



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

29SET2010 014526

Ex.ma Senhora
Vereadora do Pelouro da Habitação
Câmara Municipal do Porto
Rua do Bolhão, n.º 192
4000-111 Porto

Sua Referência

Sua Comunicação

Nossa referência
R-1

Assunto: *Concurso aberto pelo aviso n.º para contratação de assistentes
técnicos para a Divisão Municipal de do Departamento Municipal Exclusão da
candidata*

I – 1. No concurso aberto pelo Município do Porto pelo aviso n.º , para
recrutamento de assistentes técnicos para a Divisão Municipal de
do

(referência C), foi excluída a candidata por decisão do júri
do concurso de , mantida por V. Ex.ª em sede de recurso, por decisão de

A candidata foi excluída por “não comprova[r] a titularidade das habilitações literárias
ou profissionais exigidas – 12.º ano (al. b) do n.º 1 do artigo 44.º e n.º 3 do artigo 50.º
todos da Lei n.º 12-A/2008, de 27/02, art.º 25.º, n.º 1, da Portaria n.º 83-A/2009, de
22/01 e ponto 5 do aviso n.º 18758/2009; (...)”.

2. Em sede de instrução do processo da Provedoria de Justiça relativo ao assunto,
enviou a Senhora Directora Municipal de Recursos Humanos da Câmara do Porto,
como solicitado, os documentos que esclarecem a exclusão em causa (artigo 28.º do
Estatuto do provedor de Justiça), o que se agradece.

II – 3. Dos elementos instrutórios resultam, com relevância, os seguintes dados de facto:



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

2

- a) Pelo aviso n.º _____, de _____, o Município do Porto abriu concurso para o provimento de _____ postos de trabalho na Divisão Municipal de _____ do Departamento Municipal de _____
- b) Os postos de trabalho envolvem o exercício de actividade de assistente técnico, carreira de complexidade 2 (numa escala de três graus).
- c) A caracterização da actividade destes postos de trabalho é a que consta no n.º 1, § 3 do aviso de abertura: "Ref.ª C — quatro postos de trabalho na Divisão Municipal de _____ do Departamento Municipal de _____, com a seguinte caracterização conforme mapa de pessoal: Apoiar o Gestor de Processo de _____, designadamente, elaboração de documentos inerentes ao processo, pedidos de informação a entidades externas, ofícios, convocatórias e notificações; elaborar acusações e decisões previamente analisadas pelo Gestor do Processo; inquirir testemunhas; controlar prazos dos processos; promover diligências de penhoras; elaborar estatísticas mensais dos processos em movimento; atendimento telefónico, digitalização e arquivo de documentos; registar no GIC - _____ e no SEF _____";
- d) O aviso de abertura do concurso quanto às habilitações dispõe o seguinte: "Requisito habilitacional, sem possibilidade de substituição do nível habilitacional por formação ou experiência profissional: 12.º ano de escolaridade" (n.º 5).
- e) A bibliografia e textos definidos como objecto da prova de conhecimentos são jurídicos (n.º 13 do aviso de abertura, referência C).
- f) O seu n.º 7 determina a junção, ao requerimento de candidatura, de "documento comprovativo das habilitações literárias e ou profissionais".



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

- g) A candidata _____ juntou documento comprovativo do curso de licenciatura em Direito;
- h) Em _____, o júri projectou excluir a candidata por “não comprova[r] a titularidade das habilitações literárias ou profissionais exigidas”;
- i) Após pronúncia desta, em sede de audiência prévia, o júri manteve a decisão de exclusão, considerando que deveria, para além do documento comprovativo de licenciatura, ter juntado documento comprovativo do 12.º ano, por o acesso ao ensino superior poder ocorrer, de forma não ordinária, sem essa habilitação (Acta n.º 4);
- j) Invoca, para tanto, as seguintes disposições: “al. b) do n.º 1 do artigo 44.º e n.º 3 do artigo 50.º todos da Lei n.º 12-A/2008, de 27/02, art.º 25.º, n.º 1, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22/01 e ponto 5 do aviso n.º 18758/2009” (*idem*);
- k) Em sede de recurso, a informação jurídica elaborada pela Divisão Municipal de Estudos e Assessoria (_____, de _____) destacou que “não exigindo o aviso de abertura do procedimento concursal um documento comprovativo específico parece, salvo melhor opinião, que, se dos documentos juntos pela recorrente aquando da sua candidatura resultasse inequivocamente (designadamente pela sua idade, data de conclusão da licenciatura e duração da mesma) que esta não tinha, na data em que acedeu ao ensino superior, a idade exigida para aceder a este ensino por outra via que não fosse a da conclusão do ensino secundário, nos moldes vigente à data, que a cópia da certidão de licenciatura conjugada com esses documentos poderá ser entendida como preenchendo os requisitos do n.º 2 do artigo 28.º da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01, que estabelece que ‘(...) A habilitação académica e profissional é comprovada pela fotocópia do respectivo certificado ou outro documento idóneo, legalmente reconhecido para o efeito’.”



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

I) V. Ex.^a proferiu a seguinte decisão sobre esta informação: "Considerando que a recorrente foi notificada, em sede de audiência prévia e ainda assim não juntou o documento comprovativo da titularidade da habilitação exigida, determino, com este fundamento e *os demais constantes da presente informação*, o indeferimento do recurso" (itálico nosso).

III – No processo da Provedoria de Justiça em referência está em causa a exclusão de candidata , com fundamento no juízo segundo o qual a junção de documento comprovativo de curso de licenciatura não comprova a exigência legal de habilitações ao nível do 12.º ano de escolaridade.

4. Do apoio da decisão nos preceitos invocados.

A exclusão apoia-se, como referido, na "al. b) do n.º 1 do artigo 44.º e n.º 3 do artigo 50.º todos da Lei n.º 12-A/2008, de 27/02, art.º 25.º, n.º 1, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22/01 e ponto 5 do aviso n.º 18758/2009".

O artigo 25.º, n.º 1, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.1, estabelece que "[a]penas podem ser admitidos ao procedimento os candidatos que reúnam os requisitos legalmente exigidos fixados na respectiva publicitação". O n.º 5 do aviso de abertura refere a exigência do 12.º ano de escolaridade. A alínea b) do n.º 1 do artigo 44.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27.2 (LVCR), estabelece que as carreiras de grau 2 exigem a "titularidade do 12.º de escolaridade ou de curso que lhe seja equiparado"; as carreiras dos trabalhadores que exercem funções públicas organizam-se em três graus de complexidade, sendo o grau 3 correspondente à exigência de licenciatura ou de grau académico superior (artigo 44.º, n.º 1, alínea c), da LVCR). O n.º 3 do artigo 50.º da LVCR vincula a publicitação do concurso à caracterização dos postos de trabalho no mapa de pessoal.

A candidata juntou documento comprovativo de curso de licenciatura em Direito, portanto, da titularidade de habilitações para aceder (sem distinção da via de acesso ao



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora Adjunta

ensino superior) a carreira de complexidade superior à da carreira a que correspondem os postos de trabalho a concurso.

Nenhuma das normas invocadas, transcritas, permite, por si ou de forma conjugada, a exclusão de candidato que tenha habilitações superiores ao 12.º ano de escolaridade ou curso equiparado.

4.1. Da exclusão de candidata com habilitações adequadas ao exercício da actividade dos postos de trabalho objecto de concurso.

A LVCR e nenhuma norma legal (concordante com o direito de acesso a emprego público e a liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho – artigo 47.º, n.º 2 e n.º 1, da CRP, que admitem restrições capacitárias ou fundadas no interesse colectivo) possibilitam a exclusão de candidatos com habilitações que permitem o exercício da actividade caracterizadora dos postos de trabalho a concurso.

A caracterização dos postos de trabalho – e nesta a actividade que envolve – é o elemento nuclear de qualquer procedimento de recrutamento, seja, primeiramente, da possibilidade/necessidade da sua abertura, seja da sua organização e conteúdo (artigo 5.º, 6.º e 50.º, n.º 3, da LVCR).

A candidata tem o curso de licenciatura em Direito, o qual – como o evidencia ou enfatiza a base documental da prova de conhecimentos –, é seguramente adequado para o exercício da actividade dos postos de trabalho a concurso, que envolve tarefas de baixa ou média complexidade a cujo exercício servem os conhecimentos jurídicos para que remete essa base documental.

5. Das habilitações académicas enquanto requisito para o exercício de funções públicas.

Os requisitos de admissão a concurso são requisitos para o exercício de funções públicas (artigo 8.º da LVCR), não existindo requisitos instrumentais ou requisitos para se participar ou estar – e apenas para estar – no procedimento.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

A sua verificação pode ser feita pelo júri antes da selecção mas deve ser feita, sobretudo, aquando da constituição da relação jurídica de emprego público (artigo 28.º, n.º 1, da Portaria e artigo 8.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27.02).

5.1. Do requisito habilitações académicas na LVCR.

A exigência quanto às habilitações faz-se na LVCR por nível habilitacional e, quando “imprescindível”, por área de formação, e não por cursos ou diplomas (artigo 50.º, n.º 3 e 4, e artigo 51.º, n.º 1, e artigo 44.º).

Os níveis de qualificação relevantes são hoje os estabelecidos pela Portaria n.º 782/2009, de 23.7 (“regula o Quadro Nacional de Qualificações e define os descritores para a caracterização dos níveis de qualificação nacionais”) e pela Portaria n.º 781/2009, de 23.7 (“estabelece a estrutura e organização do Catálogo Nacional das Qualificações ...”).

Em face da imposição europeia da obrigatória comparabilidade dos diplomas, o Quadro Nacional de Qualificações, define tais níveis, não em função do esquema escolar tradicional, mas pelo que é suposto os diplomas traduzirem em termos “resultados de aprendizagem” na tripla vertente conhecimentos, aptidões e atitudes – independentemente dos “métodos ou vias de ensino” como se esclarece no preâmbulo da Portaria n.º 782/2009, de 23.07 (cf. esta, em particular o artigo 2.º, o artigo 3.º e o artigo 4.º e a Portaria n.º 781/2009, de 23.07; e, para uma síntese do que está, hoje, em causa, em matéria de habilitações, ver a Recomendação do Parlamento Europeu e do Conselho de 23-04-2008, relativa à instituição do Quadro Europeu de Qualificações para a aprendizagem ao longo da vida 2008/C 111/01, JOUE de 5.05.2008).

Significa isto que ainda que o diploma de nível 6, correspondente a licenciatura, não pressuponha sempre a prévia conclusão do 12.º ano de escolaridade (nível 3), não pode, segundo os parâmetros juridicamente relevantes, ser desconsiderada, para efeitos de aferição da titularidade de nível habilitacional inferior.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

As disposições jurídicas nacionais que assim dispõem acautelam a observância, em matéria de habilitações académicas, quer do princípio da livre circulação de trabalhadores (artigo 45.º do TFUE) e dos vários actos de Direito da EU secundário, quer da vastíssima jurisprudência do Tribunal de Justiça da EU (em sede de acções por incumprimento e de processos de questões prejudiciais) – que são parâmetros inafastáveis de juridicidade da actuação dos órgãos e agentes públicos dos Estados-membros – e previne, bem assim, situações de discriminação inversa. É que, entre o mais, e, no essencial, “[s]empre que um diploma de um certo nível der acesso a um emprego no sector público de [um] Estado-Membro ou a um procedimento de selecção para um emprego numa categoria particular, esse diploma deverá também dar acesso a um procedimento de selecção para emprego numa categoria equivalente do sector público do Estado-Membro de emprego. // Para definir categoria equivalente, deve ser tida em conta a natureza das funções a que essa categoria dá acesso (gestão, elaboração de políticas, implementação de políticas, etc.). A denominação exacta da categoria é irrelevante (...)”¹.

Em síntese, o preenchimento do requisito habilitacional não pode ser visto à luz das designações dos diplomas concedidos pelo sistema escolar dos Estados-membros.

O direito positivo português, incluindo a LVCR – vista com atenção – já reflecte esta mudança e obriga a uma prática administrativa diferente da tradicional na matéria.

6. Da impossibilidade de presunção administrativa de que o candidato que exhibe documento comprovativo de curso de licenciatura não tem qualificação ao nível do 12.º ano de escolaridade.

6.1. Do carácter instrumental dos documentos comprovativos dos requisitos legais para o exercício de funções públicas e do princípio da liberdade probatória.

¹ Comunicação da COM(2002) 694 final, de 11.12.2002, Livre Circulação de trabalhadores – realização integral de benefícios e potencial, pp. 19 e segs. (relativas aos empregos na Administração Pública).



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

Os documentos servem para apurar do preenchimento dos requisitos que a lei fixa para aceder a emprego público (os requisitos legais são os que decorrem dos artigos 8.º, 44.º e 50.º da LVCR e os estabelecidos em lei especial). Não são eles próprios requisitos, nem devem ser erigidos, administrativamente, a essa qualidade.

Vigora, depois, o princípio da liberdade probatória. Em matéria de prova, nos procedimentos administrativos, rege o “princípio da liberdade dos meios probatórios, não excluídos por lei, plasmado no artigo 87.º, n.º 1 [parte final], do CPA” (Acórdão do Pleno da Secção do CA do STA de 09-11-2004, processo n.º 0248/03). De acordo com este princípio, a Administração não tem o poder de dispor ou dizer quanto aos meios de prova admissíveis ou admitidos; “um tal poder dispositivo não existe para quem dirige o procedimento administrativo” (cf., entre muitos outros, Ac. do Pleno da Secção do CA de 25-01-2005, processo n.º 0175/03, e Acórdão do Pleno da Secção do CA de 05-06-2008, processo n.º 0530/07²).

O artigo 28.º do diploma regulamentar que é a Portaria n.º 83-A/2009, de 22.1, quanto à prova dos “requisitos legalmente exigidos para o recrutamento”, diz que são comprovados através de documentos, sem dispor ou circunscrever a tipologia dos documentos admissíveis³. Apenas quanto às habilitações académica e profissional refere a exigência de fotocópia do respectivo certificado, sem prejuízo da admissibilidade de qualquer outro documento “legalmente reconhecido para o efeito”⁴.

². De forma expressiva, esclarece-se no sumário do Acórdão: “Os requisitos de inscrição como Técnicos Oficiais de Contas, nos termos do art.º 1 da Lei n.º 27/98, de 3.6, podem ser provados por quaisquer meios de prova admissíveis em Direito, não sendo juridicamente relevante o ‘Regulamento’ emitido pela ATOC a estabelecer um determinado e único meio de prova”. Para além do disposto no artigo 87.º, n.º 1, e 88.º, n.º 2, do CPA, o Tribunal não deixou de observar que não prevendo aquela lei “restrições ou meios de prova específicos de prova dos pressupostos que enuncia” não podia um regulamento estabelecer limitações aos meios de prova admissíveis.

³. Estes requisitos não exigem nenhuma prova específica, designadamente: i) a nacionalidade só relativamente a número muito escasso de empregos públicos é um requisito para o exercício de funções públicas e pode ser comprovada de várias formas; ii) os candidatos não têm, em princípio, menos do que 18 anos, o que resulta, as mais das vezes, das habilitações; iii) quanto à robustez física e ao perfil psíquico, basta a declaração subscrita pelo trabalhador (Decreto-Lei n.º 242/2009, de 16.9).

⁴. O artigo 28.º refere-se depois (n.ºs 3 e 4) ao currículo, mas este releva já em sede de selecção e já não em sede de verificação dos “requisitos legalmente exigidos para o recrutamento”.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

Esta prova, como assinalado, deve ser feita aquando da constituição da relação jurídica de emprego público (sem prejuízo do preenchimento dos requisitos ter de reportar-se ao termo do prazo de entrega das candidaturas – artigo 25.º, n.º 3, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.1). Pelo que as situações possíveis de exclusão, na fase da admissão ao concurso, relativas ao requisito habilitacional, são apenas aquelas em que seja claro, patente, numa fase preliminar do concurso, que o indivíduo não o preenche. O termo utilizado no artigo 28.º (“Apresentação de documentos”), n.º 9, alínea a), da Portaria n.º 83-A/2008, de 22.01, é o da “impossibilidade” de admissão.

Quando a Administração decide contra a admissão de candidato que apresenta documento comprovativo de habilitação académica de nível superior ao exigido para as funções a concurso, dispensando-se de evidenciar a eventual impossibilidade que tal diploma configura para o exercício das funções a concurso viola, pois, no imediato, a lei ordinária, a lei regulamentar (para além das normas de outras fontes, como visto).

Os órgãos e agentes públicos, por dever de função, devem observar a lei (conhecida a partir das suas várias fontes) e têm o ónus dessa demonstração (artigo 266.º, n.º 2, da CRP e artigo 3.º, n.º 1, do CPA).

6.2. Do dever administrativo de “regularização documental”.

“Os órgãos da Administração Pública devem actuar em estreita colaboração com os particulares, procurando assegurar a sua adequada participação no desempenho da função administrativa”, em atenção e no respeito do fim tido em vista pelo procedimento, manifestação do princípio da prossecução do interesse público (artigos 7.º, 8.º, 6.º-A e 4.º do CPA).

No caso dos concursos, fala-se num princípio de optimização⁵, que postula que a Administração actue no sentido da participação dos interessados e não contra essa participação (contrária à boa prossecução do interesse público).

⁵ Acórdão do 1.º Juízo Liquidatário do Contencioso Administrativo do TCA Sul de 05-05-2005, processo n.º 05374/01, e o Acórdão do STA da 1.ª Subsecção do CA de 30-04-98, processo n.º 041027.



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

Este princípio tem o concreto sentido prescritivo de um dever administrativo de “regularização documental”, isto é, de esclarecimento junto do particular de dúvida que documento apresentado suscite (artigo 87.º, n.º 1, parte inicial do n.º 1 do artigo 90.º do CPA); não bole com o princípio da igualdade de tratamento, pois não se confunde com o conceito de “integração documental”. Ora, no caso, não se trata de permitir a alguns candidatos aquilo que a outros não é permitido, mas unicamente de a Administração (que tem dúvidas quanto às habilitações, dada a forma como vê estas): i) apurar a partir do próprio processo de candidatura do ano de nascimento da interessada; ii) de esclarecer se o curso de licenciatura foi obtido a partir do acesso normal ou extraordinário ao ensino superior.

7. Do sentido da exigência das habilitações académicas: o direito de acesso a emprego público e o princípio da proporcionalidade; da distinção entre admissão e selecção.

Quando o concurso se apoia sobre provas, isto é, visa avaliar conhecimentos académicos e ou profissionais e, sobretudo, competências técnicas dos candidatos necessárias ao exercício das funções (artigo 9.º, n.º 1, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.1), a presunção de conhecimento e de competência que um diploma dá relativiza-se. O mesmo se pode dizer quanto à aplicação da generalidade dos métodos de selecção quando densificados e aplicados, de forma sagaz, em função dessas competências (v.g., artigo 2.º, alíneas c) e d), da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.1).

Estando em causa o exercício do direito de acesso a emprego público – enquanto direito a um procedimento justo de recrutamento –, o cuidado deve ser reforçado no sentido de evitar deslocar para a fase da admissão aquilo que, na verdade, é próprio da selecção, isto é, o apuramento ou triagem de mérito.

O parâmetro jurídico não é apenas o artigo 47.º da CRP (quando delimita as restrições à liberdade de escolha de profissão aos requisitos capacitários ou ditados pelo interesse colectivo); é também o do princípio da proporcionalidade, na medida em que não se devem onerar ou afectar os direitos ou os interesses legalmente protegidos das pessoas quando o fim ou o interesse público juridicamente relevante, na verdade, não o exige ou



PROVEDORIA DE JUSTIÇA
A Provedora-Adjunta

pode ser assegurado por forma ou meio menos gravoso (artigo 266.º, n.º 2, e artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP e artigo 5.º, n.º 2, do CPA).

8. Da concordância entre a decisão administrativa e a fundamentação.

As decisões individuais que sejam lesivas devem ser motivadas, fornecer os elementos necessários para se saber se a decisão é fundada (artigo 124.º, n.º 1, alínea a), do CPA).

A decisão de V. Ex.ª de _____ adere aos fundamentos _____, de _____.

Ora, verifica-se que existe contradição entre os fundamentos e, em parte, entre estes e a decisão tomada, pois, V. Ex.ª, ora diz que faz seus esses fundamentos – que precludem uma base legal para a exclusão (cf. ponto II, n.º 3, alínea k), dos factos) –, ora diz que indefere o recurso por entender ser exigível a junção pela candidata do diploma do 12.º ano de escolaridade. Esta circunstância torna discutível o cumprimento pela decisão das exigências legais em matéria de fundamentação de clareza, suficiência e congruência (artigo 125.º do CPA), é evidencia a fragilidade jurídica da decisão.

IV – 9. Em face do exposto, solicito os bons ofícios de V. Ex.ª, no sentido de reavaliar a exclusão da candidata _____ e de outros candidatos que instruíram o seu processo de candidatura com documento comprovativo de curso de licenciatura, porque, em síntese:

- a) À luz do regime jurídico do reconhecimento de diplomas, não é possível no caso dar por verificado que os candidatos que exibem documento comprovativo de curso de licenciatura não preenchem o requisito habilitacional do 12.º ano de escolaridade. Não é, juridicamente, possível, hoje, afirmar que quem tem um curso de licenciatura não preenche o requisito habilitacional ao nível do 12.º ano;
- b) Não está demonstrado, no caso, que o documento apresentado, que comprova habilitações de nível 6 (licenciatura), “impossibilita” a admissão por falta das habilitações legalmente exigidas para o exercício das funções de nível 3;



PROVEDORIA DE JUSTIÇA

A Provedora-Adjunta

- c) A vinculação jurídica, por dever de função, à lei e ao Direito faz recair sobre os órgãos e agentes públicos o ónus da demonstração da sua observância (artigo 266.º, n.º 2, da CRP e artigo 3.º, n.º 1, do CPA);
- d) Para além da interpretação estrita das normas dos artigos 44.º, n.º, da LVCR e dos artigos 28.º, n.º 9, alínea a), da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.1, a decisão contende com os subprincípios da adequação e da necessidade, ao afectar, de forma, desproporcionada o exercício do direito de acesso a emprego público e o exercício da liberdade de escolha de profissão (artigo 47.º, n.º 2 e n.º 1, e artigo 18.º da CRP);
- e) A candidata _____ tem, seguramente, habilitação adequadas para o exercício da actividade que caracteriza os postos de trabalho objecto de concurso;
- f) O despacho de _____, adere aos fundamentos da Informação _____, de _____. Estes infirmam a decisão tomada, quando destacam que o aviso de abertura do concurso e o n.º 2 do artigo 28.º da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01, depõem contra a decisão de exclusão.

10. Nestes termos, solicito que informe este órgão do Estado da decisão que, a final, venha a ser tomada sobre o assunto.

11. Para além do concurso concreto, importa ter presente, de forma prospectiva, que, em sede de concurso de pessoal na Administração Pública, há todo um conjunto de parâmetros jurídicos que altera os termos tradicionais de verificação do requisito habilitacional e que a LVCR em parte reflecte.

Com os melhores cumprimentos

A Provedora-Adjunta

Helena Vera-Cruz Pinto