente cita **art. 18.º/1 (JusNet 7/1976)**). O respectivo regime orgânico implica que apenas a lei parlamentar ou o decreto-lei autorizado podem intervir no domínio dos direitos, liberdades e garantias.

A esta dimensão orgânica acrescenta-se uma outra dimensão positiva, uma reserva material de lei, de modo a que a certeza e precisão das leis sejam uma garantia para a liberdade e direitos das pessoas⁽⁵⁾. Neste sentido, ao intervir sobre direitos, liberdades e garantias, tem de ser a lei a regular os aspectos essenciais do regime, de modo preciso e sem delegação noutras fontes.

No caso das universidades, uma das dimensões da autonomia garantida pela Constituição é a autonomia estatutária e regulamentar das leis. Não é essa dimensão, porém, que aqui está em causa.

Importa verificar se a legislação estatutária agora aprovada pelo Governo afecta direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores.

Se o fizer sem autorização legislativa essa parte da regulamentação será inconstitucional por violação do disposto no Vigente cita **art. 165.º/1/b (JusNet 7/1976)** da Constituição.

Impõe-se, portanto, uma advertência: não vamos considerar todo o conteúdo normativo dos diplomas aqui em causa, mas apenas os preceitos que dizem respeito aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores.

Não vamos entrar na apreciação das opções políticas subjacentes, nomeadamente a manutenção da dualidade estrutural entre as duas carreiras universitária e politécnica e a manutenção de salários diferenciados para pessoas com a mesma qualificação. Também não nos pronunciamos sobre a questão de fundo e substantiva de saber se a especificidade da função docente no ensino superior justifica uma especial situação de precariedade no emprego. São muitos os preceitos contidos nos Projectos de Estatutos que não contendem com direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e em cuja apreciação não entramos.

5. Aspectos problemáticos dos novos projectos de Estatutos

É sobretudo no domínio dos regimes de vinculação, contratação e de transição de carreiras que têm vindo a ser suscitadas mais dúvidas relativamente à constitucionalidade de normas dos Estatutos da Carreira Docente.

Lembremos algumas opções legislativas de alteração do Estatuto da Carreira Docente Universitária que directamente podem estar em causa:

- a contratação por um período experimental de professores catedráticos e associados mesmo após o desempenho de funções por longos anos nas categorias anteriores da carreira;

- a contratação de professores auxiliares por um período experimental de 5 (cinco) anos, prorrogável por outro período experimental com a mesma duração;

- a possibilidade de um docente ser colocado em outra instituição de ensino diferente em caso de reorganização do ensino superior;

⁽⁴⁾ V. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3.ª, pp. 376 ss.

⁽⁵⁾ Cf. sobre o regime aplicável, Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, pp. 826 ss.; em síntese, José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, Cascais, Principia, 2007, pp. 117 ss.

- a alteração das regras aplicáveis ao direito à contratação automática como professor auxiliar de assistentes após a conclusão do doutoramento;

- o regime de avaliação de desempenho aplicar-se a situações anteriores à data da entrada em vigor da nova lei.

Também no caso do Estatuto da Carreira Docente no Ensino Politécnico algumas opções legislativas afectam directamente o conteúdo da garantia constitucional de segurança no emprego. Podemos referir de modo breve e apenas exemplificativo algumas:

- a percentagem máxima de docentes de carreira (50%) implica que pelo menos metade dos docentes são contratados de modo precário como convidados;

- a contratação de professores adjuntos por um período experimental de 5 (cinco) anos), prorrogável por outro período experimental com a mesma duração;

- o regime de avaliação de desempenho aplicar-se a situações anteriores à data da entrada em vigor da nova lei;

- o regime transitório aplicável aos docentes com categoria equiparada a professores coordenadores e adjuntos, nomeadamente a consequência da cessação automática da relação jurídica de emprego público se não for obtido o título de especialista ou o grau de doutor. Poder-se-ia acrescentar ainda que esta disposição não é suficientemente precisa e determinada por não ter sido ainda aprovado o regime jurídico de especialista, previsto no Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior e agora no ante-projecto de ECDESP.

Pergunta-se, portanto, se ao regular estas matérias o legislador intervém sobre o conteúdo essencial do direito fundamental à segurança no emprego previsto no art. 53.º da Constituição.

6. Em especial, a garantia de segurança no emprego

Tomemos em consideração o disposto no art. 53.º (segurança no emprego) da Constituição:

«É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.»

O Tribunal Constitucional já teve ocasião de se debruçar sobre o conteúdo do direito fundamental à segurança no emprego.

São, para a matéria que aqui importa considerar, duas as conclusões relevantes:

- de um lado, que o seu conteúdo não se esgota na proibição dos despedimentos sem justa causa;

- de outro, que este preceito constitucional é também aplicável aos funcionários públicos, trabalhadores da administração pública ou, agora, contrato de trabalho em funções públicas.

Lê-se nomeadamente no Vigente cita **Acórdão n.º 74/2009, de 11 de Fevereiro de 2009 (JusNet 1199/2009)** (*Diário da República*, 2.ª série - N.º 57 - 23 de Março de 2009), «Não se nega, por um lado, que o direito à segurança no emprego se não esgota na proibição do despedimento sem justa causa ou por motivos políticos e ideológicos, abrangendo o seu âmbito de protecção todas as situações que se traduzam em injustificada precariedade da relação de trabalho. Nem, por outro lado, a aplicabilidade do princípio à relação de trabalho na relação jurídica de emprego público (cf. por exemplo, Vigente cita **acórdão n.º 155/04 (JusNet 6580/2004)**, publicado no *Diário da República*, 1.ª série -A, de 22 de Abril), embora com os limites ou condicionamentos decorrentes do leque de princípios constitucionais a que a Administração Pública está sujeita (cf., por exemplo, Vigente cita **acórdão n.º 368/00 (JusNet 8877/2000)**, publicado no *Diário da República*, 1.ª série -A, de 30 de Novembro).»

Em outros arestos, o Tribunal Constitucional teve ocasião de densificar o conteúdo da garantia à segurança no emprego com ponderação das situações de precariedade que resultam de contratos de trabalho subordinado a termo certo.

No Acórdão n.º 372/91 escreveu-se expressamente que «o contrato de trabalho sem prazo [é] o tipo de contrato que melhor assegura os interesses do trabalhador e os fins sociais que a actividade laboral visa realizar».

E em recente aresto expressamente sobre a garantia da segurança no emprego, o Vigente cita **Acórdão n.º 632/2008 (JusNet 7021/2008)** (*Diário da República*, 1.ª série - N.º 6 - 9 de Janeiro de 2009), o Tribunal Constitucional decidiu: «o direito à procura de emprego tem, na Constituição Portuguesa, uma face ou dimensão negativa, que é aquela que decorre *do direito à não privação arbitrária do emprego que se procurou e obteve*. E é precisamente esta a primeira dimensão da «garantia» que o artigo 53.º consagra. Quando aí se fixa, textualmente, a proibição dos «despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos», o que se procura impedir é, em última instância, que as relações de trabalho subordinado cessem por acção arbitrária, discriminatória ou injustificada do empregador. O *direito a não se ser privado arbitrariamente do emprego* que se obteve é assim, certamente, a primeira estrutura subjectiva que se inclui no âmbito de protecção da norma contida do artigo 53.º da Constituição. A primeira, que não a única. Com efeito - e como ficou dito no Acórdão n.º 372/91 - «nada permite concluir que o conteúdo normativo do artigo 53.º da Constituição se esgota na proibição de despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos e ideológicos». A formulação literal do preceito inclui a expressão *segurança no emprego*, que é aquela que é *garantida*. Se a garantia se exaurisse na imposição constitucional - endereçada desde logo ao legislador ordinário - de proibição dos despedimentos acima mencionados, ter-se-ia que concluir que o constituinte se tinha expresso, aqui, de forma ostensivamente redundante. [...] Assim, e entre nós, o estabelecimento, entre trabalhadores e empregadores, de relações de trabalho constituídas por contratos de duração indeterminada deve ser a *regra* e a contratação a termo a *excepção* [...] Não sendo este regime, seguramente, o *único*

constitucionalmente possível, a verdade é que a sua existência - e a distinção essencial que dele emerge quanto à modelação dos contratos de trabalho por tempo indeterminado e a modelação dos contratos a termo - concretiza a injunção decorrente do artigo 53.º da CRP. O recurso ao vínculo precário da chamada «contratação a termo» não pode deixar de ser, na ordem infraconstitucional, marcada pelo cunho da *excepcionalidade*: a isso induz o dever, que impende sobre o legislador ordinário, de evitar situações *injustificadas* de precariedade de emprego.»

As indicações acima expostas são indicativas do conteúdo do conceito de segurança no emprego constitucionalmente previsto.

Independentemente da questão da conformidade material das opções do legislador às razões de decidir enunciadas pelo Tribunal Constitucional, é indiscutível que essas opções legislativas afectam direitos, liberdades e garantias de um tipo muito especial de trabalhadores, os docentes dos estabelecimentos públicos de ensino superior.

A doutrina portuguesa, nomeadamente os comentadores à Constituição, não se afasta destas ideias fundamentais.

Gomes Canotilho e Vital Moreira escrevem incisivamente que o âmbito de protecção do art. 53.º da Constituição «abrange todas as situações que se traduzam em injustificada precariedade da relação de trabalho»⁽⁶⁾, incluindo uma especial preocupação constitucional com institutos como o trabalho a termo, o período experimental e a suspensão do contrato de trabalho e a protecção do trabalhador na organização interna do trabalho.

Duas últimas observações.

O facto de os Estatutos em vigor terem sido aprovados por decreto-lei em nada altera as conclusões anteriores. É perante a redacção actual das normas da Constituição que estabelecem a competência legislativa que tem de aferir-se a questão de constitucionalidade em estudo. O facto de os diplomas em vigor terem sido aprovados pelo Governo por decreto-lei não implica a constitucionalidade do procedimento adoptado posteriormente nem a atribuição de uma competência legislativa que primacialmente pertence ao parlamento.

Também não pode alegar-se que as alterações estatutárias previstas se limitam a adequar o regime geral da função pública aos docentes dos ensinos universitário e politécnico. Efectivamente, se a Constituição estabelece uma reserva de competência legislativa da Assembleia da República para aprovação das bases do regime e âmbito da função pública (art. 165.º, n.º 1, al. t), os decretos-leis que o Governo aprova de desenvolvimento deste regime de bases têm que obedecer a outros parâmetros constitucionais.

O regime geral dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores é obviamente um desses parâmetros.

7. Conclusões

Ao dispor sobre o regime de contratação, vínculos, período experimental e avaliação de desempenho, o Governo está a interferir na segurança do emprego dos docentes do ensino superior. Ora, apenas a Assembleia da República pode legislar sobre direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, ou o Governo, se para tanto devidamente habilitado.

Isto significa que a legislação proposta pelo Governo, na medida em que regula a situação funcional dos docentes do ensino superior, directamente dispondo sobre direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, invade a esfera de competência legislativa reservada da Assembleia da República.

Estas normas serão inconstitucionais por violação do disposto no art. 165.º, n.º 1, alínea b), conjugado com o disposto no art. 53.º da Constituição.



⁽⁶⁾ Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 721.