

Sua Excelência
Senhora Ministra da Justiça e Trabalho
Achada de Santo António - Praia

RECOMENDAÇÃO n.º 1/2017

INTRODUÇÃO

Em 5 de outubro de 2015, foi requerida a minha intervenção por parte do **[cidadão]**, que alega:

1. Ter sido alvo de um processo disciplinar instaurado devido a faltas ao serviço para prestar provas na Universidade de Mindelo, onde frequenta o curso de licenciatura em direito.
2. Terem sido as faltas justificadas através de documentos justificativos de ausência, junto dos serviços.
3. Que nos anos anteriores, todos os estudantes trabalhadores daquele estabelecimento prisional, incluindo o próprio queixoso, fizeram uso do direito conferido pela alínea f), do n.º 1, do artigo 15.º do Decreto Lei n.º 3/2010, de 8 de março, as faltas foram sempre justificadas e a direção do estabelecimento prisional tem sido avisada com antecedência verbalmente e por escrito das respetivas faltas.

CONTRADITÓRIO

Em 5 de janeiro de 2016, a Direção Geral de Gestão Prisional e Reintegração Social - Cadeia Central da Região de São Vicente, sustenta a posição assumida

invocando o Despacho 59/2015, de 27 de maio de 2015, de Sua Excelência o Ministro da Justiça.

O Despacho n.º 59/2015, de 27 de maio de 2015, com a designação “Princípio da exclusividade do exercício da função pública”, começa por afastar a aplicação do artigo 15.º do Decreto Lei n.º 3/2010, de 8 de março (“Faltas justificadas”), para depois invocar:

- o regime da exclusividade;
- a proibição de licença para estudo ou docência no período normal de trabalho;
- a obrigatoriedade de ser o Estado a garantir todas as formações necessárias para o integral exercício da função própria de segurança prisional e o carácter permanente e obrigatório do serviço do Pessoal da Segurança Prisional e
- determinar “(...) a proibição de concessão de licença para estudos durante o período normal de funcionamento das cadeias. Assim, todas as faltas ao serviço em razão de estudos devem ser devidamente marcadas e comunicadas (...)”.

Em 17 de Junho de 2016, já com Vossa excelência à frente do Ministério da Justiça e Trabalho, e após uma 1ª análise, solicitei a revogação daquele Despacho, por considera-lo ilegal, porém não obtive qualquer resposta.

Entretanto, em 3 de Outubro de 2016, o queixoso solicitou a Vossa Excelência que considerasse justificadas as faltas que deram origem ao processo disciplinar.

No dia 15-11-2016 o queixoso fez chegar à Provedoria de Justiça a nota n.º 1541/GMJT de 10 de Novembro de 2016 do Gabinete de Sua Excelência a Ministra da Justiça e Trabalho, que diz o seguinte: “Vimos pela presente e por incumbência

superior, informar-lhe, que o seu pedido foi indeferido". A nota é acompanhada de um Parecer no qual foi exarada a decisão da senhora Ministra, Parecer esse que também contém as seguintes conclusões:

- "1. A formação contínua do Pessoal da SP é definida por despacho do membro de Governo responsável pela área da Justiça e bem como o regime de acesso e frequência nos cursos e seminários. Isto significa, que todas as formações necessárias para o integral exercício da função do Pessoal do SP, devem ser promovidas pelo Estado, nos termos do nº 1, do artº 37º do Decreto-Lei nº 61/2014, de 05 de Novembro, que aprova o Estatuto do Pessoal da SP, alterando alguns artigos do Decreto-Lei nº 11/2011, de 31 de Janeiro.*
- 2. As Cadeias funcionam em regime laboral contínuo e por esta razão não nos afigura possível conceder licenças/dispensas para que o Pessoal da Segurança Prisional frequente os cursos. Pois, em caso de concessão estará a infringir as normas preconizadas no Estatuto e poderá colocar em risco a segurança no estabelecimento prisional."*

ANÁLISE

Cumprе agora apreciar, começando por analisar a Constituição da República de Cabo Verde (CRCV), os argumentos aduzidos e respetivos normativos em que se sustentam, abordar a questão da hierarquia das leis e concluir.

I- Constituição da República de Cabo Verde

Decorre do n.º 2 artigo 78.º, que o Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através das escolas¹ e de outros meios formativos, devendo contribuir para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva.

Assim, a educação é um direito de todos e um dever do Estado. Em particular, a frequência do ensino superior comporta em simultâneo, o exercício de um direito pessoal complexo (ou de um feixe de direitos pessoais) e um instrumento de elevação do nível educativo, cultural e científico do país, e por isso incumbe ao Estado garantir o direito à igualdade de oportunidades de acesso e de êxito escolar (alínea a, n.º 3 do artigo 78.º), e de “*promover a educação superior tendo em conta as necessidades em quadros qualificados e a elevação do nível educativo, cultural e científico do país*”, vide alínea e) do n.º 3 do artigo 78.º da CRCV. A liberdade de educação surge pois, ao mesmo tempo, como direito autónomo e como exigência ou decorrência de outros direitos e princípios. Com ela procura-se propiciar o acesso aos bens de cultura na aceção mais lata sem obstáculos políticos e jurídicos e estabelecer certo equilíbrio entre a família, a sociedade civil, o Estado e outras instituições².

De referir ainda, *ex vi*, o artigo 12.º da CRCV, o previsto no artigo 26.º n.º 1º da Declaração dos Direitos do Homem, no artigo 13.º do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais e no artigo 13.º da Carta Africana dos Direitos do

¹ O direito fundamental à educação, antes de mais, comporta o direito de acesso à escola, por ser, através da escola, que ela se institucionaliza e se projeta no espaço público, a liberdade de aprender e de ensinar.

² *Constituição Portuguesa anotada*, Jorge Miranda Rui Medeiros TOMO I – 2ª EDIÇÃO introdução Geral Preâmbulo Artigos 1º a 79º Coimbra Editora.

Homem e dos Povos, nos termos dos quais, toda a pessoa tem direito à educação, e o acesso aos estudos superiores deve ser aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito, e deve visar sempre a plena expansão da personalidade humana.

II- Análise dos fundamentos aduzidos e normativos em que se sustentam

Não obstante o respeito pela argumentação e a conclusão contidas no parecer do Ministério da Justiça e Trabalho, as mesmas não me merecem concordância, pelas razões que passo a expor.

Esclareça-se em primeiro lugar que tanto o Despacho n.º 59/2015, de 27 de maio de 2015 do Ministro da Justiça como o Parecer que em 2016 acompanha o Despacho da senhora Ministra da Justiça e Trabalho referem-se a «*faltas ao serviço em razão de estudos*» o que pode incluir frequentar aulas em período laboral e, assim, prestar-se a confusões, já que não é este o caso. Trata-se apenas de fazer exames / prestar provas.

Sem fazer esta distinção, o Parecer sustenta-se em cinco conceitos essenciais para determinar a proibição de justificação das faltas ao serviço para prestação de prova e/ou exame em estabelecimento de ensino superior:

1. O princípio da exclusividade;
2. As licenças para estudo;
3. As faltas ao serviço para a prestação de provas e/ou exames;
4. Os regimes de prestação de trabalho (organização dos tempos de trabalho);
5. A formação contínua.

Perante esses cinco conceitos completamente distintos, há que, a partir da legislação existente, precisar os conteúdos e alcance de cada um deles, por forma a desfazer confusões concetuais.

1. O princípio da exclusividade

A **CRCV no seu artigo 241.º nº 5** determina que a Administração Pública deve pautar a sua atividade pelo “*princípio da exclusividade*”, ou seja, “*não é permitida a acumulação de empregos ou cargos públicos, salvo nos casos expressamente admitidos na lei.*”

Quer isto dizer que o legislador pretende evitar o exercício, em simultâneo, de funções públicas e privadas por parte dos funcionários públicos que, pela sua natureza e empenhamento, possam conflitar com a dedicação ao interesse público ou com o próprio cumprimento dos horários e tarefas da função pública. O princípio do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos constitui o parâmetro fundamental de enquadramento da atividade administrativa.

O interesse público tem que ser prosseguido sem se esquecer dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos. A síntese harmoniosa entre o interesse público e os direitos individuais impõe à Administração Pública a procura constante de decisões que, realizando o interesse comum, não extingam ou limitem os direitos e interesses particulares ou, não podendo deixar de o fazer, o façam na estrita medida do necessário e com a necessária proporcionalidade.

1.a. A lei especial, Decreto-Lei n.º 11/2011, de 31 de janeiro (Estatuto de Pessoal do Corpo dos Agentes Prisionais- CAP), republicado após alterações, pelo **Decreto-Lei n.º 61/2014** (Regime Especial do Pessoal da Segurança

Prisional - **Pessoal da SP**), **de 5 de novembro**, nada estabelece quanto ao regime de exclusividade.

O artigo 12.º do **Decreto-Lei n.º 61/2014** (Regime Especial do Pessoal da Segurança Prisional - **Pessoal da SP**), **de 5 de novembro** determina como direito subsidiário o regime das forças de segurança (**Decreto-Legislativo n.º 8/2010 de 28 de Setembro, alterado pelo Decreto Lei n.º 3/2016, de 16 de janeiro**) e o regime jurídico geral da Administração Pública (**Lei de Bases da Administração Pública - Lei n.º 42º/VII/2009, de 27 de julho de 2009**).

- 1.b. O Decreto-Legislativo n.º 8/2010 de 28 de Setembro, alterado pelo Decreto Lei n.º 3/2016, de 16 de janeiro** que estabelece o Estatuto do Pessoal Policial da Polícia Nacional prevê no artigo 78.º o regime de incompatibilidades e acumulação de funções remetendo para o regime aplicável à Administração Pública, nomeadamente “ *É vedado ao pessoal policial o exercício, remunerado ou não, de quaisquer cargos de carácter público ou privado, salvo os de natureza docente e de investigação científica de interesse para a corporação, mediante previa autorização do membro do Governo responsável pela segurança interna.*”. O artigo 79.º proíbe o exercício de atividade comercial, industrial ou outras incompatíveis, ou seja, está-se perante o regime de exclusividade. De sublinhar que tal regime admite exceções no n.º 3 do artigo 78.º, ao determinar que “*A acumulação de funções no âmbito da PN pode ser determinada, a título excepcional, por despacho fundamentado: a) Do Director Nacional da PN, para as acumulações em comando diferente daquele em que o pessoal presta serviço; e b) Dos respetivos comandantes, nos restantes casos.*”. Tal acumulação de

funções deve constar em Ordem de Serviço, o que não existe nem deveria existir neste caso, como se verá.

No caso em análise, o queixoso não pretende exercer qualquer outra atividade profissional (pública ou privada), mas sim ausentar-se para prestar provas e/ou exames num estabelecimento de ensino superior, sem que tais ausências sejam consideradas faltas injustificadas como prevê a lei, o que nada tem a ver com o “*princípio da exclusividade*”,

- 1.c. É no n.º 1 do artigo 10.º da **Lei de Bases da Administração Pública (Lei n.º 42º/VII/2009, de 27 de julho de 2009)**, que o “*princípio da exclusividade*” se encontra previsto: “*As funções públicas são, em regra, exercidas em regime de exclusividade*”.

2. As licenças para estudo

- 2.a. A **lei especial, Decreto-Lei n.º 11/2011, de 31 de janeiro** (Estatuto de Pessoal do Corpo dos Agentes Prisionais- CAP), republicado após alterações, pelo **Decreto-Lei n.º 61/2014** (Regime Especial do Pessoal da Segurança Prisional - **Pessoal da SP**), **de 5 de novembro**, nada estabelece quanto às licenças para estudo.

O artigo 12.º do **Decreto-Lei n.º 61/2014** (Regime Especial do Pessoal da Segurança Prisional - **Pessoal da SP**), **de 5 de novembro** determina como direito subsidiário o regime das forças de segurança (Decreto-Legislativo n.º8/2010 de 28 de Setembro, alterado pelo Decreto Lei n.º 3/2016, de 16 de janeiro) e o regime jurídico geral da Administração Pública, neste caso o **Decreto-lei n.º 3/2010, de 8 de março**, (que estabelece o regime de férias, faltas dos funcionários da Administração Pública).

2.b. Decreto-Legislativo nº8/2010 de 28 de Setembro, alterado pelo Decreto

Lei n.º 3/2016, de 16 de janeiro (regime das forças de segurança) no artigo 112.º refere que o pessoal policial está sujeito ao regime de férias, faltas e licenças aplicáveis aos funcionários e agentes da Administração Pública, com as especialidades constantes do diploma.

O regime das férias e faltas não é ali regulado em especial. Quanto às licenças, são reguladas em especial nos artigos 113.º a 118.º daquele diploma. O seu artigo 117.º prevê a licença para estudos, que pode ser concedida por despacho do Diretor Nacional, a requerimento, para a frequência de cursos, estágios ou outras ações de formação, em estabelecimentos de ensino nacionais civis e estrangeiros à corporação e de que resulte valorização profissional e técnica do beneficiário, mediante concurso e dentro dos limites das vagas fixadas para cada ano letivo, ou membro do Governo responsável pela Segurança Interna, mediante parecer do Diretor Nacional quando no estrangeiro. Quando concedida sem perda de remuneração, a licença para estudos tem a duração de dois anos, podendo ser prorrogada excecionalmente pela entidade que a concedeu por mais um ano. A licença para estudo pode ser concedida por um período de cinco anos, com perda de retribuição podendo ser prorrogada excecionalmente por despacho da entidade que a concedeu por mais um ano.

Neste caso, o esforço individual de qualquer funcionário, feito sem comprometer o exercício das suas funções, não necessita de licença para estudos no sentido que o nº 1 do artigo 44.º do **Decreto-lei n.º 3/2010, de 8 de março**, (que estabelece o regime de férias, faltas dos funcionários da

Administração Pública) dá a essa figura da licença: “*Considera-se licença a ausência prolongada do serviço, mediante autorização*”.

No caso em análise, está em causa a falta para prestação de provas e/ou exames, pelo que tal regime não poderá ser chamado à colação.

3. Faltas ao serviço para prestação de provas ou exames

3.a. A lei especial, Decreto-Lei n.º 11/2011, de 31 de janeiro (Estatuto de Pessoal do Corpo dos Agentes Prisionais- CAP), republicado após alterações, pelo **Decreto-Lei n.º 61/2014** (Regime Especial do Pessoal da Segurança Prisional - **Pessoal da SP**), **de 5 de novembro**, nada estabelece quanto ao regime das faltas.

O artigo 12.º do **Decreto-Lei n.º 61/2014** (Regime Especial do Pessoal da Segurança Prisional - **Pessoal da SP**), **de 5 de novembro** determina como direito subsidiário o regime das forças de segurança (Decreto-Legislativo nº8/2010 de 28 de Setembro, alterado pelo Decreto Lei n.º 3/2016, de 16 de janeiro) e o regime jurídico geral da Administração Pública, neste caso o **Decreto-lei n.º 3/2010, de 8 de março**, (que estabelece o regime de férias, faltas dos funcionários da Administração Pública).

3.b. Decreto-Legislativo nº8/2010 de 28 de Setembro, alterado pelo Decreto Lei n.º 3/2016, de 16 de janeiro (regime das forças de segurança) não estabelece na especialidade qualquer norma quanto ao regime das faltas;

3.c. Decreto-lei n.º 3/2010, de 8 de março, (que estabelece o regime de férias, faltas dos funcionários da Administração Pública). De acordo com o nº 1 do artigo 13.º. “Considera-se falta a ausência do funcionário durante a totalidade

ou parte do período diário de presença obrigatória no serviço, bem como a não comparência no local a que o mesmo deva apresentar-se por motivo de serviço”.

O artigo 15.º do mesmo diploma que tem como epígrafe “Faltas Justificadas” estabelece um conjunto de situações em que as faltas são consideradas justificadas. A alínea f) do n.º 1 considera justificadas *“duas por cada prova ou exame que o funcionário tenha que prestar, sendo uma no dia da realização da prova e outra no dia imediatamente anterior, bem assim as dadas na estrita medida das necessidades impostas pelas deslocações para prestar provas de exame ou de avaliação de conhecimento”*.

Se é verdade que a concessão de licença para estudos está condicionada a uma série de requisitos, nomeadamente o despacho de autorização pela entidade competente, o mesmo já não se verifica em relação às ausências para a prestação de prova e/ou exame, pois nestes casos a justificação das faltas não carece da anuência dos serviços, tratando-se de um direito potestativo que resulta diretamente da lei.

Importa por isso frisar aqui que a Administração Pública se encontra sujeita ao “princípio da submissão plena à lei e ao direito” e que a legalidade equivale a não desconformidade da atividade administrativa em relação a norma jurídica, seja ela qual for. Neste sentido, o Despacho n.º 59/2015, de 27 de maio, do Senhor Ministro da Justiça não pode produzir efeitos na esfera jurídica do queixoso ou de qualquer outro Segurança Prisional que se encontre nas mesmas circunstâncias.

4. Regimes de prestação de trabalho

- 4.a.** A **lei especial, Decreto-Lei n.º 11/2011, de 31 de janeiro** (Estatuto de Pessoal do Corpo dos Agentes Prisionais- CAP), republicado após alterações, pelo **Decreto-Lei n.º 61/2014** (Regime Especial do Pessoal da Segurança Prisional - **Pessoal da SP**), **de 5 de novembro**, de acordo com o descrito no preâmbulo, insere-se essencialmente no âmbito da prossecução da concretização da **Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de Julho (Lei de bases da função Pública)** , que define as bases em que assenta o regime da Função Pública.
- 4.b.** O CAPÍTULO XIV (Princípios sobre o regime de prestação de trabalho) da **Lei de bases da função Pública (Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de Julho)** dedica-se exclusivamente a esta temática, dispondo no seu “*Artigo 70.º (Regimes de prestação de trabalho) 1. O trabalho pode, de acordo com as atribuições do serviço ou organismo e com a natureza da atividade desenvolvida, ser prestado nos seguintes regimes: a) Sujeito ao cumprimento do horário diário; b) Sujeito ao cumprimento de objetivos definidos. 2. Os regimes de prestação de trabalho, a duração de semana de trabalho, o descanso semanal e os trabalhos extraordinários, noturno, por turno, em dias de descanso e em feriados, são regulados por diploma próprio.3. Em função da natureza das suas atividades, podem os serviços adotar uma ou, simultaneamente, mais do que uma das modalidades de horário de trabalho. 4. Para além dos horários adotados nos termos do número anterior, podem ser fixados horários específicos, para determinados funcionários, quando circunstâncias relevantes o aconselham.”*
- 4.c.** No seguimento da Lei Geral (Lei de bases da Função Pública), veio a Lei Especial, o **Decreto-Lei n.º 11/2011, de 31 de janeiro** (Estatuto de Pessoal

do Corpo dos Agentes Prisionais- CAP), republicado após alterações, pelo **Decreto-Lei n.º 61/2014** (Regime Especial do Pessoal da Segurança Prisional - **Pessoal da SP**), de 5 de novembro, fixar no seu artigo 8.º um regime específico de prestação de serviço.

Estabelece o referido artigo 8.º que, o serviço do Pessoal da SP considera-se de carácter permanente e obrigatório. O mesmo artigo refere que são considerados dias normais de trabalho todos os dias da semana, incluindo dias de tolerância de ponto, sábados, domingos e feriados, referindo também o período de folga ou descanso. Ou seja, cada funcionário tem o seu horário normal de serviço (tempo de trabalho diário medido em horas), organizado por turnos, sem prejuízo dos períodos de folga ou descanso.

A este propósito veja-se também o artigo 120.º do Decreto Lei n.º 3/2016, de 16 de janeiro (regime das forças de segurança³) que remete para o Decreto Lei n.º 39/2007, de 12 de novembro (Orgânica da Polícia Nacional), que por sua vez determina no seu artigo 93.º com a epígrafe “Funcionamento Permanente dos Serviços *1. O serviço da PN é de carácter permanente e obrigatório. 2. O horário normal de serviço é definido por Portaria do membro do Governo responsável pela PN. 3. Sempre que o estado de segurança ou circunstâncias especiais o exigirem, podem ser formados, para além do horário normal de serviço, piquetes em número, dimensão e tempo adequados às situações. 4. O patrulhamento da via pública é executado por pessoal com funções policiais em regime de serviço por turnos. 5. O pessoal com funções policiais não pode*

³ Relembre-se que o artigo 12.º do Pessoal da SP determina como direito subsidiário o regime das forças de segurança (Decreto-Legislativo nº8/2010 de 28 de Setembro, alterado pelo Decreto Lei n.º 3/2016, de 16 de janeiro) e o regime jurídico geral da Administração Pública (Lei de Bases da Administração Pública - Lei nº 42º/VII/2009, de 27 de julho de 2009).

recusar-se, sem motivo justificado, a comparecer no seu posto de trabalho ou a nele permanecer para além do período normal de serviço, nem eximir-se de desempenhar qualquer missão, desde que compatível com a sua categoria funcional, sempre que solicitado pelo superior hierárquico. 6. O pessoal com funções não policiais está, em todas as circunstâncias, obrigado a assegurar a prestação dos serviços mínimos necessários ao funcionamento operacional da instituição, considerando-se incluídos nesta categoria os serviços indispensáveis de socorro, comunicações, informática e transportes, bem como aqueles que respeitem à segurança e manutenção dos equipamentos e instalações.”

Da letra da lei retira-se que o legislador não pretende excluir a possibilidade de o pessoal de Segurança Prisional faltar justificadamente para prestação de provas ou exames, até porque, é feita remissão para o **Decreto-Legislativo nº8/2010 de 28 de Setembro, alterado pelo** Decreto Lei n.º 3/2016, de 16 de janeiro (regime das forças de segurança⁴) que por sua vez remete para o Decreto Lei n.º 39/2007, de 12 de novembro (Orgânica da Polícia Nacional).

No estabelecimento prisional, como é de esperar⁵, o regime da prestação de trabalho está organizado por turnos, tendo os Seguranças Prisionais direito a folga ou descanso.

⁴ Relembre-se que o artigo 12.º do Pessoal da SP determina como direito subsidiário o regime das forças de segurança (Decreto Lei n.º 3/2016, de 16 de janeiro) e o regime jurídico geral da Administração Pública (Lei de Bases da Administração Pública - Lei nº 42º/VII/2009, de 27 de julho de 2009).

⁵ No Parecer do MJT é invocado regime de laboração contínua do estabelecimento prisional, tal conceito (laboração contínua) reporta-se ao período de funcionamento dos estabelecimentos. Há que organizar os tempos de trabalho dos funcionários (neste caso os turnos) por forma a garantir a laboração contínua e a não violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como sejam os previstos no n.º 1 do artigo 63.º da Constituição da República de Cabo Verde (“1. Os trabalhadores têm, ainda

Ainda de acordo com os princípios de ordenação da função pública constantes da Lei de bases da Administração Pública (Dec. Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho de 2009), cabe à Administração Pública, garantir *“alínea d) eficácia no planeamento e gestão de recursos humanos; alínea e) desenvolvimento e qualificação profissional permanente dos funcionários.”*

Assim, é a Administração Pública que terá a responsabilidade de planear e gerir os recursos humanos, nomeadamente ajustar os horários de trabalho de modo eficaz por forma a se conformar com as supra referidas alíneas d) e e) do artigo 5.º do Dec. Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho de 2009, o que, ao não acontecer viola aquela lei. Acresce que, a Administração Pública não pode restringir a extensão e o conteúdo essencial das normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias, *“in casu”* a liberdade de aprender consagrada no artigo 50.º da CRCV.

No caso em análise, não foi solicitada qualquer alteração ao regime de prestação de serviço, nem tal regime foi em algum momento colocado em causa.

5. Formação Contínua

De acordo com o n.º 1.º do artigo 37.º do **Decreto-Lei n.º 11/2011, de 31 de janeiro** (Estatuto de Pessoal do Corpo dos Agentes Prisionais- CAP), republicado após alterações, pelo **Decreto-Lei n.º 61/2014** (Regime Especial do Pessoal da Segurança Prisional - **Pessoal da SP**), **de 5 de novembro** *“A formação contínua do Pessoal da SP é assegurada através de cursos e seminários, a definir por*

direito a: a) Condições de dignidade, higiene, saúde e segurança no trabalho; b) um limite máximo da jornada de trabalho; c) descanso semanal; d) (...); e) repouso e lazer.”

despacho do membro de Governo responsável pela área da Justiça, sob proposta do Director Geral da Gestão Prisional e da Reintegração Social. 2. O regime de acesso e a frequência das acções de formação referidas no número anterior são definidos no despacho do membro do Governo responsável pela área da Justiça”.

É referido e bem, no Parecer do Ministério que Vossa Excelência dirige que (passo a transcrever) “*Não cabe ao pessoal da Segurança Prisional o dever de Formação por iniciativa própria, pois todas as formações necessárias para o integral exercício da Função do pessoal da SP, devem ser promovidas e garantidas pelo Estado”.*

Porém, importa aqui referir que o conceito de formação contínua respeita à formação profissional⁶, sendo de esclarecer que esta contempla duas modalidades: Formação Inicial e Formação Contínua.

A formação inicial pode assumir dois tipos de expressões: formação profissional de base e a especialização profissional.

No caso em apreço, não se trata de formação inicial porque não estão em causa nem o ingresso nem a aquisição de especiais competências para o desempenho da função.

A formação profissional contínua inclui, no essencial, o aperfeiçoamento, a reconversão, a reciclagem, e a promoção. Ainda no caso em apreço, não se trata de formação contínua porque não está em causa o seguimento da formação inicial visando o aperfeiçoamento das especiais competências adquiridas na

⁶ Para melhor esclarecimento da matéria de formação contínua, veja-se o Decreto Lei n.º 53/2014, de 22 de setembro, que estabelece o Regime Jurídico Geral da Formação Profissional.

formação inicial, a reconversão, reciclagem ou promoção. Trata-se de uma Licenciatura, um curso superior, ministrado por entidades reconhecidas para esses efeitos pelo ministério competente, que não é frequentado apenas por Pessoal da Segurança Prisional, aos quais foi ministrada a formação profissional inicial.

6. Conclusão deste capítulo II

Pelo exposto nos pontos 1 a 5 deste capítulo II, formulo as seguintes conclusões:

- O regime de exclusividade, as licenças para estudo e o regime de prestação de trabalho (organização dos tempos de trabalho de cada funcionário) nada têm a ver com a ausência ao trabalho para a prestação de provas e/ou exames;
- Um curso superior, releva apenas de um direito e esforço individual, voluntário e legítimo, o qual é ministrado por entidades reconhecidas para esses efeitos pelo ministério competente e não se enquadra no conceito de formação profissional tal como se encontra regulado em legislação própria;
- Ao pessoal de Segurança Prisional aplica-se, para efeitos de férias e faltas, unicamente, o disposto no Decreto-Lei n.º 3/2010 de 08 de Março, que estabelece o regime de férias, faltas e licença dos funcionários da administração pública, isto porque *“tudo o que não esteja previsto no (Regime especial) Estatuto dos Agentes Prisionais remete para lei geral, neste caso aplica-se então a lei geral (Regime da Função Pública), Lei n.º 42/VII/2009 de 27 de julho”*;
- As faltas ao serviço, para efeito de prestação de provas e/ou exames em estabelecimento de ensino superior, devem ser consideradas justificadas ao abrigo do disposto na alínea f) do n.º 1 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 3/2010 de 08 de março, desde que comprovadas por documentos idóneos;

- Cabe à Administração Pública, de acordo com os princípios de ordenação da função pública a responsabilidade de planear e gerir os recursos humanos, nomeadamente o ajustar os horários de trabalho de modo eficaz por forma a, por um lado, não restringir pela via da interpretação, muito menos pela interpretação restritiva, a extensão e o conteúdo essencial das normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias, “*in casu*” a liberdade de aprender consagrado no artigo 50º da CRCV, e por outro não pôr em causa o regime de trabalho por turnos que vigora no estabelecimento prisional - ver artigo 34.º da Lei n.º 42/VII/2009 de 27 de julho;
- A atuação dos poderes públicos não se compadece com decisões arbitrárias e discricionárias, devendo este sempre estribar-se no “*princípio da legalidade*”, enquanto garantia dos administrados;
- o Despacho n.º 59/2015, de 27 de maio, do Ministro da Justiça não pode violar o Decreto-Lei n.º 3/2010 de 08 de março que estabelece o regime de férias, faltas e licença dos funcionários da administração pública, devendo o referido Despacho ser tido como **ilegal** e serem as faltas para prestação de provas em estabelecimento de ensino serem consideradas justificadas, como é de lei.

III- Hierarquia das Leis

Vale a pena avaliar a extensão que o então Ministro da Justiça atribuiu ao Despacho n.º 59/2015, de 27 de maio, pelo que se transcreve a seguir toda a parte final do mesmo:

«De todo o exposto, e porque as cadeias funcionam em regime de laboração contínua e por isso em turno de serviço, devidamente remunerado, determino a notificação de todas as direções das cadeias deste despacho para efeito de cumprimento rigoroso **da proibição de concessão de licença para estudos**

durante o período normal de funcionamento das cadeias. Assim, todas as faltas ao serviço em razão de estudos devem ser devidamente marcadas e comunicadas ao serviço de gestão de recursos humanos do Ministério da Justiça, através da Direcção-Geral de Gestão Prisional e Reintegração Social».

A expressão «faltas ao serviço em razão de estudos» pode induzir a ideia de que estaria em causa a frequência de aulas em período laboral, que pode ou não ser autorizado, mas do ponto 2 da Informação/Pedido de solução dirigida ao Ministro da Justiça pelo Director substituto da cadeia central de S. Vicente com data de 2 de Fevereiro de 2015, se vê que a questão colocada é de faltas para prestação de provas /exame, permitidas por Lei, e seu impacto no serviço.

Aquele despacho do senhor Ministro da Justiça foi a solução genérica que entendeu dar ao problema posto, porém a solução está eivada de ilegalidade, já que tais faltas são «em razão de estudos» ainda que só na componente avaliação por provas e exames, permitidas por Lei. Não se trata pois, de um ato (ainda que ilegal) que produza efeitos apenas na situação concreta e individual do agente queixoso, passando antes a vigorar como norma interna para as situações análogas subsequentes. Reveste assim caráter de generalidade, tendo mesmo havido a preocupação de garantir a sua efetiva aplicação geral ao determinar «*a notificação de todas as direcções das cadeias deste despacho para efeito de cumprimento rigoroso*». Dúvidas não restam que se trata de um Despacho normativo apenas faltando a publicação em Boletim Oficial ...

Permita-me, pois, lembrar que, o Título X da CRCV (Da forma e hierarquia dos atos) concretiza alguns dos princípios fundamentais inerentes ao princípio do Estado de

direito democrático: o princípio da hierarquia das fontes, o princípio da tipicidade das leis e o princípio da legalidade da administração. Aqui são tratadas as fontes normativas (fonte-ato) e, os efeitos dos atos normativos constitucionalmente tipificados. Ao estabelecer a relação hierárquica entre os vários tipos de atos legislativos ou entre os atos legislativos e os atos regulamentares, é concretizada a vinculação constitucional do legislador quanto à produção normativa.

Nos termos do artigo 268.º da CRCV, “*As leis, os decretos legislativos e os decretos-lei têm o mesmo valor, sem prejuízo da subordinação dos decretos legislativos às correspondentes leis de autorização legislativa e dos decretos leis de desenvolvimento às leis que regulam as bases ou os regimes gerais correspondentes.*”

Fica assim definida a posição normativa recíproca dos actos legislativos dos dois órgãos de soberania Assembleia da Nacional e Governo. O princípio geral é o da igualdade ou paridade de forma e valor das leis, dos decretos legislativos e dos decretos-leis. As leis, os decretos legislativos e os decretos-leis podem, em princípio, livremente interpretar-se, suspender-se ou revogar-se, entre si ou reciprocamente.

Para além daqueles actos legislativos, o Governo pratica actos normativos que são os regulamentos que podem revestir as seguintes formas: decreto regulamentar, portarias ou despacho normativo⁷. São formas variadas de cumprimento da função executiva do órgão administrativo, dada a diversidade da natureza e das actividades desta função.

⁷ Vide artigo 4.º do Decreto-Legislativo n.º 15/97, de 10 de Novembro.

A alteração, suspensão e revogação de leis ou decretos-leis, actos praticados por órgãos de soberania, é feita, segundo a CRCV, por normas de hierarquia equivalente ou superior, e não podem ser alterados por despachos normativos que são actos praticados por um membro do Governo, em nome do seu autor.

In casu, o Despacho n.º 59/2015, de 27 de maio, do Ministro da Justiça, não pode negar o direito a faltar justificadamente para a prestação de provas em estabelecimento de ensino, como prevê o regime de férias e licenças dos funcionários da Administração Pública (Decreto-Lei n.º 3/2010, de 8 de março) sendo que, repetindo o que já foi explicitado, a lei especial que Estabelece **Decreto-Lei n.º 11/2011, de 31 de janeiro** (Estatuto de Pessoal do Corpo dos Agentes Prisionais - CAP), republicado após alterações, pelo **Decreto-Lei n.º 61/2014** (Regime Especial do Pessoal da Segurança Prisional - **Pessoal da SP**), **de 5 de novembro**, não regula em especial tal situação, remetendo-se assim para aquela lei geral.

Finalmente, lembre-se que, no caso de se considerar como sendo despacho normativo, nos termos conjugados do n.º 3 do artigo 264.º da CRCV e alínea f) do n.º 1 do artigo 269.º da CRCV, o Despacho n.º 29/2015, de 27 de maio será então ineficaz.

Em face da motivação apresentada até aqui, no exercício dos poderes que me são conferidos pelo disposto na alínea b), n.º 1 do artigo 22.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 29/VI/2003, de 4 de agosto), recomendo a Vossa Excelência, senhora Ministra da Justiça e Trabalho:

- a) Que seja alterada a medida adotada, ao abrigo do Parecer que acompanha a nota n.º 1541/GMJT de 10 de novembro 2016, que não considera justificadas as faltas dadas para prestação de prova ou exame por ser desproporcional e ilegal,

constituindo mesmo uma limitação ao direito fundamental à educação consagrado no artigo 78.º da Constituição da República de Cabo Verde.

- b) que nos termos da lei sejam consideradas justificadas duas faltas por cada prova ou exame que o funcionário tenha que prestar, sendo uma no dia da realização da prova e outra no dia imediatamente anterior, bem assim as dadas na estrita medida das necessidades impostas pelas deslocações para prestar provas de exame ou de avaliação de conhecimentos;
- c) Que o Despacho n.º 59/2015, de 27 de maio, do Ministro da Justiça não seja aplicado, por ser ilegal e ineficaz.

Solicito ainda que me seja comunicada, no prazo de 60 dias, a posição que Vossa Excelência vier a adotar sobre esta recomendação, conforme o disposto no artigo 47.º da Lei n.º 29/2003, de 4 de agosto.

Com os meus melhores cumprimentos

O Provedor de Justiça

/António do Espírito Santo Fonseca/


Em 21 de Fevereiro de 2017