

Parecer N.º	DAJ 266/18
Data	11 de outubro de 2018
Autor	Elisabete Frutuoso

Temáticas abordadas	SIADAP Suprimento de Avaliação de Desempenho
----------------------------	---

Através do ofício nº, de2018, da Câmara Municipal de, foi solicitado um parecer jurídico sobre as seguintes questões:

1. *Poderá um trabalhador que reuniu os requisitos legais do artigo 42.º do referido diploma (Lei nº 66-B/2007, de 28 de dezembro) (um ano de vínculo de emprego público e um ano de serviço efetivo), mas que não contratualizou os parâmetros de avaliação para o período avaliativo – designadamente por o dirigente não ter promovido essa contratualização – requer o “arrastamento” da última avaliação ou, em alternativa, a ponderação curricular? (primeiro parêntesis nosso)*

Ou seja, poderá ser suprida a avaliação através dos mecanismos previstos no artigo 42º para a “avaliação não regular”?

2. *Numa situação em que se verifique o previsto no artigo 47.º n.º 3 (Lei nº 66-B/2007, de 28 de dezembro), ou seja, a impossibilidade de prosseguir objetivos previamente fixados, devido a condicionantes estranhas ao controlo dos intervenientes, e verificando-se que só dois objetivos, ou mesmo 1 objetivo, não foram prejudicados, poderá o trabalhador requerer o “arrastamento” da última avaliação ou, em alternativa, a ponderação curricular? (parêntesis nosso)*

Isto é, poderá o trabalhador ver suprida a avaliação através dos mecanismos previstos no artigo 42.º para a “avaliação não regular”?

Temos a informar:

As questões formuladas prendem-se com o facto do art. 18.º, n.º 2 da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro (OE para 2018), mencionado no pedido de parecer, determinar que “Aos trabalhadores cujo desempenho não tenha sido avaliado, designadamente por não aplicabilidade ou não aplicação efetiva da legislação em matéria de avaliação do desempenho, e sem prejuízo do disposto no artigo 42.º da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro, nas situações por este abrangidas, é atribuído um ponto por cada ano não avaliado, ou menção qualitativa equivalente, nos casos em que este seja o tipo de menção aplicável, sem prejuízo de outro regime legal vigente à data.”.

Pretende-se, pois, saber se nas situações supra referidas é admissível aplicar o disposto nos nºs 6 e 7 do art. 42.º da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro, que prevê que em caso de “avaliação não regular” é permitido o “arrastamento” da última avaliação atribuída ou a ponderação curricular quando não haja avaliação que releve ou havendo o trabalhador pretenda a sua alteração.

Por economia apenas do presente parecer, iniciando a esta análise pela segunda questão formulada, importa, então, saber como se supre a avaliação de desempenho de um trabalhador na situação prevista no n.º 3 do artigo 47.º da referida lei.

Vejam os.

Determina este normativo que *“Embora com desempenho efetivo, sempre que se verifique a impossibilidade de prosseguir alguns objetivos previamente fixados, devido a condicionantes estranhas ao controlo dos intervenientes, e não tenha sido possível renegociar novos objetivos, a avaliação deve decorrer relativamente a outros objetivos que não tenham sido prejudicados por aquelas condicionantes.”*.

Para o efeito, deve-se, por outro lado, atentar ao disposto no n.º 4 do art. 46º do mesmo diploma que estipula que *“No início do ciclo avaliativo são fixados um mínimo de três e um máximo de sete objetivos para cada trabalhador que, em regra, se enquadrem em várias áreas das previstas no n.º 2 e tenham particularmente em conta o posto de trabalho do trabalhador.”*.

Da conjugação dos referidos normativos, resulta assim que um trabalhador que tenha menos de três objetivos prosseguidos, por razões que não lhe são imputáveis, mesmo que cumpra os requisitos funcionais para a avaliação previstos no n.º 2 do referido art. 42º (um ano de vínculo público e trabalho efetivo) não pode ser objeto de avaliação.

Solução esta que, perante aquela que é prevista nos n.ºs 6 e 7 do art. 42º da referida lei para a “avaliação não regular”, cria situações de desigualdade relativa entre os trabalhadores aí contemplados e aqueles que, apesar de cumprirem os requisitos exigidos, veem impossibilitada a avaliação regular do seu desempenho.

Circunstância que, tendo em conta que a valorização na carreira de um trabalhador está intrinsecamente ligada à avaliação do seu desempenho, seria muito penalizadora se não houvesse forma de a mitigar através de uma outra solução legal.

Repare-se que em ambas as situações estão em causa trabalhadores que não podem ser avaliados por factos que são alheios à sua vontade, mas que, ainda assim, têm todo o direito, a par daqueles que conseguem prosseguir os objetivos fixados, de ver reconhecido o trabalho que realizaram no respetivo ciclo avaliativo. E estabelecendo a lei, para uns, uma solução mais favorável e, para outros, uma solução penalizadora, não são cumpridos os princípios basilares da Administração Pública, como a igualdade, razoabilidade e proporcionalidade.

Julgamos, assim, que a solução equitativa para os trabalhadores que se enquadram no n.º 3 do

citado art. 47º da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro, impossibilitados de terem uma avaliação regular nos termos previstos para o SIADAP 3, deverá ser a mesma que é dada aos trabalhadores que se subsumem no disposto nos n.ºs 6 e 7 do art. 42.º da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro.

Ora, estamos, assim, no nosso entendimento, perante uma lacuna da lei que deverá, por analogia, ser integrada através de norma existente no sistema jurídico que regule caso análogo. É o que decorre dos n.ºs 1 e 2 do art. 10º do Código Civil ao preverem, respetivamente, que os casos não previstos na lei são regulados “*segundo a norma aplicável aos casos análogos.*” e que “*Há analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.*”.

Como refere Baptista Machado¹ “*O recurso à analogia como primeiro meio de preenchimento das lacunas justifica-se por uma razão de coerência normativa ou de Justiça relativa (princípio da igualdade: casos semelhantes ou conflitos de interesses semelhantes devem ter tratamento semelhante) (...), a que acresce ainda uma razão de certeza do direito: é muito mais fácil obter a uniformidade de julgados pelo recurso à aplicação, com as devidas adaptações, da norma aplicável a casos análogos do que remetendo o julgador para critérios de equidade ou para os princípios gerais do Direito.*”.

E esta solução legislativa facilmente se compreende se atendermos ao facto de que há muitas situações que se encontram no “*espaço ajurídico*”, pois, como justifica este autor, estão no “*domínio das situações da vida não carecidas ou não merecedoras de tutela jurídica*”, que só com o desenvolvimento das relações económicas e sociais se torna “*necessária a regulamentação de um domínio de relações que até ali não se revelaram juridicamente significativas ou merecedoras de tutela jurídica.*”²

Há assim, neste entendimento, que adotar uma solução semelhante para a avaliação dos trabalhadores aqui em causa que, por falta do número mínimo de objetivos, veem impossibilitada a sua avaliação regular, que será, por se verificarem as mesmas razões que presidiram à solução dos casos regulados, a prevista nos n.ºs 6 e 7 do art. 42º da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro.

Ou seja, uma de duas das soluções previstas nesta norma: a do seu n.º 6 que faz relevar, para efeitos da carreira, a última avaliação atribuída nos termos da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro, ou das suas adaptações, e a do seu n.º 7 que prevê que, em caso de não existir avaliação passível de relevar ou, no caso de existir, o trabalhador pretende a sua alteração, a possibilidade de requerer a ponderação curricular.

¹ In “*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*”, Almedina. Coimbra 1991, pág. 202

² Pág. 201 da obra referida na nota 1

Assim, em conclusão, o trabalhador que não possa ser objeto de uma avaliação regular, por não ter o mínimo de três objetivos, exigidos no n.º 4 do art. 46.º da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro, poderão, por aplicação analógica dos n.ºs 6 e 7 do art. 42.º desse diploma, solicitar o “arrastamento” da nota do ciclo avaliativo anterior ou anterior ou, não existindo ou o trabalhador a pretenda alterar, solicitar a ponderação curricular, suprimindo, deste modo, a falta da sua avaliação de desempenho.

Chegados aqui, relativamente à primeira questão formulada, que se prende com a não fixação de qualquer objetivo, por falta de contratualização dos parâmetros de avaliação para o período avaliativo do trabalhador, designadamente por o dirigente não a ter promovido, estamos em condições de concluir, fazendo apelo ao argumento da maioria de razão, que, também neste caso, se deve aplicar analogicamente, por força do disposto no art. 10.º, n.ºs 1 e 2 do Código Civil, as soluções previstas nos n.ºs 6 e 7 do art. 42.º da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro, para o suprimento da avaliação do trabalhador.

Isto é, reiterando o referido para a situação anterior, não havendo possibilidade de se proceder a uma avaliação regular do desempenho do trabalhador, deve-se permitir o “arrastamento” da nota do ciclo avaliativo anterior ou, não existindo ou o trabalhador a querer alterar, solicitar a ponderação curricular.