

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

JUNHO 2018



DIREITO DAS RELAÇÕES LABORAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

■ COLEÇÃO CADERNO ESPECIAL ■





Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador


Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ





O material doutrinário no âmbito do direito das relações laborais na Administração Pública não é particularmente vasto.

E a matéria reveste de uma complexidade muito especial em face da especificidade inerente ao Direito do Trabalho, com a quiçá ainda maior especificidade do Direito da Administração Pública.

De facto, os problemas que esta mistura é susceptível de trazer ao nível da Contratação Colectiva, ao nível do Contrato de Trabalho na Função Pública (incluindo o relativo ao tempo, local, conteúdo e avaliação), ao nível do direito disciplinar, ao nível do regime dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais, e ao nível do direito da greve, merecem uma abordagem muito atenta.

Este e-book começa assim por resultar de uma colaboração interna entre a Jurisdição Administrativa e Fiscal e a Jurisdição do Trabalho e da Empresa, que asseguraram as sessões desta temática dadas aos/às Auditores/as de Justiça do 4º Curso TAF e escolheram os assuntos sobre os quais os verdadeiros protagonistas desta obra vieram a escrever.

Mas os verdadeiros protagonistas do e-book são os/as Auditores/as de Justiça!

Foram eles que, sem pretensões de fazer doutrina ou elaborar teorias, pegaram nos temas e lhes deram vida, sistematizando as questões, recolhendo o que de mais relevante sobre eles já tinha sido escrito e consolidando em texto a sua reflexão crítica sobre o que encontraram.

Um trabalho vasto que foi útil no 1º Ciclo da sua formação, e que agora o poderá ser também aos/às juízes/as e procuradores/as em funções nos TAFs (e não só), bem assim como aos/às advogados/as que lidam com estas matérias e a toda a restante Comunidade Jurídica.

Este e-book sai à luz num dia importante para os/as Auditores/as de Justiça do 4º Curso TAF: o dia em que deixam de o ser e assumem funções como juízes/as estagiários/as, entrando na fase final da sua formação (até 31/12/2018).

Este seu trabalho, agora, deixa de ser só seu. Passa a ser útil para todos, permitindo ainda que o CEJ continue a cumprir a sua função, não apenas de formar magistrados/as, mas também de contribuir para a melhoria do sistema.

Lisboa, 1 de Junho de 2018
ETL

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Direito das Relações Laborais na Administração Pública

Jurisdição Administrativa e Fiscal:

Margarida Reis – Juíza de Direito, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição

Marta Cavaleira – Juíza de Direito e Docente do CEJ

Fernando Duarte – Juiz de Direito e Docente do CEJ

Ana Celeste Carvalho – Juíza Desembargadora e Docente do CEJ*

Sofia David – Juíza Desembargadora e Docente do CEJ*

Jurisdição do Trabalho e da Empresa:

Viriato Reis – Procurador da República, Docente do CEJ e Coordenador da Jurisdição

Diogo Ravara – Juiz de Direito e Docente do CEJ

Cristina Cruz – Juíza de Direito, Docente do CEJ

Paulo Duarte Santos – Procurador da República e Docente do CEJ

Mário Lisboa – Procurador da República e Docente do CEJ

Colaboração:

Sónia Kietzman Lopes – Juíza de Direito

Coleção:

Caderno Especial

Conceção e organização:

Jurisdição Administrativa e Fiscal

Jurisdição do Trabalho e da Empresa

Intervenientes:

Ana Paula Felgueiras Teixeira Machado Correia

Ana Patrícia Gomes Marques

Ana Marta Cabelreira das Neves

Ana Cristina Viegas Petronilo Pata Casa Branca

Ana Carolina Moreira dos Santos Rolo

Ana Rita Vieira Quinta Nova

Ana Sofia de Magalhães e Carvalho

Ana Sofia Ferreira Cruz

Carlos Batista da Costa

Cláudia Luísa da Costa Leite

Cristiana Maria Cardoso Lopes

Diana Patrícia dos Santos Pires Esteves

Diana Pinto Miranda

Fábio da Silva Ribeiro

Feliciano Silvino Gonçalves Santinho

Filipe Manuel Monteiro Amaro

Isabel Maria Fernandes Monteiro

Joana Alexandra Dias Cardoso

* À data da elaboração dos trabalhos.

João Pedro Canelhas Duro
Jorge Augusto Guerreiro de Moraes
José António Moreira Barbosa de Andrade
José António Oliveira de Jesus Pires
Lúcia Ribeiro Henriques
Luísa Mafalda Gomes da Silva Assunção de Andrade
Mara Sofia da Silva Gonçalves
Marco Paulo Lopes Figueiredo
Margarida Inês de Araújo Martins Vilaça
Maria João Santos Bernardino Marques
Marisa Gameiro Neves Duarte
Marta Filipa Ramos Mendes
Nicola de Sousa Ornelas
Paula Cristina Palmelão da Silva Mota
Paulo Fernando Lopes Mendes
Paulo Jorge de Almeida Aguiar e Matos
Pedro Rodrigues Almeida Matos
Raquel Firmino Leal
Ricardo Jorge Seca da Costa
Rui César Costa Freitas de Carvalho
Tiago Manuel de Lourenço Afonso
Vanda Sofia Fidalgo da Silva Coutinho
Telmo Santos

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 01/06/2018	

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Direito das Relações Laborais na Administração Pública

Índice

1. A competência jurisdicional dos Tribunais Administrativos e Fiscais em matéria de emprego público Mara Sofia da Silva Gonçalves	13
2. Estruturas representativas de trabalhadores e negociação coletiva Lúcia Ribeiro	35
3. O âmbito pessoal de aplicação dos acordos colectivos de trabalho em funções públicas: a superação do princípio da filiação Paulo Matos	53
4. Fontes de Regulação de Emprego Público Pedro Rodrigues Almeida Matos	73
5. A «Constituição Laboral» à luz das relações jurídicas de emprego público Ana Marta Neves	91
6. A Aproximação entre o Regime de emprego público e o Regime de emprego privado – Enquadramento geral Ricardo Costa	111
7. Aproximação entre o regime de emprego público e o de emprego privado - Articulação entre a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas e o Código do Trabalho Isabel Maria Fernandes Monteiro	131
8. A contratualização em sede de emprego público <i>versus</i> autonomia contratual do Estado Margarida Inês Vilaça	149
9. O contrato de prestação de serviços Nicola Sousa Ornelas	169
10. Notas sumárias sobre o regime regra de constituição do vínculo de emprego público: o contrato de trabalho em funções públicas à luz da LGTF e do novo paradigma de emprego público Fábio da Silva Ribeiro	185

11. Formação do vínculo de emprego público e recrutamento – O procedimento concursal como concretização do direito de acesso à função pública Joana Dias Cardoso	217
12. Vínculos de emprego público, em particular, a nomeação Mara Sofia da Silva Gonçalves	239
13. Vínculos de emprego público: em particular o contrato de trabalho a termo resolutivo e a não conversão em contrato por tempo indeterminado Paula Mota	255
14. Invalidade do vínculo de emprego público Luísa Mafalda Gomes da Silva Assunção Andrade	279
15. Reconstituição da situação jus laboral em caso de invalidade da extinção do vínculo de emprego público Carlos Batista da Costa	293
16. Extinção do vínculo de emprego público Ana Paula Correia	317
17. Acordos de limitação da liberdade de trabalho Filipe Amaro	335
18. Direitos e Deveres do Empregador Público Telmo Tavares dos Santos	353
19. Os Direitos e Deveres do Trabalhador Público Feliciano Santinho	367
20. Princípio do tratamento mais favorável v. normas de direito público Ana Patrícia Marques	389
21. Direito à igualdade no trabalho e ocupação efectiva José António Oliveira de Jesus Pires	407
22. Carreiras e conteúdo funcional Ana Sofia Cruz	435
23. Igualdade remuneratória e (re)posicionamento remuneratório numa tabela única Paulo Fernando Lopes Mendes	453
24. A consolidação da mobilidade entre postos de trabalho na Administração Pública João Canelhas Duro	473

25. O Regime da Requalificação de Trabalhadores em Funções Públicas (e a Proposta de Lei N.º 43/XIII do Governo) Diana Miranda	493
26. A reorganização de serviços, racionalização de efectivos e reafecção de trabalhadores públicos Tiago Lourenço Afonso	511
27. O Local de Trabalho e Mobilidade Geográfica Marta Filipa Ramos Mendes	537
28. Tempo e período de trabalho Raquel Firmino Leal	559
29. Descanso, Férias e Faltas Maria João Bernardino Marques	583
30. Da avaliação do desempenho dos trabalhadores em funções públicas – Traços gerais Jorge Guerreiro de Moraes	601
31. Prémio de Desempenho Marisa Gameiro Neves Duarte	615
32. Os suplementos remuneratórios no âmbito do vínculo de emprego público - Análise dos aspectos gerais do regime Ana Rita Quinta Nova	629
33. Infração disciplinar e sanção disciplinar Vanda Coutinho	649
34. Responsabilidade criminal e o procedimento disciplinar Ana Sofia de Magalhães e Carvalho	667
35. Exercício do poder disciplinar e procedimento disciplinar Ana Carolina Rolo	691
36. Impugnações administrativas e reexercício do poder disciplinar Cristiana Cardoso Lopes	713
37. Prevenção, Segurança e Saúde no Trabalho Diana Pires Esteves	731
38. Regime e contencioso dos acidentes de trabalho e doenças profissionais Ana Casa Branca	747
39. Direito das Relações Laborais na Administração Pública - Caracterização dos Acidentes de Trabalho Cláudia Luísa da Costa Leite	765

40. Greve

789

José António Moreira Barbosa de Andrade

**41. Necessidades sociais impreteríveis, serviços mínimos e serviços essenciais
- Um triângulo das Bermudas?**

809

Rui Carvalho

1. A competência jurisdicional dos Tribunais Administrativos e Fiscais em matéria de emprego público

Mara Sofia da Silva Gonçalves

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS EM MATÉRIA DE EMPREGO PÚBLICO

Mara Sofia da Silva Gonçalves

- I. Poder jurisdicional, jurisdição e competência. Conflitos de jurisdição e conflitos de competência.
- II. Jurisdição dos Tribunais Administrativos e Fiscais em matéria de emprego público. Litígios incluídos e excluídos.
- III. Metodologia de aplicação das normas de competência jurisdicional.
- IV. Delimitação do vínculo de emprego público. Caracterização.
- V. Breve incursão histórica pelo regime de emprego público português.
- VI. A jurisprudência do Tribunal dos Conflitos em matéria de acidentes de serviço sofridos por trabalhadores em funções públicas das entidades públicas empresariais. Casos de Estudo.
- VII. Conclusões.

Palavras-chave:

Conflitos de jurisdição. Normas de competência jurisdicional. Jurisdição Administrativa. Relação de emprego público. Acidentes de serviço. Trabalhadores em funções públicas. Entidades Públicas Empresariais. Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas. Código do Trabalho.

I. Poder jurisdicional, jurisdição e competência. Conflitos de jurisdição e conflitos de competência

Determina a Constituição da República Portuguesa (CRP) que o poder jurisdicional, traduzido na *administração da justiça em nome do povo*, cabe aos Tribunais (artigo 202.º, n.º 1, da CRP). Ora, numa perspectiva de contraposição dos Tribunais face aos demais órgãos do Estado, o termo *jurisdição* designa o *poder jurisdicional que é atribuído ao conjunto dos Tribunais*¹, surgindo associado, outrossim, ao fraccionamento do poder jurisdicional entre as várias espécies ou categorias de Tribunais. Com efeito, o poder jurisdicional encontra-se repartido por estes, segundo a natureza das matérias em causa, que diante eles se suscitam (*cfr.* artigo 209.º e ss. da CRP)².

A *jurisdição* será, pois, a parcela de poder jurisdicional pertencente a uma espécie ou categoria de Tribunal (*jurisdição administrativa e fiscal e jurisdição comum*), sendo a *competência* de um Tribunal a parcela de poder jurisdicional desse mesmo Tribunal.

Perante este quadro, é natural que nem sempre seja claro determinar a quem cabe o poder para decidir dada questão, pelo que os *conflitos, positivos e negativos, de competências e de jurisdição*, são, nesta sede, inevitáveis (*cfr.* artigo 109.º, n.º 1 e 2, do Código de Processo Civil, doravante, CPC).

¹ ANDRADE, Manuel de, “*Noções Elementares de Processo Civil*”, Coimbra, 1979, pág. 89.

² Em bom rigor, as questões de delimitação do âmbito de jurisdição não deixam de ser questões de competência em razão da matéria, dado que se tratará sempre, *a final*, de distribuir competências entre Tribunais de acordo com um critério de especialização em função da natureza dos litígios a dirimir. Nestes termos, ALMEIDA, Mário Aroso de Almeida, *Manual de Processo Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-6414-7, pág. 153.

Nestes termos, se o conflito ocorrer entre Tribunais da mesma categoria – *v.g.*, entre um Tribunal Administrativo e um Tribunal Tributário, ambos integrantes da jurisdição administrativa e fiscal – o conflito será de *competência (competência em razão da matéria)*; já se o conflito ocorrer entre Tribunais pertencentes a categorias diferentes – *v.g.*, entre um Tribunal Judicial e o Tribunal Administrativo –, o conflito será de *jurisdição (competência em razão da jurisdição)*³.

Considerando que, nos termos do artigo 13.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), o âmbito da jurisdição administrativa “*é de ordem pública e o seu conhecimento precede o de qualquer outra matéria*”, compete ao juiz conhecer oficiosamente a questão da competência do Tribunal, que prevalece sobre qualquer outra, pois que “*a única questão para que um Tribunal incompetente é competente é para apreciar a sua incompetência*”⁴.

No que refere às regras para resolução dos conflitos (de *competência* e de *jurisdição*), rege o disposto no artigo 110.º do CPC, sendo de sublinhar, naquilo que ao presente estudo interessa, que perante *conflitos de jurisdição* entre Tribunais Judiciais e Tribunais Administrativos e Fiscais (TAF), os mesmos serão dirimidos pelo Tribunal dos Conflitos (*cf.* artigo 110.º, n.º 1, do CPC)⁵.

Ora, esta análise preliminar não se manifesta incolor, porquanto visa servir de mote para a análise que nos deterá nas próximas linhas, na busca pela delimitação do âmbito de jurisdição dos TAF em matéria de emprego público.

II. Jurisdição dos Tribunais Administrativos e Fiscais em matéria de emprego público. Litígios incluídos e excluídos

Para além do Tribunal Constitucional, o artigo 209.º da CRP prevê três categorias de Tribunais: os Tribunais Judiciais, os Tribunais Administrativos e Fiscais e o Tribunal de Contas⁶.

São as normas sobre a competência jurisdicional que determinam qual a fracção do poder jurisdicional que cabe a cada um dos Tribunais. Assim, de acordo com o artigo 211.º, n.º 1, da CRP, os Tribunais Judiciais são os Tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem

³ Também se fala em *conflito de jurisdição* quando estão em causa duas autoridades pertencentes a diferentes actividades do Estado, por exemplo, entre actividade judicial e a actividade administrativa.

⁴ ALMEIDA, Mário Aroso, *Manual, op. cit.*, pág. 200.

⁵ *Cfr.* Decreto n.º 19243, de 16 de Janeiro de 1931, Decreto n.º 19438, de 11 de Março de 1931; Decreto-Lei n.º 23185, de 30 de Outubro de 1933. O Tribunal dos Conflitos é constituído por juizes em igual número do Supremo Tribunal Administrativo e do Supremo Tribunal de Justiça e é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Administrativo. Sobre a matéria, *vide*, CORREIA, Sérvulo, “A reforma do Tribunal dos Conflitos”, *in* *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 27, CEJUR, 2001, ISBN 0873-6294, pág. 12 e ss. Uma última nota para referir que a estipulação contratual do foro comum para resolução das questões emergentes do contrato não afasta a competência dos Tribunais Administrativos e Fiscais, que é de ordem pública e decorre da aplicação da lei (Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 12-11-2015, processo n.º 029/15). Para além disso, as decisões proferidas no processo cautelar sobre a competência não têm influência no processo principal (não forma caso julgado relativamente ao processo principal, sendo o inverso, porém, verdadeiro) – Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 01-10-2015, processo n.º 08/146.

⁶ Admitindo ainda, no n.º 2, a existência de Tribunais Marítimos, Tribunais Arbitrais e Julgados de Paz.

jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens jurídicas, pelo que a sua jurisdição figura constitucionalmente definida por exclusão, sendo-lhe atribuída competência nas áreas não reservadas a outras ordens ou categorias judiciais, princípio reafirmado, de resto, no artigo 64.º do CPC e no artigo 40.º, n.º 1, da *Lei da Organização do Sistema Judiciário*, doravante, LOSJ⁷.

Aos Tribunais Administrativos e Fiscais competem as questões atinentes às acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das *relações jurídicas administrativas e fiscais* (artigo 212.º, n.º 3, da CRP), possuindo “*reserva de jurisdição nessa matéria, excepto nos casos em que, pontualmente, a lei atribua competência a outra jurisdição*”⁸. A reiterar tal disposição, dispõe o artigo 144.º, n.º 1, da LOSJ que “[a]os Tribunais administrativos e fiscais compete o julgamento de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas e fiscais”.

Perante tais disposições, levanta-se a questão basilar de determinar o que deve entender-se por “*relações jurídicas administrativas*”⁹, até porque “«[o] conceito de relação jurídica administrativa passou (...) a ser erigido em operador nuclear de repartição de jurisprudência entre os tribunais administrativos e tribunais judiciais», sendo a esse conceito que importa atender para determinar a competência material do Tribunal”¹⁰. A jurisprudência do Tribunal dos Conflitos¹¹, a este propósito, vem apoiando o seu raciocínio argumentativo em diversos autores, pressupondo porém que a “[q]uestão está em saber o que deve entender-se por relação jurídica administrativa, conceito este que pode admitir vários sentidos, até mesmo o meramente subjectivo, de sorte que, e no limite, poder-se-ia ver uma relação jurídica administrativa aí onde simplesmente fosse parte no litígio uma pessoa colectiva de direito público (...). É consensual, porém, que tal expressão conceitual deve ser interpretada no sentido estrito e tradicional de relação jurídica de direito administrativo, com exclusão, nomeadamente, das relações de direito privado em que intervém a Administração”¹².

Por outro lado, de forma concordante com a mencionada disposição constitucional (artigo 212.º, n.º 3, da CRP), estipula o artigo 1.º, n.º 1, do ETAF, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, que “[o]s Tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, nos litígios compreendidos pelo âmbito de jurisdição previsto no artigo 4.º deste Estatuto”¹³.

⁷ Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto.

⁸ Cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 508/94, de 14-07-94, n.º 777/92, e n.º 347/97, de 29-04-97, n.º 139/95, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal dos Conflitos, de 18-06-2014, processo n.º 050/13, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal dos Conflitos, de 04-02-2016, processo n.º 041/15, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹ Entre outros, vejam-se os Acórdãos do Tribunal de Conflitos de 10-03-2016, processo n.º 010/15; de 17-11-2016, processo n.º 017/16; de 18-02-2016, processo n.º 028/15; de 04-02-2016, processo n.º 041/15; de 07-06-2016, processo n.º 04/16; de 02-02-2016, processo n.º 045/15; de 01-10-2015, processo n.º 08/14; de 17-09-2015, processo n.º 020/15 ; de 18-06-2014, processo n.º 050/13; de 27-02-2014, processo n.º 055/13; de 06-02-2014, processo n.º 024/12; de 16-01-2014, processo n.º 056/13, passíveis de consulta em www.dgsi.pt.

¹² Acórdão do Tribunal dos Conflitos, de 04-02-2016, processo n.º 041/15, disponível em www.dgsi.pt.

¹³ O novo artigo 1.º do ETAF deixou de fazer referência “[a]os litígios emergentes das relações administrativas e fiscais”, como até então acontecia, remetendo agora a definição dos limites da competência para o seu artigo 4.º (note-se, no entanto, que o artigo 4.º do ETAF está sujeito várias derrogações, em virtude de legislação especial),

Assim, da conjugação do artigo 212.º, n.º 3, da CRP – agora expressamente previsto no plano infraconstitucional, nos termos da alínea o) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF – com o disposto no artigo 4.º do ETAF, resulta que pertence ao âmbito da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de todos os litígios que respeitem a matérias jurídicas administrativas e fiscais, cuja apreciação não seja expressamente atribuída, por norma especial, à competência dos Tribunais Judiciais, bem como aqueles que, pese embora não versem sobre matérias administrativa ou fiscal, sejam expressamente atribuídos, por norma especial, à competência desta jurisdição¹⁴⁻¹⁵.

De resto, o critério da *relação jurídica administrativa ou fiscal* (cfr. artigo 212.º, n.º 3, da CRP e artigo 4.º, n.º 1, alínea o), do ETAF) representa um critério de aplicação subsidiária e residual. Assim, caberá indagar se, perante determinada matéria, existe disposição legal (na enumeração, não taxativa, do artigo 4.º do ETAF – seja dos litígios incluídos na jurisdição administrativa, quer dos dela excluídos – ou em legislação avulsa) que, independentemente desse critério, defina expressamente a jurisdição competente, sendo que, não existindo uma tal disposição, restará lançar mão da referida cláusula geral de salvaguarda¹⁶. No que concretamente refere à matéria de vínculo de emprego público, encontramos na Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas (LGTFP)¹⁷ uma norma de competência jurisdicional, a qual determina, expressamente, que os litígios emergentes do *vínculo de emprego público*, celebrados ao abrigo desta lei, caem na esfera da competência jurisdicional dos TAF (artigo 12.º da LGTFP).

Para além da delimitação *positiva* do âmbito da jurisdição administrativa, importa evidenciar, por fim, que se encontram excluídos do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal (delimitação *negativa*), entre outros e para o que aqui releva, “[a] *apreciação de litígios*

como se de uma enumeração taxativa se tratasse. Porém, vem a cláusula aberta prevista na alínea o), do n.º 1, deste artigo 4.º, revelar o critério constitucional do n.º 3 do artigo 212.º da CRP. Para maiores desenvolvimentos, vide, OLIVEIRA, Mário Esteves de e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2006, ISBN 978-972-40214-9-2, págs. 26 e 27.

¹⁴ Assim, ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual, op. cit.*, pág. 154.

¹⁵ A este entendimento não podem opor-se argumentos de inconstitucionalidade, pelo facto de o critério material da relação jurídica administrativa e fiscal resultar do artigo 212.º, n.º 3 da CRP – neste sentido, ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual, op. cit.*, pág. 155. Com efeito, esta delimitação constitucional do âmbito da jurisdição administrativa, através de um critério substantivo assente no conceito de “*relações jurídicas administrativas e fiscais*”, tem sido pacificamente aceite pela doutrina e pela jurisprudência (cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional, n.º 746/96, de 29 de Maio, n.º 965/96, de 11 de Julho, n.º 284/2003 e n.º 211/2007; Acórdãos do STA, de 14-06-2000, processo n.º 45633, de 31-10-2002, processo n.º 1329/02, Acórdão do Pleno do STA, de 18-02-1998, processo n.º 40247; Acórdãos do Tribunal dos Conflitos de 12-05-1994, Conflito n.º 266 e de 14-03-1996, Conflito n.º 296), conforme referido; porém, como evidenciado *supra*, ele não estabelece uma reserva material absoluta, admitindo derrogações pontuais, as quais, porém, não poderão descaracterizar o núcleo essencial da organização material das duas jurisdições (cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira, *A Justiça Administrativa*, 15.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, ISBN 978-972-40-6731-5, pág. 98 e 99). Com efeito, o facto de existir um modelo típico e um núcleo próprio da jurisdição administrativa e fiscal não é incompatível com a liberdade constitutiva própria do poder legislativo, justificada por razões de ordem prática, especialmente em domínios de fronteira, por vezes de complexa resolução, entre o direito público e o direito privado. De resto, MEDEIROS, Rui, “Brevíssimos tópicos para uma reforma do contencioso de responsabilidade”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 16, CEJUR, 1999, ISBN 0873-6294, pág. 35 e 36, radica a liberdade constitutiva do legislador no pressuposto de que “*o princípio da exclusividade constitucional dos órgãos de soberania não é absoluto*”, pelo que, tal como o conteúdo das competências atribuídas pela CRP à Assembleia da República ou ao Governo é “*concretizado ou explicitado pela lei ordinária*”, o mesmo deveria verificar-se no caso dos Tribunais.

¹⁶ Nestes termos, ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual, op. cit.*, pág. 156.

¹⁷ Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, que entrou em vigor no dia 1 de Agosto de 2014.

decorrentes de contratos de trabalho, ainda que uma das partes seja uma pessoa colectiva de direito público, com excepção dos litígios emergentes do vínculo de emprego público” (artigo 4.º, n.º 4, alínea b), do ETAF). Ora, pretende esta disposição não restringir a cláusula geral da competência da jurisdição administrativa¹⁸, mas, tão-somente, excluir da competência da jurisdição administrativa a apreciação dos litígios emergentes dos contratos individuais de trabalho que não constituam uma relação jurídica de emprego público, isto é, que não constituam um *“vínculo de emprego público”*, em qualquer das suas modalidades (cfr. artigos 6.º e 12.º da LGTFP), ainda que se trate de contratos celebrados por pessoas colectivas de direito público¹⁹.

III. Metodologia de aplicação das normas de competência jurisdicional

Na aplicação das normas de competência jurisdicional, *supra* identificadas, há que ter em conta que a competência do Tribunal, em razão de matéria, é aferida em função dos termos em que é formulada a pretensão do autor na petição inicial, incluindo os respectivos fundamentos²⁰, sendo relevante a forma como se apresentam desenhados a causa de pedir e o pedido (o *quid decidendum*), à data da propositura da acção; desinteressante revela-se, para o efeito, qualquer prognose ou juízo quanto ao mérito da pretensão deduzida (irrelevância do *quid decisum*)²¹: *“a competência do tribunal não depende, pois, da legitimidade das partes nem da procedência da acção. É ponto a resolver de acordo com a identidade das partes e com os termos da pretensão do Autor (compreendidos aí os respectivos fundamentos), não importando averiguar quais deviam ser as partes e os termos dessa pretensão”*²².

Não se assevera curial, *v.g.*, indagar se a natureza que o autor confere à relação de trabalho – pública ou privada – se apresenta em conformidade com as alterações legislativas que se

¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa, op. cit.*, pág. 114.

¹⁹ Acompanhamos ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa, op. cit.*, pág. 114 e ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual, op. cit.*, pág. 180 e 181, quando afirmam que, não obstante a exclusão expressa, causa alguma perplexidade a separação de jurisdições quando estejam em causa contratos de trabalho celebrados por pessoas colectivas públicas, tendo em conta que o contrato individual de trabalho representa hoje uma categoria residual, apenas aplicável aos trabalhadores das entidades administrativas independentes e entidades públicas empresariais, as quais, ao contrário das restantes empresas públicas, são pessoas colectivas públicas (cfr. artigo 32.º da Lei n.º 67/2013 e o artigo 2.º, n.º 1, alíneas b) e c) da Lei n.º 35/2014, que excluem estas entidades da aplicação do regime legal do emprego público), e a outras situações especiais. De resto, os contratos de prestação de serviços profissionais por privados são, desde logo, contratos públicos no sentido do Código dos Contratos Públicos (CCP), encontrando-se por isso sujeitos à jurisdição administrativa os litígios pré-contratuais e contratuais que eventualmente surjam aquando da sua celebração e execução.

²⁰ Neste sentido, vejam-se os Acórdãos do STA de 27-09-2001, processo n.º 47633; de 28-11-2002, processo n.º 1674/02; de 19-02-2003, processo n.º 47636; e os Acórdãos do Tribunal dos Conflitos de 02-07-2002, processo n.º 01/02; de 05-02-2003, processo n.º 06/02; de 23-09-04, processo n.º 05/05; de 04-10-2006, processo n.º 03/06; de 17-05-2007, processo n.º 05/07; de 29-03-2011, processo n.º 025/10; e de 17-09-2015, processo n.º 013/15, todos passíveis de consulta em www.dgsi.pt.

²¹ Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 04-02-2016, processo 041/15.

²² ANDRADE, Manuel, *Noções Elementares, op. cit.*, pág. 91; cfr. entre outros, os Acórdãos do Tribunal de Conflitos de 28-09-2010, processo n.º 2/10, de 29-03-2011, processo n.º 2510, de 02-03-2011, processo 9/10, e de 09-09-2010, processo n.º 011/10 todos passíveis de consulta em www.dgsi.pt. Segundo a jurisprudência citada, *“será, portanto, a partir da análise da forma como a causa se mostra estruturada na petição inicial, nomeadamente da causa de pedir e do pedido, que teremos de encontrar as bases para responder à questão de saber qual é a jurisdição competente para o conhecimento da presente acção”*.

foram sucedendo, dado que “[i]sso seria entrar no mérito da causa”²³. Com efeito, encontra-se consolidado na jurisprudência o entendimento de que “[é] certo que o Tribunal é livre na indagação do direito e na qualificação jurídica dos factos. Mas não pode antecipar esse juízo para o momento de apreciação do pressuposto da competência, pelo menos numa situação como a presente em que a causa de pedir e o pedido vão dirigidos ao reconhecimento dos efeitos resultantes de uma relação laboral de direito privado. Para a apreciação desta questão o que releva é a alegação do Autor de que está ligado à Ré através do regime do contrato individual de trabalho e de que é esse contrato de direito privado o fundamento da pretensão de ver reconhecidos direitos que a lei estabelece para os trabalhadores vinculados por contratos desse tipo e que não seriam, porventura, suportados pelo regime do contrato de trabalho em funções públicas. Isto é, o Autor tem direito a que seja apreciado se tem ou não o direito que se arroga, emergente do contrato individual de direito privado que defende vinculá-lo à Ré”²⁴. Ressalve-se, porém, que “[a] competência material não é, salvo casos manifestos, decidida antes da apreciação do mérito da causa, sobretudo, quando a qualificação da relação jurídica em que a assenta a pretensão do demandante é factualmente controvertida (...). Sendo controvertida a matéria de facto só após a produção da prova o Tribunal fará o seu julgamento em relação à competência material”²⁵, pelo que se conclui que, para ajuizar sobre a competência jurisdicional do Tribunal, importante será também o enquadramento fáctico processualmente adquirido.

Assim contextualizados, passemos à determinação do âmbito do vínculo de emprego público, para efeitos de determinação da competência material dos TAF.

IV. Delimitação do vínculo de emprego público. Caracterização

Com excepção dos litígios emergentes de contratos de trabalho – e ainda que uma das partes seja uma pessoa colectiva de direito público –, os litígios emergentes do *vínculo de emprego público* caem na esfera de competência jurisdicional dos TAF (*cfr.* artigo 4.º, n.º 4, alínea b), do ETAF e artigo 12.º da LGTFP).

Para delimitar esta esfera de competência jurisdicional, importa determinar, desde logo, o que se entende por *vínculo de emprego público* e, bem-assim, o seu âmbito de aplicação *objectivo* (entidades às quais se aplica) e *subjectivo* (pessoas físicas cuja relação de emprego é neste diploma regulada). Vejamos.

²³ *Cfr.* por todos, Acórdãos do STA de 27-09-2001, processo n.º 47633; de 28-11-2002, processo n.º 1674/02; de 19-02-2003, processo n.º 47636; e os Acórdãos do Tribunal dos Conflitos de 02-07-2002, processo n.º 01/02; de 05-02-2003, processo n.º 06/02; de 09-03-2004, processo n.º 0375/04; de 23-09-04, processo n.º 05/05; de 04-10-2006, processo n.º 03/06; de 17-05-2007, processo n.º 05/07; de 03-03-2011, processo n.º 014/10; de 29-03-2011, processo n.º 025/10; de 05-05-2011, processo n.º 029/10; de 20-09-2012, processo n.º 02/12; de 27-02-2014, processo n.º 055/13; de 17-09-2015, processo n.º 020/15; de 01-10-2015, processo n.º 08/14, todos passíveis de consulta em www.dgsi.pt.

²⁴ *Cfr.* Acórdão do Tribunal dos Conflitos, de 01-10-2015, processo n.º 8/14, disponível em www.dgsi.pt.

²⁵ Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 02-02-2016, processo n.º 045/15, passível de consulta em www.dgsi.pt.

O *vínculo de trabalho em funções públicas* encontra-se disciplinado na LGTFP²⁶. Ora, dentro deste vínculo cabe não só o trabalho derivado de um *vínculo de emprego público*, de natureza subordinada, mas, outrossim, o trabalho assente num *vínculo para o exercício de funções públicas*, de natureza não subordinada, provindo da celebração de *contratos de prestação de serviços* (cfr. artigo 6.º, n.º 1, da LGTFP)²⁷.

O *vínculo de emprego público*, concretamente, assenta numa relação jurídica através da qual uma pessoa singular *presta a sua actividade* a um *empregador público* (*rectius*, a uma pessoa colectiva pública abrangida na previsão da LGTFP – cfr. artigo 25.º, n.º 1, da LGTFP), de forma *subordinada* (isto é, sob a autoridade, a direcção e a disciplina do ente público) e mediante *remuneração*, da qual deriva um conjunto de direitos e deveres recíprocos (cfr. artigo 6.º, n.º 1 e 2, da LGTFP), devendo este vínculo, sob pena de ilicitude²⁸, assumir a forma de *contrato de trabalho em funções públicas*²⁹, de *nomeação*, ou de *comissão de serviço* (artigo 6.º, n.º 3, da LGTFP)³⁰.

O artigo 1.º, n.º 2, da LGTFP circunscreve a aplicação da LGTFP à administração directa³¹ e indirecta do Estado³² e, “*com as necessárias adaptações, designadamente no que respeita às*

²⁶ Pese embora as inúmeras remissões para o Código do Trabalho (artigo 4.º da LGTFP), bem como os diversos diplomas complementares que regulam o emprego público, exemplificativamente elencados no artigo 5.º da LGTFP.

²⁷ Não obstante a maior parte da disciplina legal destes contratos de prestação de serviços constar do Código dos Contratos Públicos – cfr. MOURA, Paulo Veiga e ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º Volume, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, ISBN 978-972-32-2291-3, pág. 77. Ressalve-se, de resto, que também os litígios decorrentes de vínculos de prestação de serviço estão sujeitos à jurisdição dos TAF (cfr. alínea e) do n.º 1, do artigo 4.º do ETAF). Com efeito, o artigo 12.º não delimita, pela negativa, o âmbito de jurisdição dos TAF: o que pretende é afirmar que os litígios emergentes de vínculos de emprego público estão sujeitos a ela, sem pretensões, pois, de a limitar a estes, permitindo que outros possam cair sob a sua alçada.

²⁸ Cfr. RAMALHO, Maria do Rosário Palma e BRITO, Pedro Madeira de, *Contrato de Trabalho na Administração Pública*, 2.ª edição, Almedina, 2005, ISBN 978-972-40261-2-1, pág. 25, 27 e 43 a 44; e MATOS, André Salgado de, “A invalidade de contratos de trabalho em funções públicas consequente da invalidade de actos administrativos no novo paradigma da constituição de relações de emprego público”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, I, Lisboa, 2015, ISBN 978-972-54-0453-9189-202.

²⁹ Para uma análise desta matéria, vide, entre outros, NUNES, Cláudia Sofia Henriques, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, ISBN 978-972-32228-1-4; FÁBRICA, Luís, “Natureza das funções e modalidades de constituição do vínculo de emprego público - brevíssima crónica de alguns equívocos legislativos”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, II, Lisboa, 2015, 375-385; NEVES, Ana Fernanda, “O contrato de trabalho na Administração Pública”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*, I, Lisboa, 2006, ISBN 978-000-00563-8-2, pág. 81-151; *Idem*, “O Direito da Função Pública”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, IV, Coimbra, 2010, ISBN 978-972-40431-3-5, pág. 359-556; SOUSA, Nuno Vasconcelos Albuquerque, “A reforma do emprego público em Portugal”, in *Para Jorge Leite, Escritos Jurídicos-Laborais*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, ISBN 978-972-32-2259-3, pág. 999-1034; SOUSA, Rui Correa de, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas anotada e comentada*, Vida Económica, Lisboa, 2014, ISBN 978-972-768-006-9; PIRES, Miguel Lucas, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - Anotada e Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014, ISBN 978-972-40660-2-8.

³⁰ Para a determinação do vínculo de “*emprego público*” (e, consequentemente, da jurisdição a que está sujeito) o que releva são as relações que se caracterizem nos termos do n.º 2 do artigo 6.º da LGTFP. Nestes moldes, MOURA, Paulo Veiga e ARRIMAR, Cátia, *Comentários, op. cit.*, pág. 102. Cfr. ALMEIDA, Paulo, “A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - Comentário às principais alterações”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, III, Lisboa, 2015, ISBN 978-972-54-0460-7.

³¹ Assim, e desde logo, aplica-se à administração directa do Estado, vinculando todos os serviços integrados na pessoa colectiva Estado, sejam eles serviços centrais ou locais (Ministérios, Direcções-Gerais, Repartições de Finanças, Hospitais e demais serviços de saúde públicos, escolas dependentes dos Ministérios) ou externos (v.g., embaixadas, consulados, residências oficiais, serviços de turismo ou de apoio à emigração) – porém, neste último caso, deve respeitar-se o disposto no n.º 5, do artigo 1.º da LGTFP, sendo-lhes ainda aplicável o Decreto-Lei n.º 43/2013, de 5 de Abril (pelo que as referências legislativas aqui efectuadas devem ter-se como reportadas à LGTFP).

competências em matéria administrativa dos correspondentes órgãos de governo próprio”, aos serviços da administração regional e da administração autárquica. Estão ainda sujeitas ao regime previsto na LGTFP, com as necessárias adaptações decorrentes das competências próprias, os serviços de apoio dos órgãos não administrativos do Estado (Presidente da República, Assembleia da República, Tribunais e Ministério Público) – bem como os seus órgãos de gestão³³. Finalmente, a LGTFP é aplicável, também com respeito pelas competências próprias, aos designados órgãos independentes, tais como a Provedoria de Justiça, o Conselho Económico e Social ou a Comissão Nacional de Eleições.

Destaque deve ser dado, porém, à abertura do n.º 6, do artigo 1.º da LGTFP, ao prever que a LGTFP “é também aplicável, com as necessárias adaptações, a outros trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas que não exerçam funções nas entidades referidas nos números anteriores”. Desta forma, pese embora com a ressalva prevista no artigo 4.º, n.º 4, da LGTFP³⁴, o regime jurídico da LGTFP continua a ser aplicável a quem tenha um vínculo de emprego público e se encontre a trabalhar ao serviço de uma entidade não abrangida na previsão da lei (v.g., as enunciadas no artigo 2.º da LGTFP, entre as quais constam as entidades públicas empresariais), pese embora a continuidade da aplicação do regime constante desta lei se restrinja a quem seja titular de um contrato de trabalho em funções públicas e só nos casos (excepcionais) em que a cedência de interesse público não implique a suspensão do regime jurídico de origem³⁵. De resto, vem a LGTFP reconhecer, ademais, a possibilidade de *sucessão* na posição jurídica de empregador público³⁶, a qual pode ocorrer por várias causas, imputáveis à entidade empregadora ou do próprio trabalhador, podendo resultar ainda da extinção da pessoa colectiva, da fusão entre duas ou mais pessoas colectivas públicas, da reestruturação seguida de reafecção e integração de um trabalhador noutra pessoa colectiva pública ou, simplesmente, num processo de consolidação da mobilidade, de consolidação da cedência de interesse público ou de um procedimento concursal destinado a preencher lugares por tempo indeterminado³⁷.

³² Na realidade, apenas se aplica aos institutos públicos, uma vez que a alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º, da LGTFP exclui as empresas públicas empresariais do âmbito de aplicação da LGTFP, sendo-lhe aplicável o regime previsto no Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro. Todavia, realça-se que podem existir institutos públicos a quem foi reconhecida a natureza de entidade administrativa independente, pelo que estes, por força do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da LGTFP, não caem no âmbito de aplicação desta norma. Neste sentido, MOURA, Paulo Veiga e ARRIMAR, Cátia, *Comentários, op. cit.*, pág. 80 e ss.

³³ Excepto no caso da Assembleia da República, pois nesta apenas os órgãos de apoio estão sujeitos à LGTFP e, ainda assim, sem prejuízo do respeito pelos regimes especiais previstos.

³⁴ Sublinhe-se que mesmo que o estatuto de origem continue a aplicar-se aos trabalhadores cedidos, na realidade o que acontece é que, quando essa cedência for efectuada para entidades empresariais ou entidades administrativas independentes, o regime dos acidentes de serviço e das doenças profissionais contraídas ao serviço de tais entidades será disciplinado pelo Código do Trabalho e respectiva legislação complementar, e não pelo regime previsto no Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro. Neste sentido, MOURA, Paulo Veiga e ARRIMAR, Cátia, *Comentários, op. cit.*, pág. 99.

³⁵ MOURA, Paulo Veiga e ARRIMAR, Cátia, *Comentários, op. cit.*, pág. 87.

³⁶ Esta ocorrerá sempre que um trabalhador, titular de um vínculo de emprego público com qualquer pessoa colectiva pública, passe a trabalhar, de forma definitiva, para outra pessoa colectiva pública a quem a LGTFP seja aplicável. Desta forma, não há transmissão da qualidade de empregador público para fora do universo das entidades públicas mencionadas no artigo 1.º da LGTFP. De resto, e em virtude do princípio da continuidade de funções (artigo 11.º da LGTFP), a transmissão da posição de empregador público não afecta os direitos e os deveres do trabalhador público. *Cfr.* MOURA, Paulo Veiga e ARRIMAR, Cátia, *Comentários, op. cit.*, pág. 160.

³⁷ MOURA, Paulo Veiga e ARRIMAR, Cátia, *Comentários, op. cit.*, pág. 160.

V. Breve incursão histórica pelo regime de emprego público português

Em conformidade com o previsto no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho – que aprovou os *princípios gerais em matéria de emprego público, remunerações e gestão de pessoal da função pública* –, o Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro³⁸ veio desenvolver o *regime da constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública*. A regra, em matéria de constituição da relação de emprego público era, pois, a *nomeação*, reservando-se a figura do *contrato de pessoal*³⁹ para a situações limitadas, circunscritas ao âmbito da constituição de relações transitórias de trabalho subordinado, as quais, por seu turno, podiam assumir a forma de *contrato administrativo de provimento* ou *contrato de trabalho a termo certo* (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho)⁴⁰⁻⁴¹.

Seguidamente, assistimos à generalização do *contrato individual de trabalho* a toda a Administração Pública, expressamente concretizada pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprovou o *Regime jurídico do contrato individual de trabalho da Administração Pública*, possibilitando deste modo ao Estado celebrar *contratos de trabalho por tempo indeterminado* ou a *termo resolutivo* (artigo 1.º, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho), aos quais era aplicável o regime do Código do Trabalho e respectiva legislação complementar, com as especificidades desse diploma (*cf.* artigo 2.º, n.º 1)⁴².

A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, relativa ao *Regime de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas*, viria consolidar, no plano substantivo e no plano jurisdicional, o quadro jurídico do *Direito do Emprego Público*. Efectivamente, a partir da *revolução copernicana* operada em 2008/2009, o regime de

³⁸ Este viria a ser alterado pelos Decretos-Leis n.º 407/91, de 17 de Outubro, 102/96, de 31 de Julho, e 218/98, de 17 de Julho, e pela Lei n.º 19/92, de 13 de Agosto.

³⁹ *Cfr.* artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

⁴⁰ Através da nomeação assegurava-se, pois, o exercício de funções próprias do serviço público com carácter de permanência (forma “clássica” de prestar serviço à Administração Pública), reservando-se para o contrato, em qualquer das suas modalidades, o recurso limitado a situações específicas, claramente definidas, dotadas de particulares características de excepcionalidade e transitoriedade. O contrato de trabalho a termo certo, porquanto forma de vinculação em regime de direito privado, era tido como excepcional, postulando-se que o exercício transitório de funções de carácter subordinado, de duração previsível e que não pudessem ser desempenhadas por nomeados ou contratados em regime de direito administrativo (contrato administrativo de provimento), poderia, excepcionalmente, ser assegurado por pessoal a contratar segundo esta modalidade de contrato de trabalho (artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho). Para além disso, o seu regime assentava na remissão para a lei geral do trabalho – nomeadamente, para o seu regime dos contratos de trabalho a termo –, salvo no que respeitava à renovação, a qual deveria ser “expressa” e não podia ultrapassar os prazos estabelecidos na lei geral no que refere à duração máxima dos contratos a termo. Nestes termos, MARTINS, Licínio Lopes, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as principais vicissitudes da sua evolução recente e (algumas) incoerências de regime”, in VIEIRA DE ANDRADE, José e SILVA, Suzana Tavares da (Coords.), *As Reformas do Sector Público. Perspectiva Ibérica no Contexto Pós-Crise*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, ISBN 978-989-8787-38-5, pág. 240.

⁴¹ A proibição da conversão dos contratos de trabalho a termo em contratos de trabalho por tempo indeterminado foi expressamente consagrada pelo Decreto-Lei n.º 218/99, de 17 de Junho, tendo sido decalcada pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho e, posteriormente, pelo artigo 92.º, n.º 2, do RCTFP, nos termos do qual “o contrato a termo resolutivo não se converte, em caso algum, em contrato por tempo indeterminado, caducando no termo do prazo máximo de duração previsto no presente Regime ou, tratando-se de contrato a termo incerto, quando deixe de se verificar a situação que justificou a sua celebração” (n.º 2 do artigo 92.º do Anexo I à Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro).

⁴² De acordo com este regime, as entidades públicas empregadoras passariam a possuir dois quadros de pessoal: (i) um quadro residual para o pessoal com a qualidade de funcionário público, a extinguir quando vagar; e (ii) um quadro de pessoal próprio para trabalhadores em regime de contrato individual de trabalho.

vinculação à Administração Pública passa a abranger não só as *relações jurídicas de emprego público* (a constituir por *nomeação, contrato de trabalho em funções públicas – por tempo indeterminado* ou a *termo resolutivo* – ou por *comissão de serviço*), mas também as *relações de prestação de serviço* (*contrato de avença e contrato de tarefa*). A LGTFP, seguindo esse regime, optou por contrapor, no seio do “*trabalho em funções públicas*”, os “*vínculos de emprego público*” e os “*contratos de prestação de serviço*”, nos termos *supra* expostos.

A Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro (*Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas*) revogou a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho (a qual, como vimos, visava tornar o emprego público num regime largamente privatizado), pelo que deixa de estar prevista, no nosso ordenamento jurídico, a vinculação do Estado através de relações laborais comuns, de direito privado (os trabalhadores com contrato de trabalho válido passaram a ser titulares de contrato de trabalho em funções públicas)⁴³.

A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, com o intuito de harmonizar o sistema, continha várias normas sobre a “*conversão*” de anteriores títulos jurídicos constitutivos de relações de emprego público para o novo regime⁴⁴, merecendo destaque as regras previstas nos artigos 88.º⁴⁵, 91.º⁴⁶, 92.º⁴⁷ e 94.º⁴⁸. De resto, estipulou no artigo 109.º, quanto à execução destas regras, que “*as transições referidas nos artigos 88.º e seguintes, bem como a manutenção das situações jurídico-funcionais neles previstas, são executadas, em cada órgão ou serviço, através de lista nominativa notificada a cada um dos trabalhadores e tornada pública por afixação no órgão ou serviço e inserção em página electrónica*”, e que, “*sem prejuízo do que nele se dispõe em contrário, as transições produzem efeitos desde a data da entrada em vigor*”

⁴³ Nestes termos, veja-se SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque de, “A reforma do emprego público em Portugal”, in *Para Jorge Leite, Escritos Jurídico-Laborais*, Coimbra Editora, 2014, pág. 999 e ss., pág. 1008 e 1018. Cfr. ainda, BRITO, Pedro Madeira de, *O Contrato de Trabalho da Administração Pública e o sistema de fontes*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.

⁴⁴ Sobre este regime, vide, MELO, António Barbosa de, GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes, *Recursos Humanos nas Autarquias Locais e o Novo Regime do Emprego Público*, CEDOUA, Almedina, Coimbra, 2008, ISBN 9789724037356; MARTINS, Licínio Lopes, “O regime das carreiras de emprego público na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro”, in *Actas das I Jornadas de Emprego Público*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2013, ISBN 978-989-6643-025-2.

⁴⁵ Nos termos do artigo 88.º, os trabalhadores contratados por tempo indeterminado que, à data da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, exercessem funções em condições diferentes das referidas no artigo 10.º transitam para a modalidade de nomeação definitiva (n.º 2); os trabalhadores contratados por tempo indeterminado que exercessem funções em condições diferentes das previstas no artigo 10.º manteriam o contrato por tempo indeterminado, com o conteúdo decorrente da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro (n.º 3);

⁴⁶ De acordo com o artigo 91.º, sem prejuízo do disposto no artigo 108.º, os trabalhadores em contrato administrativo de provimento transitam, em conformidade com a natureza das funções exercidas e com a previsível duração do contrato para a modalidade de nomeação definitiva, em período experimental; para a modalidade de nomeação transitória; para a modalidade de contrato por tempo indeterminado, em período experimental; para a modalidade de contrato a termo resolutivo certo ou incerto.

⁴⁷ O artigo 92.º dispunha que os trabalhadores em contrato a termo resolutivo para o exercício de funções nas condições referidas no artigo 10.º transitavam para a modalidade de nomeação transitória (n.º 1); os restantes trabalhadores em contrato a termo resolutivo manteriam o contrato, com o conteúdo decorrente da presente da lei (n.º 2).

⁴⁸ O artigo 94.º determinava que quanto aos contratos de prestação de serviço, aquando da sua eventual renovação deveriam os mesmos ser reapreciados, “à luz do regime ora aprovado” (n.º 1), sob pena de nulidade, sem prejuízo da produção plena dos seus efeitos durante o tempo em que tenham estado em execução (artigo 94.º, n.º 2, e artigo 36.º).

do RCTFP⁴⁹. Concomitantemente, e em conformidade, veio a Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, estabelecer que, sem prejuízo do disposto no artigo 109.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, “a transição dos trabalhadores que, nos termos daquele diploma, se deva operar, designadamente das modalidades de nomeação e de contrato individual de trabalho, para a modalidade de contrato de trabalho em funções públicas é feita sem dependência de quaisquer formalidades, considerando-se que os documentos que suportam a relação jurídica anteriormente constituída são título bastante para sustentar a relação jurídica de emprego público constituída por contrato” (artigo 17.º, n.º 2).

VI. A jurisprudência do Tribunal dos Conflitos em matéria de acidentes de serviço sofridos por trabalhadores em funções públicas das entidades públicas empresariais. Casos de estudo

Atenta a exposição apresentada, revela-se interessante a análise de duas decisões *conflituantes* do Tribunal dos Conflitos – Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 18-06-2014, no âmbito do processo n.º 050/13 e o Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 06-06-2016, no âmbito do processo n.º 04/16⁵⁰ –, verdadeiros *casos de estudo* no âmbito do tema que aqui nos anima, porquanto, perante a similitude de factos e de regime jurídico aplicável nas duas situações litigiosas, determinaram competências jurisdicionais distintas: num caso, a competência é atribuída ao Tribunal do Trabalho, já no outro, ao Tribunal Administrativo.

Assevera-se frutífero, pois, o confronto dos acórdãos, de acordo com os raciocínios neles expendidos, bem como a apreciação crítica das soluções propugnadas por cada um, à luz das considerações teóricas que expusemos nas páginas anteriores, designadamente quanto à metodologia de aplicação das normas de competência e à competência jurisdicional dos TAF em matéria de vínculo de emprego público. É a tarefa que nos deterá nas próximas linhas.

No Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 18-06-2014, processo n.º 050/13, estava em causa um conflito entre o Tribunal do Trabalho de Gondomar e o TAF do Porto.

Peticionava a Autora a condenação das Rés “A) [A] Reconhecer que a A., no dia 08.06.2010 (...), seu local de trabalho, sofreu um acidente em serviço, que lhe causou lesões corporais com perturbações funcionais que carecem de tratamento (...), as quais foram consequência direta e necessária daquele acidente. B – [A] Reconhecer que tais lesões tiveram um período de incapacidade temporária absoluta (...) C – A cumprir todos os procedimentos legais que a lei vigente impõe, nomeadamente os previstos no DL n.º 503/99 de 20 de novembro”.

⁴⁹ Isto é, independentemente da data em que a lista nominativa de transições e manutenções viesse a ser elaborada, notificada e publicitada (as transições processavam-se na data da elaboração de tal lista, produzindo, no entanto, todos os seus efeitos desde a data em que tivesse entrado em vigor o novo regime). Sobre esta questão, veja-se o Parecer do Conselho Consultivo da PGR de 18-04-2013, n.º P000062013, documento PPA1804201300600, disponível em www.dgsi.pt. Cfr. MOURA, Paulo Veiga e, e ARRIMAR, Cátia, *Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores da Administração Pública*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, ISBN 9789723218114, pág. 279.

⁵⁰ Ambos disponíveis para consulta em www.dgsi.pt.

Com efeito, deu-se como jusprocessualmente adquirido que a Autora sofreu um acidente de serviço no dia 08-06-2010, enquanto exercia funções como trabalhadora da Caixa Geral de Depósitos (CGD), do qual resultaram lesões corporais com perturbações funcionais. A Autora havia sido admitida em 1983 ao serviço da CGD, através de contrato administrativo de provimento, sendo beneficiária da Caixa Geral de Aposentações (CGA). De resto, a CGD transferiu a responsabilidade por acidentes de trabalho para uma Companhia de Seguros.

Reconhece o Tribunal dos Conflitos que o Decreto-Lei n.º 287/93, de 20 de Agosto, veio operar uma profunda transmutação do estatuto de direito público na estrutura e funcionamento desta empresa do Estado (assumido na Lei Orgânica da CGD, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48953, de 5 de Abril de 1969), vindo a aplicar à CGD regras idênticas às que regem as empresas privadas, conducentes, deste modo, à adopção da forma de sociedade anónima, nos termos do citado Decreto-Lei n.º 287/93, de 20 de Agosto. Perante esta alteração do estatuto da CGD, sublinha que a Autora não optou pelo Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, opção que lhe era facultada pelo n.º 2 do artigo 7.º do DL n.º 287/93, continuando, assim, sujeita ao regime do funcionalismo público, nos termos em que já se encontrava.

Apesar disso, entendeu o Tribunal dos Conflitos não lhe ser aplicável o regime jurídico dos acidentes de serviço e das doenças profissionais no âmbito da Administração Pública – regime decorrente do Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro, particularmente o seu artigo 2.º –, uma vez que a CGD não é uma pessoa colectiva pública integrada na administração directa ou indirecta do Estado, mas sim uma empresa pública integrada no sector empresarial do Estado, pelo que não se encontra abrangida pelo disposto nos n.ºs 1, 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro, sendo-lhe aplicável, ao invés, o n.º 4 deste diploma e, assim, o regime de acidentes de trabalho previsto no Código do Trabalho⁵¹; nestes moldes, considera que a referida mudança substantiva do estatuto da CGD leva a concluir que “*não está em causa um*

⁵¹ Foi o seguinte o raciocínio lógico-argumentativo do Tribunal dos Conflitos: “[t]omando em linha de consideração o regime específico que compete à Caixa Geral de Depósitos, (...), importará, agora, saber se, a partir do quadro fáctico processualmente adquirido, caberá ao caso concreto a aplicação do disposto nos itens 1, 2 e 3 do citado artigo 2º ou antes no item 4 do mesmo normativo. Não está em causa que a A. trabalhava, por força de contrato de Provimento para a CGD, desde 1983. Igualmente, não é facto controverso entre os Tribunais em conflito, que a A. não tendo feito, como não fez, a opção pelo Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, como lhe era facultado pelo n.º 2 do artigo 7º do DL n.º 287/93, continuou por força do artigo 9º n.º 3 do mesmo diploma, sujeita ao regime do funcionalismo público, nos termos em que já se encontrava. Regime de funcionalismo público, com a ressalva, porém, das «modificações exigidas pela natureza específica da atividade da Caixa como instituição de crédito». Deu-se conta da profunda transmutação do «estatuto de direito público na estrutura e funcionamento desta empresa do Estado», assumido no DL n.º 48 953, de 5 de abril de 1969, onde prevalecia a regulamentação própria do direito administrativo, para «a aplicação à instituição (CGD) de regras idênticas às que regem as empresas privadas», conducentes, de sua vez, à «adoção da forma de sociedade anónima», de acordo com o novo régimen defluente do DL 287/93, de 20 de agosto. Daí, pela análise de uma tal cadência legislativa, a conclusão de que a CGD não deve já ser considerada uma pessoa coletiva pública integrada na administração direta ou indireta do Estado. Daí, igualmente, que enformados por este substrato normativo seja de ter por certo que não são aplicáveis ao acidente invocado em fundamento da ação, as normas insitas nos n.ºs 1, 2 e 3 do referido art. 2º do DL n.º 503/99, de 20 de Novembro, na redação conferida pelo Artigo 9º da Lei 59/2008, de 11 de setembro, antes é-lhe aplicável a norma inserta no n.º 4 daquele artigo. Os n.ºs 2 e 3, por não estar em causa, respetivamente, trabalhador em exercício de funções públicas nos serviços das administrações regionais e autárquicas e nos órgãos e serviços de apoio do Presidente da República, da Assembleia da República, dos tribunais e do Ministério Público e respetivos órgãos de gestão e de outros órgãos independentes (2), nem membro dos gabinetes de apoio quer dos membros do Governo quer dos titulares dos órgãos referidos no número anterior (3). O n.º1 por, de igual modo, não estar em causa trabalhador que exercesse funções públicas, nas modalidades de nomeação ou de contrato de trabalho em funções públicas, nos serviços da administração direta e indireta do Estado. Sim o n.º 4, visto estar em causa trabalhadora a exercer funções em entidade pública empresarial não abrangida pelos números anteriores”.

litígio emergente das relações jurídicas administrativas e/ou uma controvérsia sobre relações jurídicas disciplinadas por normas de direito administrativo, mas, tão só, um litígio no âmbito do regime de acidentes de trabalho, previsto no Código do Trabalho”.

Perante o exposto, e com base na argumentação expendida, decide, pois, pela competência jurisdicional dos Tribunais do Trabalho para dirimir o referido litígio.

Já o mais recente Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 06-06-2016, no âmbito do processo n.º 04/16, perante uma factualidade semelhante à retratada no Acórdão anterior, veio, segundo um raciocínio lógico-jurídico que acolhemos, conferir à mesma uma solução divergente daqueloutra, julgando os TAF jurisdicionalmente competentes para dirimir o litígio.

Neste caso veio o Autor alegar que foi trabalhador da Unidade Local de Saúde do Baixo Alentejo (ULSBA), com relação jurídica de emprego público no regime de contrato em funções públicas, desde 04-10-1994 e até 30-09-2014. Em 2012 sofreu um acidente de trabalho, o qual foi reconhecido como tal pela ULSBA, tendo esta solicitado à CGA junta médica para efeitos de atribuição do respectivo grau de desvalorização, a qual veio recusar, por entender que o Autor não se encontrava abrangido pelo Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro. Nestes moldes, solicitou o Autor à ULSBA que diligenciasse no sentido de obter a reparação do acidente de trabalho, pretensão por esta indeferida em 20-01-2015.

Intentada a acção no Tribunal de Comarca de Beja, Instância Central, Secção de Trabalho, peticionou o Autor a *“condenação dos RR a submeter o autor a Junta Médica da Caixa Geral de Aposentações para efeitos de fixação de incapacidade para o trabalho nos termos do art.º 38º do DL nº 503/99 de 20/11 e, (...), reparar os danos sofridos (...)*”.

Porém, este Tribunal, *“tendo em conta o alegado pelo trabalhador”* julgou-se incompetente para apreciar o litígio, uma vez que *“o tribunal competente para apreciar as questões emergentes de acidentes em serviço”* é do TAF de Beja, *“nos termos dos n.ºs 1, 2 e 3, al. d) do ETAF”*. Todavia, também este se viria a julgar incompetente para o efeito, uma vez que, *“aplicando-se ao trabalhador o regime do Código do Trabalho, o Tribunal competente para apreciar questões emergentes de acidentes de trabalho”* seria aqueloutro Tribunal.

Perante este conflito negativo de jurisdição, o Tribunal dos Conflitos, realçando que a determinação da competência do Tribunal, em razão da matéria, é aferida em função da *causa de pedir* e do *pedido*, à data da propositura da acção, entende que o que estava em causa era, portanto, *“o reconhecimento de um direito, acção esta proposta por um trabalhador, com vista a ser submetido a junta médica da CGA para efeitos de incapacidade para o trabalho nos termos do DL n.º 503/99, de 20/11 e em função dessa incapacidade fixada, serem reparados os danos por si sofridos, atribuindo-lhe uma compensação, acrescida de juros”*. Conclui, deste modo, estar perante *“um trabalhador em funções públicas, vinculado à entidade empregadora por um contrato de trabalho em funções públicas, detendo com esta, uma relação de emprego público”*. Assim, considera que ao Autor é aplicável o disposto na LVCR (Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro), e no RCTFP (Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro) – por força da disposição

relativa ao âmbito de aplicação subjectivo –, e, posteriormente, na LGTFP, cuja vigência iniciou em 1 Agosto de 2014.

Por outro lado, entende que a ULSBA é uma pessoa colectiva de direito público de natureza empresarial, nos termos do regime jurídico do sector público empresarial do Estado e da Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro⁵², pelo que, desde a sua integração no sector público empresarial, em 2002/2003, o regime jurídico relativo ao pessoal é o do contrato individual de trabalho, regulado pelo Código do Trabalho e legislação complementar (cfr. artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 183/2008). Perante o exposto, entende que à data do acidente de trabalho (08-11-2012) vigorava o Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro, pese embora fosse aplicável o disposto no n.º 4 do artigo 2.º.

Tendo em conta que a LVCR e o RCTFP foram revogados pelas alíneas c) e e) do artigo 42.º, da Lei preambular à LGTFP, que entrou em vigor no dia 01-08-2014, prossegue que, nos termos do disposto na alínea b) do artigo 5.º, da LGTFP, *“(c)onstam de diploma próprio (...) o regime de acidentes de trabalho e doenças profissionais dos trabalhadores que exercem funções públicas (...)”*, sendo que o n.º 4, do artigo 4.º da LGTFP dispõe que *“[o] regime do Código do Trabalho e legislação complementar, em matéria de acidentes de trabalho e doenças profissionais, é aplicável aos trabalhadores que exercem funções públicas nas entidades referidas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 2.º”*.

Além disso, considera que a isso acresce que, *“por força do disposto no n.º 6 artigo 1.º, a LGTFP é aplicável a outros trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas que não exerçam funções nas entidades referidas nos números 1 a 5 do mesmo artigo 1.º. E pese embora a redacção, a previsão do n.º 6 do artigo 1.º da LGTFP, corresponde ao que já se previa no artigo 2.º da LVCR, nos termos do qual, a referida Lei de Vínculos, Carreiras e Remunerações já era aplicável aos trabalhadores em funções públicas (...), que exercessem funções públicas em entidades excluídas do seu âmbito de aplicação objetivo, como era o caso das entidades públicas empresariais (cfr. n.º 5 do artigo 3º da LVCR)”*.

Deste modo, conclui que *“a LGTFP é aplicável aos trabalhadores que exercem funções públicas nas entidades públicas empresariais, e que, nos termos do disposto nos respectivos Estatutos, hajam mantido o estatuto jurídico da função pública (...) e que não tenham optado pelo regime do contrato de trabalho (...), como é o caso do trabalhador (...) presentes autos. Cremos, pois, que nesta nova redacção, o legislador pretendeu submeter as matérias de acidentes de trabalho e doenças profissionais dos trabalhadores em funções públicas, das entidades públicas empresariais, ao regime abrangido na Lei dos Acidentes de Trabalho (...), regulamentado por força do disposto no artigo 284.º do Código do Trabalho (...)”*.

⁵² Cfr. artigo 1.º dos Estatutos das Unidades Locais de Saúde, na redacção que lhes foi dada pelo Decreto-Lei n.º 15/2015, de 26 de Janeiro. Com efeito, segundo o Acórdão, ULSBA é uma pessoa colectiva de direito público de natureza empresarial, nos termos do regime jurídico do sector público empresarial do Estado e da Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, *“integrada na administração indirecta do Estado e na rede de prestação de cuidados do Serviço Nacional de Saúde, para os efeitos do disposto no Regime Jurídico da Gestão Hospitalar, nos termos do qual, se regem «pelo respectivo diploma de criação, pelos seus regulamentos internos e pelas normas em vigor para os hospitais do SNS que não sejam incompatíveis com a sua natureza jurídica e subsidiariamente, pelo regime jurídico geral aplicável às entidades públicas empresariais»”* (n.º 1 do artigo 18.º, da Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro).

Remata o seu raciocínio fazendo apelo ao disposto no artigo 12º da LGTFP, invocando que “[s]ão da competência dos tribunais administrativos e fiscais os litígios emergentes do vínculo de emprego público, como é o caso. Resulta desta forma, expressamente, que a competência para dirimir litígios respeitantes à reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais dos trabalhadores em funções públicas pertence aos Tribunais Administrativos”.

Deste modo, ao contrário do decidido no anterior acórdão, bem andou ao considerar que “(...) o facto de ao acidente de trabalho configurado e sofrido pelo autor ser aplicável não o DL n.º 503/99 de 20/11, mas sim o regime de acidentes de trabalho estabelecido no Código do Trabalho, por força do disposto no n.º 4 do art.º 2.º do DL n.º 503/99 e do art.º 5.º da Lei n.º 35/2014 de 20/06 que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, não significa que por esse motivo seja o Tribunal de Trabalho o competente para decidir a acção sub judice, pois a questão da aplicabilidade do DL n.º 503/99 defendida pelo autor, é aqui irrelevante para aferir da competência do tribunal em razão da matéria”.

Que conclusões a retirar, pois, da análise destes dois acórdãos do Tribunal dos Conflitos?

Ora, em ambos os casos o Tribunal dos Conflitos reconheceu, de forma legalmente sustentada:

(i) Estar perante acidentes de serviço sofridos por trabalhadores detentores de vínculo de emprego público;

(ii) Que em ambos os casos, durante a vigência do referido vínculo, as respectivas entidades empregadoras integraram-se no sector empresarial do Estado, pelo que o regime relativo ao respectivo pessoal passou a ser o contrato individual de trabalho, regulado pelo Código do Trabalho e legislação complementar;

(iii) Que em ambos os casos, perante a possibilidade dada aos referidos trabalhadores de optar pelo regime jurídico do contrato individual de trabalho, estes optaram por manter o vínculo de emprego público que já detinham, pelo que, à data do acidente, estavam sujeitos ao regime do emprego público;

(iv) Que, todavia, pelo facto de se encontrarem integrados no sector empresarial do Estado, o regime jurídico que lhes seria aplicável, era o regime acidentes de trabalho previsto no Código do Trabalho.

Atentas as similitudes retratadas, por que motivos tiveram sortes diferentes os referidos litígios, quanto ao Tribunal jurisdicionalmente competente para os dirimir?

Aplaudindo a exposição e o raciocínio jurídico-argumentativo trilhado no último acórdão analisado (acórdão de 07-06-2016, processo n.º 04/16) – que perfilhamos inteiramente e que entendemos servir de referência em conflitos semelhantes que, no futuro, possam surgir – julgamos, com o devido respeito, que o acórdão de 18-06-2014, processo n.º 050/13, pecou por diversos motivos.

Desde logo pecou por, não obstante reconhecer expressamente que o trabalhador detinha um vínculo de emprego público, colocar o acento tónico, quanto à determinação da jurisdição competente, na natureza da entidade empregadora, olvidando a abertura que o (então) n.º 2 do artigo 2.º da LVCR (actual n.º 6, artigo 1.º, da LGTFP) concedia, no sentido de trazer para o seu seio os trabalhadores em funções públicas integrados em entidades públicas empresariais, como era o caso.

Depois, atenta a metodologia de aplicação das normas de competência que *supra* evidenciamos, não logrou, como deveria, partir da análise da forma como a causa de pedir e o pedido se mostravam estruturados na petição inicial – porquanto é nestes, como sublinhámos, que se encontram as bases para determinar a jurisdição competente para conhecer o litígio –, os quais eram, de resto e como vimos, vigorosamente apoiados pelo enquadramento fáctico processualmente adquirido. Com efeito, indo aqueles dirigidos ao reconhecimento dos efeitos resultantes de uma relação laboral de direito público, determinante mostrava-se, para a apreciação dessa questão, a alegação da Autora de que estava ligada à Ré através do regime do contrato de trabalho em funções públicas, e de que era esse contrato o fundamento da pretensão de ver reconhecidos direitos que a lei estabelece para os trabalhadores vinculados por contratos desse tipo.

De resto, veio confundir direito aplicável, com âmbito de competência jurisdicional, concluindo que, uma vez que o litígio apelava à aplicação das regras de Direito do Trabalho, a jurisdição competente seria o Tribunal do Trabalho. Ora, como tivemos ocasião de referir, uma coisa é a competência do Tribunal, outra coisa, bem diferente, é o direito material ou substantivo aplicável ao litígio, direito este que cabe ao Tribunal competente determinar e aplicar independentemente da sua natureza privada ou pública⁵³.

VII. Conclusões

Em suma, em resultado deste excursus, conclui-se o seguinte:

A. *Jurisdição* é a parcela do poder jurisdicional que compete a cada espécie ou categoria de Tribunal. Haverá conflito de jurisdição sempre que este ocorrer entre Tribunal Judicial e Tribunal Administrativo, sendo legalmente competente para o dirimir o Tribunal dos Conflitos.

B. Cabe à jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de todos os litígios que respeitem a matérias jurídicas administrativas e fiscais, cuja apreciação não seja expressamente atribuída, por norma especial, à competência dos Tribunais Judiciais, bem como aqueles que, pese embora não versem sobre matérias administrativa ou fiscal, sejam expressamente atribuídos, por norma especial, à competência desta jurisdição (artigo 212.º, n.º 3, da CRP; artigo 144.º, n.º 1, da LOSJ; e artigo 4.º do ETAF).

⁵³ Neste sentido, Acórdão do Tribunal dos Conflitos, de 04-02-2016, processo n.º 041/15, disponível em www.dgsi.pt.

C. Na aplicação das normas de competência jurisdicional, há que ter em conta que a competência do Tribunal, em razão de matéria, é aferida em função dos termos em que é formulada a pretensão do Autor na petição inicial, incluindo os respectivos fundamentos, não relevando o direito material aplicável ao litígio, dado que isso seria entrar no mérito da questão.

D. Com excepção dos litígios emergentes de contratos de trabalho – e ainda que uma das partes seja uma pessoa colectiva de direito público –, os litígios emergentes do vínculo de emprego público, cuja disciplina consta da LGTFP, caem na esfera de competência jurisdicional dos TAF (artigos 4.º, n.º 4, alínea b), do ETAF, e 12.º da LGTFP). O artigo 1.º, n.º 2, da LGTFP circunscreve a aplicação da LGTFP, sendo que o seu n.º 6 estende o regime jurídico da LGTFP a quem tenha um vínculo de emprego público e exerça funções numa entidade não abrangida na previsão desta lei (v.g., as entidades públicas empresariais – artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da LGTFP).

E. Cotejados os Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 18-06-2014, processo n.º 050/13 e de 06-06-2016, processo n.º 04/16, concluímos que em matéria de acidentes de trabalho, sofridos por trabalhadores com vínculo de emprego público, mas a exercer funções em entidades públicas empresariais, apesar de ser aplicável o regime de acidentes de trabalho estabelecido no Código do Trabalho, tal não significa que, por esse motivo, seja o Tribunal de Trabalho o competente para decidir a acção, sendo competente, sim, o Tribunal Administrativo, nos termos da leitura combinada dos artigos 1.º, n.º 6, 4.º, n.º 4 e 12.º, da LGTFP.

Bibliografia

ALMEIDA, Paulo, *“A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - Comentário às principais alterações”* in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, III, Lisboa, 2015, ISBN 978-972-54-0460-7.

ANDRADE, José Carlos Vieira, *A Justiça Administrativa*, 15.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, ISBN 978-972-40-6731-5.

ANDRADE, Manuel, *Noções Elementares de Processo Civil*, policopiado, FDUC, Coimbra, 1979.

ALMEIDA, Mário Aroso de Almeida, *Manual de Processo Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, ISBN 978-972-40-6414-7.

BRITO, Pedro Madeira de, *O Contrato de Trabalho da Administração Pública e o sistema de fontes*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.

CORREIA, Sérvulo, *“A reforma do Tribunal dos Conflitos”*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 27, CEJUR, 2001, ISBN 0873-6294.

FÁBRICA, Luís, *Natureza das funções e modalidades de constituição do vínculo de emprego público - brevíssima crónica de alguns equívocos legislativos*, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, II, Lisboa, 2015.

MARTINS, Licínio Lopes, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as principais vicissitudes da sua evolução recente e (algumas) incoerências de regime”, in VIEIRA DE ANDRADE, José e SILVA, Suzana Tavares da (Coords.), *As Reformas do Sector Público. Perspectiva Ibérica no Contexto Pós-Crise*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, ISBN 978-989-8787-38-5;

– “O regime das carreiras de emprego público na Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro”, in *Actas das I Jornadas de Emprego Público*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2013, ISBN 978-989-6643-025-2.

MATOS, André Salgado de, *A invalidade de contratos de trabalho em funções públicas consequente da invalidade de actos administrativos no novo paradigma da constituição de relações de emprego público*, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, I, Lisboa, 2015, ISBN 978-972-54-0453-9.

MEDEIROS, Rui, “Brevíssimos tópicos para uma reforma do contencioso de responsabilidade”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 16, CEJUR, 1999, ISBN 0873-6294.

MELO, António Barbosa de, GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes, *Recursos Humanos nas Autarquias Locais e o Novo Regime do Emprego Público*, CEDOUA, Almedina, Coimbra, 2008, ISBN 978-972-40373-5-6.

MOURA, Paulo Veiga e ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, ISBN 978-972-32-2291-3;

– *Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores da Administração Pública*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, ISBN 978-972-32181-1-4.

NEVES, Ana Fernanda, *O contrato de trabalho na Administração Pública*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*, I, Lisboa, 2006, ISBN 978-000-00563-8-2;

– *Contencioso da Função Pública*, in *Temas e problemas de processo administrativo*, 2010, ISBN 978-989-97410-6-5;

– *O Direito da Função Pública*, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, IV, Coimbra, 2010, ISBN 978-972-40431-3-5.

NUNES, Cláudia Sofia Henriques, *O contrato de trabalho em funções públicas face à lei geral do trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, ISBN 978-972-32228-1-4.

OLIVEIRA, Mário Esteves de e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, in “Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, vol. I, Almedina, Coimbra, 2006 ISBN 978-972-40214-9-2.

PIRES, Miguel Lucas, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - Anotada e Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014, ISBN 978-972-40660-2-8.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma e BRITO, Pedro Madeira de, *Contrato de Trabalho na Administração Pública*, 2.ª edição, Almedina, 2005, ISBN 978-972-40261-2-1.

SOUSA, Nuno Vasconcelos Albuquerque, “A reforma do emprego público em Portugal”, *in Para Jorge Leite escritos jurídicos-laborais*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, ISBN 978-972-32-2259-3.

SOUSA, Rui Correa de, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas anotada e comentada*, Vida Económica, Lisboa, 2014, ISBN 978-972-768-006-9.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. Estruturas representativas de trabalhadores e negociação coletiva

Lúcia Ribeiro

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

ESTRUTURAS REPRESENTATIVAS DE TRABALHADORES E NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Lúcia Ribeiro

- I. Introdução
- II. Representação coletiva dos trabalhadores em funções públicas
 - 1. Representantes dos trabalhadores
 - 2. Comissões de trabalhadores
 - 3. Associações sindicais
- III. Negociação coletiva
 - 1. Negociação coletiva sobre o estatuto dos trabalhadores em funções públicas
- IV. Conclusão
- V. Bibliografia

I. Introdução

Este trabalho surge no âmbito da disciplina de Direito das Relações Laborais na Administração Pública leccionada no 4.º curso TAF. Iremos abordar o tema “Estruturas Representativas de Trabalhadores e Negociação Coletiva”, fazendo uma breve resenha histórica tentaremos definir a importância das Estruturas Representativas dos Trabalhadores – Comissões de Trabalhadores e Associações Sindicais – na definição do regime do Direito Laboral Público em Portugal e o seu papel na Negociação Coletiva.

Porque se trata de um trabalho apresentado no âmbito do curso TAF tentaremos não descurar a importância da jurisprudência nestas matérias e sempre que possível dar um exemplo jurisprudencial.

O direito laboral público é uma das áreas do ordenamento jurídico em mais rápida mutação, resultando desta rápida evolução a sua aproximação ao direito laboral comum¹. Exemplo desta aproximação é a atual Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas² que assume uma convergência clara entre o regime dos trabalhadores públicos e o regime dos trabalhadores comuns.³ Para esta constante e rápida transformação do direito laboral comum e consequentemente nas constantes alterações ao regime do Trabalho em Funções Públicas muito tem contribuído o papel das Estruturas de Representação Coletiva dos trabalhadores em funções públicas.

¹ André Ventura, “A nova Administração Pública – Princípios Fundamentais e normas Reguladoras”, Quid Juris, 2014, pág. 15.

² Lei n.º 35/2014, de 20 de junho que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

³ Paulo Almeida – “A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - Comentário às principais alterações”, in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, III, Revista Direito e Justiça - UCP, 2015, 87.

II. Representação coletiva dos trabalhadores em funções públicas

1. Estruturas representativas dos trabalhadores

A nova Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (doravante, LGTFP) é um marco na evolução do direito do trabalho público sendo inegável a sua aproximação⁴ entre o direito laboral público e comum. Esta convergência é notória, designadamente, em áreas como a contratação coletiva, a regulação das matérias relacionadas com a regulação dos tempos de trabalho, o regime de requalificação e, importante para o nosso estudo, uma maior aproximação ao regime do Código do Trabalho em matéria de representantes sindicais, crédito de horas e participação nos acordos de empresa⁵.

Refira-se que, pela primeira vez, a LGTFP remete, com as necessárias adaptações, um conjunto de matérias para a disciplina do Código do Trabalho e legislação complementar, ocupando este último uma posição de regulador primário⁶. A sua aplicação ocorre numa relação de especialidade e/ou subsidiariedade⁷, quanto a um conjunto de matérias importantes da legislação laboral pública (veja-se o disposto no n.º 1 do artigo 4.º da LGTFP, cuja alínea j) destaca “*Comissões de trabalhadores, associações sindicais e representantes dos trabalhadores em matéria de segurança e saúde no trabalho*”).

A Parte III da LGTFP com o título “Direito Coletivo” dispõe sobre o regime aplicável ao Direito Coletivo - Estruturas de representação coletiva dos trabalhadores (Título I) e Negociação coletiva (Título II), temas que nos irão ocupar.

O Direito Coletivo é o setor do ordenamento jurídico-laboral mais diretamente condicionado pelos pressupostos ideológicos e pelas orientações político-económicas de cada país⁸. Cresce e desenvolve-se com vista à satisfação dos interesses individuais e coletivos dos trabalhadores.

Os direitos coletivos dos trabalhadores compreendem não só os direitos de exercício coletivo, pois como a liberdade sindical e o direito à greve, e, bem assim, os direitos de que são titulares as estruturas representativas dos trabalhadores, nomeadamente, o direito de contratação coletiva das associações sindicais e o direito de participação na elaboração da legislação do trabalho.

Neste sentido dispõe o n.º 1 do art. 314.º da LGTFP que os trabalhadores⁹ em funções públicas têm direito a criar estruturas de representação coletiva para defesa dos seus direitos e

⁴ Note-se que esta aproximação dos setores públicos e privado já era notória na Lei n.º 59/2008 de 11 de setembro, nomeadamente em termos regulatórios, sendo-o também em matéria de despedimento.

⁵ André Ventura, “A nova Administração Pública (...)”, pág. 16.

⁶ Vide, a título de exemplo o disposto no art.º 315.º da LGTFP “*Os trabalhadores em funções públicas eleitos para as estruturas de representação coletiva dos trabalhadores beneficiam de crédito de horas, nos termos previstos no Código do Trabalho e na presente lei*”. E, art.º 322.º da LGTFP “*A realização de reunião de trabalhadores no local de trabalho, convocada por comissão de trabalhadores, bem como o respetivo procedimento, observam o disposto no Código do Trabalho*”. (sublinhados nossos).

⁷ Como refere Paulo Almeida in “A Lei Geral do Trabalho (...)”, “A LGTFP acaba por tornar o Código do Trabalho e respetiva Legislação complementar o regime subsidiário aplicável” (...), pág. 87.

⁸ António Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, Almedina, 2012 (16ª edição), pág. 546.

interesses dos trabalhadores, nomeadamente comissões de trabalhadores (art. 320.º da LGFTP) e associações sindicais (art. 337.º da LGFTP). Acrescentando o n.º 2 do referido preceito que *às estruturas de representação coletiva dos trabalhadores em funções públicas é aplicável o regime do Código do Trabalho, com as necessárias adaptações e as especificidades constantes da presente lei.*

As Estruturas Representativas dos Trabalhadores constituem uma forma de organização das relações coletivas, assim como o exercício de direitos coletivos por parte de tais estruturas e por parte dos trabalhadores¹⁰. Têm um papel muito importante na organização e participação na vida da empresa – Comissões de Trabalhadores – e na defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores, zelando em primeiro lugar por estes – Associações Sindicais¹¹. Ressalve-se que, ao contrário das Associações Sindicais, que defendem os interesses dos trabalhadores que representam, as comissões de trabalhadores representam todos os trabalhadores da empresa, razão pela qual lhes é atribuída *natural primazia*¹² de intervenção em todas as matérias que envolvam a ponderação da situação dos trabalhadores enquanto tais¹³.

Desde logo se refira que é dever do empregador - artigo 71.º LGTFP - possibilitar o exercício de cargos em organizações representativas dos trabalhadores (n.º 1 al.f)) sendo por sua vez, proibido ao empregador público opor-se, por qualquer forma, a que o trabalhador exerça os seus direitos - alínea a) n.º 1 do artigo 72.º da LGTFP.

Os trabalhadores em funções públicas membros das estruturas de representação coletiva dos trabalhadores têm direito a um crédito de horas¹⁴ mensal, respeitante ao período normal de trabalho e que conta como trabalho efetivo, para o exercício das suas funções. Este crédito de horas apresenta-se como uma cedência efetiva de um determinado período de tempo por parte do empregador público a cada membro de órgão representativo de trabalhadores para o desempenho das funções a este atinente. Beneficiam, ainda, de um regime especial de proteção quanto ao regime das faltas ou seja, as faltas para a prática da atividade relacionada com as funções de representação coletiva consideram-se justificadas e contam como tempo de serviço efetivo, salvo para efeito de remuneração, nos termos do art.º 316.º da LGTFP.

⁹ Entende a doutrina que “*não há lugar a estruturas representativas dos empregadores. O “princípio da eficácia e da unidade da ação da Administração e dos poderes de direção, superintendência e tutela dos órgãos competentes” (art.º 267.º n.º 1 e art.º 199.º al. d) e, e) da CRP) coloca o Governo como representante dos empregadores, na negociação e contratação coletiva.*” Idem, **Ana Fernanda Neves**, “O Direito da Função Pública”, in Tratado de Direito Administrativo Especial, IV, Almedina, 2010, pág. 547.

¹⁰ *ibidem*, pág. 547.

¹¹ **André Ventura**, “A nova Administração Pública (...)”, pág. 323.

¹² **Jorge Miranda e Rui Medeiros**, Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I, Coimbra Editora, 2005, anotação ao art.º 54.º, pág. 520.

¹³ Veja-se o **Acórdão da Relação de Lisboa de 6 de fevereiro de 2013** processo n.º 2463/10.7TTLSB.L1-4 “As comissões de trabalhadores não têm legitimidade para, em substituição ou representação dos trabalhadores, interporem ações em defesa dos interesses destes.” (...) *Tertio, o art.º54 da Constituição não diz, definitivamente, aquilo que a A. pretende nele ver escrito: pelo contrário, salienta bem que o que está em causa com as comissões é “a defesa dos seus interesses e intervenção democrática na vida da empresa” (Art.º 54/1), enquanto para a promoção e defesa dos seus interesses, globalmente, existem associações sindicais (Art.º 56/1).*

¹⁴ Cfr. art.º 315.º da LGTFP “Os trabalhadores em funções públicas eleitos para as estruturas de representação coletiva dos trabalhadores beneficiam de crédito de horas, nos termos previstos no Código do Trabalho e na presente lei.” vide artigo 408.º do CT.

Estes trabalhadores têm também direito a proteção em caso de procedimento disciplinar, despedimento¹⁵ ou demissão e, proteção em caso de mobilidade¹⁶, não podendo ser transferidos do local de trabalho sem o seu acordo expresso e sem audição da estrutura a que pertencem, salvo quando a transferência resultar de extinção ou mudança total ou parcial de instalações do órgão onde prestam serviço.¹⁷

2. Comissões de trabalhadores

O direito de os trabalhadores criarem comissões de trabalhadores para defesa dos seus interesses e intervenção democrática na vida da empresa encontra-se constitucionalmente consagrado no n.º 1 do artigo 54.º da CRP, este direito é alargado à criação de comissões coordenadoras para uma melhor intervenção na reestruturação económica com vista a garantir os interesses dos trabalhadores.

Destarte, podem os trabalhadores da Administração Pública criar, em cada empregador público ou unidade orgânica desconcentrada comissões e subcomissões de trabalhadores¹⁸, para a defesa dos seus interesses e para o exercício dos direitos consagrados constitucionalmente. Podem, também, ser constituídas comissões coordenadoras das comissões de trabalhadores. Contudo, esta opção fica limitada aos casos em que as entidades empregadoras públicas sejam do mesmo ministério ou prossigam atribuições de natureza análoga¹⁹, como por exemplo as “forças policiais”.

O regime relativo às comissões de trabalhadores da Administração Pública é tendencialmente unitário, não variando, em função do vínculo laboral.²⁰ Ou seja, vigora o princípio da unicidade²¹, sem prejuízo da criação de subcomissões em empresas com diversos estabelecimentos, consagra-se o direito de criação de uma comissão de trabalhadores por cada empresa.²²

O artigo 324.º da LGTFP sob epígrafe “Direitos da Comissão e subcomissão de trabalhadores” vem consagrar os direitos da comissão de trabalhadores²³, destacando, nomeadamente os direitos de informação, controlo e participação relativos à organização, gestão e regulação da sua atividade²⁴. Assim é permitido à Comissão de trabalhadores:

¹⁵ Cfr. art.º 317.º da LGTFP, (o n.º 2 do art.º 317.º da LGTFP corresponde ao n.º 2 art.º 410.º do CT)

¹⁶ Cfr. art.º 318.º da LGTFP.

¹⁷ Vide **Ac. do TCA Norte de 15 de abril de 2010**, processo n.º 01716/07.6BEPRT.

¹⁸ O número de membros da comissão de trabalhadores, comissão coordenadora ou subcomissão está sujeito aos limites e regras previsto no art.º 321.º da LGTFP.

¹⁹ Cfr. art.º 320.º da LGTFP.

²⁰ **Ana Fernanda Neves**, “O Direito da Função Pública”, (...), pág. 549.

²¹ Este princípio de unicidade é reforçado pela ideia de que qualquer trabalhador da empresa, tem o direito de participar na constituição e na aprovação dos estatutos da comissão de trabalhadores, bem como de eleger e ser eleito para ela.

²² **Jorge Miranda e Rui Medeiros**, Constituição Portuguesa Anotada – (...), pág. 519.

²³ Estes direitos devem ser lidos e interpretados em conjunto com os direitos das comissões de trabalhadores previstos no n.º 5 do art.º 54.º da CRP.

²⁴ “As Comissões de Trabalhadores são constitucionalmente configuradas como instrumentos de intervenção democrática (dos trabalhadores) na vida da empresa.” In **Jorge Miranda e Rui Medeiros**, Constituição Portuguesa Anotada – (...), pág. 526.

- a) *Receber todas as informações necessárias ao exercício da sua atividade;*²⁵
- b) *Exercer o controlo de gestão nos respetivos empregadores públicos;*²⁶
- c) *Participar nos procedimentos relativos aos trabalhadores, no âmbito dos processos de reorganização de órgãos ou serviços; e,*
- d) *Participar na elaboração da legislação do trabalho, diretamente ou por intermédio das respetivas comissões coordenadoras.*²⁷

Note-se que a comissão de trabalhadores, para além das reuniões a realizar no local de trabalho com os trabalhadores²⁸, tem ainda o direito de reunir periodicamente com o dirigente máximo do serviço para discussão e análise dos assuntos relacionados com o exercício dos seus direitos²⁹, nos termos do art. 325.º da LGTFP.

O legislador da LGTFP não se bastou a consagrar os direitos de participação das associações de trabalhadores acima descritos. Além disso, regulam o exercício desse direito de participação nos procedimentos relativos aos trabalhadores, e na elaboração da legislação do trabalho, estipulando que os trabalhadores têm o direito de participar na elaboração/discussão de qualquer legislação que vise as matérias constantes do n.º 2 do art. 15.º da LGTFP, ou seja, há um direito de pronúncia das comissões de trabalhadores e associações sindicais que não pode ser descurado³⁰.

A constituição e a aprovação dos estatutos da comissão de trabalhadores assentam num procedimento eleitoral seguindo as regras do Código do Trabalho (art. 447.º do CT), com as necessárias adaptações e especificidades previstas na LGTFP³¹. Desde logo, a sua constituição está sujeita a registo no ministério responsável pela área da Administração Pública³², sendo legalmente controlada pelo referido Ministério³³. Com o registo dos seus estatutos no Ministério responsável pela área da administração pública as comissões de trabalhadores

²⁵ Vide art.º 326.º da LGTFP.

²⁶ Vide art.º 328.º e 329.º da LGTFP, e o disposto no art.º 427.º do CT por a matéria nele constante não se encontrar regulada na LGTFP.

²⁷ Já as Subcomissões de Trabalhadores podem exercer estes direitos, nos termos previstos do CT, cfr. n.º 2 do art.º 324.º da LGTFP.

²⁸ Cfr. art.º 322.º da LGTFP. Como se referiu, as reuniões de trabalhadores com a comissão de trabalhadores e o seu respetivo procedimento segue as regras do CT - art.º 419.º a 421.º do CT, por remissão expressa e, pelo facto da LGTFP ser totalmente omissa quanto ao procedimento para reunião de trabalhadores no local de trabalho e apoio à comissão de trabalhadores e difusão de informação.

²⁹ Vide, o **Acórdão da Relação de Porto de 18 de fevereiro de 2013**, processo n.º 80/11.3TTBRG.P1

“I - O direito das comissões de trabalhadores a receber todas as informações necessárias ao exercício da sua atividade tem um carácter instrumental em relação às funções que legalmente são conferidas àquelas comissões. II - Às comissões de trabalhadores - e só a elas - compete definir as informações que são necessárias ao desempenho da respetiva atividade. III - Mas, por outro lado, não podem pedir quaisquer informações, nem menos ainda, intrrometer-se, por essa via, no exercício do poder de direção empresarial, que não lhes pertence”.

³⁰ Paulo Almeida – “A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – (...)” pág. 98.

³¹ Cfr. art.º 330.º da LGTFP.

³² Cfr. art.º 331.º da LGTFP.

³³ Nos termos do art.º 333.º da LGTFP o Ministério responsável pela área da Administração Pública tem o poder de controlo da legalidade da constituição e dos estatutos das comissões.

adquirem personalidade jurídica, estando essa competência cometida à Direção-geral da Administração e do Emprego Público - DGAEP³⁴. O início das atividades da Comissão de Trabalhadores, Subcomissão ou Comissão Coordenadora está ainda dependente da publicação, em Diário da República, dos seus estatutos e da composição dos membros das referidas comissões³⁵. Por sua vez, a extinção da Comissão de Trabalhadores ou comissão coordenadora deve ser comunicada ao ministério responsável pela área da Administração Pública, de forma a proceder ao cancelamento imediato do registo da sua constituição e dos seus estatutos, produzindo efeitos a partir da publicação em Diário da República do respetivo aviso³⁶.

3. Associações sindicais

A liberdade sindical constitui um princípio fundamental³⁷ do associativismo de todos os trabalhadores. A Constituição da República reconhece, no n.º 1 do art.º 55.º da CRP, a *liberdade sindical*, como condição e garantia da construção da sua unidade para defesa dos seus direitos e interesses dos trabalhadores. No exercício desta liberdade sindical é garantido aos trabalhadores, sem quaisquer diferenciações ou discriminações, designadamente, a liberdade de constituição de associações sindicais, a liberdade de inscrição, a liberdade de organização e regulamentação interna e o direito ao exercício da atividade sindical na empresa. Por outro lado, *no contexto específico da liberdade sindical, as obrigações específicas do Estado traduzem-se no dever de proteger os indivíduos e os sindicatos de atos lesivos e discriminatórios por parte dos empregadores, bem como na salvaguarda dos indivíduos contra abusos de poder dos sindicatos.*³⁸

Este direito de liberdade sindical comporta não só uma vertente positiva – direito de fundar e aderir a sindicatos com vista a alcançar um determinado fim, como salvaguarda, numa vertente negativa, o direito a não criar ou aderir a sindicatos³⁹⁻⁴⁰. A faculdade de criar ou aderir a sindicatos não pode representar para os trabalhadores sindicalizados a sujeição a um

³⁴ Cfr. n.º 1 do art.º 416.º do CT, aplicável por remissão do n.º 2 do art.º 314.º da LGTFP – para consulta das comissões de trabalhadores registadas na DGAEP -https://www.dgaep.gov.pt/rct/bds/anexo_iv.htm

³⁵ Cfr. art.º 332.º da LGTFP. O n.º 2 do art.º 332.º da LGTFP é novo e à semelhança do n.º 7 do art.º 438.º do CT, atribui ao registo carácter condicionador da eficácia da constituição das comissões e da respetiva composição.

³⁶ Cfr. art.º 336º da LGTFP.

³⁷ Este princípio tem consagração em diversos instrumentos jurídicos internacionais, entre eles a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 23.º, n.º 4), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 11.º), a Carta dos Direitos Fundamentais dos Cidadãos da União Europeia (artigo. 12.º, n.º 1) e, a Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) n.º 87 (sobre a liberdade sindical e proteção do direito sindical).

³⁸ **Ana Teresa Ribeiro** – “A liberdade sindical na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, I, Revista Direito e Justiça - UCP, 2015, pág. 164. Acrescentando a autora que *na prossecução destas injunções os Estados devem procurar alcançar um justo equilíbrio entre os interesses do indivíduo e da comunidade no seu conjunto.*

³⁹ Quanto à liberdade sindical enquanto liberdade individual, e seguindo o esquema do art. 55.º da CRP, cabe salientar: a) A liberdade de constituição de sindicatos, ou melhor, de concurso para formação de tais associações (...) b) A liberdade de inscrição, com duas facetas: uma dita negativa, que se refere à possibilidade de não inscrição (ou não permanência) em qualquer sindicato outra, chamada positiva, que supondo a vontade de filiação, respeita a escolha entre os sindicatos possíveis (...). **António Monteiro Fernandes**, Direito do Trabalho, (...) pág. 588.

⁴⁰ Quanto à vertente positiva e negativa da liberdade sindical e a sua aplicação pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, vede com maior desenvolvimento **Ana Teresa Ribeiro** – “A liberdade sindical na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” (...) pág. 166 a 170.

tratamento mais desfavorável ou discriminatório, por parte do empregador em virtude da sua filiação sindical⁴¹.

Todos os trabalhadores têm liberdade sindical, pelo que podem constituir associações sindicais que tenham por objeto a defesa e promoção dos seus interesses. Estas associações devem ser independentes do empregador e sem interferência do estado, partidos e associações políticas, nos termos do n.º 4 do art.º 55.º da Constituição República Portuguesa⁴². No entanto, esta liberdade sindical tem algumas exceções resultantes do exercício profissional de determinadas funções. É a própria Constituição da República Portuguesa que reconhece algumas restrições ao exercício deste direito no artigo 270.º da CRP, ao dispor que *“A lei pode estabelecer, na estrita medida das exigências próprias das respetivas funções, restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição coletiva e à capacidade eleitoral passiva por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efetivo, bem como por agentes dos serviços e das forças de segurança e, no caso destas, a não admissão do direito à greve, mesmo quando reconhecido o direito de associação sindical”*⁴³⁻⁴⁴.

No que diz respeito ao regime da constituição, extinção e organização de associações sindicais de trabalhadores em funções Públicas, a LGTFP no n.º 1 do art.º 339.º remete para o disposto no Código do Trabalho (arts. 445.º a 456.º CT)⁴⁵.

Destarte, nos termos do art.º 445.º do CT, as associações sindicais regem-se pelos princípios de auto-regulamentação, organização e gestão democráticas⁴⁶, ou seja, as associações sindicais regem-se por estatutos e regulamentos por elas aprovados, elegem livre e democraticamente os titulares dos corpos sociais e organizam democraticamente a sua gestão e atividade. O exercício do cargo de direção de associação sindical está ainda sujeito ao princípio da autonomia e independência previsto no art.º 446.º do CT.

A associação sindical constitui-se e aprova os respetivos estatutos mediante deliberação e adquire personalidade jurídica pelo registo daqueles por parte do membro do Governo responsável pela área da Administração Pública⁴⁷. Em caso de cancelamento do registo da

⁴¹ “ A liberdade sindical negativa tem o fundamental alcance de uma defesa contra discriminações”, **António Monteiro Fernandes**, Direito do Trabalho, (...) pág. 589.

⁴² No entanto, *apesar de tudo, são visíveis as tendências políticas predominantes dos sindicatos portugueses (como noutros países)* **Ana Neves**, *“Relação Jurídica de emprego Público”*, Coimbra Editora, 1999, pág. 284.

⁴³ Quanto à restrição ao exercício da liberdade sindical vede, **Ana Neves**, *“Relação Jurídica de emprego Público”*, (...), pág. 285 e, **Ana Teresa Ribeiro** – *“A liberdade sindical na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”* (...) pág. 179.

⁴⁴ Exemplo destes limites são os profissionais que integram a categorias de militares e os agentes militarizados (GNR) a quem está vedada a associação sindical, sendo-lhes proibido participar em manifestações de natureza político-partidária. Porém, têm o direito de constituir ou integrar associações profissionais, sem natureza política, partidária ou sindical.

⁴⁵ É igualmente aplicável aos trabalhadores em funções públicas o regime das quotizações sindicais constante dos artigos 457.º a 459.º do CT.

⁴⁶ Assim, o art.º 3.º da Convenção n.º 87 da OIT onde se afirma o que as organizações de trabalhadores *têm o direito de elaborar os seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente os seus representantes, organizar a sua gestão e a sua atividade e formular o seu programa de ação (n.º 1)*.

⁴⁷ Cfr. art.º 447.º CT aplicável *ex vi* n.º 1 do art.º 339.º da LGTFP.

associação sindical, o ministério responsável pela área laboral comunica-o, oficiosamente, ao membro do Governo responsável pela área da Administração Pública.⁴⁸

Os direitos das Associações Sindicais consagrados, de forma não exaustiva, no artigo 338.º da LGTFP⁴⁹, devem ser lidos em conjunto com o disposto no artigo 56.º da CRP. Assim, entre outros, as Associações Sindicais, sempre na defesa e promoção dos interesses socioprofissionais dos trabalhadores têm direito a:

- a) Celebrar acordos coletivos de trabalho;
- b) Prestar serviços de carácter económico e social aos seus associados;
- c) Participar na elaboração da legislação do trabalho;
- d) Participar nos procedimentos relativos aos trabalhadores, no âmbito de processos de reorganização de órgãos ou serviços;
- e) Estabelecer relações ou filiar-se em organizações sindicais internacionais.

Por outro lado acrescenta o n.º 2 do mesmo preceito que *é reconhecida às associações sindicais legitimidade processual para defesa dos direitos e interesses coletivos e para a defesa coletiva dos direitos e interesses individuais legalmente protegidos dos trabalhadores que representem*⁵⁰.

Nesta esteira entendeu o Tribunal Central Administrativo Sul⁵¹ que *é reconhecida, pela CRP e por lei, às associações sindicais legitimidade processual (própria) para defesa dos direitos e interesses coletivos dos trabalhadores que representem e para a defesa coletiva (portanto, feita por uma entidade representativa de todos os trabalhadores) dos direitos e interesses individuais legalmente protegidos dos trabalhadores que representem, sem necessidade de outorga de poderes de representação e sem prova da filiação de trabalhadores lesados*⁵². Também neste sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de fevereiro de

⁴⁸ Cfr. n.º 3 do art.º 339.º da LGTFP.

⁴⁹ Para **Miguel Lucas Pires**, pese embora este preceito regule a matéria constante do n.º 1 art.º 443.º do CT, o certo é que o conteúdo dos n.ºs 2 e 3 não foi reproduzido (2 - *As associações sindicais têm, ainda, o direito de participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no respeitante a ações de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho. 3 - As associações de empregadores não podem dedicar-se à produção ou comercialização de bens ou serviços ou de qualquer modo intervir no mercado, sem prejuízo do disposto na alínea b) do n.º 1*), considerando o autor que o disposto nos referidos números também se aplica, por, como refere, *não se vislumbrar qualquer especificidade do emprego público que justifique o entendimento contrário*. In *“Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Anotada e Comentada”*, Almedina, 2016 (2ª edição), anotação ao art.º 338.º da LGTFP pág. 387.

⁵⁰ Esta legitimidade processual prevista no n.º 2 não se restringe a processos judiciais, alargando-se igualmente a procedimentos de cariz administrativo, vide a este respeito o **Ac. do Tribunal Constitucional n.º 118/97**, publicado no DR, I série, de 24 de abril de 1997.

⁵¹ **Ac. do TCASul de 23 de maio de 2013**, processo n.º 09709/13 in www.dgsi.pt.

⁵² Porquanto, conforme acrescentou o aresto *face aos arts. 56.º CRP e 310.º n.º 2 do RCTFP* (corresponde ao atual art.º 338.º da LGTFP) *é ilegal fazer depender a legitimidade processual (própria) dos sindicatos para defenderem em juízo os direitos ou interesses coletivos ou individuais dos trabalhadores, de um setor de atividade, da outorga de uma procuração por cada trabalhador ao sindicato do seu setor*.

2014⁵³: *a legitimidade dos sindicatos, enquanto estruturas representativas dos trabalhadores, estende-se quer à defesa dos interesses coletivos que representam, quer à defesa coletiva dos interesses individuais dos representados*⁵⁴. Assim, por referência ao crime de substituição de grevistas, tem legitimidade para se constituir assistente no processo respetivo a associação sindical representativa dos trabalhadores cujos direitos se mostrem afetados.

As Associações Sindicais beneficiam da isenção do pagamento das custas para a defesa dos direitos e dos interesses coletivos dos trabalhadores que representam (n.º 3 do art.º 338.º da LGTFP). Contudo, quanto ao regime de isenção de custas dos sindicatos, destaca-se, por importante, o [Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 5/2013](#)⁵⁵, de 17 de maio de 2013, que uniformizou a jurisprudência neste sentido: *“De acordo com as disposições articuladas das alíneas f) e h) do artigo 4.º do Regulamento das Custas Processuais e do artigo 310.º/3 do Regime do Contrato de Trabalho na Função Pública, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, os sindicatos, quando litigam em defesa coletiva dos direitos individuais dos seus associados, só estão isentos de custas se prestarem serviço jurídico gratuito ao trabalhador e se o rendimento ilíquido deste não for superior a 200 UC”*. Nesta esteira o acórdão do TCA Sul de 6 de fevereiro de 2016, proferido no processo n.º 13185/16, entendeu que:

“I – De acordo com o Regulamento das Custas Processuais, a regra é a sujeição a custas (artigo 1.º), sendo excepcional a isenção das mesmas como a concedida pelo artigo 4.º n.º 1 al. f).

*II - A letra deste preceito exclui, por si e em conjugação com o artigo 310.º n.º 3 do Regime do Contrato de Trabalho na Função Pública, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, a interpretação que inclui na isenção de custas a actuação do sindicato em defesa colectiva de direitos e interesses particulares dos seus associados”*⁵⁶

À semelhança do referido para as Comissões de Trabalhadores, também os sindicatos têm o direito de desenvolver atividade sindical junto do órgão ou serviço do empregador público, podendo essa atividade ser desenvolvida por delegados sindicais, comissões sindicais e comissões intersindicais⁵⁷. Os trabalhadores podem reunir com os membros da associação sindical durante ou fora do horário de trabalho conforme as condições previstas no n.º 1 do art.º 341.º da LGTFP.

⁵³ **Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de fevereiro de 2014**, processo n.º 729/11.8TACBR-A.C1 in www.dgsi.pt.

⁵⁴ Vide **Gomes Canotilho e Vital Moreira**, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol I, 4.ª edição revista, Coimbra, 2007, p. 742.

⁵⁵ *In*, Diário da República, 1.ª série – N.º 95 – 17 de maio de 2013, pág. 2962.

⁵⁶ Veja-se também a jurisprudência do **Tribunal Constitucional vertida no Acórdão n.º 190/2016 – Proc. 868/15, de 30 de março de 2016**, cujo sumário se transcreve: *“Não julga inconstitucional a norma do artigo 310.º, n.º 3, do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, interpretada no sentido de as associações sindicais não serem beneficiárias da isenção fixada no artigo 4.º, n.º 1, alínea f), do Regulamento das Custas Processuais, quando exercem o direito à tutela jurisdicional efetiva para defesa dos direitos e interesses individuais legalmente protegidos dos trabalhadores que representem”*.

⁵⁷ Cfr. Art.º 340.º da LGTFP

As associações Sindicais têm diferente representatividade, em função do seu âmbito subjetivo, isto é, das categorias e do número de trabalhadores que representam⁵⁸. O que tem influência na sua participação na contratação coletiva e em órgãos com membros representativos dos trabalhadores.

Apesar do regime de proteção especial dos representantes dos trabalhadores *in casu* - delegados sindicais ou os membros da direção da associação sindical para o exercício das respetivas funções no âmbito da atividade sindical, como um crédito de horas⁵⁹-⁶⁰ e o direito a faltas justificadas, os termos da relação laboral em nada são prejudicados, ou seja, continuam os trabalhadores obrigados pelos respetivos deveres, designadamente, de assiduidade – artigo 346.º LGTFP. No que se refere às faltas, a LGTFP dispõe no artigo 346.º que *os membros da direção das associações sindicais, cuja identificação é comunicada à DGAEP e ao órgão ou serviço em que exercem funções nos termos da presente lei, usufruem ainda, para além do crédito de horas, do direito a faltas justificadas, que contam, para todos os efeitos legais, como serviço efetivo, salvo quanto à remuneração*. Aplica-se o regime de suspensão do contrato por facto respeitante ao trabalhador quando as faltas determinadas pelo exercício de atividade sindical, caso se prolonguem para além de um mês, com exceção dos membros da direção a quem este regime não é aplicável.

Nesta esteira, veja-se o parecer da Procuradoria-Geral da República n.º PGRP00003066⁶¹ ao consignar “(...) 4.º – *No domínio da relação de trabalho em funções públicas, um trabalhador vinculado a determinado organismo ou integrado num determinado grupo ou actividade, dirigente de estrutura sindical representativa dos trabalhadores aí em funções, pode invocar o direito ao crédito de tempo remunerado para o desempenho de actividade sindical perante outra entidade pública onde, temporariamente e por qualquer título, esteja a exercer funções e cujo pessoal ou área de actividade não são abrangidos pelo âmbito de representação da associação sindical cuja direcção integra, desde que a tal não obstem os respectivos estatutos;* 5.º – *Um magistrado, enquanto dirigente do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, pode beneficiar, nos limites e nas condições legais, de crédito de tempo remunerado para o exercício de funções sindicais, podendo exercê-lo perante organismo integrado na administração central do Estado onde, em comissão de serviço, desempenha funções que são legalmente consideradas como prestadas nas categorias e funções dos quadros de origem; (...)*”.

⁵⁸ Cfr. art.º 342.º da LGTFP.

⁵⁹ Note-se que apenas podem ser justificadas as ausências ao serviço referentes ao gozo dos créditos de horas relativamente aos membros das direções das associações sindicais cuja identificação tenha sido comunicada à DGAEP nos termos do n.º 7 do art.º 345.º da LTFP – *vide*

https://www.dgaep.gov.pt/rct/bds/anexo_ix.htm (associações sindicais que comunicaram à DGAEP

a identificação dos membros da direção que beneficiam do crédito de horas no ano 2016).

⁶⁰ Cfr. art.º 344.º e 345.º da LGTFP. No entanto diga-se que este regime embora bastante benéfico para os trabalhadores sindicalizados, em nada que se compara ao regime estabelecido em outros países da EU como a Alemanha ou Irlanda. (*vide*, André Ventura, “A nova Administração Pública (...), pág. 335).

⁶¹ Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º PGRP00003066 de 29/12/2009 (data da retificação), in www.dgsi.pt.

III. Negociação coletiva

O direito à negociação coletiva é garantido aos trabalhadores com vínculo de emprego público nos termos do artigo 347.º da LGTFP. Trata-se de um processo negocial entre as associações representativas dos empregadores – *in casu* o empregador público - e as associações representativas dos trabalhadores, exercido exclusivamente pelas associações sindicais⁶² e visa a obtenção de um acordo sobre as matérias que integram o estatuto dos trabalhadores em funções públicas e a celebração de instrumentos de regulamentação coletiva convencional aplicável aos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas⁶³.

Na negociação coletiva o empregador público e as associações sindicais devem respeitar e regular as negociações salvaguardando o princípio da boa fé - art.º 348º da LGTFP. Encontram-se obrigados durante a negociação a fundamentar a sua proposta ou resposta, com respeito pelo princípio da boa-fé, devendo atuar, devendo atuar na prossecução do interesse público e com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade, cumprindo-lhes ainda atuar e adotar posições que respeitem o direito de contratação coletiva constitucionalmente reconhecido às associações sindicais e o princípio da promoção da contratação coletiva consagrado.

As regras da legitimidade para a negociação coletiva constam do art.º 349º da LGTFP, considerando-se como legítimas para representação dos trabalhadores as confederações sindicais, as associações sindicais e as associações sindicais com assento na Comissão Permanente de Concertação Social. Por outro lado, o empregador público é representado no processo de negociação coletiva pelos membros do Governo responsáveis pela área da Administração Pública, que coordena, e das finanças, no caso da negociação coletiva geral, através do membro do Governo responsável pelo setor, que coordena, e dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública, no caso da negociação coletiva sectorial. A DGAEP apoia o membro do Governo responsável pela área da Administração Pública no processo de negociação coletiva.

⁶² Compete às Associações Sindicais, nos termos do n.º 3 do art.º 56º da CRP exercer o direito de contratação coletiva, Tal preceito consagra uma *“competência normativa que é recebida e garantida pela Constituição como dimensão positiva do direito das associações sindicais a prosseguirem a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores”*. Este direito manifesta-se em três vertentes: *“(a) direito à liberdade negocial coletiva, (b) direito à negociação coletiva, ou seja, direito a que as entidades empregadoras não se recusem à negociação e, (c), direito à autonomia contratual coletiva, (...)”* **Gomes Canotilho e Vital Moreira**, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, (...) pág. 744.

⁶³ Este direito não se confunde com o direito de participação dos trabalhadores na elaboração da legislação de trabalho reconhecida no art.º 15º da LGTFP a todas as estruturas representativas dos trabalhadores (comissões de trabalhadores e associações sindicais). *“Portanto, não se deve confundir a negociação coletiva (7) com a participação (na titularidade de todas e cada uma das associações sindicais individualmente consideradas) (vd. art.º 56.º-2-a da Constituição). (...) (7) Enquanto direito dos trabalhadores, o direito de contratação colectiva significa designadamente direito de regularem colectivamente as relações de trabalho, substituindo o poder contratual do trabalhador individual pelo poder colectivo organizado no sindicato. Ac. do TCASul de 2 de julho de 2013, processo n.º 06366/10 in www.dgsi.pt.*

1. Negociação coletiva sobre o estatuto dos trabalhadores em funções públicas

São objeto de negociação coletiva para a celebração de um acordo quanto ao estatuto dos trabalhadores com vínculo de emprego público todas as matérias constantes do n.º 1 do art.º 350.º da LGTFP⁶⁴, entre elas:

- a) *Constituição, modificação e extinção do vínculo de emprego público;*
- b) *Recrutamento e seleção;*
- c) *Carreiras;*
- d) *Tempo de trabalho;*
- e) *Férias, faltas e licenças;*
- f) *Remuneração e outras prestações pecuniárias, incluindo a alteração dos níveis remuneratórios e do montante pecuniário de cada nível remuneratório;*
- g) *Formação e aperfeiçoamento profissional;*
- h) *Segurança e saúde no trabalho;*
- i) *Regime disciplinar;*
- j) *Mobilidade;*
- k) *Avaliação do desempenho;*
- l) *Direitos coletivos;*
- m) *Regime de proteção social convergente;*
- n) *Ação social complementar.* Por outro lado, está vedada a negociação coletiva sobre as matérias respeitantes à estrutura, atribuições e competências da Administração Pública.

O respetivo procedimento de negociação está previsto art.º 351.º da LGTFP, dispondo o n.º 1 que *a negociação coletiva geral tem periodicidade anual, devendo iniciar-se a partir do dia 1 de setembro. A negociação inicia-se com a apresentação, por uma das partes, de proposta fundamentada sobre qualquer das matérias previstas no artigo anterior, procedendo-se seguidamente à calendarização das negociações, de forma que estas terminem tendencialmente antes da votação final global da proposta de lei do Orçamento do Estado, (...).*

⁶⁴ O regime de negociação coletiva e a participação dos trabalhadores da Administração Pública em regime de direito público era anteriormente regulado pela Lei n.º 23/98, de 26 de maio, correspondendo este n.º 1 com algumas alterações ao n.º 1 do art.º 6.º da sobredita lei.

As matérias sem incidência orçamental podem ser objeto de negociação a qualquer momento (n.º 2 e 3 do art.º 351.º da LGTFP). O art.º 352.º da LGTFP prevê a *Negociação coletiva suplementar*, a pedido das associações sindicais, na eventual existência de conflitos.

O Governo obriga-se a adotar as medidas legislativas ou administrativas adequadas ao integral e exato cumprimento do acordo obtido no seguimento do processo de negociação coletiva (art.º 347.º, n.º 3, al. a)). Por outro lado, finda a negociação suplementar sem obtenção de acordo, o Governo toma a decisão que entender adequada – art.º 354.º da LGTFP.

Importa, por fim referir, por importante se tratar, que, com a Lei n.º 35/2014, de 20 de junho que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, os trabalhadores não sindicalizados passaram a poder aderir aos acordos coletivos, se assim o pretenderem, que forem negociados entre as estruturas sindicais e a entidade empregadora pública evitando as portarias de extensão. Assim os acordos colectivos de trabalho negociados entre o empregador público e um sindicato deixam de vincular apenas os trabalhadores desse sindicato, ou seja, outros trabalhadores - sindicalizados ou não - passam também a estar abrangidos pelas regras do acordo negocial, ficando sempre salvaguardado o “direito de oposição” podendo este ser exercido pelo trabalhador ou pela associação sindical, no prazo de 15 dias, através de comunicação escrita dirigida ao empregador público, nos termos do artigo 370.º da LGTFP.

IV. Conclusão

A constante evolução do direito laboral público deve-se nomeadamente a duas variáveis externas de extrema relevância: o contexto financeiro global e a situação financeira do Estado face aos mercados internacionais e por outro lado, a evolução politico-ideológica e as orientações político-económicas de cada país, associadas de certo modo à identificação do trabalho público como encargo público significativo com reduzidos resultados em termos de crescimento e produtividade.

Em Portugal a aproximação entre o direito laboral público e o direito comum é notória e exemplo disso é a nova Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas aprovada em 2014, em que em matérias como a contratação coletiva, a regulação das matérias relacionadas com a regulação dos tempos de trabalho, o regime de requalificação, direito coletivo, estruturas de representação dos trabalhadores, *comissões de trabalhadores, associações sindicais e representantes dos trabalhadores em matéria de segurança e saúde no trabalho*, remete, com as necessárias adaptações para o Código do Trabalho numa relação de especialidade com a LGTFP.

O direito constitucional de todos os trabalhadores criarem ou participarem em estruturas de representação para defesa e prossecução dos seus direitos e interesses coletivos previsto nos artigos 54.º e 56.º da CRP tem consagração, no que toca aos trabalhadores em funções públicas, no art.º 314 da LGTFP permitindo-lhes o direito a criar, nomeadamente comissões de trabalhadores e associações sindicais.

Ao contrário das Associações Sindicais que defendem os direitos e interesses dos trabalhadores, zelando em primeiro lugar por estes, as Comissões de Trabalhadores têm um papel importante na organização e participação na vida da empresa, representando todos os trabalhadores que nela exercem funções, sendo-lhes atribuída *natural primazia na* intervenção em todas as matérias que envolvam a ponderação da situação dos trabalhadores da empresa enquanto tais.

O princípio do associativismo - liberdade sindical – comporta uma dupla vertente, o direito de criar ou aderir a associações sindicais e por outro lado o direito de não integrar uma associação sindical. Contudo e, conforme jurisprudência firme do TEDH, esta *dupla faculdade* não pode representar para os trabalhadores sindicalizados ou não a sujeição a um tratamento mais desfavorável ou discriminatório, por parte do empregador ou mesmo dos restantes trabalhadores.

O direito à negociação coletiva é garantido aos trabalhadores com vínculo de emprego público nos termos do artigo 347.º da LGTFP. Trata-se de um processo em que a associação coletiva dos trabalhadores – sindicatos – visa negociar com os empregadores públicos a definição das condições de trabalho. A negociação coletiva reflete a capacidade de pressão de cada uma das partes sobre a outra na defesa dos seus interesses. Durante todo o processo de negociação coletiva deve ser respeitado o princípio da boa fé entre as partes.

V. Bibliografia

Almeida, Paulo, “*A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - Comentário às principais alterações*”, in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, III, Revista Direito e Justiça - UCP, 2015, 79-107.

Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007.

Martinez, Pedro Romano, Guilherme Machado Dray, Luís Gonçalves da Silva, Joana Vasconcelos, Luís Miguel Monteiro, Pedro Madeira de Brito, *Código do Trabalho – Anotado*, Almedina, 2016 (10.ª edição).

Miranda, Jorge e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, Coimbra Editora, 2005.

Monteiro Fernandes, António, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2012 (16.ª edição).

Neves, Ana Fernanda, “*O Direito da Função Pública*”, in Tratado de Direito Administrativo Especial, IV, Almedina, 2010, 359-556.

Neves, Ana Fernanda, “*Relação Jurídica de emprego Público*”, Coimbra Editora, 1999.

Pires, Miguel Lucas, *“Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Anotada e Comentada”*, Almedina, 2016 (2ª edição).

Ribeiro, Ana Teresa, *“A liberdade sindical na jurisprudência do tribunal Europeu dos Direitos do Homem”*, in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, I, Revista Direito e Justiça - UCP, 2015, 163-187.

Ventura, André, *“A nova Administração Pública – Princípios Fundamentais e normas Reguladoras”*; Quid Juris, 2014.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. O âmbito pessoal de aplicação dos acordos colectivos de trabalho em funções públicas: a superação do princípio da filiação

Paulo Matos

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O ÂMBITO PESSOAL DE APLICAÇÃO DOS ACORDOS COLECTIVOS DE TRABALHO EM FUNÇÕES PÚBLICAS: A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FILIAÇÃO

Paulo Matos

1. O âmbito pessoal de aplicação dos acordos colectivos de trabalho em funções públicas
2. A extensão do âmbito subjectivo dos acordos colectivos de trabalho: questões emergentes
3. O direito à contratação colectiva enquanto concretização do princípio da autonomia colectiva
4. A natureza multifacetada da contratação colectiva e da liberdade sindical
5. A admissibilidade da extensão da eficácia subjectiva dos acordos colectivos de trabalho

Palavras-Chave: Trabalho em funções públicas; Acordos colectivos de trabalho; Âmbito subjectivo de aplicação; Extensão da eficácia subjectiva; Contratação colectiva; Autonomia colectiva; Liberdade sindical; Princípio da filiação sindical.

Em matéria de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas introduziu uma inovação especialmente relevante quanto ao âmbito de eficácia subjectiva dos acordos colectivos de trabalho, pois, ao consagrar a extensão legal dessa eficácia, em detrimento da típica extensão mediante regulamentação administrativa, transfigurou o princípio da filiação sindical.

Para analisar os aspectos desta inovação e as dúvidas que dela emergem aborda-se um conjunto de conceitos com consagração constitucional: a autonomia colectiva, a contratação colectiva e a liberdade sindical. O propósito é o de, ponderando as diversas dimensões destes conceitos, evidenciar o papel específico da regulamentação colectiva do trabalho em funções públicas e enquadrar juridicamente tal mecanismo de extensão da eficácia subjectiva.

1. O âmbito pessoal de aplicação dos acordos colectivos de trabalho em funções públicas

Historicamente, as relações laborais foram marcadas por uma dicotomia entre emprego privado e emprego público, com tradução no plano da resolução da conflitualidade entre trabalhadores e empregadores. Embora sem se negar a existência de conflitualidade nas relações de emprego público, de que o exercício do direito à greve sempre foi a tradução mais evidente, um dos factores de diferenciação destas relações relativamente às de emprego privado era a circunstância de o sistema estatutário-legal típico do trabalho em funções públicas remeter para a lei a solução dos eventuais conflitos entre as duas partes da relação laboral¹, enquanto as relações laborais privadas encontravam no exercício do direito à contratação colectiva um mecanismo de pacificação entre trabalhadores e empregadores.

A referida dicotomia veio, no entanto, a ser superada pela consagração do direito à contratação colectiva no âmbito das relações laborais públicas. Este direito foi aflorado pela

¹ Neste sentido, cfr. SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque – A Reforma do Emprego Público em Portugal, *maxime* pp. 222 e 240.

Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que previa e regulava o contrato individual de trabalho da Administração Pública e, em coerência, incluía preceitos sobre a possibilidade de negociação e celebração de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (IRCT)². Com o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP)³ aprofunda-se a lógica de regulação da conflitualidade laboral no seio da Administração Pública mediante instrumentos de contratação colectiva aplicáveis aos trabalhadores com contrato individual de trabalho⁴. Esta previsão foi uma decorrência lógica da aprovação da Lei de Vínculos, Carreiras e Remunerações dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas (LVCR)⁵ – que consagrou o contrato de trabalho quanto aos trabalhadores com funções públicas de natureza administrativa^{6 7} e incluía já os IRCT como fonte normativa da relação jurídica de emprego público⁸.

É pacífico entre a doutrina que a consagração constitucional de reserva de convenção colectiva – no sentido em que a lei deve garantir um espaço suficiente para a contratação colectiva das condições de prestação do trabalho – não deve distinguir entre relações de emprego privado e público. Neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira consideram que “o direito de contratação colectiva assiste a todos os trabalhadores. Não estabelecendo o preceito [artigo 56.º da CRP] qualquer discriminação, não pode aquele direito deixar de ser reconhecido a todos [...], incluindo, portanto, também os trabalhadores da Administração pública sujeitos a contratos de trabalho”⁹. Também Ana Fernanda Neves defende ser inequívoco que o direito constitucional à contratação colectiva inclui os trabalhadores da administração pública, desde que com vínculo mediante contrato de trabalho¹⁰.

É com a referida dinâmica legislativa que o direito à regulamentação colectiva, que historicamente se situava num espaço de oposição de interesses entre trabalhador e empregador típico da relação laboral privada, invade as relações de emprego público¹¹. E fica

² Cfr. em particular os artigos 19.º a 21.º.

³ Aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro.

⁴ Estatuía o artigo 1.º do RCTFP: “O contrato de trabalho em funções públicas [...] está sujeito, em especial, aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho [...]”. Nos artigos 340.º e segs. regulava-se a aplicação do direito à contratação colectiva aos trabalhadores com contrato de trabalho.

⁵ Lei n.º 12-A/2008, 27 de Fevereiro.

⁶ Cfr. em particular o artigo 9.º, n.º 3.

⁷ Cfr. BRITO, Pedro Madeira de – O reconhecimento legal do direito à contratação colectiva dos trabalhadores da Administração Pública: da negação à consolidação, p. 328.

⁸ Cfr. artigo 81.º, n.º 2 da LVCR.

⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, p. 746. No mesmo sentido, cfr. SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque – *A Reforma do Emprego Público...*, p. 217.

¹⁰ Cfr. NEVES, Ana Fernanda – *O Direito da Função Pública*, *maxime* p. 392 e 554. No mesmo sentido, cfr. MEDEIROS, Rui; FONTOURA, João Lamy da – *Contratação colectiva e universidades públicas*, p. 456.

¹¹ Actualmente, com a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, a aplicação do direito à contratação colectiva às relações laborais no seio da Administração Pública assume uma relevância e dignidade reforçadas por via da inclusão da matéria da negociação colectiva nas bases do regime e âmbito da função pública. De facto, quer as normas constantes dos artigos 13.º e 14.º – relativas às fontes específicas do contrato de trabalho em funções públicas – quer as constantes dos artigos 347.º a 386.º – sobre a negociação colectiva e, em particular, sobre os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho – integram o elenco das “normas base definidoras do regime e âmbito do vínculo de emprego público” (cfr. artigo 3.º alíneas b) e l)). Ora, nos termos do artigo 165.º, alínea t) da CRP, a legislação sobre bases do regime e âmbito da função pública insere-se na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República. Concretizando as matérias que devem considerar-se integrantes desta competência relativa, veio o legislador da LTFP, de modo inovador, elencá-las, nelas incluindo as referidas matérias. Assim sendo, os preceitos elencados no artigo 3.º da LTFP, neles se incluindo os relativos às fontes e à negociação

claro que o dualismo se desloca para o seio destas últimas com a consagração de regimes diferenciados: de um lado o vínculo de nomeação, tendo a lei como fonte normativa exclusiva; de outro, o contrato de trabalho em funções públicas, cujas fontes normativas são, para além da lei, as disposições do contrato e os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho¹².

Este dualismo mantém-se na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP)¹³ que consagra o direito à contratação colectiva apenas para os trabalhadores em funções públicas com contrato de trabalho – cfr. artigos 13.º, n.º 1 e 347.º, n.º 3, alínea b) – ficando, portanto, excluídos os trabalhadores com vínculo de nomeação.

A admissibilidade deste dualismo no seio do emprego público é explicada por Gomes Canotilho e Vital Moreira em função da natureza distinta dos dois tipos de vínculo: “no caso do regime da função pública, é evidente que ele se caracteriza essencialmente pela sua «natureza estatutária» (definição legal unilateral da relação de emprego) e não contratual, sendo portanto irredutível e irreconduzível a esquemas convencionais de autoregulação bilateral colectiva. Por definição, não pode haver contratação colectiva em sentido próprio onde não há contrato de trabalho individual”¹⁴.

Esta dicotomia não significa, contudo, a negação do direito à negociação colectiva por parte dos trabalhadores nomeados, já que a negociação colectiva tem uma dupla dimensão:

(i) A celebração de acordos sobre as matérias que integram o estatuto dos trabalhadores em funções públicas, a incluir em actos legislativos ou regulamentos administrativos – negociação colectiva em sentido estrito; e

(ii) A celebração de instrumentos de regulamentação colectiva convencional – contratação colectiva (cfr. artigo 347.º, n.º 3, da LTFP). Apenas a última destas dimensões é exclusivamente aplicável a trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas¹⁵.

colectiva, têm a natureza de lei de valor reforçado, como decorre da leitura conjugada dos n.ºs 2 e 3 do artigo 112.º da CRP (Cfr. PIRES, Miguel Lucas – *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas Anotada e Comentada*, p. 56-57).

¹² Sobre a fractura assim introduzida no sistema de emprego público, cfr. SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque – *A Reforma do Emprego Público...*, p. 238-241. Na opinião deste autor “esta situação é discriminatória para os nomeados que não podem negociar as fontes normativas da nomeação” ao ponto de considerar que esta “falta de gozo de alguns direitos dos trabalhadores pelos nomeados exige certamente algumas compensações económicas, ou dos sistemas de saúde, etc. para estes profissionais nomeados, sob pena do regime da nomeação apenas trazer desvantagens para estes profissionais”. Considera, assim, que o “princípio da igualdade permite que se trate situações desiguais de modo juridicamente desigual.” (idem, p. 241).

¹³ Aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada...*, p. 746-747. Os mesmos autores acrescentam, no entanto, que “já não será incompatível com o regime da função pública um esquema de negociação colectiva, como mecanismos de participação na actividade administrativa, que habilite a Administração a tomar as decisões pertinentes” (idem, p. 747). No mesmo sentido Paulo Veiga Moura e Cátia Arrimar, explicitam que a razão de ser do reconhecimento do direito à contratação colectiva exclusivamente aos trabalhadores com vínculo de contrato de trabalho prende-se com o facto de o vínculo de nomeação determinar a “adesão a um regime jurídico unilateral e previamente determinado, sem possibilidade de ser disciplinada por instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho” (MOURA, Paulo Veiga, ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, p. 110).

¹⁵ Sobre a compatibilidade da negociação colectiva em sentido estrito com as relações laborais públicas com vínculo de nomeação, cfr. a posição de Gomes Canotilho e Vital Moreira citada na nota anterior.

O instrumento típico de contratação colectiva é o acordo colectivo de trabalho (ACT)¹⁶. Este instrumento tem, à partida, eficácia subjectiva limitada aos trabalhadores e empregadores representados pelas partes outorgantes. É o que decorre do artigo 370.º, n.º 2 da LTFP, segundo o qual, do lado dos trabalhadores, os ACT são aplicáveis aos filiados nas associações sindicais outorgantes¹⁷. Deste preceito, sem mais, resultaria, quanto ao âmbito de eficácia pessoal do ACT, a aplicação do princípio da filiação.

Quando, como acontece no actual Código do Trabalho (CT)¹⁸, se consagra o princípio da filiação em matéria de âmbito de aplicação de IRCT, estabelece-se que a filiação no sindicato subscritor do ACT é condição da aplicação subjectiva do seu conteúdo¹⁹. No entanto, a legislação laboral tende a consagrar excepções ao princípio da filiação. A principal dessas excepções é a típica extensão do âmbito de aplicação subjectiva dos ACT mediante regulamentos administrativos – os regulamentos de extensão. O actual CT denomina tais mecanismos de portarias de extensão²⁰ e prevê a possibilidade da sua emissão “mediante ponderação de circunstâncias sociais e económicas que a justifiquem, nomeadamente a identidade ou semelhança económica e social das situações no âmbito da extensão e no do instrumento a que se refere”^{21 22}.

No entanto, no âmbito da LTFP, a consagração do princípio da filiação por via do artigo 370.º, n.º 2, é meramente aparente, já que o n.º 3 do mesmo artigo vem estender a aplicação do ACT “aos restantes trabalhadores integrados em carreira ou em funções no empregador público a que é aplicável o acordo coletivo de trabalho”. Ou seja, a LTFP consagra um mecanismo legal de extensão das condições de trabalho convencionadas em ACT a trabalhadores não sindicalizados bem como a trabalhadores filiados em associações sindicais não outorgantes, desde que sejam trabalhadores integrados em carreira ou em funções no empregador público – consoante se trate de acordo colectivo de carreira ou acordo colectivo de empregador público – a que seja aplicável o ACT.

A LTFP vem, então, consagrar um mecanismo inovador de extensão da eficácia do ACT que rompe com o princípio da filiação, na medida em que, na prática, faz desaparecer a necessidade de filiação no sindicato subscritor como condição de eficácia subjectiva do

¹⁶ Em matéria de contratação colectiva, a LTFP prevê no artigo 13.º como IRCT convencionais: (i) o acordo colectivo de trabalho, nas modalidades de acordo colectivo de carreira, geral ou especial – aplicável no âmbito de uma carreira ou conjunto de carreiras, independentemente dos órgãos ou serviços onde os trabalhadores exerçam funções – e o acordo colectivo de empregador público – aplicável no âmbito de um órgão ou serviço onde o trabalhador exerça funções (n.ºs 3 e 5 a 7); (ii) o acordo de adesão (n.º 3) e (iii) a decisão de arbitragem voluntária (n.º 3); e como IRCT não convencionais a decisão de arbitragem necessária (n.º 4).

¹⁷ É este o teor do preceito: “O acordo coletivo de trabalho aplica-se aos trabalhadores filiados em associação outorgante ou membros da associação sindical filiada na união, federação ou confederação sindical outorgante”.

¹⁸ Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

¹⁹ É o que decorre dos preceitos contidos no artigo 496.º do CT, precisamente sob a epígrafe “Princípio da filiação”.

²⁰ Cfr. artigos 514.º e segs.

²¹ Artigo 514.º, n.º 2, do CT.

²² No actual CT estão consagradas outras excepções ao princípio da filiação: (i) a faculdade do trabalhador não sindicalizado optar pela aplicação de uma convenção colectiva celebrada no âmbito da empresa e mesmo a possibilidade de optar pela aplicação de uma delas quando exista mais do que uma no seio da empresa (cfr. artigo 497.º, n.º 1, do CT); (ii) a possibilidade de o IRCT que institua os regimes de adaptabilidade do período de trabalho ou de banco de horas prever que o empregador possa aplicar esse(s) regime(s) ao conjunto dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica caso, pelo menos, 60 % dos trabalhadores dessa estrutura sejam abrangidos por esse IRCT (cfr. artigos 206.º, n.º 1 e 208.º-B, n.º 1, do CT).

conteúdo do ACT. A verdadeira inovação consiste não na consagração de um mecanismo de excepção ao princípio da filiação – pois, como se viu, a legislação laboral tende a incluir diversas excepções a esse princípio, em especial através da possibilidade de emissão de regulamentos de extensão –, mas sim no facto de essa extensão operar por via legal – portanto, sem mediação de qualquer ponderação administrativa – e mediante aceitação tácita dos interessados. A inovação é significativa, já que a típica extensão por via regulamentar consubstancia o exercício de um poder discricionário por parte da administração, enquanto o mecanismo previsto no artigo 370.º, n.º 3, da LTFP faz estender a eficácia do ACT independentemente de qualquer vontade administrativa; embora, como veremos, tal extensão fique na dependência da vontade do trabalhador não filiado ou do sindicato não outorgante.

A extensão da eficácia do ACT, embora opere por mera previsão legal, ocorre por via da aceitação tácita por parte do trabalhador ou do sindicato não outorgante. De facto, a extensão da eficácia só não opera no caso de oposição expressa a exercer no prazo de 15 dias a contar da data de entrada em vigor do acordo colectivo (cfr. artigo 370.º, n.º 4 da LTFP). No caso de trabalhadores não sindicalizados, o direito de oposição cabe ao próprio trabalhador; no caso de trabalhadores filiados, mas em sindicato não outorgante do acordo, o direito de oposição cabe à associação sindical interessada e com legitimidade para celebrar um ACT relativamente aos seus filiados (cf. artigo 370.º, n.º 3, parte final)²³. Com o decurso do prazo de oposição sem que este direito seja exercido, dá-se a aceitação tácita da extensão de eficácia subjectiva aos trabalhadores não sindicalizados e aos trabalhadores filiados em sindicato não outorgante do ACT^{24 25}.

Portanto, a LTFP atribui ao trabalhador não sindicalizado a decisão de se sujeitar ou não às disposições do ACT. No entanto, o trabalhador não sindicalizado apenas é chamado a exercer uma opção expressa se lhe for aplicável mais do que um acordo no âmbito do empregador público, caso em que deve indicar por escrito ao empregador o acordo colectivo que pretende ver-lhe aplicado (artigo 370.º, n.º 5). Na falta dessa indicação expressa ser-lhe-á aplicável o ACT que abranja o maior número de trabalhadores no âmbito do empregador público (artigo 370.º, n.º 6)²⁶.

²³ Cfr., a título de exemplo, a oposição do STAL à aplicação do Acordo Colectivo de Trabalho n.º 1/2009 – Acordo Colectivo de Carreiras Gerais – publicado em DR 2.ª série, parte J3, n.º 188, de 28 de Setembro de 2009, aos trabalhadores seus associados (publicado pelo Aviso n.º 13346/2014, DR Série II, J3, n.º 232, de 1 de Dezembro de 2014).

²⁴ Cfr. BRITO, Pedro Madeira de – A superação do princípio da filiação na contratação coletiva especial do setor público, p. 226.

²⁵ Embora o mecanismo de extensão seja consagrado na perspectiva do trabalhador, a verdade é que constitui igualmente um mecanismo que estende a aplicação aos empregadores não outorgantes; e tal extensão opera independentemente da vontade do empregador, já que este não pode exercer qualquer direito de oposição. Em todo o caso, como refere Pedro Madeira de Brito, na administração pública o princípio da filiação não se aplica do lado do empregador, pois “o âmbito de aplicação subjetivo não é recortado do lado do empregador nos mesmos termos do Código do Trabalho. Com efeito, não existe do lado do empregador a aplicação do princípio da filiação: o empregador é abrangido pelo acordo coletivo porque o outorga (acordo coletivo de entidade empregadora pública) ou porque está no âmbito de aplicação do mesmo, como é o caso do acordo coletivo de carreira (artigos 13.º, n.º 6, 364.º e 370.º)” (BRITO, Pedro Madeira de - A superação do princípio da filiação..., p. 224).

²⁶ A propósito de solução idêntica consagrada no art. 497.º, n.º 1, do CT, sublinha Júlio Gomes que “enquanto os trabalhadores filiados numa associação sindical ficam vinculados pela convenção colectiva que essa associação sindical outorgue, e isto mesmo que tendo estado inscritos no início do processo negocial se desfilarem entretanto [...], os trabalhadores não filiados podem optar pela convenção colectiva que mais lhes agrada, caso sejam

A consequência imediata da ruptura com o princípio da filiação é a desnecessidade de aprovação de regulamentos de extensão (anteriormente previstos no artigo 2.º, n.º 4 do RCTFP como IRCT não negocial), pelo que, em coerência com esta solução, o legislador não só retirou do elenco dos IRCT os regulamentos de extensão (cf. artigo 13.º da LTFP), como previu, em matéria de âmbito de aplicação subjectivo, a aplicação do disposto na LTFP aos ACT vigentes à data da entrada em vigor da LTFP (cfr. artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 35/2014) e ainda a revogação dos regulamentos de extensão emitidos ao abrigo da legislação revogada (cfr. n.º 3 do mesmo artigo)²⁷.

Importa ainda ter em consideração a vigência temporal da extensão do âmbito subjectivo, sendo necessário distinguir consoante estejam em causa trabalhadores não sindicalizados ou trabalhadores filiados em sindicatos não outorgantes. Quanto ao trabalhador não sindicalizado, a sujeição a um ACT, por via da extensão prevista no artigo 370.º²⁸, é irrevogável até ao final do prazo constante do ACT ou, sendo o acordo objecto de alteração, até à entrada em vigor desta ou, no caso de o ACT não ter prazo de vigência, até ao prazo mínimo de um ano (cfr. n.º 4, conjugado com os n.ºs 2 e 3, do art. 371.º da LTFP).

A LTFP não contém previsão semelhante quanto aos trabalhadores filiados em sindicatos não outorgantes, pelo que serão aplicáveis, devidamente adaptadas, as regras de determinação temporal da filiação (cfr. artigo 371.º da LTFP). Assim, os ACT serão eficazes relativamente aos trabalhadores filiados nas associações não signatárias (mas que não exerceram o direito de oposição), quer no momento do início do processo negocial quer no decurso da vigência dos ACT, desde o momento da extensão até, mesmo em caso de desfiliação dos trabalhadores, ao final do prazo constante do ACT ou, sendo o acordo objecto de alteração, até à entrada em vigor desta ou, no caso de o ACT não ter prazo de vigência, até ao prazo mínimo de um ano (cfr. n.ºs 1 a 3 do artigo 371.º da LTFP).

Mas, a diferença significativa é que, no caso dos trabalhadores filiados em sindicato não outorgante, este pode fazer cessar a aplicação do ACT, objecto de extensão, mediante a aprovação de um ACT próprio. De facto, como refere Pedro Madeira de Brito, “o sindicato, desde que tenha legitimidade, pode sempre vir a iniciar negociações e a celebrar acordo coletivo com o empregador público ao abrigo da sua autonomia coletiva. Deste modo, está em aberto a possibilidade do sindicato iniciar um processo de negociação coletiva com vista a estabelecer as condições de trabalho através de acordo coletivo próprio”²⁹.

aplicáveis várias no âmbito de uma empresa” (GOMES, Júlio Manuel Vieira – O Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical, p. 178-179).

²⁷ Para tanto previu-se um prazo mais alargado – 60 dias – do que o previsto na LTFP para exercício do direito de oposição por parte do trabalhador não sindicalizado ou da associação sindical não subscritora relativamente aos seus filiados, bem como para o exercício do direito de opção por parte do trabalhador não sindicalizado, no caso de ser aplicável mais do que um acordo colectivo no âmbito do empregador público (cfr. n.º 2 do mesmo artigo).

²⁸ A letra do n.º 4 do artigo 371.º refere “A opção do trabalhador não sindicalizado pela sujeição a um acordo coletivo” quando na realidade o trabalhador só exerce uma opção no caso de ser aplicável mais do que um acordo colectivo no âmbito do empregador público (cfr. artigo 370.º, n.º 5, da LTFP), pois sendo aplicável um único ACT a extensão dá-se por aceitação tácita, como se referiu.

²⁹ BRITO, Pedro Madeira de – A superação do princípio da filiação..., p. 226.

Ou seja, no caso dos trabalhadores filiados em sindicato não outorgante, a posterior celebração de um ACT cessa o efeito extensivo do anterior ACT. Portanto, para estes trabalhadores, o mecanismo de extensão é manifestamente supletivo, cedendo perante o posterior exercício da autonomia colectiva. Pelo contrário, o carácter supletivo é fortemente diluído no caso dos trabalhadores não sindicalizados, já que, uma vez aceite tacitamente a extensão, ficam temporalmente vinculados ao ACT, nos termos já referidos.

2. A extensão do âmbito subjectivo dos acordos colectivos de trabalho: questões emergentes

Temos então que a LTFP veio afastar o princípio da filiação em matéria de regulamentação colectiva, permitindo que os acordos colectivos de trabalho sejam aplicados não apenas aos trabalhadores com filiação nos sindicatos outorgantes do acordo mas também aos trabalhadores sem qualquer filiação sindical e ainda aos trabalhadores filiados num sindicato não subscritor do acordo. Tal aplicação só não ocorrerá, no primeiro caso, se o trabalhador não sindicalizado a ela se opuser expressamente ou, no segundo caso, havendo oposição expressa por parte do sindicato não subscritor com legitimidade para celebrar o acordo, relativamente aos seus filiados.

Quer no actual CT, quer na legislação anterior aplicável às relações laborais em funções públicas, a possibilidade de extensão da eficácia dos ACT depende(ia) da aprovação de regulamentos de extensão. Assim, por um lado, importa enfatizar que, quer mediante regulamentos de extensão quer mediante o mecanismo legal de extensão previsto na LTFP, estamos perante normas com origem convencional que, por via não negocial, têm aplicação a relações de trabalho protagonizadas por trabalhadores não filiados nas associações sindicais outorgantes. Ora, estes mecanismos de extensão do âmbito de aplicação subjectiva são frequentemente apontados como fonte de despromoção da filiação sindical.

Por outro lado, no que respeita especificamente ao âmbito de aplicação da LTFP, fica claro que, ao celebrar um ACT, o sindicato que outorga em representação dos trabalhadores nele filiados está também, pelo menos potencialmente, a agir em representação de todos os trabalhadores integrados na mesma carreira ou em funções no mesmo empregador público, mesmo que não sejam sindicalizados ou mesmo que sejam filiados noutra associação. Neste sentido, a extensão, por via legal, da eficácia subjectiva dos ACT, obriga a repensar a natureza da representatividade dos sindicatos, podendo falar-se numa representação atípica. Mas, assim sendo, a exigência legal de representatividade dos sindicatos como condição de legitimidade para a celebração de ACT terá uma relevância reforçada. Esta relevância é efectivamente reconhecida na LTFP que estabelece particulares exigências de representatividade por parte das associações sindicais^{30 31}.

³⁰ Cfr. o artigo 349.º, n.º 1, da LTFP que faz depender a legitimidade da associação sindical para a negociação colectiva de percentagens mínimas de trabalhadores sindicalizados relativamente ao total de trabalhadores que exercem funções públicas ou, no caso de negociação colectiva sectorial, ao total dos trabalhadores integrados na carreira especial em causa.

³¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira sublinham que “questão particularmente relevante [...] é a que decorre da existência de mais do que um sindicato (ou associação de sindicatos) a representar a mesma categoria de

Ainda a propósito dos problemas de representatividade, João Leal Amado enuncia uma complexidade acrescida introduzida pela queda do princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador: “será legítimo aplicar, mediante um regulamento de extensão, disposições convencionais menos favoráveis do que as previstas na lei a trabalhadores não filiados no (e, portanto, não representados pelo) sindicato que subscreveu aquela convenção?”³².

De facto, o CT, no seu art. 4.º, n.º 1, veio consagrar a possibilidade de os ACT conterem disposições menos favoráveis do que as legalmente previstas³³ ³⁴. E esta possibilidade é igualmente aplicável às relações laborais de vínculo público em resultado da actual previsão constante do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da LTFP, segundo a qual é aplicável ao vínculo de emprego público o disposto no CT em matéria de relação entre a lei e os instrumentos de regulamentação colectiva.

Ou seja, um ACT pode, pelo menos em abstracto, estabelecer uma redução das condições de trabalho, pelo que pode questionar-se a legitimidade da extensão do âmbito subjectivo das disposições convencionais menos favoráveis do que as previstas na lei a trabalhadores não filiados no sindicato outorgante.

trabalhadores, com a conseqüente concorrência em relação à contratação colectiva [...]. A Constituição remeteu para a lei a questão da legitimidade contratual, parecendo deixar em aberto a opção quanto ao sistema concreto de legitimidade na celebração de convenção colectiva. Dentre estes sistemas, a lei pode optar, por exemplo, por um sistema de legitimidade de contratação colectiva para o sindicato mais representativo, com eficácia geral em relação a todos os outros trabalhadores, ou um esquema de competência sindical concorrente, com limitação da eficácia das convenções em relação aos associados de cada sindicato. A opção legislativa foi claramente no segundo sentido, com a acomodação das organizações sindicais quanto ao problema da responsabilidade. [...] Seguramente incompatível com o direito de contratação colectiva seria a invocação de uma convenção colectiva com um sindicato minoritário para justificar a recusa de contratar com o sindicato maioritário e, muito menos, para estender a mesma convenção, por via administrativa, a todas as relações de trabalho do sector envolvido” (CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa...* p. 747).

³² AMADO, João Leal – Tratamento mais favorável e art. 4.º, n.º 1, do Código do Trabalho: o fim de um princípio?, p. 121.

³³ É este o teor do preceito: “As normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”. A disposição refere-se genericamente aos instrumentos de regulação colectiva, afastando apenas os regulamentos das condições mínimas por conjugação com o n.º 2 do mesmo artigo.

³⁴ O CT de 2009 veio introduzir esta diferença relativamente ao regime legal anterior. Neste, inexistindo conflito normativo, permitia-se a aplicação de normas convencionais apenas de conteúdo mais favorável ao trabalhador, enquanto, em idênticas circunstâncias, o CT de 2009 permite a livre variação em qualquer dos sentidos. Portanto, no regime anterior, a articulação entre os dois tipos de normas decorria da conjugação do princípio da prevalência hierárquica da lei com o princípio do tratamento mais favorável, à luz do qual se impedia a aplicação de normas convencionais menos favoráveis ao trabalhador, e se possibilitava (ou sugeria, segundo alguns autores) um regime convencional mais favorável. Com o CT, é retirado este mecanismo de protecção legal mínima, passando a ser admissível que, por convenção colectiva, se estabeleça um regime mais ou menos favorável (ao trabalhador) do que o estabelecido nas normas legais (*salvo quando delas resultar o contrário*). Do art. 4.º n.º 1, do código extrai-se, então, que, “em princípio, o Direito do trabalhador legislado possui um carácter facultativo ou supletivo face à contratação colectiva” (AMADO, João Leal – Tratamento mais favorável..., p. 115). Ou seja, do preceito decorre a (implícita) admissibilidade de disposições menos favoráveis, estabelecidas por instrumentos de regulamentação colectiva, quando as disposições legais em confronto sejam de natureza dispositiva ou estabeleçam vantagens máximas para os trabalhadores.” (FERNANDES, António Monteiro – *Direito do Trabalho*, p. 124).

3. O direito à contratação colectiva enquanto concretização do princípio da autonomia colectiva

Um dos traços estruturantes do direito do trabalho é a sua dimensão colectiva que, como esclarece Maria do Rosário Palma Ramalho, se manifesta “na constituição de entes colectivos e de outros grupos laborais e justifica a actuação dos sujeitos laborais colectivamente ou por intermédio de grupos, como forma comum de intervenção no domínio laboral”³⁵. Fala-se, então, em determinação colectiva das condições de trabalho e invoca-se a acção colectiva em substituição do trabalhador isolado, visando participar nessa determinação.

Uma das projecções fundamentais desta dimensão é o conceito de autonomia colectiva, que Monteiro Fernandes define como a “capacidade reconhecida pelo Estado a certos grupos sociais organizados de emitirem, por um processo próprio de expressão do confronto entre os seus interesses colectivos (o negócio colectivo), normas que simultaneamente constituem fórmulas de equilíbrio entre estes interesses e padrões de conduta para os membros dos grupos nas suas relações individuais (isto é, limitações à autonomia privada)”³⁶.

Desta forma, o princípio da autonomia colectiva é historicamente inerente às relações laborais e tem a sua razão de ser na necessidade de equilibrar essas relações, compensando a debilidade contratual do trabalhador isolado. A autonomia colectiva deve, assim, ser entendida como um mecanismo de protecção dos trabalhadores perante a posição de poder do empregador, promovendo a substituição da posição contratual do trabalhador individualmente considerado pelas formas de organização colectiva dos interesses. Entende-se, portanto, que a acção colectiva dos trabalhadores – valorizada em detrimento da autonomia individual – garante uma influência mais determinante na definição das condições de trabalho, permitindo alcançar um equilíbrio nas relações laborais originalmente assimétricas. Acresce que a consagração constitucional da autonomia colectiva (cfr. artigo 56.º, n.º 1, da CRP) consubstancia um reconhecimento “como direito fundamental dos trabalhadores, com a natureza, pelo menos desde a revisão constitucional de 1982, de um direito, liberdade e garantia”^{37 38}.

Embora a autonomia colectiva não se reduza ao direito à contratação colectiva, este é a sua expressão mais relevante (cfr. artigo 56.º, n.º 3, da CRP), como é reconhecido por Bernardo da Gama Lobo Xavier, para quem as convenções colectivas “constituem a expressão da sociedade livre, em que se reconhece a autonomia das forças sociais e exprimem uma manifestação de pluralismo jurídico, em que o Estado aceita a criação do Direito pelos grupos interessados. [...] são a expressão fundamental da autonomia colectiva [...] entendida como um fenómeno de auto-regulação de interesses entre grupos contrapostos, na medida em que se confia aos próprios interessados, organizados nas respectivas associações, a disciplina das relações de

³⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Direito do Trabalho. Parte I. Dogmática Geral*, p. 501.

³⁶ FERNANDES, António Monteiro – *Direito do Trabalho...*, p. 650.

³⁷ LEITE, Jorge – *Código do Trabalho – algumas questões de (in)constitucionalidade*, p. 249.

³⁸ O princípio da autonomia colectiva pode ainda ser associado à ideia de democracia participativa ínsita no princípio do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º da CRP (cfr. SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa – *A Reforma do Emprego Público...*, p. 242).

trabalho”³⁹. Note-se, a propósito, que a CRP declara “a titularidade do direito de contratação colectiva a favor dos trabalhadores enquanto membros de um grupo e não dos sindicatos. Estes apenas têm o monopólio do exercício do direito, mas não são os titulares do direito à contratação colectiva”⁴⁰.

Por outro lado, procura sublinhar-se que a CRP apenas declara o direito de contratação colectiva a favor dos trabalhadores, e não do empregador – está em causa “o exercício e um direito fundamental dos trabalhadores”⁴¹. Nesta perspectiva, do ponto de vista constitucional os sujeitos laborais não estão no mesmo plano: embora não podendo deixar de considerar o empregador como sujeito da convenção colectiva, esta perspectiva entende “que não foi por causa dos interesses do empregador [...] que a Constituição consagrou o direito à contratação colectiva e ordenou à lei a sua garantia efectiva”⁴².

Na linha do que ficou dito sobre o conceito de autonomia colectiva, deve enfatizar-se que o elemento essencial à contratação colectiva é a intervenção, do lado dos trabalhadores, de uma organização sindical, exigência que está na base da constituição de uma relação colectiva de trabalho. Esta característica garante que a contratação colectiva constitua um mecanismo específico de compensação do desequilíbrio original entre as partes na relação de trabalho. O entendimento de que a convenção colectiva reequilibra a relação laboral e coloca empregadores e trabalhadores numa situação de paridade assenta na ideia segundo a qual, no processo negocial, o sindicato se substitui à individualidade de cada trabalhador na determinação das condições de trabalho. É através da contratação colectiva que os trabalhadores, enquanto colectivo, se contrapõem ao empregador, limitando o seu poder, e participam paritariamente na determinação colectiva das condições de trabalho⁴³.

Note-se, assim, que a regulação das relações individuais de trabalho por acordo colectivo, e atendendo a que as cláusulas destes prevalecem sobre as cláusulas dos contractos individuais, “implica uma limitação considerável da autonomia contratual individual e representa a imposição de obrigações a pessoas que [...] não intervieram na celebração da convenção”⁴⁴.

Partindo destas posições, é possível destacar três componentes da dimensão normativa das convenções colectivas. Em primeiro lugar, deve atender-se a que a eficácia jurídica da ACT se produz, à partida, na esfera individual dos trabalhadores e não na das organizações que a celebram (outorgantes), vinculando os indivíduos filiados nas organizações celebrantes e regulando de forma directa e imediata as relações individuais de trabalho. Em articulação próxima com este aspecto, pode destacar-se uma segunda componente: parte significativa do

³⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – *Curso de Direito do Trabalho*, p. 157.

⁴⁰ REIS, João – A caducidade e a uniformização das convenções colectivas, a arbitragem obrigatória e a Constituição, p. 187.

⁴¹ *Idem*, p. 188.

⁴² *Ibidem*, p. 188.

⁴³ A este propósito, justifica-se referir que o interesse colectivo, prosseguido pelos sindicatos, é qualitativamente distinto dos interesses individuais de cada trabalhador: “O interesse colectivo não se reduz ao mero somatório dos interesses individuais dos membros do grupo: pode, eventualmente, existir uma pretensão coincidente e simultânea a todos eles, mas pode ser também (e será a regra) verificar-se divergência, se não conflito, de interesses individuais no seio da colectividade” (FERNANDES, António Monteiro – *Direito do Trabalho...*, p. 655).

⁴⁴ MOURA, J. Barros – *A convenção colectiva entre as fontes de direito do Trabalho. Contributo para a teoria da convenção colectiva de trabalho no direito português*, p. 93.

conteúdo da convenção colectiva assume a natureza de comandos jurídicos gerais, abstractos e vinculativos para o conjunto de indivíduos filiados nas organizações celebrantes⁴⁵. Por último, invoca-se a singularidade da autonomia colectiva e o seu valor como forma específica de garantir a defesa e promoção dos interesses dos trabalhadores, enquanto grupo colectivamente organizado.

Desde a apresentação do anteprojecto que antecedeu a aprovação da LTFP que a ruptura com o princípio da filiação foi assumida como uma inovação a introduzir: “salientam-se como principais inovações: [...] Estabelecimento de uma regra específica sobre o âmbito de aplicação pessoal das convenções colectivas (escolha do trabalhador quando não sindicalizado) de forma a não serem necessárias portarias de extensão”⁴⁶. Como razão de ser desta inovação foi ainda expresso que: “tendo em conta as dúvidas que pode colocar a portaria de extensão no sector público, uma vez que o Estado é, ao mesmo tempo, parte na contratação colectiva e a entidade que emite a portaria (regime do RCTFP), optou-se por dispensar as portarias de extensão, criando uma regra diferente de aplicação pessoal das convenções, sem deixar de respeitar o princípio da liberdade sindical. Assim, a convenção pode ter eficácia geral mas essa eficácia geral é afastável por oposição das associações sindicais ou do próprio trabalhador”⁴⁷.

Perante esta intenção, e no decurso do processo legislativo, os sindicatos expressaram o receio de que a ruptura com o princípio da filiação abalasse o papel dos sindicatos⁴⁸. Está efectivamente em causa a extensão da eficácia subjectiva dos IRCT negociais mediante mecanismos não negociais, pelo que importa analisar a sua adequação em particular à luz do princípio da liberdade sindical⁴⁹.

A este propósito, é de notar que a própria admissibilidade dos regulamentos de extensão fora já controvertida por se entender que podem abalar a liberdade sindical na medida em que torne desnecessária a filiação sindical. Gomes Canotilho e Vital Moreira consideram que “por um lado, quanto à possibilidade de extensão em bloco da eficácia dos contractos colectivos [...] existem matérias em que constitucionalmente não pode haver discriminações, devendo as

⁴⁵ Bem como dos trabalhadores que se filiem nas organizações outorgantes durante o período de vigências da convenção – cfr. artigo 371.º da LTFP.

⁴⁶ Anteprojecto de Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Nota Prévia, p. 4, disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/cursos/documentacao/apresentacao_anteprojecto_de_lei_geral_do_trabalho_em_funcoes_publicas_2.pdf, consultado em 30-12-2016).

⁴⁷ Idem, p. 9.

⁴⁸ A título de exemplo, o Sindicato dos Trabalhadores do Município de Lisboa – STML na apreciação pública no decurso do processo legislativo que antecedeu a aprovação da LTFP afirmou que: “a possibilidade de adesão a acordos colectivos de trabalho por trabalhadores não sindicalizados numa violação abjecta (mais uma!) da Constituição e num fomento à dessindicalização mais do que declarado” (Contributo para a Apreciação Pública do Proposta Lei Nº 184/XII, disponível em:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764e554e50526b46514c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a595738764d545a6b4d6a6b304e5441744e3255774f4330305a4441354c574a6b4f44637459324a6b4f4755325a5456685954526d4c6e426b5a673d3d&fich=16d29450-7e08-4d09-bd87-cbd8e6e5aa4f.pdf&inline=true>, consultado em 30-12-2016).

⁴⁹ A propósito desta questão, relembre-se que, no âmbito das relações de emprego público, a consagração da possibilidade de negociar e celebrar acordos colectivos – cujo direito, embora titulado pelos trabalhadores, é exercido em seu nome pelos sindicatos – veio reforçar o papel das associações sindicais relativamente ao regime anterior, no qual as relações de emprego público eram essencialmente reguladas pela lei. De facto, o leque de competências das associações sindicais em sede de negociação colectiva, que incluíam o direito (constitucional) a participar na elaboração da legislação laboral, é agora alargado passando a incluir o direito à contratação colectiva.

regalias obtidas nas convenções colectivas ser extensivas a todos os trabalhadores; porém, sendo a actividade sindical e a contratação colectiva suportada somente pelos trabalhadores sindicalizados, merece protecção constitucional o seu interesse em reservar para si as regalias que não sejam obrigatoriamente uniformes, sob pena de premiar o fenómeno do «free rider», ou seja, os trabalhadores que tiram proveito da acção colectiva, sem nela se envolverem e sem suportarem os respectivos encargos”⁵⁰.

Assim, a extensão da eficácia subjectiva de um ACT a trabalhadores filiados em sindicato não outorgante pode ser entendido como uma violação da autonomia colectiva e da liberdade sindical se levarmos em conta que o sindicato não outorgante não quis negociar um ACT ou, tendo negociado, não chegou a acordo com a entidade empregadora. E quanto aos trabalhadores não sindicalizados, defende Júlio Gomes que a “discricionariedade do Ministério do Trabalho na extensão para além do seu âmbito negocial subjectivo das convenções colectivas através de portarias de extensão pode representar um mecanismo contrário à filiação sindical, na medida em que impede que os sindicatos conservem algumas vantagens do resultado da negociação colectiva para os seus filiados”⁵¹.

Nestes termos, a liberdade sindical, que constitui um Direito, Liberdade e Garantia dos trabalhadores – beneficiando, portanto, do regime do art. 18.º da CRP –, manifesta-se, nomeadamente, no exclusivo da legitimidade para a contratação colectiva. Como refere Bernardo Lobo Xavier, as convenções colectivas de trabalho “são, desde sempre, a expressão fundamental da autonomia colectiva, entendida como auto-regulamentação constitucionalmente consagrada de interesses entre grupos contrapostos, na medida em que se aceita que são as organizações dos próprios interessados as entidades competentes para disciplinar as relações de trabalho”⁵².

Nesta medida, poder-se-á entender que o princípio da autonomia colectiva projecta-se, também, no princípio da filiação, pois, nos termos da CRP, “compete às associações sindicais exercer o direito de contratação colectiva, o qual é garantido nos termos da lei” (artigo 56.º, n.º 3). Decorre deste preceito que a contratação colectiva constitui uma garantia dos trabalhadores “a efectivar pelas associações sindicais, e só por elas”⁵³. Neste sentido, Barros Moura destaca que a norma convencional é produto conjugado do “acordo de vontades entre entidades representativas de grupos sociais contrapostos” com os “requisitos e limites legais”,

⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa...*, p. 748. Ainda segundo estes autores, “parece líquido que não existe qualquer violação do direito de contratação colectiva quando a regulamentação administrativa venha colmatar a ausência de sindicato (ou a sua debilidade) ou a recusa ilegítima de contratação por parte das entidades patronais”. Mas, por outro lado, “não é evidente o fundamento constitucional para a regulamentação administrativa como sucedâneo ou complemento da contratação colectiva, limitando-se a constituição a mencionar as convenções colectivas de trabalho e a referir o problema da eficácia das suas normas (n.º 4), mesmo aí sem sugerir a sua extensão por via regulamentar” (idem, p. 745-746).

⁵¹ GOMES, Júlio Manuel Vieira – *O Código do Trabalho de 2009...*, pp. 166-167. Júlio Gomes considera ainda que “a sindicalização não pode comportar apenas custos, mas tem que trazer algumas vantagens para os filiados, vantagens que, no entanto, são quase sistematicamente suprimidas pelo nosso sistema jurídico, porque estendidas aos não filiados” (idem).

⁵² XAVIER, Bernardo Lobo – *As fontes específicas de Direito do Trabalho e a superação do princípio da filiação*, p. 117-153

⁵³ FONSECA, Guilherme – *Os acordos colectivos de trabalho na administração pública e o princípio da autonomia colectiva*, p. 2. No mesmo sentido, Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa...* p. 744.

significando que, “isoladamente, nem a vontade das partes, nem a vontade do Estado, são aptas a produzir este fenómeno singular do contrato colectivo – fonte de direito”. Para desenvolver a sua posição, o autor procura identificar as razões que levam o Estado a reconhecer a convenção colectiva como fonte de direito: “O que, fundamentalmente, o Estado protege é a aptidão da acção sindical para defender os interesses dos trabalhadores, contrapondo ao maior poderio económico e social dos empregadores a determinação colectiva das condições de trabalho. [...] Ao atribuir à convenção colectiva valor de fonte de direito o Estado visa tutelar um poder sindical para auto-disciplinar o interesse colectivo da categoria. Esta parece ser a configuração da negociação colectiva na actual ordem jurídico-constitucional portuguesa caracterizada pela afirmação e garantia de liberdade sindical dos indivíduos e das organizações de trabalhadores face ao Estado [...] e pela consagração da «competência» dos sindicatos para defenderem os interesses colectivos dos trabalhadores, nomeadamente, através da disciplina das relações individuais de trabalho por convenção colectiva [...] com base no reconhecimento do direito de contratação colectiva, com natureza de direito fundamental, significativamente, apenas aos trabalhadores”⁵⁴.

4. A natureza multifacetada da contratação colectiva e da liberdade sindical

Para confronto com as posições enunciadas a propósito da relevância constitucional da autonomia colectiva concretizada no direito à contratação colectiva, importa agora enunciar alguns aspectos que evidenciam a natureza multifacetada da contratação colectiva e da liberdade sindical.

Em primeiro lugar, sublinha-se que a CRP remete para o legislador ordinário a concretização do direito à contratação colectiva, a legitimidade das associações sindicais no âmbito do exercício desse direito da contratação colectiva e a eficácia das normas dos IRCT. Sobre este último ponto, destaca-se que, nos termos do artigo 56.º, n.º 4 da CRP, cabe à lei definir a eficácia das normas das convenções colectivas, incluindo a eficácia pessoal.

Por outro lado, não podemos desprezar a circunstância de a liberdade sindical conter não apenas uma vertente positiva, mas também uma vertente negativa que se concretiza no direito à não filiação sindical. Nesta medida, o trabalhador não sindicalizado ocupará um espaço de tensão entre o direito à contratação colectiva – não esquecendo que este direito visa precisamente acautelar a parte desprotegida na relação laboral – e o direito à liberdade sindical na sua vertente negativa⁵⁵.

A resolução desta tensão poderá estar precisamente na construção de mecanismos de extensão da aplicação subjectiva dos ACT que ponderem adequadamente os direitos em confronto. Nesta linha de raciocínio refere António Nunes de Carvalho que “num ordenamento

⁵⁴ MOURA, J. Barros – *A convenção colectiva entre as fontes de direito...*, p. 120-123.

⁵⁵ No entanto, pode ainda questionar-se a amplitude da vertente negativa da liberdade sindical no sentido de se esta “consiste simplesmente na liberdade de não pertencer a um sindicato, e de não ser obrigado a pagar quotas sindicais, ou se o seu conteúdo não será muito mais amplo, abrangendo [...] o direito de não ser prejudicado pelos resultados negociais, em sede de contratação colectiva, a que cheguem as associações sindicais a que não se pertence” (GOMES, Júlio – *O Código do Trabalho de 2009...*, p. 169-172).

juslaboral dominado pelo princípio da liberdade sindical – princípio do qual a liberdade de não filiação é uma das vertentes – não parece lícito afirmar-se que a inscrição do trabalhador numa associação sindical é condição *sine qua non* para a possibilidade de aceder a uma regulamentação colectiva das condições laborais”⁵⁶.

Uma terceira ideia que importa destacar é aquela segundo a qual o direito colectivo do trabalho, embora construído com o objectivo de assegurar protecção social ao contraente débil, tem outras funções sociais. Neste sentido, Monteiro Fernandes, defende que a convenção colectiva “não pode [...] ser vista como um instrumento utilizável somente em sentido incremental; tem esse papel ao lado de outros, como seja o de ajustar as regras de organização e utilização da força de trabalho mediante a articulação de flexibilidades – aquela de que precisa o empregador e aquela que é vital para o trabalhador”⁵⁷. Nesta medida, na contratação colectiva “convergem o interesse dos trabalhadores (pela eliminação da concorrência entre eles, pelo acréscimo do seu poder negocial, pela diminuição de desigualdades de estatuto dentro da mesma profissão ou actividade) e o dos empregadores (pela tendencial uniformização de custos imputáveis ao factor trabalho, pela relativa estabilização destes, permitindo ou facilitando o planeamento, e ainda pela possibilidade de fazer valer as condições concretas de capacidade económica da empresa na determinação dos mesmos custos). Finalmente, constitui um factor de equilíbrio social, uma vez que se traduz na implantação de uma trégua ainda que transitória, quer nos conflitos declarados através de meios de luta laboral, quer nos que se mantenham latentes”⁵⁸.

Em sintonia com esta perspectiva, Maria do Rosário Palma Ramalho defende que será inspirada na pluralidade funcional da convenção colectiva que assentará a admissibilidade constitucional dos regulamentos de extensão, já que se deve tomar em consideração, “o objectivo que prosseguem (a uniformização da disciplina dos vínculos laborais num determinado sector profissional ou área de actividade) e, sobretudo, a forma como prosseguem esse objectivo (ou seja, não através da criação *ex novo* de uma regulamentação, mas através da extensão do âmbito de incidência de um regime convencional colectivo já existente)”⁵⁹.

Por fim, um quarto aspecto a evidenciar é o de que os mecanismos de extensão do âmbito subjectivo de aplicação dos ACT, quer os regulamentos de extensão quer o agora consagrado na LTFP, podem ser entendidos como um instrumento de promoção da igualdade de condições de trabalho entre os trabalhadores (filiados e não filiados) da mesma carreira ou do mesmo empregador. De facto, o princípio da igualdade tem consagração constitucional não apenas no

⁵⁶ CARVALHO, António Nunes de – Regulamentação de Trabalho por Portarias de Extensão, p. 446-447.

⁵⁷ FERNANDES, António Monteiro – A convenção colectiva segundo o Código do Trabalho, p. 93.

⁵⁸ FERNANDES, António Monteiro – *Direito do Trabalho...*, p. 724.

⁵⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Direito do Trabalho*, p. 289. Maria do Rosário Palma Ramalho enfatiza que “apesar de constituírem uma auto-regulação de interesses, as convenções colectivas não se confundem com os contratos de trabalho e a autonomia colectiva que nelas se exerce não corresponde a uma forma simples de autonomia privada (ou à «soma» das autonomias negociais manifestadas nos contratos de trabalho), revestindo antes uma profunda singularidade. A singularidade da autonomia colectiva, revelada em aspectos tão diversos como a possibilidade [...] de poder ser objecto de extensão administrativa” (idem, pp. 230-231).

artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) mas, especificamente no que respeita a direitos dos trabalhadores, no seu artigo 59.º, n.º 1, alínea a)⁶⁰.

A par da igualdade de condições de trabalho entre trabalhadores, e relacionada com o carácter multifuncional das convenções colectivas, sobressai a importância de uniformização de regras do seio da mesma organização. Tal como refere Bernardo Lobo Xavier, “a organização do trabalho tem necessariamente de se pautar por regras gerais e uniformes pelo menos quanto a certos domínios (organização dos tempos, concatenação das tarefas e funções através da categorias profissionais). Tratando-se de regras que necessitam de ser aplicáveis, sem excepção, a todos os membros da organização, o mecanismo da contratação colectiva só terá idoneidade se – ao menos na prática – encontrar execução maximamente abrangente [...]”⁶¹. É neste sentido que o autor afirma que “a necessidade de padronização é colocada em cheque pelo princípio da [...] filiação”⁶², defendendo que “é ostensiva a incapacidade de padronização [...] das condições de trabalho, se a CCT só se aplicar aos filiados”⁶³.

Bernardo Lobo Xavier realça ainda que a ruptura com o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador (a que já se fez referência) robustece o argumento da necessidade de padronização no seio da organização. É que, num sistema de relação entre fontes de regulação que permite que as normas do IRCT, comparativamente com as legais, possam dispor em sentido menos favorável ao trabalhador, “os sindicatos podem em contratação colectiva abdicar de disposições legais favoráveis, a troco de outras regalias ou para evitar males maiores [...]. Simplesmente, como a convenção [...] só «obriga» os filiados, os trabalhadores sem filiação sindical conservarão forçosamente as regalias legais, e verificar-se-á aparentemente uma dualidade inaceitável de estatutos”⁶⁴.

5. A admissibilidade da extensão da eficácia subjectiva dos acordos colectivos de trabalho

De tudo o que foi dito, resultam alguns argumentos no sentido de que a ruptura com o princípio da filiação constitui um obstáculo à autonomia colectiva, enfraquecendo a dimensão colectiva da relação de trabalho e a liberdade sindical. No entanto, ponderando o carácter multifuncional da contratação colectiva e da própria liberdade sindical, pode concluir-se que a consagração na LTFP do mecanismo de extensão do âmbito subjectivo de aplicação dos acordos colectivos de trabalho é não só constitucionalmente admissível como pode

⁶⁰ Embora se possa questionar se não existe justificação para a desigualdade de tratamento em resultado da opção pela não filiação ou, no caso dos trabalhadores filiados em sindicatos não outorgantes, em resultado da não celebração de ACT.

⁶¹ XAVIER, Bernardo Lobo – *As fontes específicas...*, p. 135.

⁶² *Idem*, p. 137.

⁶³ *Ibidem*, p. 123 (n.r. 45)

⁶⁴ XAVIER, Bernardo Lobo – *As fontes específicas...*, p. 138. Numa tentativa de superar este inconveniente, Bernardo Lobo Xavier apresenta uma solução capaz de garantir a uniformização de regras do seio da mesma organização: “tentaremos uma interpretação objectiva, definida por alguns sentidos incontestáveis do CT: 1.º atribuição de força normativa aos usos (o que só é constitucionalmente possível quanto a alguns, dentro do quadro da contratação colectiva); 2.º eficácia normativa geral das CCT’s, o que só é possível pela superação do princípio da filiação, substituído pelo uso. Destes dois sentidos decorre que é possível dar eficácia geral às CCT’s e força normativa aos usos se, relativamente a uma CCT, se estabelecer uma prática geral, pacífica e uniforme de aplicar na empresa (ou mesmo no sector) o clausulado das respectivas CCT’s” (*idem*, p. 153).

consubstanciar um instrumento virtuoso na regulação das relações laborais na Administração Pública.

O primeiro dos argumentos que aponta neste sentido é o de que a Constituição remete para a lei ordinária não só a garantia do exercício do direito à contratação colectiva por parte das associações sindicais (artigo 56.º, n.º 3) e a definição das regras de legitimidade para esse exercício (artigo 56.º, n.º 4, primeira parte), mas também – sendo esta a dimensão particularmente relevante para a questão aqui em análise – a eficácia das normas convencionais (artigo 56.º, n.º 4, segunda parte), incluindo a eficácia subjectiva. Desta forma, a Constituição deixa em aberto, ou pelo menos não contraria expressamente, a possibilidade de extensão do âmbito subjectivo de aplicação dos ACT.

Em segundo lugar, as relações laborais são (ainda) relações assimétricas de poder, que se manifestam em desiguais possibilidades de determinação das cláusulas contratuais e de exigência do seu cumprimento. Por esse motivo, mantém-se a justificação para uma acção do Estado que, mediante legislação laboral, promova a igualdade material entre os sujeitos da relação laboral, protegendo o contraente débil e compensando a assimetria típica dessa relação. Nesse sentido os mecanismos de extensão do âmbito subjectivo dos ACT constituem instrumentos de promoção da igualdade entre trabalhadores filiados e não filiados da mesma carreira ou do mesmo empregador que, além do mais, são condição da desejável uniformização de regras do seio da mesma organização. A extensão de eficácia mediante mera previsão legal, consagrada da LTFP, corresponde ao que Bernardo Lobo Xavier considera ser a indispensabilidade de superação do princípio da filiação de modo a “encontrar os meios jurídicos necessários para considerar de eficácia geral as CCT’s que possuam carácter de regulação organizativa do conjunto”⁶⁵.

Como terceiro e último aspecto, salienta-se que o mecanismo de extensão da aplicação subjectiva dos ACT consagrado na LTFP está construído de modo a respeitar a autonomia colectiva. Por um lado porque estabelece critérios particulares de representatividade do sindicato outorgante do ACT. Por outro – sendo esta a vertente decisiva – porque, ao consagrar o direito de oposição à extensão, a LTFP respeita plenamente a liberdade sindical, nas suas vertentes positiva e negativa. De facto, nas palavras de Pedro Madeira de Brito, o “direito de oposição é uma decorrência do reconhecimento da liberdade sindical”⁶⁶, na medida em que respeita e salvaguarda simultaneamente a liberdade de não associação sindical e a liberdade de não ser abrangido pela eficácia do IRCT. É, assim, na possibilidade de oposição por parte do trabalhador não sindicalizado ou do sindicato não outorgante que, em grande medida, assenta a admissibilidade da extensão e a sua conformidade constitucional.

⁶⁵ XAVIER, Bernardo Lobo – As fontes específicas..., p. 141.

⁶⁶ BRITO, Pedro Madeira de - A superação do princípio da filiação..., p. 225.

Bibliografia

AMADO, João Leal – Tratamento mais favorável e art. 4.º, n.º 1, do Código do Trabalho: o fim de um princípio? in *A Reforma do Código do Trabalho*, CEJ/IGT, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 9789723212907. p. 111-121.

BRITO, Pedro Madeira de – O reconhecimento legal do direito à contratação colectiva dos trabalhadores da Administração Pública: da negação à consolidação. *Questões Laborais*. Coimbra. ISBN 9770872826459. N.º 45 (Jul/Dez. 2014), p. 327-347.

BRITO, Pedro Madeira de – A superação do princípio da filiação na contratação coletiva especial do setor público. *Direito e Justiça*. Lisboa. ISBN 9789725404607. Vol. especial n.º 3 (2015): *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, p. 213-226.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 4.ª edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

CARVALHO, António Nunes de – Regulamentação de Trabalho por Portarias de Extensão. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Lisboa. ISSN 0870-3965. 2.ª série, n.º 4 (1988), Lisboa: Editorial Verbo. p. 437-467.

FERNANDES, António Monteiro – *Direito do Trabalho*. 13.ª edição. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2737-6.

FERNANDES, António Monteiro – A convenção colectiva segundo o Código do Trabalho. In FERNANDES, António Monteiro (coord.), *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 9789724021621. p. 205-239.

FONSECA, Guilherme – Parecer. Os acordos colectivos de trabalho na administração pública e o princípio da autonomia colectiva. Disponível em:
<http://www.snav.pt/documentos/pareceres/251010actpub.pdf> [Consult. 30 Dez. 2016].

GOMES, Júlio Manuel Vieira – O Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical. In *Novos Estudos de Direito do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 9789723217889. p. 161-195.

LEITE, Jorge – Código do Trabalho - algumas questões de (in)constitucionalidade. *Questões Laborais*. Coimbra. ISSN 0872-8267. Ano X, n.º 22 (2003), p. 245-278.

MEDEIROS, Rui; FONTOURA, João Lamy da – Contratação colectiva e universidades públicas. *Direito e Justiça*. Lisboa. ISBN 9789725403884. Vol. especial n.º 2 (2013): *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, p. 447-472.

MOURA, José Barros – *A convenção colectiva entre as fontes de direito do Trabalho: contributo para a teoria da convenção colectiva de trabalho no direito português*. Coimbra: Almedina, 1984. ISBN 9789724000978.

MOURA, Paulo Veiga; ARRIMAR, Cátia – *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*. 1.º Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 9789723222913.

NEVES, Ana Fernanda – O Direito da Função Pública. In OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (coord.) – *Tratado de Direito Administrativo Especial*. Vol. IV. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789724043135. p. 359-556.

PIRES, Miguel Lucas – *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas Anotada e Comentada*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6602-8.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Direito do Trabalho. Parte I. Dogmática Geral*. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2530-6.

REIS, João – A caducidade e a uniformização das convenções colectivas, a arbitragem obrigatória e a Constituição. *Questões Laborais*. Coimbra. ISSN 0872-8267. Ano X, n.º 22 (2003), p. 155-211.

SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque – A Reforma do Emprego Público em Portugal. *Questões Laborais*. Coimbra. ISBN 9770872826459. N.º 45 (Jul/Dez. 2014), p. 213-246.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – *Curso de Direito do Trabalho*. Lisboa: Editorial Verbo, 1992. ISBN 972-22-1149-8.

XAVIER, Bernardo Lobo – As fontes específicas de Direito do Trabalho e a superação do princípio da filiação. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Lisboa. ISSN 0870-3965. Ano XLVI, XIX, 2.ª série, n.ºs 2-4 (Abr/Dez. 2005), p. 117-153.

4. Fontes de Regulação de Emprego Público

Pedro Rodrigues Almeida Matos

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

FONTES DE REGULAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO

Pedro Rodrigues Almeida Matos

1. Conceito de fonte
 2. Fontes internacionais
 - 2.1. Convenções internacionais
 - 2.2. Direito da União Europeia
 3. Fontes internas
 - 3.1. Constituição da República Portuguesa
 - 3.2. Lei
 - 3.3. Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas
 - 3.4. Código do Trabalho
 - 3.5. Outra legislação
 - 3.6. Participação dos trabalhadores na legislação
 - 3.7. O Regulamento
 4. Fontes específicas do Contrato de Trabalho em Funções Públicas
 - 4.1. Os usos
 - 4.2. Os instrumentos de regulamentação coletiva
 5. Hierarquia de fontes
 6. Conclusão
- Bibliografia

Palavras-Chave: Fontes; Regulação de Emprego Público; Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas; Código do Trabalho; Instrumentos de Regulamentação Coletiva.

1. Conceito de fonte

Poder-se-á definir fonte em sentido técnico-jurídico como o modo de formação ou revelação das normas jurídicas. Este é um conceito comum aos diferentes ramos do direito, circunstância que determinará a forma como será estruturado este trabalho distinguindo-se num primeiro momento as fontes comuns aos demais ramos do direito, naturalmente olhadas sob uma perspetiva do direito das relações laborais de emprego público, prosseguindo a análise relativamente às fontes específicas deste concreto ramo do direito. Para além da natureza comum ou específica da fonte importará distinguir a mesma quanto à sua origem, podendo nesse ponto, esta distinguir-se entre fontes internacionais e fontes internas. Com efeito, o ramo particular do direito da relação de emprego público no que às fontes concerne, e atendendo à concreta natureza da relação que lhe subjaz bem como às influências que tem vindo a receber da parte do direito do trabalho, apresenta especificidades que justificam um tratamento autónomo que aqui se fará.

Em face do exposto, o presente escrito será organizado entre fontes internacionais comuns, integrando esta categoria o direito internacional, bem como o direito da União Europeia e fontes internas, as quais poderão ser comuns, abrangendo a Constituição, a lei, ou específicas aí se enquadrando os instrumentos de regulamentação coletiva (I.R.C.T.) e os usos.

2. Fontes internacionais

2.1. Convenções internacionais

O Direito Internacional considera-se parte integrante da ordem jurídica portuguesa conforme decorre do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.). A importância do Direito Internacional torna-se ainda mais evidente em face do primado deste direito sobre o direito infraconstitucional, daí decorrendo a necessidade das normas infraconstitucionais estarem em conformidade com aquele direito. No que ao Direito Internacional respeita, as Convenções Internacionais sempre assumiram um papel de grande relevância no âmbito das relações laborais sendo incontornável desde logo o papel da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.).

Esta organização de estrutura tripartida e da qual Portugal é membro fundador, ocupou, desde a sua constituição, no panorama das relações laborais um lugar de destaque sendo responsável pela previsão de alguns direitos como o direito à greve, à formação profissional ou contratação coletiva, todos eles acolhidos na legislação nacional de relações laborais, sejam elas de natureza pública ou privada¹. As convenções da O.I.T. foram acompanhando e ajudando à evolução do direito na área do trabalho com o reconhecimento de direitos e princípios que deveriam nortear as relações laborais, concentrando a sua atenção num primeiro momento em matérias como o salário e os tempos e condições de trabalho, acidentes e sua reparação evoluindo para questões mais atuais como a formação. Todas estas são matérias objeto de estudo e desenvolvimento pelo direito das relações laborais de emprego público. Para além das convenções aplicáveis à globalidade dos trabalhadores existem convenções, como a Convenção n.º 151, de 1978, “Relativa à Protecção do Direito de Organização e aos Processos de Fixação das Condições de Trabalho da Função Pública”, cujo âmbito de aplicação é concretamente o das relações laborais da administração pública.

Para além das convenções da O.I.T., existem outras convenções internacionais a que o Estado Português se vinculou através de tratados bilaterais ou multilaterais, sendo que todas estas normas internacionais ao serem integradas na ordem jurídica nacional assumem mesmo uma posição supra legal *stricto sensu*.

Haverá aqui que destacar a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 10 de dezembro de 1948, que nos seus artigos 23.º e 24.º consagra um conjunto de direitos com repercussão no âmbito das relações laborais (*v.g.* direito ao salário sem discriminação, liberdade sindical, direito a férias e ao repouso, entre outros), prevendo o artigo 25.º alguns direitos de natureza social (*v.g.* a proteção social na maternidade, doença e invalidez). A DUDH no que concerne ao âmbito específico das relações laborais públicas previu ainda no n.º 2 do artigo 21.º o direito à igualdade de acesso às funções públicas direito esse que, como verificará *infra*, foi acolhido pela C.R.P..

¹ Para um maior desenvolvimento sobre a história da O.I.T.: Fausto de Quadros/Gonçalves Pereira, Manual de Direito Internacional Público, 3.ª Ed. Coimbra, 1993, pág. 554 e ss.

O acesso às funções públicas do país em igualdade é concomitantemente previsto na al. c) do artigo 25.º do Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos da ONU (de 7 de outubro de 1976), dispendo o mesmo sobre a matéria relativa à liberdade sindical. Por sua vez, o nº 2 do artigo 8.º do Pacto sobre Direitos Económicos Sociais e Culturais (de 7 de outubro de 1976) prevê a possibilidade de serem estabelecidas restrições legais ao referido direito, bem como ao direito à greve das “forças armadas, da polícia e autoridades da administração pública”. Para além da greve e liberdade sindical, o referido Pacto prevê e trata ainda matérias relativas ao salário, formação profissional, e tempos de não trabalho.

Uma breve referência à Convenção Contra a Corrupção da ONU aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 21 de setembro, que estabelece prescrições relativamente à prevenção e repressão da corrupção por funcionários públicos.

Ao nível convencional, ainda que não se dirijam por regra de forma específica às relações laborais da administração pública, é de destacar ainda a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) de 4 de novembro de 1950, (artigos 4.º e 11.º), bem como a Carta Social Europeia (revista pela Resolução AR n.º 64-A/2001, de 17 de outubro) que nas partes I e II consagra um conjunto de princípios e direitos relativos às relações de trabalho, nomeadamente quanto à remuneração justa, boas condições de trabalho, segurança e higiene, direitos sindicais ou de negociação coletiva.

2.2. Direito da União Europeia

Importa igualmente referir o Direito Social da União Europeia enquanto fonte de direito das relações laborais públicas.

Os Tratados da União Europeia, normas primárias, também se pronunciaram sobre os direitos económicos e sociais dos trabalhadores, em especial os Tratados de Roma, Amsterdão e Nice, sendo ainda de referir o Tratado da União Europeia (TUE), o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Assim, nos Tratados mencionados foram expressamente previstos os seguintes direitos aplicáveis à relação jurídica de emprego público: direito à formação profissional (artigo 162.º TFUE), direito a boas condições de vida e trabalho dos trabalhadores (artigo 151.º e ss. do TFUE), princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras (artigo 57.º do TFUE), princípio geral de não discriminação (artigos 10.º e 19.º do TFUE).

Aos direitos mencionados acrescem ainda aquele é um dos princípios estruturantes da “Comunidade Europeia” desde o seu início, que é a livre circulação de trabalhadores, que terá de ser lido independentemente da natureza do vínculo laboral, e com ela a possibilidade do nacional de um Estado-membro exercer livremente o seu trabalho noutro Estado-membro, sem que possa ser por isso discriminado. Esta proibição de discriminação pretende abranger quer o acesso à relação laboral, quer a extinção da mesma, passando pelas condições de trabalho e vencimento. Contudo, tem sido discutida, em especial pela jurisprudência europeia,

a existência de uma reserva de emprego dos naturais do Estado-membro. A referida reserva “está circunscrita, na estrita medida, aos empregos que, independentemente do tipo e natureza do vínculo, envolvem o exercício direto ou indireto, a título prevalecte e regular, de poderes de autoridade ou que contendem com interesses vitais do Estado e das colectividades territoriais”².

A sucessiva jurisprudência tem remetido o apuramento da restrição em causa para uma análise casuística do posto de trabalho a ocupar em concreto pelo trabalhador³.

Ao nível do direito secundário importa fazer referência aos regulamentos comunitários e às diretivas, ambos igualmente fonte de direito, sendo que os primeiros são mesmo obrigatórios e diretamente aplicáveis e as segundas vinculam os Estados-membros quanto ao resultado a alcançar deixando para os referidos Estados a sua concretização (artigo 288.º do TFUE)⁴. Estas diretivas e regulamentos funcionam em regra em sede de densificação dos princípios e direitos expressamente consagrados no direito primário europeu. Salientam-se com relevância para as relações laborais em causa as seguintes diretivas: Dir. 2001/19/CE, de 14 de maio de 2001 (relativamente à formação profissional), Dir. 2001/23/CE, de 12 de março (relativamente à harmonização das diferentes legislações dos Estados-membros no que concerne à proteção dos direitos dos trabalhadores nos casos de transferências de empresas ou estabelecimentos), Dir. 89/39/CEE, de 12 de junho de 1989 (relativamente à proteção da saúde dos trabalhadores), Dir. 93/104/CE, de 23 de novembro de 1993 e 2003/88/CE (relativamente aos tempos de trabalho), Dir. 117/75/CEE, de 10 de fevereiro de 1975 (relativamente à igualdade remuneratória entre trabalhadores e trabalhadoras por trabalho igual ou de valor igual), Dir. 2002/73/CE, de 3 de setembro de 2002 (igualdade de tratamento no acesso ao emprego, nas condições de trabalho, na carreira e na formação profissional), Dir. 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000 (relativamente à implementação do princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas sem distinção da raça ou origem étnica e Dir. 1999/70/CE, de 28 de junho de 1999 (relativamente ao trabalho a termo). Embora muitas das diretivas citadas se destinassem a estruturar as relações de direito privado, em face da aplicação subsidiária do Código do Trabalho que se verifica atualmente, ainda que de forma indireta, estas influenciaram as normas atualmente aplicáveis no âmbito da relação laboral pública.

² In Ana Fernanda Neves, “O Direito da Função Pública”, Tratado de Direito Administrativo Especial, Vol. IV, Almedina, 2010, pág. 380.

³ Vide, entre outros, os Acórdãos do TJCE: de 2 de julho de 1996, P. C-290/94 ou o Ac. de 9 de setembro de 2003, P. C-285/01.

⁴ De notar que em certas circunstâncias as diretivas, à semelhança dos regulamentos, também poderão ser diretamente aplicáveis. O princípio da aplicação direta vertical confere aos particulares a possibilidade de invocar diretamente as normas constantes das diretivas contanto que as mesmas sejam invocadas contra Estados e se trate de normas “incondicionais e suficientemente” precisas (v.g. Ac. do Tribunal de Justiça (TJ) de 5 de abril de 1979, Proc. N.º 148/78).

3. Fontes internas

3.1. Constituição da República Portuguesa

Enquanto “lei suprema” a C.R.P., assume também no que concerne ao direito do emprego público uma função estruturante de modo a que, para alguns autores, é mesmo possível falar-se de uma Constituição Laboral⁵, ali se estabelecendo um conjunto de direitos e princípios aplicáveis às relações laborais quer de natureza pública, quer de natureza privada.

Surgida na sequência das profundas alterações políticas verificadas em 1974, o legislador constituinte, procurou resgatar um conjunto de direitos que se mostravam excluídos da ordem jurídica portuguesa ou no mínimo descaracterizados fundando, desse modo, as novas bases para o direito das relações laborais. De notar que os preceitos constitucionais são, desde logo, determinantes quanto à produção legislativa infraconstitucional, servindo depois como parâmetros de interpretação das mesmas normas⁶.

A Constituição efetua várias referências à função pública ao longo do seu texto, desde logo configurando no artigo 165.º, n.º 1, al. t), o regime e as bases da função pública como reserva relativa da Assembleia da República.

O cuidado e importância atribuídos na Constituição aos direitos referentes às relações laborais que ali se consagram é patente pelo facto de que, a alguns daqueles direitos, foi-lhes atribuída a categoria de direito, liberdade e garantia. O artigo 18.º da C.R.P. regula a força jurídica dos preceitos constitucionais reconhecidos como direitos, liberdades e garantias, reconhecendo os mesmos como sendo direta e imediatamente aplicáveis vinculando quer as entidades públicas, como as entidades privadas, apenas admitindo a sua limitação em casos expressamente previstos na C.R.P. devendo estas ser proporcionais e exigíveis garantindo o conteúdo essencial do direito restringido⁷.

No âmbito dos direitos constitucionais das relações laborais estes poderão ser agrupados em normas dirigidas a todos os trabalhadores (independentemente da natureza pública ou privada do vínculo) e em normas dirigidas aos trabalhadores da função pública.

O primeiro direito a mencionar terá de ser a liberdade de escolha de profissão e no concreto caso do direito da função pública, o direito de acesso à função pública, consagrados no artigo 47.º da C.R.P. A norma em causa, prevê uma igualdade dos trabalhadores no acesso à função pública o ocorrerá por via de regra mediante concurso com base no mérito (artigos 15.º, n.º 1 e 2 e 266.º).

⁵ João Caupers, “Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição”, Coimbra 1985 e Jorge Miranda, “A Constituição de 1976. Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais”, Lisboa, 1978, 339 e ss.

⁶ António da Rocha Menezes Cordeiro, “Manual de Direito do Trabalho”, Coimbra, 1991, pág. 154.

⁷ “(...) significa, fundamentalmente que o sacrifício, ainda que parcial, de um direito fundamental não pode ser arbitrário, gratuito ou desmotivado. As leis restritivas estão teleologicamente vinculadas à salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos (...)” CANOTILHO, J.J. Gomes, e MOREIRA, Vital – Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 391.

O direito de acesso a cargos públicos (50.º n.º 1) encontra-se previsto no Capítulo II do Título II relativo aos direitos, liberdades e garantias de participação pública, sendo que no âmbito dos direitos económicos encontra-se previsto o direito ao trabalho (artigo 58.º), bem como alguns direitos previstos no artigo 59.º também eles estruturantes, nomeadamente, ao nível da remuneração (Princípio de que para trabalho igual, salário igual), das condições de higiene, segurança e saúde, tempos de trabalho e de não trabalho e reparação de acidentes ocorridos no âmbito das relações laborais. O Capítulo III do supra mencionado Título II tutela os direitos dos trabalhadores enquanto tais prevendo-se aí a segurança no emprego (artigo 53.º), a existência de comissões de trabalhadores (artigo 54.º), a liberdade sindical (artigo 55.º), a contratação coletiva (artigo 56.º), a qual como melhor *infra* se tratará constitui ela mesma uma fonte do direito das relações laborais públicas, bem como o direito à greve e proibição do lock-out (artigo 57.º).

Conforme anteriormente se referiu, existe contudo um conjunto de normas que têm como destinatário o trabalhador em funções públicas e que por isso aqui autonomizamos. Começa desde logo no artigo 22.º por se prever a responsabilização do Estado e demais entidades públicas pelos danos resultantes das ações ou omissões praticadas pelos titulares dos seus órgãos, ou ainda, por trabalhadores ou agentes. Com efeito, a responsabilização dos trabalhadores ou agentes do Estado não se limita ao âmbito civil, mas também ao âmbito criminal ou disciplinar (onde se prevê a existência de contraditório, v.g. artigo 269.º, n.º 3, 32.º e 10.º) conforme se prevê no artigo 271.º. Igualmente digno de nota é o conteúdo do artigo 269.º, onde se estabelece o regime da função pública acentuando-se o interesse público como norteador da atividade dos trabalhadores da função pública. A tutela reforçada que o Tribunal Constitucional tem garantido aos direitos dos trabalhadores, no que concerne, àqueles que integram a administração sobre desde logo uma limitação decorrente da própria C.R.P. As especificidades da relação de emprego público motivam que o artigo 270.º preveja a introdução de restrições ao exercício de direitos por parte dos trabalhadores públicos, “na estrita medida das exigências próprias das respetivas funções”.⁸

3.2. Lei

O artigo 165.º, n.º 1, al. t), da C.R.P. atribui à Assembleia da República competência exclusiva, ressalvados os casos de autorização ao governo, para legislar em sede de bases do regime e âmbito da função pública. Como bases do regime, para Ana Fernanda Neves⁹, estão os princípios bem como as opções político-legislativas essenciais nesta matéria, como sejam os “requisitos de acesso ao emprego público, os princípios de progressão ou promoção profissional, de estruturação das carreiras, do regime retributivo, da avaliação do desempenho, das acumulações e incompatibilidades, do regime de responsabilidade e da extinção das relações laborais.” Por sua vez, é já reserva absoluta de lei da Assembleia da

⁸ “(...) na estrita medida das exigências próprias das respetivas funções” o legislador constituinte veio qualificar o critério de proporcionalidade da lei restritiva, cominando com o vício de inconstitucionalidade a violação do princípio constitucional da proibição do excesso.” in Joaquim Miguel Moreira Magalhães Soares, “Restrições ao exercício de direitos fundamentais”, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015, pág. 57.

⁹ Ana Fernanda Neves, “O Direito da Função Pública”, Tratado de Direito Administrativo Especial, Vol. IV, Almedina, 2010, pág. 387.

República a definição de restrições ao exercício de direitos por parte dos militares, agentes militarizados, de serviço e de forças de segurança (al. o) do artigo 164.º).

Tal como já se referiu em sede do capítulo dedicado à Constituição, a importância atribuída pelo legislador constitucional a esta temática levou a que configurasse muitos dos direitos laborais como direitos, liberdades e garantias, pelo que ao abrigo do artigo 165.º, n.º 1, al. b), da C.R.P. estamos perante matéria reserva relativa da Assembleia da República.

3.3. Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas

No que concerne às relações laborais no âmbito da Administração Pública, assume papel central a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (L.G.T.F.P.), aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho. Esta Lei marca uma evolução que tem vindo a ocorrer no âmbito deste direito pautada por uma crescente aproximação ao direito privado e que se torna evidente com a redação do artigo 4.º à qual se dedicará uma maior atenção *infra* (ponto 3.4.). Não obstante as referidas aproximações ao Código do Trabalho (C.T.), a relação de emprego público apresenta especificidades, em face do acesso ao mesmo por concurso, sistema de carreiras com trabalhadores sujeitos a regime de incompatibilidades, ou em face da finalidade pública que marca a atuação daqueles, que a L.G.T.F.P. cuidou de regular.

Na Parte I da L.G.T.F.P., sob a epígrafe “Disposições Gerais”, o artigo 2.º da L.G.T.F.P. define o seu âmbito de aplicação excluindo-se do mesmo: os gabinetes de apoio dos membros do Governo e dos titulares dos órgãos referidos nos n.ºs 2 a 4 do artigo 1.º, as Entidades públicas empresariais, as Entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo e Banco de Portugal. Igualmente ficam de fora os militares das Forças Armadas, aos militares da Guarda Nacional Republicana e ao pessoal com funções policiais da Polícia de Segurança Pública, existindo quanto a estes, lei especial que regula os respetivos regimes.

O artigo 6.º da L.G.T.F.P. vem determinar que se considera abrangido pelo trabalho em funções públicas quer o vínculo de emprego público, quer o contrato de prestação de serviços previstos na lei em causa. O vínculo de emprego público poderá, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, assumir uma de três modalidades: contrato de trabalho em funções públicas (o qual é agora a regra de constituição de vínculo de emprego público nos termos do artigo 7.º), nomeação (previsto no artigo 8.º) ou comissão de serviço (desenvolvido nos artigos 10.º e 32.º).

Na Parte II da L.G.T.F.P., relativa ao “Vínculo de Emprego Público”, no Título I, salientam-se as garantias de imparcialidade nos artigos 19.º a 24.º que consagram o regime regra de exclusividade no exercício das funções públicas. No que concerne ao Título II, os artigos 33.º e ss., regulam o procedimento concursal como regra de acesso à função pública que, conforme supra se referiu, é uma especificidade deste ramo do direito.

Faz-se igualmente aqui uma referência ao Capítulo I do Título IV referente aos direitos, deveres e garantias do trabalhador e do emprego público e Secção II do Capítulo II relativo às carreiras (artigo 84.º e ss.), e Capítulo II sobre a mobilidade prevista no artigo 94.º e ss. O Capítulo VI dispõe sobre os princípios gerais em matéria de remunerações nos artigos 144.º e ss.

A L.G.T.F.P. veio concentrar em si, ao contrário do que acontecia no Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (R.C.T.F.P.), a matéria relativa ao exercício do poder disciplinar nos artigos 176.º e ss., ficando, contudo, alguns regimes disciplinares particulares como o dos Magistrados Judiciais, regulado pelo Estatuto dos Magistrados Judiciais, Lei 21/85, 30 de junho, o dos Magistrados do Ministério Público, constante do Estatuto dos Magistrados do Ministério Público, Lei 47/86, 15 de outubro, o do pessoal da PSP, regulado pelo Estatuto do Pessoal da PSP, Decreto-lei 299/2009, de 14 de outubro, o dos militares da GNR ou do Estatuto dos Militares da GNR, Decreto-lei 265/93, de 31 de julho.

Assumem particularidade específica das relações laborais no âmbito da função pública a cedência por interesse público, a reafecção e requalificação constantes do Capítulo VIII nos artigos 241.º e ss..

De referir, por último, a regulação da extinção do vínculo, em parte, distinta daquela que ocorre no Código do Trabalho, prevista no Capítulo IX, ainda Parte II, nos artigos 288.º e ss e a negociação coletiva no Título II da Parte III, artigos 347.º e ss., que será merecedora de um tratamento autónomo (*infra* 4.).

3.4. Código do Trabalho

A evolução do emprego público em Portugal, para Pedro Madeira de Brito, é divisível em quatro períodos: período clássico (onde havia uma coexistência na Administração Pública de trabalhadores com vínculo público e outros trabalhadores, indiferenciados, que tinham uma relação jurídica do tipo privado), período da laboralização do trabalho na Administração Pública (marcada pela coexistência da disciplina específica de aplicação do Direito de trabalho à Administração Pública introduzida pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Julho, com a manutenção simultânea do regime estatutário), e período do Mimetismo (com a introdução do Regime do Contrato de Trabalho de Trabalho em Funções Públicas, Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, procurou-se a adaptação do Código do Trabalho e dos institutos de Direito do Trabalho às relações laborais públicas). O quarto e último período, o da especialidade, é aquele em que nos encontramos agora e é marcado por uma aplicação do C.T. com as especificidades inerentes à relação laboral no âmbito da Administração Pública através da L.G.T.F.P.. Ao contrário desta, o C.T. atua principalmente ao nível de normas de imperatividade mínima definindo-se limites mínimos que garantem uma proteção do trabalhador.

O artigo 4.º da L.G.T.F.P. efetua uma remissão global para o Código do Trabalho, aprovado pela Lei 7/2009, de 12 de fevereiro, e legislação complementar. O n.º 1 do referido artigo indica a título exemplificativo algumas das matérias aplicáveis, com as ressalvas decorrentes da própria L.G.T.F.P., como por exemplo, a relação entre a lei e os instrumentos de regulamentação

coletiva e entre aquelas fontes e o contrato de trabalho em funções públicas (artigo 3.º do Código do Trabalho), os direitos de personalidade (artigos 14.º e ss. do C.T.), as matérias relativas à igualdade e não discriminação (artigos 23.º e ss. do C.T.), a Parentalidade (artigos 33.º e ss.), a proteção dos trabalhador com capacidade reduzida e trabalhadores com deficiência ou doença crónica (artigos 85.º e ss.), o regime do trabalhador estudante (artigo 89.º e ss.), a matéria relativa à organização e tempo de trabalho (artigos 197.º ss do C.T., com as particularidades do artigo 101.º da L.G.T.F.P.), as férias (artigos 237.º e ss. do C.T., sendo também aqui igualmente aplicável o artigo 101.º da L.G.T.F.P.), a promoção da segurança e saúde no trabalho, incluindo a prevenção (artigo 281.º ss do C.T.), as comissões de trabalhadores, associações sindicais e representantes dos trabalhadores em matéria de segurança e saúde no trabalho (artigos. 404.º e ss do C.T.), os mecanismos de resolução pacífica de conflitos coletivos (artigos 522.º e ss do C.T.) e a greve e lock-out (artigos 530.º e ss C.T.).

3.5. Outra legislação

O artigo 5.º da L.G.T.F.P. refere constarem de diploma próprio: o sistema integrado de gestão e avaliação do desempenho na administração pública, aprovado pela Lei 66- B/2007, de 28 de dezembro, o regime jurídico dos acidentes em serviço e das doenças profissionais no âmbito da Administração Pública, aprovado pelo Decreto-lei 503/99, de 20 de novembro, o regime da formação profissional na Administração Pública constante do Decreto-lei 50/98, de 11 de março e o Estatuto do Pessoal Dirigente dos Serviços e Organismos da Administração Central, Regional e Local do Estado, aprovado pela Lei 2/2004, de 10 de setembro.

3.6. Participação dos trabalhadores na legislação

O Capítulo II do Título III da Parte I da L.G.T.F.P., nos artigos 15.º e 16.º, prevê a participação dos trabalhadores na elaboração da legislação do trabalho. Os referidos artigos definem o âmbito de participação dos trabalhadores na elaboração da legislação constando do n.º 2 do artigo 15.º um elenco exemplificativo de matérias do qual constam, entre outros, a constituição, modificação e extinção do vínculo de emprego público (al. a) do n.º 2 do artigo 15.º), o tempo de trabalho e de não trabalho (als. c) e d) do n.º 2 do artigo 15.º), a remuneração e outras prestações pecuniárias (al. e) do n.º 2 do artigo 15.º), ou os direitos coletivos (al. k) do n.º 2 do artigo 15.º).

Conforme refere Maria do Rosário Palma Ramalho¹⁰, “o direito de participação na elaboração das leis laborais foi reconhecido em primeiro lugar aos trabalhadores, através das comissões de trabalhadores e das associações sindicais, na qualidade de representantes dos interesses dos trabalhadores, pelos artigos 54.º n.º 5 al. d) e 56.º n.º 2 al. a) da CRP.” Também ao nível do direito da função pública a participação dos trabalhadores na elaboração da legislação é feita

¹⁰ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral”, Almedina, 2015, pág. 238.

mediante consulta às comissões de trabalhadores e associações sindicais (n.º 1 do artigo 16.º da L.G.T.F.P.). A forma como se processa esta participação é regulada nos artigos 472.º a 475.º do C.T. para que o n.º 2 do artigo 16.º da L.G.T.F.P. expressamente remete.

3.7. O Regulamento

Apesar do caráter central que assume a lei no âmbito das fontes do direito das relações laborais da administração pública, matérias há que têm sido deixadas para a intervenção regulamentar, como se verifica com a fixação dos níveis remuneratórios. A este respeito o Ac. do TC n.º 620/2007, de 20 de dezembro, remeteu para o domínio regulamentar a fixação dos níveis e montantes remuneratórios em face do grau de concretização necessário, da tendencial variabilidade e natureza temporária.

Por outro lado, a regulamentação poderá igualmente ser interna, no âmbito do poder de organização e disciplina do trabalho, reconhecido às pessoas coletivas conformando, desse modo, o conteúdo das relações laborais com a legislação laboral.

4. Fontes específicas do Contrato de Trabalho em Funções Públicas

4.1. Os usos

Conforme consta do artigo 13.º da L.G.T.F.P., a admissibilidade dos usos enquanto fonte da relação de emprego público está limitada quer pela lei, quer pelos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho. Os usos para Ana Fernanda Neves¹¹ surgem como a “a concretização dos Direitos através de instituições, procedimentos e relações jurídicas intra-orgânicas e extra-orgânicas”. Paralelamente, para a mesma autora, os usos atuarão enquanto elemento de ponderação para aferição sobre uma eventual violação do princípio da igualdade e proteção da confiança, ou ainda, como critério decisório sobre a violação de deveres em face de um caso concreto.

4.2. Os instrumentos de regulamentação coletiva

A intervenção dos trabalhadores nas definições das condições de emprego não se limita a um papel de consulta, mais ou menos intenso, como aquele supra descrito no ponto 3.6. Conforme anteriormente se referiu, o n.º 3 do artigo 56.º da C.R.P., reconhece o direito à contratação coletiva a ser garantido pela lei¹².

Não obstante a previsão constitucional, este direito, no que às relações de emprego público respeita, apenas conheceu desenvolvimento com a Lei de Vínculos, Carreiras e Remunerações

¹¹ Ana Fernanda Neves, “O Direito da Função Pública”, Tratado de Direito Administrativo Especial, Vol. IV, Almedina, 2010, pág. 397.

¹² Nesse sentido o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013, de 20 de setembro.

dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas (L.V.C.R.)¹³, aprovada pela Lei 12-A/2008, de 27 de fevereiro, e o Regime do Contrato do Trabalho em Funções Públicas, aprovado pela Lei 59/2009, de 11 de setembro, sendo até aí um mero direito à celebração de acordos compromisso com o governo¹⁴.

O n.º 1 do artigo 13.º da L.G.T.F.P. prevê expressamente o I.R.C.T. como fonte da relação de trabalho em funções públicas. Com efeito, a L.G.T.F.P. veio produzir importantes alterações face ao regime anteriormente vigente no que concerne à contratação coletiva, aplicando-se aos I.R.C.T. em vigor aquando da sua entrada¹⁵, devendo as cláusulas contrárias a normas imperativas da referida lei considerar-se substituídas por estas¹⁶ 17. Contudo, o legislador previu no n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, a possibilidade de as partes, no período de 6 meses após a entrada em vigor da referida lei, procederem à adequação das cláusulas do I.R.C.T. às normas imperativas da mesma lei.

A representação dos trabalhadores no âmbito da negociação coletiva é feita exclusivamente pelas associações sindicais (n.º 2 do artigo 347.º da L.G.T.F.P.), cujos requisitos quanto à legitimidade e representatividade estão previstos no artigo 349.º da L.G.T.F.P., visando a celebração de I.R.C.T. que servirá como fonte do contrato de trabalho em funções públicas (al. b) do n.º 3 do artigo 347.º da L.G.T.F.P.).

Relativamente ao âmbito de aplicação subjetiva em sede da contratação coletiva vigora o Princípio da Filiação, ao abrigo do qual o I.R.C.T. apenas se aplica aos trabalhadores filiados em associação sindical, federação ou união que haja celebrado o mesmo com o empregador público (v.g. n.º 2 do artigo 370.º da LGTP). Diga-se aliás que era o que resultava do R.C.T.F.P.¹⁸, cabendo a extensão do seu âmbito de aplicação, à semelhança do que se verifica no campo das relações laborais privadas, aos regulamentos de extensão¹⁹ (v.g. artigo 378.º R.C.T.F.P.). Contudo, a L.G.T.F.P. no n.º 3 do artigo 370.º veio estabelecer *ipso legis* uma extensão da aplicação dos acordos coletivos de trabalho aos “restantes trabalhadores integrados em carreira ou em funções no empregador público a que é aplicável o acordo coletivo de trabalho”, podendo o trabalhador opor-se a essa extensão no prazo de 15 dias (nos termos do n.º 4 do artigo 370.º). Esta nova previsão poderá levantar questões sobre ao

¹³ Pedro Madeira de Brito salienta a importância daquele normativo por ter vindo admitir a “celebração de convenções coletivas no âmbito da Administração Pública relativamente a trabalhadores com contrato de trabalho qualificado como administrativo (cfr, artigo 9.º n.º 3 da L.V.C.R.), mas igualmente pela importância na estruturação no trabalho na Administração Pública, na medida em que a maioria dos trabalhadores subordinados da Administração Pública passou a estar sujeita ao R.C.T.F.P.”, in “O reconhecimento legal do direito à contratação coletiva dos trabalhadores da Administração Pública: da negação à consolidação”, Questões Laborais n.º 45, ano XXI, Coimbra Editora, pág. 328.

¹⁴ Era o que resultava da Lei 23/98, de 26 de maio.

¹⁵ É o que resulta do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.

¹⁶ Cfr. n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.

¹⁷ A propósito da interpretação a ser dada ao n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho e às possíveis implicações do mesmo com o artigo 18.º, n.º 2, da C.R.P. veja-se André de Oliveira Correia, “Os não tão novos horários de trabalho dos trabalhadores das carreiras gerais: perdidos entre a lei e instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho”, in Questões Laborais n.º 45, Ano XXI, Coimbra Editora, pág. 361 e 362.

¹⁸ Note-se que ao abrigo do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aprovado pela Lei 59/2009, de 11 de setembro, a epígrafe do artigo 360.º era: “Princípio da Filiação”.

¹⁹ A figura do regulamento de extensão desaparece da lei (artigo 13.º), sendo revogados os até agora aprovados (artigo 10.º, n.º 3, da Lei n.º 35/2014).

respeito, ou não, do Princípio da Filiação ao abrigo da contratação coletiva em sede das relações laborais públicas, bem como da sua compatibilidade com a liberdade sindical²⁰.

Quanto ao âmbito da contratação coletiva, estarão excluídos do mesmo os princípios constitucionais estruturantes das relações laborais da administração pública, bem como as bases que configuram reserva relativa da Assembleia da República²¹. Conforme bem alerta Pedro Madeira de Brito²², os princípios da legalidade e da prossecução do interesse público implicam desde logo para o emprego público uma limitação no que concerne à autonomia do mesmo em sede de contratação coletiva, circunstância que motiva a existência de uma delimitação positiva do campo de intervenção dos I.R.C.T..

O campo de atuação dos IRC encontra-se positivado no n.º 1 do artigo 355.º da L.G.T.F.P. estando limitado às matérias sobre: suplementos remuneratórios, sistemas de recompensa e de avaliação do desempenho, regimes de duração e organização do tempo de trabalho, de mobilidade e de ação social complementar.

O supra referido artigo 13.º da L.G.T.F.P.²³ subdivide a figura dos I.R.C.T. em instrumentos de natureza convencional e não convencional. No que aos primeiros diz respeito, assume relevo principal a figura do Acordo Coletivo de Trabalho (ACT), prevista nos artigos 359.º e ss., sendo que o ACT poderá existir sobre a forma de Acordo Coletivo de Carreira e Acordo Coletivo de Empregador Público. Dos I.R.C.T. de natureza convencional fazem igualmente parte o Acordo de Adesão que consiste em contrato celebrado entre a entidade interessada em que lhe seja aplicável o acordo coletivo de trabalho e as entidades subscritoras do mesmo (v.g. artigos 378.º e ss.), bem como a Decisão de Arbitragem Voluntária dependente do acordo entre as partes (v.g. artigo 381.º e ss.).

Relativamente aos I.R.C.T. de natureza não convencional, esta categoria é integrada pela Decisão de Arbitragem Necessária (v.g. artigo 382.º e ss.), à qual se mostra subsidiariamente aplicável o Decreto-lei n.º 259/2009, de 25 de setembro.

5. Hierarquia de fontes

Abordadas as fontes que estruturam as relações laborais públicas nos pontos anteriores, importa verificar a forma como as mesmas se articulam entre si.

²⁰ Conforme é questionado e tratado em André de Oliveira Correia, “Os não tão novos horários de trabalho dos trabalhadores das carreiras gerais: perdidos entre a lei e instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho”, in *Questões Laborais* n.º 45, Ano XXI, Coimbra Editora, pág. 367 e ss.

²¹ Ana Fernanda Neves, “O Direito da Função Pública”, *Tratado do Direito Administrativo Especial*, Vol. IV, Almedina, 2010, pág. 393.

²² Pedro Madeira Brito, “O reconhecimento legal do direito à contratação coletiva dos trabalhadores da Administração Pública: da negação à consolidação”, *Questões Laborais* n.º 45, ano XXI, Coimbra Editora, pág. 330.

²³ Vide artigo 13.º, n.º 3 a 7, da LGTFP.

No que concerne à aplicação do Direito Internacional comum, conforme refere Maria do Rosário Palma Ramalho²⁴, estas normas têm uma aplicação imediata na ordem jurídica portuguesa, sendo-lhes reconhecida uma prevalência face às normas infraconstitucionais.

Ao nível do direito europeu a força do mesmo perante a ordem jurídica interna é marcada pelo princípio do primado que reconhece ao mesmo um valor superior ao dos direitos dos Estados-Membros. Em face de princípio de origem jurisprudencial²⁵, o julgador fica impedido de aplicar uma regra nacional contrária a uma disposição europeia considerando-se suspensa a força vinculativa da norma nacional. O primado do direito europeu funciona de forma absoluta sendo reconhecido a todos os atos europeus com força vinculativa, independentemente de constituírem direito primário ou secundário, sujeitando ao mesmo princípio todos os atos normativos e regulamentares, bem como as decisões jurisprudenciais.

No que às normas constitucionais respeita, as mesmas impõem-se às normas infraconstitucionais, sendo o seu desrespeito sancionado com a inconstitucionalidade (v.g. artigo 277.º da C.R.P.). A força das disposições constitucionais impõe-se à atividade jurisprudencial, vedando o artigo 204.º da CRP a aplicação de normas que disponham contra a Constituição e princípios ali consagrados.

Aqui chegados, face às fontes infraconstitucionais existentes importará sobretudo analisar a forma como se articulam a L.G.T.F.P., o C.T. e os I.R.C.T..

A aplicação da L.G.T.F.P. e do C.T. deve ser vista como uma só, isto é, como um bloco legal composto pelas duas normas que se articulam entre si. Conforme resulta assim do artigo 4.º da L.G.T.F.P., em primeiro lugar, aplicar-se-ão as normas constantes desta lei e em tudo o demais que esta não preveja, aplicar-se-á o C.T..

O artigo 4.º, a), da L.G.T.F.P. remete para o C.T. a disciplina da relação entre as leis I.R.C.T., bem como a relação entre aqueles e os contratos de trabalho, pelo que se terá de mobilizar para esta análise o artigo 3.º do C.T..

No que à primeira das mencionadas relações concerne, têm sido definidas pela doutrina²⁶ diferentes categorias de normas, podendo referir-se as seguintes:

- a)** Normas absolutamente imperativas (as quais não são suscetíveis de ser afastadas por I.R.C.T., mesmo que em sentido mais favorável ao trabalhador),
- b)** Normas relativamente imperativas (um I.R.C.T. apenas poderá dispor em sentido diferente se mais favorável),

²⁴ In Maria do Rosário Palma Ramalho, "Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral", 3.ª Edição, Almedina, 202, pág. 188.

²⁵ Consagrado pelo TJUE no Ac. n.º 6/64 - Costa contra Enel de 15 de julho de 1964.

²⁶ Nomeadamente por Milena Rouxinol, "O Regime da Relação entre Fontes Laborais no Código do Trabalho de 2009" – in O Código do Trabalho – A Revisão de 2009, Coimbra Editora, 2011, pág. 39 e ss.

c) Normas convénio-dispositivas (as quais admitem afastamento por I.R.C.T. mesmo que em sentido mais desfavorável ao trabalhador).

Refira-se que o n.º 2 do artigo 9.º da Lei 35/2014 veio determinar a substituição automática das disposições de I.R.C.T. que se mostrassem contrárias a norma absolutamente imperativa da L.G.T.F.P., sendo que a base do regime da função pública poderá ser considerada como sendo composto de normas imperativas. A proibição do I.R.C.T. contrair norma imperativa decorre também da al. a) do n.º 2 do artigo 355.º da L.G.T.F.P..

Tradicionalmente, e em especial até 2003, a relação entre lei e I.R.C.T. nas relações laborais era pontuada pelo princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, também designado de *favor laboratoris*, visando admitir o afastamento das normas legais por I.R.C.T. quando tal se verificasse em sentido mais favorável ao trabalhador. A entrada em vigor do CT de 2003, nomeadamente com o n.º 1 do artigo 4.º, veio inverter o paradigma existente até então, constituindo nas palavras de Leal Amado “num verdadeiro atestado de óbito do *favor laboratoris* relativamente à contratação coletiva (...)”²⁷. Com efeito, desde o CT de 2003, mantido pela redação da Lei 7/2009, de que o princípio passou a ser o das normas convénio-dispositivas agora consagrado no n.º 1 do artigo 3.º do CT.

Porém, o princípio do *favor laboratoris* não desapareceu por completo do ordenamento jurídico-laboral nacional, continuando o n.º 3 do artigo 3.º do CT a prever um conjunto de matérias em que, não se tratando normas relativamente imperativas, os I.R.C.T. poderão afastar o regime legal em sentido mais favorável²⁸.

O Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 338/2010, publicado em Diário da República, 1ª S. nº 216, de 8 de Novembro, pronunciou-se detidamente sobre a constitucionalidade do artigo 3.º do CT, em especial no seu n.º 1, na parte em que a norma em causa permite o afastamento da lei laboral por I.R.C.T.. Conforme o referido acórdão salientava, o artigo 3.º do Código do Trabalho de 2009 era o sucessor do artigo 4.º da versão de 2003 do mesmo código, o qual tinha posto em crise o princípio do tratamento mais favorável do trabalhador. Contudo, referiu então o mencionado acórdão que n.º 3 do artigo 3.º veio conferir à norma uma redação mitigada prevendo ali ao longo de treze alíneas nas quais era garantido o princípio do tratamento mais favorável para o trabalhador.

Os Juízes do TC discorreram ao longo do texto do acórdão sobre a consagração constitucional do princípio do tratamento mais favorável, que entenderam existir e resultar do conjunto de direitos constitucionais dos trabalhadores e da “ideia de democracia económica, social e cultural”, sendo nessa medida um princípio capaz de se impor ao legislador e garante da regra da imperatividade relativa da lei, em face das convenções coletivas de trabalho.

Contudo, no referido aresto foi afirmada a necessidade de ser garantida a conciliação dos direitos e garantias individuais dos trabalhadores constitucionalmente consagrados com

²⁷ João Leal Amado, “Contrato de Trabalho”, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2014, pág. 54 e 55.

²⁸ Veja-se o acórdão do Tribunal de Contas n.º 1/2016-26.JAN-1.S/PL, Recurso n.º RO n.º 12/2015, Processo n.º 2078/2015.

outros direitos ou interesses constitucionalmente relevantes (nomeadamente a livre iniciativa económica privada enquanto liberdade de organização da empresa e da atividade empresarial), bem como daqueles direitos individuais com os direitos coletivos dos trabalhadores (onde se contrata a contratação coletiva) na medida em que ambos fazem parte do elenco constitucional. Alertou também o acórdão que: “(d)e facto, o artigo 3.º, n.º 1, estabelece uma presunção de supletividade da lei em relação aos instrumentos de regulamentação colectiva, mas não transforma todas as normas legais em normas supletivas. Pelo contrário, faz menção expressa à possibilidade de, por interpretação, se concluir que a norma legal tem um carácter imperativo, não podendo, portanto, ser afastada por instrumento de regulamentação colectiva (veja-se Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, obra cit., p. 125).”

Contudo, o TC ressalva na sua análise que a redação do n.º 3 do artigo 3.º do CT consagra um conjunto de matérias nas quais a lei assegura um estatuto mínimo mesmo em face da contratação colectiva, para depois concluir que “(t)endo em conta os termos da parte final dos n.ºs 1 e 3 do artigo 3.º, o legislador cumpre claramente o mandato constitucional, consubstanciado no disposto no artigo 59.º, n.º 2, da CRP, de fixação de um núcleo irredutível em que é manifesta a preocupação da protecção dos interesses dos trabalhadores.” Mostra-se, assim, esta questão resolvida na jurisprudência constitucional.

Paralelamente, a L.G.T.F.P. mantém igualmente algumas normas que admitem disposição em sentido contrário mais favorável ao trabalhador, como é o caso do regime de faltas (*v.g.* artigo 250.º do CT), matéria de igualdade e não discriminação (*v.g.* artigo 26.º, n.º 2, do CT), e em especial o regime de sucessão de convenções que dispõe no n.º 2 do artigo 503.º do CT que: “a mera sucessão de convenções coletivas não pode ser invocada para diminuir o nível de protecção global dos trabalhadores.

Note-se ainda que, desde que não se esteja perante normas imperativas, admite o n.º 4 do artigo 3.º do CT que as normas legais reguladoras do contrato de trabalho sejam afastadas por contrato individual no qual se determinem condições mais favoráveis para o trabalhador.

Por último, o n.º 2 do artigo 13.º da L.G.T.F.P. admite em sede de fontes que os usos poderão ser atendíveis, sendo que para tanto não poderão contrariar quer as normas legais, quer os I.R.C.T., devendo concomitantemente ser conformes aos princípios de boa-fé e ocupando um lugar menor na hierarquia das fontes das relações jurídicas de emprego público.

6. Conclusão

Verifica-se assim que no âmbito do direito das relações laborais da função pública tem-se vindo a assistir a um conjunto grande de transformações marcadas por uma “privatização” do referido direito, sendo cada vez mais ténues as fronteiras entre aquele direito da função pública e o direito do trabalho. A aproximação destes dois direitos laborais, público e privado, tem influenciado igualmente o regime de fontes que caracterizava o direito da função pública em especial com a aplicação subsidiária do C T para o qual a L.G.T.F.P. remete. Vão-se assim

esbatendo as diferenças historicamente existentes entre os dois ramos de direito, sendo progressivamente minoradas as especificidades decorrentes da finalidade de prossecução do interesse público que compete ao, outrora, servidor público, levantando-se pois a dúvida sobre se se caminha no futuro para um só direito das relações laborais.

Bibliografia

Amado, João Leal, “Contrato de Trabalho”, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2014.

Brito, Pedro Madeira de, O reconhecimento legal do direito à contratação coletiva dos trabalhadores da Administração Pública: da negação à consolidação”, Questões Laborais n.º 45, Ano XXI, Coimbra Editora.

Brito, Pedro Madeira de - O Contrato de Trabalho da Administração Pública e o sistema de fontes, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.

Correia, André de Oliveira, “Os não tão novos horários de trabalho dos trabalhadores das carreiras gerais: perdidos entre a lei e instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho”, in Questões Laborais n.º 45, Ano XXI, Coimbra Editora.

Lobo Xavier Bernardo da Gama, Manual de Direito do Trabalho, Verbo, Lisboa, 2011.

Menezes Cordeiro, António da Rocha, “Manual de Direito do Trabalho”, Coimbra, 1991, Neves.

Ana Fernanda, “O Direito da Função Pública”, Tratado de Direito Administrativo Especial, Vol. IV, Almedina, 2010

Pereira, André Gonçalves/Quadros, Fausto de Quadros, Manual de Direito Internacional Público, 3.ª Ed. Coimbra, 1993

Ramalho Maria do Rosário Palma, “Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral”, 3.ª Edição, Almedina, 2010.

Ramalho Maria do Rosário Palma, Tratado do Direito do Trabalho Parte I - Dogmática Geral, Almedina, 4.ª Edição, 2015.

Rouxinol, Milena, “O Regime da Relação Entre Fontes Laborais no Código do Trabalho de 2009” in O Código do Trabalho – A revisão de 2009, Paulo Morgado de Carvalho (coordenação), 1.ª Edição, Coimbra Editora, 2011.

Soares, Joaquim Miguel Moreira Magalhães, “Restrições ao exercício de direitos fundamentais”, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2016.

Veiga e Moura, Paulo/Arrimar, Cátia, “Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas”, 1.º Vol., Coimbra Editora, 2014.

5. A «Constituição Laboral» à luz das relações jurídicas de emprego público

Ana Marta Neves

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A «CONSTITUIÇÃO LABORAL» À LUZ DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE EMPREGO PÚBLICO

Ana Marta Neves

Introdução

Capítulo I – A «Constituição Laboral»: caracterização e qualificação jurídica do objeto de estudo

1. O conceito de «Constituição Laboral»

1.1. Razões subjacentes à sua proeminência constitucional e posições críticas

1.2. Consequências jurídicas decorrentes da sua consagração

2. Enquadramento dogmático das normas integradoras da «Constituição Laboral»

2.1. Direitos subjetivos fundamentais vs. direitos de exercício coletivo e «direitos fundamentais coletivos»

2.2. Direitos, liberdades e garantias vs. direitos económicos, sociais e culturais

Capítulo II – Cartografia da «Constituição Laboral» à luz das relações jurídicas de emprego público

1. Preceitos constitucionais de aplicação indiferenciada à generalidade dos trabalhadores dos setores público e privado

1.1. Direito à liberdade de escolha de profissão (art. 47.º, n.º 1, da CRP)

1.2. Direitos das Comissões de Trabalhadores (art. 54.º da CRP)

1.3. Direito à liberdade sindical (art. 55.º da CRP)

1.4. Direitos das associações sindicais (n.ºs 1 e 2 do art. 56.º da CRP)

2. Análise das normas constitucionais aplicáveis à generalidade dos trabalhadores na perspetiva das relações jurídicas de direito do emprego público e suas particularidades

2.1. Direito à segurança no emprego (art. 53.º da CRP)

2.2. Direito à contratação coletiva (n.ºs 3 e 4 do art. 56.º da CRP)

2.3. Direito à greve (art. 57.º da CRP)

3. Normas de aplicação exclusiva às relações jurídicas de direito do emprego público

3.1. Direito

Bibliografia

Introdução

Subjacente ao tema «Constituição Laboral» que nos foi proposto no contexto de avaliação para a disciplina de Direito das Relações Laborais da Administração Pública, o presente trabalho pretende analisar, sob a perspetiva das relações jurídicas do emprego público, o vasto conjunto de normas, de índole jurídica bastante díspar, que a Constituição da República Portuguesa de 1976 dedica à matéria laboral.

Neste sentido, procurar-se-á, num primeiro momento, explicitar, com o auxílio da doutrina, em que consiste afinal a «Constituição Laboral», que tipo de normas jurídicas a integram e qual o respetivo enquadramento dogmático. Esta tarefa de caracterização e qualificação do objeto do nosso estudo ocupar-nos-á o primeiro capítulo.

Numa segunda parte, que constituirá o núcleo duro da nossa investigação, procuraremos analisar, de modo tão detido quanto possível (atentas as limitações de espaço a que estamos sujeitos), cada um dos preceitos constitucionais que disciplinam diretamente aspetos laborais. Referimo-nos aos artigos 47.º e 53.º a 60.º da CRP.

Este périplo obedecerá à seguinte esquematização:

- (1) Preceitos constitucionais de aplicação indiferenciada à generalidade dos trabalhadores dos setores público e privado;
- (2) Normas constitucionais aplicáveis à generalidade dos trabalhadores na perspetiva das relações jurídicas de direito do emprego público e suas particularidades; e
- (3) Normas de aplicação exclusiva às relações jurídicas de direito do emprego público.

Capítulo I – Caracterização e qualificação jurídica do objeto de estudo

1. O conceito de «Constituição Laboral»

Na senda de outras experiências constitucionais estrangeiras, a Constituição da República Portuguesa de 1976 reflete claramente o fenómeno da «constitucionalização do direito do trabalho»¹, ao ter consagrado de uma forma particularmente rica², um conjunto de preceitos que disciplinam matéria laboral, aplicável quer no contexto das relações laborais privadas, quer no domínio do direito do emprego público.

Esta constatação permite que a maioria da doutrina reconheça a existência, na nossa CRP, de uma «Constituição Laboral» ou «Constituição do Trabalho», entendida em sentido amplo, como o “conjunto de preceitos constitucionais com incidência directa ou indirecta no domínio laboral”³. Compreendidos neste conceito extremamente heterogéneo, e sem prejuízo de ulteriores considerações, podemos desde já, divisar:

- Direitos fundamentais dos trabalhadores⁴ (por regra extensíveis aos sujeitos titulares de relações jurídicas de emprego público⁵, a menos que a própria Constituição autorize a lei a estabelecer-lhe restrições – artigo 270.º da CRP)⁶;
- Entre estes direitos fundamentais, parte encontra-se sob a égide dos direitos, liberdades e garantias – quer de natureza pessoal (artigo 47.º da CRP), quer dos

¹ Cfr. Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2015 (7.ª ed.), nota de rodapé n.º 277, p. 162; e Caupers, João, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, 1985, pp. 73 e 74.

² Cfr. Bernardo Xavier, “A Constituição Portuguesa como fonte de direito do trabalho” in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*, Coimbra: Almedina, Março 2004, pp. 163-203. p. 164.

³ Cfr., por todos, Palma Ramalho, Maria do Rosário, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, Coimbra: Almedina, 2015 (4.ª ed.), p. 175.

⁴ A interpretação do conceito constitucional de «trabalhador(es)» está longe de ser unívoca. No entanto, a maioria dos Autores tende a concordar com João Caupers, para quem “o conceito constitucional de trabalhador, enquanto titular de direitos, corresponde à noção de trabalhador subordinado” ou trabalhador por conta de outrem. Cfr. Caupers, João, *ob. cit.*, p. 80. No mesmo sentido, cfr. Madeira de Brito, Pedro, “O Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes”, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; [s.n.], 2010, pp. 199 e 200.

⁵ Cfr. Palma Ramalho, Maria do Rosário, *ob. cit.*, p.

⁶ Cfr. Caupers, João, *ob. cit.*, p. 90 e ss.; e Sousa, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque, “A reforma do emprego público em Portugal” in *Para Jorge Leite - Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, [coord.] Reis, João, Amado, Leal [et. al.], Coimbra Editora: 2014 (1.ª ed.), (pp. 999-1033), pp. 1000 e 1001.

trabalhadores (artigos 53.º a 57.º da CRP) –, ao passo que outros surgem positivados como direitos económicos, sociais e culturais, também designados por direitos sociais – artigos 58.º e 59.º da CRP (sem prejuízo de alguns dos seus preceitos assumirem uma natureza análoga a direitos, liberdades e garantias⁷);

– De entre todos, encontram-se direitos que tutelam posições jurídicas individuais, pese embora a grande maioria apresente “*um carácter essencialmente coletivo ou organizativo*”⁸.

Em maior ou menor medida, procuraremos que todos sejam alvo da nossa atenção.

De salientar, porém, que a autonomização do conceito «Constituição Laboral» não reúne o consenso generalizado da doutrina. Efetivamente, o constitucionalista Gomes Canotilho defende que “*A Constituição não dedica qualquer capítulo especial a uma constituição do trabalho*”. O A. considera que os conceitos de «constituição do trabalho», assim como «constituição económica» ou «constituição financeira», apenas têm um valor “*essencialmente heurístico e operativo*”, não se devendo através dos mesmos isolar realidades autónomas, visto que a interpretação constitucional deverá sempre ter em conta o “*contexto global da constituição*”⁹.

Embora sejamos recetivos à advertência deste Ilustre Constitucionalista para a necessidade de interpretação da CRP enquanto um todo/uma unidade de sentido¹⁰, não nos parece que o conceito de Constituição Laboral seja de repudiar por esta razão. Primeiro porque reúne já uma certa tradição na doutrina (nacional e estrangeira) e, além disso, tem o particular préstimo de delimitar o objeto do nosso estudo, servindo o propósito de clarificar que vamos incidir a nossa análise sobre as normas constitucionais que titulam posições jurídicas *próprias* dos trabalhadores¹¹.

1.1. Razões subjacentes à sua proeminência constitucional e posições críticas

Os motivos avançados para a especial importância conferida pela nossa Lei Fundamental ao fenómeno laboral prendem-se com razões de natureza económico- social, e com o próprio contexto histórico e político pós-revolucionário em que a Constituição de 1976 foi aprovada. Palma Ramalho aponta, assim, quanto às primeiras razões, a relevância do trabalho enquanto fator de produtividade crucial para a organização económica do Estado, e

⁷ Cfr. Miranda, Jorge, “Os Direitos dos Trabalhadores na Constituição Portuguesa” in *Estudos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Princípa Editora: Outubro de 2006 (1.ª ed.), (pp. 503-507), pp. 504 e 505.

⁸ Cfr. Lopes, Sónia Kietzmann, “Direitos de Personalidade do Trabalhador à luz do Código do Trabalho”, in *Direitos Fundamentais e de Personalidade do Trabalhador, E-book* do Centro de Estudos Judiciários (2.ª ed.), [coord.] Reis, João Pena dos, Coleção de Formação Inicial, p. 17. Mais adiante teremos oportunidade de fazer uma distinção mais rigorosa entre direitos de exercício coletivo e «direitos fundamentais coletivos». Cfr. ponto 2.1 do presente capítulo.

⁹ Cfr. Gomes Canotilho, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2003 (7.ª ed), p. 346.

¹⁰ Advertência aliás repetida por outros Autores. Cfr. neste sentido, Martinez, Pedro Romano, *ob. cit.*, p. 162 e Bernardo Xavier, *ob. cit.*, p. 165.

¹¹ Isto é “*direitos que só a eles são reconhecidos*”. Cfr. Abrantes, José João, *O Direito do Trabalho e a Constituição*, Associação Académica da Faculdade de Lisboa, 1990, p. 13.

relativamente às segundas, a necessidade de afirmação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, particularmente os que tinham sido erradicados pela ordem corporativista (*maxime* o direito à greve), sentindo-se em relação a outros, a necessidade de os “reconstruir em termos conformes com a nova ordem jurídico-constitucional (assim, a autonomia coletiva, o direito de contratação coletiva e o associativismo sindical)”¹².

Subjacente ao bloco normativo-constitucional dedicado à matéria laboral, encontramos portanto um tom proclamatório típico do período pós-revolucionário e uma ideologia de emancipação das classes trabalhadoras, cujos direitos tinham sido fortemente cerceados pelo regime ditatorial vigente até 25 de Abril de 1974¹³.

Embora cientes deste particular contexto de elaboração da Constituição em 1976, diversos Autores não se coíbem, no entanto, de apontar ao legislador constitucional um certo excesso ou prolixidade na previsão de certos direitos fundamentais dos trabalhadores, designadamente em matéria de direito coletivo (v. artigos 54.º, 55.º e 56.º da CRP). Em sua opinião, estes preceitos não apresentam dignidade constitucional suficiente¹⁴ para figurar no catálogo dos direitos fundamentais, possuindo um “*pendor quase regulamentar*”¹⁵.

Sem prejuízo de, mais adiante, nos debruçarmos mais detidamente sobre o enquadramento dogmático dos direitos fundamentais dos trabalhadores¹⁶, Vieira de Andrade considera – a propósito da quase totalidade das normas *supra* indicadas¹⁷ – que não estamos perante autênticos direitos fundamentais em sentido material, isto é, “*posições subjectivas individuais fundamentais*”, na medida em que não se tratam de direitos políticos dos cidadãos, nem concretizações do direito de participação na vida pública (previsto no art. 48.º da CRP), nem são tão-pouco direitos dos trabalhadores exercidos por intermédio dos seus representantes (como é o caso do direito à contratação coletiva do art. 56.º, n.º 3 da CRP)¹⁸. Não obstante, o A. considera que se tratam de “*garantias institucionais dos direitos fundamentais dos trabalhadores*”, que devendo ser objeto de uma interpretação atualista, não podem deixar de ser encarados como “*parte integrante da «matéria» dos direitos fundamentais*”¹⁹.

Por nossa parte, partilhamos da opinião de Gomes Canotilho, que alerta para o perigo de uma potencial leitura restritiva do catálogo de direitos fundamentais (*in casu*, dos trabalhadores), no sentido de nele se identificarem direitos fundamentais meramente formais, em face de outros que seriam materiais (e formalmente) constitucionais. Desde

¹² Cfr. Palma Ramalho, Maria do Rosário, *ob. cit.*, p. 176.

¹³ Bernardo Xavier diz-nos que “[Os trabalhadores] necessitavam – no momento histórico – da definição e da titularidade de direitos irreversíveis”. Cfr. Bernardo Xavier, *ob. cit.*, p. 170.

¹⁴ Cfr. Martinez, Pedro Romano, *ob. cit.*, p. 169.

¹⁵ Cfr. Palma Ramalho, Maria do Rosário, *ob. cit.*, p. 177.

¹⁶ Cfr. ponto 2 do presente capítulo.

¹⁷ Apenas isenta desta crítica o art. 56.º, n.º 3 da CRP, com o fundamento que a seguir se explica no corpo do texto.

¹⁸ Para o A. estão em causa “*poderes concedidos a certas entidades com o objetivo imediato de concretizar opções de organização económico-social (da empresa: art. 54.º, n.º 5, alíneas b), e) e f)), administrativa (artigo 56.º, n.ºs 2, als. b) e c)) ou política (artigos 54, n.º 5, al. d) e 56.º, n.º 2, al. a))*”. Cfr. Vieira de Andrade, J. C., *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2012 (5.ª ed.), pp. 88 e 89.

¹⁹ Cfr. Vieira de Andrade, J. C., *ob. cit.*, p. 90.

logo porque esta classificação não encontra acolhimento positivo ao nível do texto constitucional, e além disso é destituída de relevância prática, uma vez que a Constituição consagrou, “*com o mesmo título e a mesma dignidade*” os dois tipos direitos²⁰.

Por outro lado, não podemos deixar de concordar com a proposta *supra* enunciada de Vieira de Andrade quanto à necessidade de uma leitura atualista de muitos dos preceitos constitucionais, designadamente em matéria de direitos fundamentais dos trabalhadores²¹, sob pena de os mesmos terem *caducado*, ou pelo menos, se terem esvaziado de sentido normativo no atual contexto globalizado e flexível do mercado laboral.

1.2. Consequências jurídicas decorrentes da sua consagração

Ocupando o lugar cimeiro na pirâmide hierárquico-normativa de direito interno, o facto de a nossa Constituição contemplar um bloco normativo relativamente denso sobre matéria jus-laboral, acarreta três importantes consequências jurídicas, quer para o direito do trabalho, quer para o direito do emprego público.

Primeiro, condiciona a produção normativa infraconstitucional²², impondo “*valorações axiológicas significativas*”²³ a que o legislador terá necessariamente de atender, sob pena de inconstitucionalidade.

Segundo, determina que se proceda a uma interpretação da legislação ordinária conforme à Constituição²⁴. De acordo com Gomes Canotilho, o princípio da interpretação conforme com a Constituição “*é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei*”²⁵. Para este A., não se trata de um mero “*princípio de conservação de normas*”, que usualmente é interpretado apenas no sentido do *favor legis*, ou seja, uma lei só deverá ser declarada inconstitucional quando não puder ser declarada conforme a Constituição, sendo verdadeiramente um “*princípio de prevalência normativo-vertical*” ou de “*integração hierárquico-normativa*”²⁶.

Por fim, “*os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais*”, terão de ser respeitados pelas leis de revisão constitucional, constituindo assim, um dos limites materiais de revisão constitucional expressamente previstos no art. 288.º, al. e), da CRP²⁷. Por se entender que estas matérias integram o “*cerne material da*

²⁰ Cfr. Gomes Canotilho, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, (7.ª ed.), pp. 406 e 407.

²¹ Alertando também para a necessidade de evitar “*uma leitura cristalizada na história dos tópicos constitucionais*” cfr. Bernardo Xavier, *ob. cit.*, p. 173.

²² Cfr. Palma Ramalho, Maria do Rosário, *ob. cit.*, p. 177.

²³ Cfr. Palma Ramalho, Maria do Rosário, *ob. cit.*, p. 181.

²⁴ Cfr. Martinez, Pedro Romano, *ob. cit.*, p. 173; e Palma Ramalho, Maria do Rosário, *ob. cit.*, p. 181.

²⁵ Cfr. Gomes Canotilho, J.J., *ob. cit.*, p. 1310.

²⁶ Cfr. Gomes Canotilho, J.J., *ob. cit.*, p. 1310.

²⁷ Cfr. Bernardo Xavier, *ob. cit.*, p. 191; Martinez, Pedro Romano, *ob. cit.*, p. 172.

ordem constitucional”, são furtadas pela própria Constituição à disponibilidade do poder de revisão do legislador constitucional²⁸.

2. Enquadramento dogmático das normas integradoras da «Constituição laboral»

Conforme vimos *supra*²⁹, a «Constituição Laboral» integra um conjunto de normas de índole jurídica bastante diversa, que importa em seguida enquadrar dogmaticamente à luz das principais qualificações avançadas pela doutrina³⁰.

2.1. Direitos subjetivos fundamentais vs. direitos de exercício coletivo e «direitos fundamentais coletivos»³¹

Quanto aos direitos subjetivos fundamentais está em causa o reconhecimento aos trabalhadores de *“posições jurídicas subjetivas individuais, universais e fundamentais”*³² que se destinam, em primeira linha, a satisfazer interesses dos próprios titulares e se destinam à salvaguarda da sua dignidade³³. Refiram-se, a título exemplificativo:

- O direito de escolher livremente a profissão ou de aceder à função pública (art. 47.º, n.ºs 1 e 2, da CRP),
- O direito à segurança no emprego (art. 53.º da CRP) ou ainda os vários direitos laborais ínsitos nas várias alíneas do n.º 1 do art. 59.º da CRP (v.g. o direito à retribuição (al. a)),
- O direito à organização do trabalho *“em condições socialmente dignificantes”*(al. b)), ou ainda o direito ao repouso e aos lazeres (al. d))³⁴.

No que concerne aos direitos de exercício coletivo, Vieira de Andrade assinala que estão em causa *“aqueles direitos fundamentais que não podem ser exercidos por cada indivíduo isoladamente, pressupondo uma atuação convergente ou concertada de uma pluralidade de sujeitos”*³⁵. O direito de exercício coletivo por excelência é, sem dúvida, o direito à greve consagrado no art. 57.º, n.º 1, da CRP.

Por fim, o A. que temos vindo a acompanhar distingue ainda a categoria dos chamados *“direitos fundamentais coletivos» em sentido estrito”* que serão *“os direitos exclusivos de pessoas coletivas ou organizações”*, tais como os direitos das comissões de trabalhadores

²⁸ Cfr. Gomes Canotilho, J.J., *ob. cit.*, 1064.

²⁹ Cfr. pp. 3 e 4 do presente trabalho.

³⁰ Apenas faremos referência às duas que nos parecem mais adequadas e rigorosas de um ponto de vista jurídico-constitucional. Não temos, portanto, a pretensão de ser esgotantes nestas classificações.

³¹ Seguimos a distinção feita por Vieira de Andrade, *cfr. ob. cit.*, pp. 114 a 126.

³² Cfr. Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 114.

³³ Cfr. Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 112 e 114.

³⁴ Cfr. Palma Ramalho, Maria do Rosário, *ob. cit.*, p. 180.

³⁵ Cfr. Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 116.

(art. 54.º da CRP) e das associações sindicais (art. 56.º, n.ºs 2 e 3, da CRP)³⁶. Para Vieira de Andrade já não estamos neste âmbito perante verdadeiros direitos subjetivos individuais, mas antes perante “*faculdades ou poderes no quadro de organização da sociedade política (...) equiparadas a «garantias institucionais»*”³⁷.

2.2. Direitos, liberdades e garantias vs. direitos económicos, sociais e culturais

Somos agora confrontados com uma das mais importantes distinções ao nível dos direitos fundamentais, desde logo porque a mesma integra a sistematização do próprio texto constitucional. Assim, a primeira diferenciação a fazer entre as duas categorias de direitos *supra* assinaladas diz respeito à sua inserção no catálogo: os direitos, liberdades e garantias estão consagrados no Título II da Parte I da CRP, ao passo que os direitos económicos, sociais e culturais constam do Título III, também da Parte I.

Concretizando esta sistematização no âmbito da «Constituição Laboral», temos que:

- O art. 47.º da CRP (sob a epígrafe “Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública”) integra o núcleo dos direitos, liberdades e garantias pessoais (Capítulo II);
- Os artigos 53.º a 57.º da CRP constituem a totalidade dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (Capítulo III);
- E por fim, os artigos 58.º e 59.º da CRP incluem-se no âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais, mais precisamente no seu Capítulo I, respeitante aos “Direitos e deveres económicos”.

No entanto, a importância da presente distinção advém sobretudo do facto de o legislador constitucional ter traçado um regime específico para os direitos, liberdades e garantias, extensível aos direitos fundamentais de natureza análoga por força do art. 17.º da CRP³⁸. Por conseguinte, para definir a aplicabilidade do regime específico dos DLG’s, o intérprete vê-se na contingência de ter de afinar um critério constitucionalmente adequado do que sejam materialmente direitos, liberdades e garantias, não se podendo para o efeito limitar a uma mera leitura do texto constitucional³⁹. Por se tratar de uma questão que extravasa claramente o objeto da nossa investigação, limitamo-nos a destacar, de entre os principais critérios de distinção adotados pela doutrina⁴⁰, o critério maioritário relativo ao grau de determinabilidade ou determinação do objeto e conteúdo dos DLG’s⁴¹.

³⁶ Cfr. Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 121 e 122.

³⁷ Cfr. Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 126.

³⁸ Cfr. Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 172.

³⁹ Cfr. Bacelar Gouveia, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Coimbra: Almedina: 2013 (5.ª ed.), pp. 951 e 952.

⁴⁰ Para uma excelente síntese das principais posições doutrinárias a este respeito e da que é defendida pelo Autor cfr. Bacelar Gouveia, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Coimbra: Almedina: 2013 (5.ª ed.), pp. 953 e ss.

⁴¹ Defendido, entre outros Autores por Vieira de Andrade ao referir: “(...) a *Constituição pressupõe dois tipos de direitos: aqueles cujo conteúdo principal é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais e aqueles outros cujo conteúdo principal terá de ser, em maior ou menor medida, determinado por*

Embora adote um critério de diferenciação misto, na confluência de elementos objetivos, subjetivos e estruturais⁴², Jorge Miranda entende que são “*direitos económicos com estrutura de direitos, liberdades e garantias*” as alíneas a)⁴³, d)⁴⁴, e segunda parte da al. f)⁴⁵ do n.º 1 do art. 59.º da CRP⁴⁶. Pela nossa parte concordamos com o Autor, de modo que também aplicaríamos a este conjunto de direitos económicos, sociais e culturais de natureza análoga a DLG’s o regime jurídico que é próprio destes.

Vejamos seguidamente em traços muito lineares em que traduz afinal o regime jurídico exclusivo dos DLG’s (e direitos análogos), consagrado no artigo 18.º da CRP⁴⁷. Em primeiro lugar, na aplicabilidade direta das normas que os reconhecem ou garantem (1.ª parte do n.º 1 do art. 18.º), o que significa que os preceitos com a natureza de DLG’s são normas *self-executing*, ou seja, podem ser direta e imediatamente invocadas pelos respetivos titulares, independentemente de concretização legal; em suma, valem contra a lei e na ausência de lei. Em segundo lugar, vinculam entidades públicas e privadas (art. 18.º, n.º 1, 2.ª parte). Em terceiro lugar, possuem um regime específico para a sua restrição, que consta dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º, e que se desdobra: numa reserva de lei restritiva (art. 165.º, n.º 1, al. b) *ex vi* do art. 18.º, n.º 1, 1.ª parte, ambos da CRP); exigência de uma autorização constitucional expressa para a sua restrição (2.ª parte do n.º 2 do art. 18.º da CRP); obediência ao princípio da proporcionalidade (3.ª parte do n.º 2 do art. 18.º da CRP); à proibição de retroatividade e de salvaguarda do núcleo essencial (n.º 3 do art. 18.º da CRP).

Por fim, um outro aspeto relevante a destacar no âmbito do regime próprio dos direitos, liberdades e garantias é o facto de constituírem um limite material às leis de revisão constitucional, em conformidade com a al. d) do art. 288.º da CRP.

Não obstante estarmos cientes que existe uma doutrina minoritária, embora relevante⁴⁸, que postula uma unidade dogmática entre as duas categorias de direitos *supra* analisadas, e que procura perspetivar os direitos económicos, sociais e culturais, vulgarmente designados por direitos sociais enquanto verdadeiros direitos fundamentais, optámos por não abordar esta questão, que muito embora assumia relevância jurídico-constitucional, extravasa o objeto da nossa análise.

opções do legislador ordinário (...)”. Como facilmente se depreende, o primeiro tipo de direitos corresponderia ao conceito material de DLG’s. Cfr. Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 176.

⁴² Como nos explica Bacelar Gouveia, *cfr.*, *ob. cit.*, p. 955, nota de rodapé n.º 1909.

⁴³ Direito à retribuição do trabalho.

⁴⁴ Direito à limitação máxima da jornada de trabalho, direito ao descanso semanal e direito a férias periódicas pagas.

⁴⁵ Direito a justa reparação em caso de acidente de trabalho ou de doença profissional.

⁴⁶ Miranda, Jorge, *ob. cit.*, pp. 504 e 505.

⁴⁷ Cfr. por todos, Gomes Canotilho, *ob. cit.*, pp. 437 e ss.

⁴⁸ Principalmente os constitucionalistas Jorge Reis Novais e Carlos Blanco de Moraes.

Capítulo II – Cartografia da «Constituição Laboral» à luz das relações jurídicas de emprego público

1. Preceitos constitucionais de aplicação indiferenciada à generalidade dos trabalhadores dos setores público e privado

1.1 Direito à liberdade de escolha de profissão (art. 47.º, n.º 1, da CRP)

O primeiro artigo que identificámos como pertencente à «Constituição Laboral» e que deve ser incluído na categoria *supra* indicada é o art. 47.º, n.º 1, da CRP, referente ao segmento da epígrafe “*Liberdade de escolha de profissão (...)*”⁴⁹.

Como nos explicam os constitucionalistas Gomes Canotilho e Vital Moreira, trata-se de um direito fundamental complexo que integra diversas dimensões. Em sentido negativo, isto é, enquanto direito de defesa significa: por um lado “*não ser forçado a escolher (e a exercer) uma determinada profissão*”, e por outro “*não ser impedido de escolher (e exercer) qualquer profissão para a qual se tenham os necessários requisitos, bem como de obter esses mesmos requisitos*”.⁵⁰ Por sua vez, em sentido positivo, desdobra-se também em duas componentes: no “*direito à obtenção dos requisitos legalmente exigidos para o exercício de determinada profissão*”, ou seja, no direito de adquirir as habilitações académicas e profissionais exigíveis; e ainda, no direito à obtenção dessas condições de acesso em circunstâncias de igualdade face aos demais candidatos interessados⁵¹.

Aludindo à história do preceito, Jorge Miranda destaca que na versão inicial da Constituição, a liberdade de escolha de profissão estava ligada ao direito ao trabalho e à liberdade de comércio e indústria, tendo entretanto ocorrido a sua autonomização em relação ao direito ao trabalho (atual art. 58.º, n.º 1, da CRP) e à liberdade de iniciativa económica privada (atual art. 61.º, n.º 1, da CRP), o que evidencia o “*reconhecimento e valorização do elemento pessoal em face do elemento estritamente económico*”⁵².

1.2. Direitos das Comissões de Trabalhadores (art. 54.º da CRP)

As comissões de trabalhadores constituem a primeira das duas formas de “*organização própria dos trabalhadores*” que a CRP consagra, a par das associações sindicais (art. 55.º e 56.º da CRP)⁵³. Gomes Canotilho define-as como “*órgãos dos trabalhadores de uma empresa ou estabelecimento, independentemente da sua categoria profissional, e visam defender os seus interesses nessa qualidade, enquanto trabalhadores dessa empresa ou*

⁴⁹ “1. Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade”.

⁵⁰ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, artigos 1.º a 107.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2014 (reimp. 4.ª ed.), p. 653.

⁵¹ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 653.

⁵² Cfr. Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I (artigos 1.º a 79.º), Coimbra: Coimbra Editora, 2005 (2.ª ed.), p. 963.

⁵³ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 716.

desse estabelecimento”⁵⁴. Ou seja, as suas atribuições prendem-se sobretudo com “a organização e gestão empresarial”, diferenciando-se quanto a este aspeto essencial das associações sindicais, que como veremos *infra*, possuem competências sobretudo no que respeita às relações laborais entre trabalhadores e entidades patronais⁵⁵. Não obstante, os Autores Jorge Miranda e Rui Medeiros chamam a atenção para a circunstância de ser possível divisar “domínios de sobreposição” quanto às atribuições destas duas estruturas orgânicas de representação dos trabalhadores (indicando como exemplo o direito à informação das comissões de trabalhadores – art. 54.º, n.º 5, al. a), da CRP – e dos delegados sindicais – art. 55.º, n.º 6, da CRP)⁵⁶.

Um segundo ponto de distinção diz respeito ao princípio da unicidade que vigora relativamente às comissões de trabalhadores e já não quanto às associações sindicais. Deste modo, o direito à constituição de comissões de trabalhadores está limitado à existência de uma comissão por cada empresa, sem prejuízo da admissibilidade da criação de subcomissões em empresas que possuam diversos estabelecimentos⁵⁷.

Uma última diferença assinalável das comissões de trabalhadores em face das associações sindicais diz respeito ao facto das primeiras não disporem dos direitos de declaração de greve e de contratação coletiva, expressamente atribuídos aos sindicatos no art. 56.º, n.º 3, da CRP⁵⁸.

O facto de termos incluído os direitos das comissões de trabalhadores no conjunto de preceitos constitucionais que se aplicam de modo indiferenciado aos setores público e privado pressupõe que em ambos os casos estejamos necessariamente perante uma organização empresarial (seja ela privada, cooperativa ou pública, e independentemente de qual seja o seu estatuto legal)⁵⁹.

Para além do direito à constituição de comissões de trabalhadores (previsto no n.º 1 do art. 54.º da CRP), o preceito concretiza, nos seus números seguintes, aspetos constitutivos desse direito. Assim, o n.º 2 do art. 54.º da CRP refere-se ao direito de organizar e eleger as comissões de trabalhadores, enquanto manifestação de um princípio geral de auto-organização coletiva ou de liberdade estatutária, ao passo que o seu n.º 3 prevê a possibilidade de as coordenar⁶⁰.

Em seguida, o n.º 5 do art. 54.º vem explicitar um elenco de direitos que assistem às próprias comissões de trabalhadores, a fim de que as mesmas possam levar a cabo as suas atribuições, a saber:

⁵⁴ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 716.

⁵⁵ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 716.

⁵⁶ Cfr. Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, *ob. cit.*, p. 520.

⁵⁷ Cfr. Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, *ob. cit.*, p. 519.

⁵⁸ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 727.

⁵⁹ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 717; e Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, *ob. cit.*, p. 520.

⁶⁰ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 718 e 719.

- O direito à obtenção de informações ou esclarecimentos, sobretudo de carácter empresarial (al. a));
- O direito ao controlo de gestão, que terá como conteúdo mínimo o conhecimento prévio das principais decisões de gestão das empresas e o direito a sobre elas se pronunciar, antes de serem definitivamente adotadas⁶¹ (al. b));
- O direito a participar nos processos de reestruturação da empresa (al. c));
- O direito à participação na elaboração da legislação do trabalho (al. d));
- E o direito à gestão, ou pelo menos, participação na gestão das obras sociais da empresa, como por exemplo creches, cantinas, grupos desportivos, etc.⁶² (al. e)).

Sublinhamos, por fim, o direito a promover a eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais quando estejam em causa empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas (al. f) do n.º 5 do art. 54.º da CRP).

1.3. Direito à liberdade sindical (art. 55.º da CRP)

O direito à liberdade sindical consagrado no n.º 1 do art. 55.º da CRP consiste no direito de cada trabalhador *“a decidir, com plena autonomia, sindicalizar-se ou não”*⁶³, pelo que estamos perante uma forma particular do direito de associação, consagrado no art. 46.º da CRP⁶⁴. O aspeto distintivo do sindicato face às restantes associações, que Gomes Canotilho e Vital Moreira apontam, reside no seu propósito específico, ou seja, o *“carácter de associação de classe, de associação de defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores”*⁶⁵.

Por contraposição às comissões de trabalhadores, relativamente às quais vigora, como vimos *supra*, o princípio da unicidade, no âmbito do direito à sindicalização vale o princípio da liberdade e do pluralismo sindical⁶⁶.

O n.º 2 do art. 55.º esclarece-nos, nas suas várias alíneas, quais são as dimensões que integram o direito à liberdade sindical, a saber:

- A liberdade de constituição de sindicatos, o que implica que a sua criação não esteja sujeita a qualquer tipo de autorização administrativa prévia e tem como contraponto lógico a liberdade de dissolução dos sindicatos pelos seus membros⁶⁷ (al. a));

⁶¹ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 721.

⁶² Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 726.

⁶³ Cfr. Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, *ob. cit.*, p. 535.

⁶⁴ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 730.

⁶⁵ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 730.

⁶⁶ Cfr. Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, *ob. cit.*, p. 534.

⁶⁷ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 732.

- A liberdade de inscrição em qualquer sindicato, que tem como reverso a proibição constitucional da obrigatoriedade de inscrição (al. b));
- A liberdade de auto-organização interna e liberdade estatutária, embora o n.º 3 do art. 52.º venha depois sujeitar este amplo poder de autogoverno à observância dos “*princípios de organização e gestão democráticas*”;
- O direito de exercício de atividade sindical na empresa, que exige, da parte da entidade empregadora uma plêiade de obrigações positivas, como por exemplo, o direito de crédito de tempo para o exercício da ação sindical ou o direito de reunião entre os trabalhadores sindicalizados⁶⁸ (al. d));
- E ainda, o chamado direito de tendência, que obriga a que os estatutos dos sindicatos reflitam ao nível institucional a várias correntes/tendências minimamente representativas dos interesses dos trabalhadores⁶⁹ (al. e)).

Por sua vez, o n.º 4 do art. 55.º prevê o princípio da independência e autonomia dos sindicatos, quer perante as entidades empregadoras, o Estado, as confissões religiosas, os partidos e outras associações políticas.

Terminado a leitura analítica do art. 55.º da CRP, verificamos que o seu n.º 5 prevê o direito das associações sindicais a integrar organizações sindicais internacionais (possibilidade de inter-relacionamento entre as várias associações sindicais para melhor prossecução dos interesses dos trabalhadores, à semelhança do previsto no n.º 3 do art. 54.º da CRP quanto às comissões de trabalhadores). Finalmente, o n.º 6 do art. 55.º atribui aos representantes eleitos dos trabalhadores os direitos de informação e consulta (também à semelhança do que vimos suceder na al. a) do n.º 5 do art. 54.º relativamente às comissões de trabalhadores), concedendo-lhes um estatuto legal que garanta que o exercício das suas funções é livre e sem constrangimentos.

Ora, o facto de termos incluído o direito à liberdade sindical dos trabalhadores no conjunto dos direitos fundamentais que, em nosso entender, se aplicam de forma indistinta aos trabalhadores do setor privado e aos trabalhadores da Administração Pública significa que os mesmos estão plenamente abrangidos pelo âmbito de aplicação subjetiva do art. 55.º da CRP, quer no que respeita ao direito à liberdade sindical (titulada pelos trabalhadores – n.ºs 1 e 2 do art. 55.º da CRP), quer no que concerne aos direitos das próprias associações sindicais (previstos nos n.ºs 4 e 5 do art. 55.º da CRP)⁷⁰.

As únicas particularidades que se poderão colocar em relação a certas categorias específicas de trabalhadores públicos encontram arrimo constitucional no art. 270.º da CRP, onde se prevê que “*os militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efetivo*” e ainda os “*agentes dos serviços e das forças de segurança*” possam ver

⁶⁸ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 732.

⁶⁹ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 735.

⁷⁰ Cfr. Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, *ob. cit.*, p. 535.

alguns dos seus “direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição coletiva” restringidos pelo legislador ordinário, na medida em que as especificidades do exercício das suas funções assim o exija, pese embora estes trabalhadores sejam à partida titulares do direito de associação sindical (art. 270.º, *in fine*, da CRP)⁷¹.

1.4. Direitos das associações sindicais (n.ºs 1 e 2 do art. 56.º da CRP)

Na sequência da análise que empreendemos *supra* a propósito dos n.ºs 4 e 5 do art. 55.º da CRP – que já previam, respetivamente, os direitos das associações sindicais à independência e a integrar organizações sindicais internacionais –, o art. 56.º da CRP vem desde logo explicitar no seu n.º 1 que estas organizações têm como missão a defesa e promoção dos direitos e interesses dos trabalhadores que representam, ao passo que as várias alíneas do seu n.º 2 lhe vêm aditar novos direitos. Entres estes, cumpre destacar o direito das associações sindicais à participação na elaboração da legislação do trabalho (al. a) do n.º 2 do art. 55.º da CRP), que constitui uma manifestação do princípio constitucional da democracia participativa, previsto no art. 2.º da CRP⁷².

A aplicabilidade dos n.ºs 1 e 2 do art. 56.º da CRP, aos trabalhadores do setor público não nos merece nenhum reparo adicional, uma vez que a mesma é indistinta em relação aos trabalhadores do setor privado. Idêntica conclusão não pode, porém, ser retirada a propósito dos n.ºs 2 e 3 deste preceito, que na nossa análise da «Constituição Laboral» subsumimos à categoria de preceitos que, pese embora também se apliquem no âmbito das relações jurídicas de emprego público, apresentam neste campo determinadas particularidades dignas de relevo.

2. Análise das normas constitucionais aplicáveis à generalidade dos trabalhadores na perspetiva das relações jurídicas de direito do emprego público e suas particularidades

Procuraremos analisar neste âmbito um conjunto de preceitos constitucionais que, pese embora sejam aplicados à generalidade dos trabalhadores subordinados, aqui se incluindo portanto os trabalhadores da Administração Pública no âmbito de uma relação de emprego público⁷³, revestem em relação a estes determinadas especificidades ou singularidades, decorrentes do conjunto de interesses, direitos, deveres, impedimentos e incompatibilidades que lhe são próprios.

2.1. Direito à segurança no emprego (art. 53.º da CRP)

Desde a primeira revisão constitucional (1982) que se autonomizou no Título II da Parte I – dedicado como vimos *supra* aos direitos, liberdades e garantias – um capítulo específico

⁷¹ Cfr. Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, *ob. cit.*, p. 535.

⁷² Cfr. Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, *ob. cit.*, p. 535.

⁷³ Recorde-se que os funcionários públicos são também considerados trabalhadores pelo art. 269.º da CRP.

intitulado “Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores”⁷⁴, que de forma não fortuita⁷⁵, surge encimado pelo art. 53.º da CRP, sob a epígrafe “Segurança no emprego”⁷⁶.

A primeira e mais importante dimensão constitutiva do direito fundamental à segurança no emprego é indubitavelmente a proibição de despedimentos sem justa, que se traduz numa “*negação clara do direito ao despedimento livre ou discricionário por parte dos empregadores*”⁷⁷. Como salienta Jorge Miranda, a garantia fundamental à segurança no emprego assenta no reconhecimento que as relações de trabalho subordinado são relações marcadas por uma assimetria de posições jurídicas entre o empregador (que assume uma posição de supremacia), e o trabalhador que é, em abstrato, considerada a parte contratualmente mais frágil. A consagração constitucional deste direito tem portanto como consequência imediata a compressão de outros direitos constitucionalmente protegidos, nomeadamente o direito de livre iniciativa económica privada do empregador⁷⁸.

Uma segunda dimensão do direito fundamental à segurança no emprego consiste na proibição de despedimentos por motivos políticos ou ideológicos, que tem a valia específica de impedir que os trabalhadores possam ser despedidos com base nas suas convicções políticas, ideológicas ou por motivo de atividade política ou sindical⁷⁹.

No âmbito de proteção deste direito fundamental pode ainda incluir-se a limitação das situações “*que se traduzam em injustificada precariedade da relação de trabalho*”⁸⁰, bem como a “*suspensão do contrato de trabalho, redução do horário de trabalho e suspensão da prestação de trabalho*” carecentes de justificação bastante⁸¹.

As questões mais problemáticas e controversas a propósito do direito à segurança no emprego dizem respeito à admissibilidade da “*cessação do contrato de trabalho com fundamento numa justa causa não disciplinar ou subjetiva*”⁸² – uma questão que se tem colocado com particular acuidade no âmbito do direito do emprego público.

2.2. Direito à contratação coletiva (n.ºs 3 e 4 do art. 56.º da CRP)

Como explicámos *supra*, os n.ºs 3 e 4 do art. 56.º da CRP, referentes ao direito à contratação coletiva, inserem-se no conjunto dos direitos que não podem ser aplicados de modo indistinto aos trabalhadores dos setores público e privado.

⁷⁴ Cfr. Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, *ob. cit.*, p. 501.

⁷⁵ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 707.

⁷⁶ “É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.”

⁷⁷ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 707.

⁷⁸ Cfr. Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, *ob. cit.*, p. 502.

⁷⁹ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 710 e 711.

⁸⁰ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 711.

⁸¹ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 712.

⁸² Cfr. Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, *ob. cit.*, p. 506.

Começando por uma análise genérica do preceito, trata-se de um direito de que são titulares os próprios trabalhadores, mas cujo exercício está acometido às associações sindicais em representação daqueles. De acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira este direito possui três dimensões materiais: o “*direito à liberdade negocial coletiva*”, não se admitindo, por esta via, quaisquer exigências de controlo administrativo prévio; o “*direito à negociação coletiva*”, isto é, o direito a que as entidades empregadoras não se recusem a negociar com as associações sindicais; e por fim, o “*direito à autonomia contratual coletiva*”, que prevê o reconhecimento de um espaço normativo próprio para a disciplina contratual coletiva, que não pode ser suprimido por lei. É aliás neste sentido que se alude à existência de uma “*reserva de convenção coletiva*”⁸³.

No que diz respeito à aplicabilidade dos n.ºs 2 e 3 do art. 56.º da CRP aos trabalhadores do setor público, importa tecer aqui algumas considerações adicionais. Cumpre fazer referência nesta sede a uma recente evolução legislativa ocorrida no âmbito do direito do emprego público, e que veio determinar uma inegável aproximação deste grupo de trabalhadores aos contratados do direito laboral privado, aos quais era tradicionalmente reconhecido, em exclusivo, o direito à contratação coletiva.

Referimo-nos ao inédito “*reconhecimento legal da autonomia coletiva dos trabalhadores subordinados da Administração Pública*” em matéria de negociação e celebração de convenções coletivas de trabalho⁸⁴. Com efeito, conjugando o art. 13.º da LGTFP sob a epígrafe “*Fontes específicas do contrato de trabalho em funções públicas*” com outras disposições deste diploma, constatamos que agora o contrato de trabalho em funções públicas pode ser regulado por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, contrariamente ao que vinha sendo tradição no nosso ordenamento jurídico, em que a celebração de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho sempre esteve ligada à existência de um contrato de trabalho⁸⁵. Daí que Pedro Madeira de Brito se refira a esta alteração legislativa como tendo procedido a uma “*irreversível contratualização*”⁸⁶. O Autor mobiliza aliás esta modificação legislativa como mais um dos argumentos em favor da inexistência de qualquer dualismo ontológico entre os trabalhadores da Administração Pública e os trabalhadores do setor privado, cujos regimes jurídicos se têm vindo progressivamente a aproximar devido às reformas empreendidas nos últimos anos em matéria de Função Pública.

No entanto, a verdade é que o reconhecimento do direito à negociação e celebração de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, que se podem subdividir em *acordos coletivos de carreira* e em *acordos coletivos de empregador público*⁸⁷, não deixa de

⁸³ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 744 e 745.

⁸⁴ Cfr. Madeira de Brito, Pedro, “O reconhecimento legal do direito à contratação coletiva dos trabalhadores da Administração Pública: da negação à consolidação”, in *Questões Laborais*, Ano XXI, n.º 45 – julho/ dezembro de 2014, Coimbra Editora, (pp. 327 a 347), p. 328.

⁸⁵ Cfr. Madeira de Brito, Pedro, “O reconhecimento legal (...)”, *ob. cit.*, p. 333.

⁸⁶ Cfr. Madeira de Brito, Pedro, “O reconhecimento legal (...)”, *ob. cit.*, p. 328.

⁸⁷ Cfr. Martins, Licínio Lopes, “A Relação de emprego público: nótulas sobre as principais vicissitudes da sua evolução recente e (algumas) incoerências do regime”, in *As Reformas do Sector Público, Perspectiva Ibérica no contexto pós-crise*, [coord.] Vieira de Andrade e Silva, Suzana Tavares da, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (pp. 239 a 257), p. 254.

estar sujeita a vários limites, como o próprio A. acaba por reconhecer⁸⁸. Desde logo, os trabalhadores nomeados continuam a não gozar do direito à negociação e celebração de acordos coletivos, precisamente por se entender que os mesmos são ínsitos ao contrato. Lício Lopes Martins alude também, quanto a estes limites, à impossibilidade de afastamento de normas sobre remunerações, inclusivamente se as mesmas se referirem a recompensas por avaliação de desempenho (exceto se a lei as admitir) ou se estiverem em causa suplementos remuneratórios, que constituem uma exceção a este limite⁸⁹. O que bem se compreende por força dos constrangimentos a que estas matérias estão sujeitas, por força do Orçamento de Estado.

Em suma, o reconhecimento, ainda que em termos limitados, do direito à autonomia coletiva dos trabalhadores da Administração Pública que disponham de contrato de trabalho em funções públicas determinou que agora os mesmos também estejam abrangidos pelo âmbito de aplicação subjetiva do art. 56.º da CRP, ainda que em termos *sui generis*.

2.3. Direito à greve (art. 57.º da CRP)

Outro dos direitos fundamentais dos trabalhadores relativamente ao qual existem diferenças significativas em termos de aplicação do regime jurídico-constitucional aos trabalhadores do setor público é o direito à greve, previsto no art. 57.º da CRP.

Em termos gerais, o principal conteúdo do direito à greve traduz-se, em sentido positivo, na liberdade de, em conjunto, os trabalhadores se absterem da prestação de trabalho a que estão obrigados por força do seu vínculo contratual (o mesmo vale em relação aos trabalhadores nomeados ou em comissão de serviço). Em sentido negativo, os trabalhadores não podem ser impedidos de fazer greve ou serem compelidos a terminar uma greve em curso, a menos que a mesma seja ilícita⁹⁰.

Trata-se de um direito que reveste especificidades no concernente à sua aplicação aos trabalhadores do setor público, desde logo porque a fixação dos serviços mínimos, quando a ela haja lugar, é da competência de um tribunal especializado e próprio, o Tribunal Arbitral em Funções Públicas. Depois, e mais relevante, é o facto de certas categorias de trabalhadores em funções públicas verem o seu direito à greve totalmente suprimido por força da natureza das funções que exercem. É o caso dos magistrados e dos agentes dos serviços e forças de segurança (art. 270.º da CRP, quanto a estes últimos).

⁸⁸ Cfr. Madeira de Brito, Pedro, “O reconhecimento legal (...)”, *ob. cit.*, p. 340.

⁸⁹ Cfr. Martins, Lício Lopes, *ob. cit.*, p. 254. Referindo-se também a estas limitações me matérias remuneratórias, Cfr. Madeira de Brito, Pedro, “O reconhecimento legal (...)”, *ob. cit.*, p. 329.

⁹⁰ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 753.

3. Normas de aplicação exclusiva às relações jurídicas de direito do emprego público

3.1. Direito de acesso à função pública (n.º 2 do art. 47.º da CRP)

Conclusões

Ao longo do presente trabalho procurámos analisar em pormenor os preceitos constitucionais que disciplinam matéria laboral e que no seu conjunto constituem a chamada «Constituição Laboral».

Primeiramente procurámos destriçar no seu âmbito as mais importantes categorias dogmáticas, para em seguida nos debruçarmos sobre cada um dos preceitos, sistematizando-os consoante a sua aplicação indiferenciada aos trabalhadores dos setores público e privado, aplicação a ambos os grupos de trabalhadores mas com especificidades relativamente aos segundos e por fim, campo de aplicação restrito aos trabalhadores com relações jurídicas de emprego público.

Bibliografia

Abrantes, José João, *O Direito do Trabalho e a Constituição*, Associação Académica da Faculdade de Lisboa, 1990.

Bacelar Gouveia, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Coimbra: Almedina: 2013, 5.ª ed..

Bernardo Xavier, “A Constituição Portuguesa como fonte de direito do trabalho” in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*, Coimbra: Almedina, Março 2004, pp. 163-203.

Caupers, João, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, 1985.

Gomes Canotilho, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 2003 (7.ª ed.).

Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, artigos 1.º a 107.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2014 (reimp. 4.ª ed.).

Lopes, Sónia Kietzmann, “Direitos de Personalidade do Trabalhador à luz do Código do Trabalho”, in *Direitos Fundamentais e de Personalidade do Trabalhador*, E-book do Centro de Estudos Judiciários (2.ª ed.), [coord.] Reis, João Pena dos, Coleção de Formação Inicial.

Madeira de Brito, Pedro, “*O Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*”, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; [s.n.], 2010.

Madeira de Brito, Pedro, “O reconhecimento legal do direito à contratação coletiva dos trabalhadores da Administração Pública: da negação à consolidação”, in *Questões Laborais*, Ano XXI, n.º 45 – julho/ dezembro de 2014, Coimbra Editora, pp. 327 a 347.

Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2015 (7.ª ed.).

Martins, Licínio Lopes, “A Relação de emprego público: nótulas sobre as principais vicissitudes da sua evolução recente e (algumas) incoerências do regime”, in *As Reformas do Sector Público, Perspectiva Ibérica no contexto pós-crise*, [coord.] Vieira de Andrade e Silva, Suzana Tavares da, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 239 a 257.

Miranda, Jorge, “Os Direitos dos Trabalhadores na Constituição Portuguesa” in *Estudos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Príncipeia Editora: Outubro de 2006 (1.ª ed.), pp. 503-507.

Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I (artigos 1.º a 79.º), Coimbra: Coimbra Editora, 2005 (2.ª ed.).

Neves, Ana Fernanda, “O Direito da Função Pública” in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. IV, [coord.] Otero, Paulo e Gonçalves, Pedro, Coimbra: Almedina, 2010, (pp. 359 a 556).

Palma Ramalho, Maria do Rosário, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, Coimbra: Almedina, 2015 (4.ª ed.).

Sousa, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque, “A reforma do emprego público em Portugal” in *Para Jorge Leite Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, [coord.] Reis, João, Amado, Leal [et. al.], Coimbra Editora: 2014 (1.ª ed.), pp. 999-103

6. A Aproximação entre o Regime de emprego público e o Regime de emprego privado – Enquadramento geral

Ricardo Costa

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A APROXIMAÇÃO ENTRE O REGIME DE EMPREGO PÚBLICO E O REGIME DE EMPREGO PRIVADO – ENQUADRAMENTO GERAL –

Ricardo Costa

1. Sumário
- 1.1. Palavras-chave
2. Introdução
3. O modelo clássico de função pública
4. A ideologia corporativista
5. O período pós 25 de abril de 1974
6. Conclusão: da atualidade ao futuro
7. Referências bibliográficas

1. Sumário

A evolução dos regimes de emprego público e de emprego privado, com particular ênfase nas suas fases de aproximação e de afastamento, analisadas através de uma perspetiva social, ou seja, com a determinação das consequências que cada mudança política ou económica provocou naqueles regimes.

1.1. Palavras-chave

Emprego público; emprego privado; modelo clássico; função pública; Administração Pública; ideologia corporativista; privatização da relação de emprego público.

2. Introdução

A aproximação entre o regime de emprego público e o regime de emprego privado é um tema muito aliciante mas também particularmente difícil, não só porque nos leva a percorrer vários períodos da história, mas também porque, conseqüentemente, atravessamos diversas fases socioeconómicas, pelo que existe uma forte componente de estudo sobre estas matérias que se enquadra no ramo de outras ciências que não as jurídicas.

No entanto, *ubi societas, ibi jus*, e assim sendo, tentaremos sempre dar o enquadramento socioeconómico em que os diversos regimes vigoraram e quais os motivos que fizeram com que as duas realidades, a pública e a privada, convergissem ora num sentido, ora no outro.

À partida, são evidentes as afinidades entre as situações jurídicas dos funcionários públicos e dos trabalhadores privados, tanto de um ponto de vista objetivo como de um ponto de vista subjetivo.

Efetivamente, em ambas as situações, o objeto do vínculo envolve a prestação de um serviço ou de um trabalho e em ambas o prestador desse serviço ou trabalho encontra-se numa posição de subordinação perante o destinatário do mesmo, já que é este que, em cada momento, determina o conteúdo da prestação e vai direcionando a atividade do trabalhador à satisfação das suas próprias necessidades¹.

Porém, por aplicação dos critérios tradicionais de delimitação entre o direito público e o direito privado, a situação jurídica laboral privada e a situação jurídica de emprego público foram distinguidas classicamente pela diferente posição relativa dos sujeitos intervenientes e pela natureza dos interesses subjacentes às normas que as regulam.

Assim, atendendo à distinção clássica, enquanto no vínculo laboral as partes supostamente estariam numa posição de igualdade, já que ambas têm igual natureza jurídica privada ou se comportam como tal, no vínculo de funcionalismo público seria evidente a sua assimetria, dada a posição de autoridade da entidade credora do serviço².

De igual forma, enquanto no contrato de trabalho sobressairiam os interesses particulares das partes, no caso do trabalhador, a remuneração, e no caso do empregador o lucro, já subjacente ao vínculo de emprego público e ao seu regime estaria apenas a ideia de interesse público.

Todavia, este distanciamento, que se verificou na origem, tem-se esbatido aos poucos através da crescente aproximação dos respetivos regimes jurídicos.

Esta aproximação, decorre da moderna tendência de «privatização»³ dos vínculos de serviço público, por oposição à anterior tendência de «publicização»⁴ do direito laboral decorrente da influência do Direito Administrativo na configuração de alguns institutos laborais.

Contudo, a aproximação entre o regime de emprego público e o de emprego privado não foi feito de uma só vez, tendo antes passado por várias fases, como veremos de seguida.

3. O modelo clássico de função pública

“A moderna conceção europeia de função pública foi herdada e adaptada do direito romano, segundo um modelo de tipo militar baseado em valores de obediência hierarquia, fidelidade, sigilo, auto-suficiência e imunização ao exterior, conducentes a uma “casta fechada” com renovação periódica”⁵.

¹ Ver RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral - Breves Notas. *Revista da Ordem dos Advogados*. abril de 2002, Ano 62, Vol. II, p. 439-466.

² CORDEIRO, António Menezes - *Manual de direito do trabalho*. Almedina, 1991, p. 530 e ss.

³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – Intersecção...

⁴ *Idem*.

⁵ OLIVEIRA, Eduardo Sebastião Vaz - A função pública portuguesa: estatuto novo ou nova política?. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*. N.º 122. Fevereiro de 1969, pp. 26-28, *Cit. por* MARTINS, Alda - A laboralização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego. *Julgar*, n.º 7. Coimbra Editora. Jan-Abr 2009, p. 163.

Acolhendo esta matriz, no período da Revolução Francesa (1789-1799) e do advento do Estado Liberal⁶, dá-se a separação dos poderes públicos – o legislativo, o executivo e o judicial – mas também se determina a separação entre estes poderes e a Administração Pública, de modo a que esta se tornasse um aparelho único, inteiramente distinto do poder judicial e subtraído à sua jurisdição⁷, sendo geneticamente reduzida de modo a garantir apenas os serviços essenciais inerentes à autoridade e soberania do Estado.

Paralelamente desenvolve-se o Direito Administrativo, o qual vem estabelecer um novo modelo em que a *“Administração é um verdadeiro poder porque define, de acordo com a lei, a sua própria conduta e dispõe dos meios necessários para impor o respeito dessa conduta e para traçar a conduta alheia naquilo que com ela tenha relação”*⁸.

A lei surge assim como expressão da relação entre o Estado e a sociedade, definindo os limites dos direitos individuais em face do interesse geral e balizando a atuação da Administração Pública⁹.

De modo a colocar estes novos ideais em prática, foi necessário salvaguardar a autonomia dos trabalhadores da Administração Pública perante o poder político, através da criação de um modelo estatutário de direitos e deveres dos funcionários.

Max Weber¹⁰, em análise ao modelo clássico europeu, reuniu as seguintes características definidoras do referido modelo estatutário dos trabalhadores da função pública: a especialização na execução de tarefas por carreiras, secções e serviços, tendo cada uma destas tarefas um procedimento escrito próprio; uma carreira de estrutura hierarquizada, provindo o poder hierárquico de uma base legal e não da condição social do titular do cargo; acesso à carreira baseado apenas no mérito, sendo esta progressiva com base na antiguidade na mesma; a remuneração segundo o posicionamento hierárquico; o trabalho a tempo integral e vitalício e, por último, a separação entre os bens do serviço e os bens pessoais.

Este modelo estatutário permitia preservar as funções de soberania e de segurança do Estado, bem como o carácter do serviço público de forma a satisfazer as necessidades coletivas, ao mesmo tempo que mantinha ainda os traços jurídicos fundamentais da relação jurídica entre o empregador e o empregado.

Por outro lado, e como já vimos¹¹, por influência do Direito Administrativo na configuração de alguns institutos laborais, apesar do recorte privado e contratual desta relação, os trabalhadores do setor privado estavam sujeitos, por exemplo, ao poder diretivo e ao poder

⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho - Parte I - Dogmática geral*. 3ª ed., Almedina, 2012, p. 50-52.

⁷ Cfr. HAURIU, *Précis de droit administratif*. 10ª ed. pág. 5, nota, Cit. por CAETANO, Marcello - *Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed., Vol. I., Almedina, 1984, p. 25.

⁸ CAETANO, Marcello - *Manual de Direito Administrativo...*, p. 16.

⁹ SILVA, Vasco Pereira - *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Almedina, 1996, p. 48.

¹⁰ WEBER, Max - *Essays in Sociology*. Traduzido para inglês por GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright. Oxford University Press, 1946, p. 196-235.

¹¹ Utilizando a expressão da Professora Maria do Rosário Palma Ramalho, a chamada «publicização» do direito laboral. Ver nota de rodapé n.º 4.

disciplinar por parte dos empregadores, assim como existia uma proibição genérica ao associativismo, o que incluía a proibição à greve, sendo este um delito punível criminalmente em Portugal pelo artigo 277.º do Código Penal de 10 de dezembro de 1852.

Ainda no caso português, só com o Decreto de 9 de maio de 1891 se regularam as associações de classe, definidas como "sociedades compostas de mais de vinte indivíduos exercendo a mesma profissão ou profissões correlativas, tendo por fim o estudo e a defesa dos interesses económicos, industriais, comerciais ou agrícolas que lhes são comuns". No entanto, a sua constituição ficava dependente da aprovação dos estatutos pelo Governo e à vigilância e inspeção das autoridades administrativas¹².

Embora nos últimos anos da monarquia se tenha assistido à produção de alguma legislação protetora dos trabalhadores, só com a implantação da Primeira República, em 5 de outubro de 1910, se assistiu a um aumento consistente das garantias e direitos dos trabalhadores, tendo, inclusive, sido legislado o direito à greve e ao *lock-out*, no Decreto de 6 de dezembro de 1910, ou ainda na regulação dos acidentes de trabalho, através da Lei n.º 83, de 24 de julho de 1913.

4. A ideologia corporativista

Após o golpe militar de 1926 e, principalmente, com a Constituição de 1933, a influência do Direito Administrativo no direito laboral foi particularmente favorecida pelo corporativismo, tendo esta ideologia do Estado Novo (1926-1974) introduzido no domínio privado os ideais de interesse público e da superioridade dos interesses nacionais sobre os interesses privados¹³.

Esta expansão ideológica ficou claramente vertida no Estatuto do Trabalho Nacional, promulgado pelo Decreto-Lei 23048, de 23 de setembro de 1933, em que se estabelecia que “a propriedade, o capital e o trabalho desempenham uma função social, em regime de cooperação económica e de solidariedade”, sendo o trabalho considerado como um dever de solidariedade social. Acrescia ainda que o “direito ao trabalho e ao salário humanamente suficiente são garantidos sem prejuízo da ordem económica, jurídica e moral da sociedade, considerando-se esse direito efectivado através dos contratos individuais e colectivos”.

Também a liberdade sindical foi afetada, através do Decreto 23050, de 23 de setembro de 1933, dado que os sindicatos, embora pudessem ser criados pelos trabalhadores, estavam dependentes do reconhecimento administrativo por um membro do Governo e eram colocados na dependência do Instituto Nacional de Trabalho e Previdência, sendo obrigados a subordinar a sua atuação aos interesses da economia nacional, em colaboração com o Estado e com os órgãos superiores da produção e do trabalho.

Nesta linha, deu-se um passo atrás no que diz respeito aos direitos coletivos, dos trabalhadores mas também dos empregadores, tendo o Decreto-Lei 23870, de 18 de maio de 1934, estabelecido a punição da greve e do *lock-out*, com penas que incluíam a multa, a prisão

¹² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito do Trabalho*. 3ª ed., Almedina, 2012, p. 32-35.

¹³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho - Parte I...*, p. 83-86.

e o desterro¹⁴, ao mesmo tempo que o Estado Liberal foi dando lugar ao Estado Providência¹⁵, cabendo a este a função de agente da promoção social, proteção da população, organizador da economia e garante dos serviços públicos, abrangendo diversas áreas, como a saúde, a educação e a segurança social, que demandaram o recrutamento em massa de novos funcionários¹⁶.

Em consequência das alterações efetuadas neste período, as relações laborais dos privados passaram a estar sob o controlo público, assumindo igualmente o Estado uma função de tutela dos trabalhadores na empresa, como contrapartida¹⁷ pelo facto de lhes serem retirados os instrumentos coletivos de reação contra os empregadores¹⁸.

Por força das políticas utilizadas e da prolongada duração no tempo, o corporativismo marca indelevelmente o direito laboral português, sendo expressão dessa marca a influência do Direito Administrativo tanto na estrutura conceptual, como nas fontes dos diversos regimes de trabalho privado que entretanto se sucederam.

Aqui, no que toca à atual configuração da figura da convenção coletiva de trabalho, apesar de se tratar de um acordo de vontades, outorgado por entidades privadas (artigos 2.º, 485.º e seguintes, do Código do Trabalho¹⁹), em prossecução de interesses privados, é reconhecida pela lei como uma fonte específica do direito laboral (artigos 1.º e 2.º do CT 2009) e apresenta diversas características que favorecem a sua assimilação a um ato normativo²⁰, desde logo a sujeição ao formalismo de depósito e publicação (artigos 494.º, n.º 1, e 501.º, n.º 11, ambos do CT 2009), a entrada em vigor apenas com a publicação (artigo 519.º do CT 2009) e a aplicação generalizada, não só a todos os membros das associações outorgantes (artigo 496.º do CT 2009), mas também àqueles que, não sendo membros, escolham ser por elas regulados (artigo 497.º do CT 2009)²¹.

Estando preenchidos os requisitos de normatividade, heteronomia, imediação e reconhecimento estatal, existe quem defenda^{22,23} a possibilidade de as convenções coletivas de trabalho serem objeto de controlo da constitucionalidade nos termos gerais, embora a

¹⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito do Trabalho...*, p. 39.

¹⁵ MARTINS, Alda - A laboralização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego. *Julgar*, n.º 7. Coimbra Editora. Jan-Abr. 2009, p. 164.

¹⁶ PEREIRA, Miriam Halpern - As origens do estado providência em Portugal: as novas fronteiras entre o público e o privado. *Ler história*, n.º 37. 1999, p. 61 e ss.

¹⁷ LEITE, Jorge - *Direito do Trabalho*, Vol. I. Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, 1998, p. 46-47, *Cit. por* LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito do Trabalho...*, p. 39.

¹⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho - Parte I...*, p. 85.

¹⁹ Doravante apenas CT 2009, publicado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na redação dada pela Lei n.º 28/2016, de 23 de agosto.

²⁰ Conforme RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Intersecção...*; e também LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito do Trabalho...*, p. 71.

²¹ Neste sentido, *vide* os Acórdãos do STJ no Proc. n.º 00S012, de 07-06-2000, e Proc. n.º 02S565, de 25-09-2002, disponíveis em www.dgsi.pt.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I. 4ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007, p. 312-314.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II. 4ª ed. revista, Coimbra Editora, 2010, p. 899-903.

jurisprudência do Tribunal Constitucional tenha sido extremamente controvertida²⁴ neste aspeto, acompanhando também a doutrina²⁵ que é contra esta possibilidade.

Outra figura reveladora da ideologia corporativista no direito laboral é a portaria de extensão (artigos 2.º, 514.º e seguintes do CT 2009), considerada um regulamento administrativo pela doutrina²⁶ e assim tratado pela jurisprudência²⁷.

Sendo emanada pelo Governo, a portaria de extensão alarga o âmbito de incidência subjetiva de uma convenção coletiva de trabalho ou de uma deliberação arbitral em vigor a um universo de empregadores e trabalhadores integrados no âmbito do sector de atividade e profissional definido naquele instrumento, sendo a extensão possível mediante ponderação de circunstâncias sociais e económicas que a justifiquem, nomeadamente a identidade ou semelhança económica e social das situações no âmbito da extensão e no do instrumento a que se refere.

A permanência nos dias de hoje deste instrumento provindo do regime corporativista, fundamenta-se no interesse de uniformização do estatuto dos trabalhadores subordinados e da igualdade de tratamento que subjazem à eficácia geral dos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho²⁸, como o princípio do “trabalho igual, salário igual”, já amplamente tratado na jurisprudência²⁹.

Por último, no que toca a fontes, temos o contrato de trabalho, o qual não estabelece normas, mas antes comandos, de onde resultam as vinculações concretas assumidas pelas partes no âmbito da relação laboral³⁰.

Aqui, a influência maior do Direito Administrativo dá-se no tipo de modelo empresarial, que constitui o paradigma do regime jurídico do vínculo laboral no sistema jurídico português³¹, onde podemos realçar o modelo vertical das empresas, idêntico à estrutura hierárquica dos serviços públicos, e que se evidencia, no que toca ao empregador, tanto no poder diretivo (artigo 128.º, n.º 2, do CT 2009) como no poder regulamentar (artigo 99.º do CT 2009), que se

²⁴ A considerar não ser admissível a fiscalização da constitucionalidade, *vide* os Acórdãos do TC n.º 172/93, de 10-02-1993, Ac. n.º 637/98, de 04-11-1998, Ac. n.º 697/98, de 15-12-1998, Ac. n.º 492/00, de 22-11-2000, Ac. n.º 224/2005, de 27-04-2005, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

Considerando a fiscalização possível com o argumento de que as convenções colectivas produzem normas, *vide* os Acórdãos do TC n.º 214/94, de 02-03-1994, Ac. n.º 368/97, de 14-05-1997, Ac. n.º 239/98, de 05-03-1998, Ac. n.º 174/08, de 11-03-2008, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁵ MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. Coimbra Editora, 2001, p. 162-164.

²⁶ Ver RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho - Parte I...*, p. 260; CORDEIRO, António Menezes - *Manual de direito do trabalho...*, p.343; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito do Trabalho...*, p. 73.

²⁷ Por exemplo, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 294/2014, de 26-03-2014, relatado pelo conselheiro Pedro Machete, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – Intersecção...

²⁹ *Vide* os Acórdãos do STJ no Proc. n.º 00S012, de 07-06-2000, e Proc. n.º 02S565, de 25-09-2002, disponíveis em www.dgsi.pt.

³⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito do Trabalho...*, p. 39.

³¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – Intersecção...

consubstanciam no seu poder disciplinar sobre o trabalhador³² (artigos 98.º, 328.º e seguintes, todos do CT 2009).

Nesta matéria, a forma de conceber e regular o poder disciplinar laboral têm claramente como modelo o poder disciplinar administrativo, dele transportando o enunciado das sanções disciplinares (artigo 328.º do CT 2009), a exigência de um processo disciplinar (artigo 329.º do CT 2009) e o direito de reclamação e de impugnação judicial da sanção aplicada (artigo 170.º do Código de Processo do Trabalho³³).

Quanto ao trabalhador, a estrutura hierárquica permite também compreender as referências legais ao seu dever de obediência (artigo 128.º, n.º 2, do CT 2009), assim como ao direito de reclamação do trabalhador para o «escalão hierarquicamente superior» (artigo 329.º, n.º 7, do CT 2009).

Também as referências à carreira e o regime legal de tutela da categoria do trabalhador (artigo 129.º, n.º 1, alínea e), e artigo 119.º, ambos do CT 2009) apontam para um modelo empresarial vertical, semelhante ao dos serviços públicos.

5. O período pós 25 de abril de 1974

“O período revolucionário caracterizou-se por uma extraordinária instabilidade das relações laborais, consequência natural da euforia revolucionária que se seguiu ao movimento militar de 25 de Abril de 1974, em grande parte influenciada pelas doutrinas marxistas então em voga”³⁴.

Neste período, vemos recuperada a dimensão coletiva do Direito do Trabalho, com a reposição dos vários direitos dos trabalhadores que haviam sido diminuídos ou extintos nestes últimos anos, sendo grande parte acolhidos no novo texto constitucional, embora com algumas incongruências.

A Constituição da República Portuguesa³⁵ (doravante, Constituição), no artigo 270.º do seu texto originário, referia-se a “funcionários e agentes do Estado” para definir o conjunto de empregados da função pública, ao passo que no artigo 53.º, relativo aos direitos, bem como no restante texto constitucional, se utilizava a designação genérica de “trabalhadores”.

Apesar da nomenclatura diversa, certo é que a Constituição atribuía a todos os trabalhadores, sem distinção, os mesmos direitos, sendo este o ponto que marca o início da aproximação do regime público ao regime privado³⁶.

³² RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho - Parte I...*, p. 86.

³³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 480/99, de 09 de novembro, na redação dada pela Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto.

³⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito do Trabalho...*, p. 44-45.

³⁵ Aprovada pelo Decreto de 10 de abril de 1976.

³⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Intersecção...*

No entanto, discutia-se ainda até que ponto o regime da função pública poderia servir de base constitucional para justificar restrições legais aos direitos fundamentais dos trabalhadores da função pública, numa visão ainda baseada na doutrina clássica que conduzia a relação jurídica de emprego público a uma de relação especial de poder do Estado perante o funcionário³⁷.

A substituição do *nomen iuris* na revisão constitucional de 1982³⁸, passando a constar “os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado” no agora renumerado artigo 269.º, acaba por sepultar aquela visão dicotómica³⁹, demonstrando que “a relação de emprego público não pode ser configurada como uma relação especial de poder imune ou impermeável aos direitos fundamentais”⁴⁰, exceto quanto às exceções indicadas no próprio texto constitucional⁴¹.

Em conformidade com esta alteração e também em virtude da ratificação da Convenção n.º 151 da Organização Internacional do Trabalho⁴², foi aprovado o Decreto-Lei n.º 45-A/84, de 3 de fevereiro, em que é reconhecido aos trabalhadores da Administração Pública o direito de negociação coletiva das respetivas condições de trabalho.

Embora o acordo obtido valesse apenas como recomendação, só produzindo efeitos com a adoção pelo Governo e mediante a integração dos respetivos resultados nas leis ou regulamentos adequados (cf. n.ºs 3 e 4 do artigo 5.º deste diploma), “*ele não deixa de introduzir um limite à posição de supremacia da Administração e, por conseguinte, uma profunda alteração no regime tradicional da função pública*”⁴³.

O paradigma muda totalmente com a aprovação da Lei n.º 23/98, de 26 de maio, que revogou o Decreto-Lei 45-A/84, de 3 de fevereiro⁴⁴, impondo ao Governo a adoção das medidas legislativas ou administrativas adequadas ao integral e exato cumprimento do acordo que for obtido pelas partes (cf. n.º 3 do artigo 5.º desta Lei).

Contudo, como já vimos, o direito não se afasta da sociedade.

As alterações legislativas produzidas no final da década de 1970 e princípio da década de 1980, fruto do Estado Providencia, resultaram no “*aparecimento de tantos serviços públicos quantas*

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II. ...*, p. 840.

³⁸ Aprovada pela Lei n.º 1/82, de 30 de setembro.

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II. ...*, p. 837-840.

⁴⁰ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*. Coimbra Editora, 2007, p. 638.

⁴¹ A Constituição admite expressamente as especificidades ao prescrever a sujeição dos trabalhadores da Administração Pública ao interesse público (artigo 269.º, n.º 1) e admite adicionalmente a restrição dos direitos colectivos de algumas categorias específicas de trabalhadores públicos, como os militares e agentes militarizados e os agentes dos serviços e forças de segurança, embora na estrita medida das exigências das suas funções próprias (artigo 270.º).

⁴² A Lei 17/80, de 15 de julho, ratifica a Convenção n.º 151 da OIT, relativa à protecção do direito de organização e aos processos de fixação das condições de trabalho da função pública.

⁴³ Cf. FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva dos Trabalhadores da Administração – Crise do Modelo Clássico de Emprego Público*. Coimbra Editora, 1995, pág. 160, *Cit. por* GOMES, Ana Cláudia Nascimento - *O emprego público de regime privado: Uma análise da importação do modelo privatístico de trabalho subordinado pela administração pública não empresarial no direito brasileiro*. Coimbra, 2013, p. 266-268.

⁴⁴ Com exceção do artigo 10.º referente à exclusão destas matérias às Forças Armadas e militarizadas.

*as necessidades coletivas a satisfazer, causando o crescimento exponencial e desmesurado do aparelho burocrático*⁴⁵.

Aos poucos, derivado de uma despesa pública incomportável e de uma função pública altamente ineficaz e ineficiente num período de estagnação económica, criaram-se novos modelos e paradigmas de administração, na génese daquilo a que se veio a chamar reforma administrativa, segundo os quais as organizações do sector público e do sector privado deveriam ser geridas por princípios similares, apesar de as organizações públicas poderem procurar satisfazer interesses socialmente globais e serem controladas pelo poder político⁴⁶.

Já com este objetivo reformador no pensamento, especialmente impulsionado pela adesão de Portugal às Comunidades Europeias⁴⁷, foram aprovados o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de junho, definidor dos princípios gerais em matéria de emprego público, remunerações e gestão de pessoal da função pública, e o Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de dezembro, que define o regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública (RJEP), diplomas que vieram admitir como modalidades de constituição da relação jurídica de emprego na Administração Pública, para além do regime geral de nomeação, o contrato administrativo de provimento e o contrato de trabalho a termo certo para “satisfação de necessidades transitórias dos serviços de duração determinada”⁴⁸, por urgente conveniência de serviço (artigo 21.º, n.º 5, do RJEP), e com limites apertados à sua renovação (artigo 20.º, n.ºs 1 e 2, do RJEP), nos mesmos moldes em que já havia sido instituído no regime privado⁴⁹. Ainda neste sentido, a Lei n.º 25/98, de 26 de maio, ao aditar o artigo 11.º-A ao Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de junho, passou a permitir a contratação de trabalhadores do grupo de pessoal auxiliar ao abrigo do regime do contrato individual de trabalho.

Para além destas preocupações em flexibilizar o regime de contratação público, manteve-se a tendência de aproximação ao setor privado de alguns direitos laborais, designadamente na área do direito coletivo, tendo sido aprovado o Decreto-Lei n.º 84/99, de 19 de março, que regulamenta o exercício da liberdade sindical dos trabalhadores da Administração Pública e também a Lei n.º 14/2002, 19 de fevereiro, que regula o exercício da liberdade sindical e os direitos de negociação coletiva e de participação do pessoal da Polícia de Segurança Pública com funções policiais⁵⁰, ao mesmo tempo que se retirava da jurisdição administrativa, os litígios decorrentes das relações jurídicas advindas dos contratos individuais de trabalho, nos

⁴⁵ AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I. 3ª ed., Almedina, 2006, p. 25-28.

⁴⁶ MADUREIRA, César; RODRIGUES, Miguel - *A Administração Pública do século XXI: Aprendizagem organizacional, mudança comportamental e reforma administrativa. Comportamento Organizacional e Gestão*. Vol. 12, N.º 2. 2006, p. 154-157.

⁴⁷ Tratado assinado no dia 12 de junho de 1985 entre os Estados-membros das Comunidades Europeias e o Reino de Espanha e a República Portuguesa, relativo à adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa à Comunidade Económica Europeia e à Comunidade Europeia da Energia Atómica.

⁴⁸ Conforme designação introduzida pelo Decreto-Lei 218/98, de 17 de julho, no n.º 1 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de dezembro.

⁴⁹ Regime jurídico da cessação do contrato de trabalho e do trabalho a termo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro.

⁵⁰ Sobre este tema, veja-se RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho - Parte III - Situações Laborais Colectivas*. Almedina, 2012, p. 91-96.

termos da redação originária do artigo 4.º, n.º 3, alínea d), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais⁵¹ (ETAF).

Este movimento culminou com a Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/2003, de 30 de junho, que aprovou as linhas de orientação da reforma da Administração Pública “como uma exigência indispensável ao desenvolvimento sócio-económico, devendo constituir-se como vector de competitividade e dinamismo numa sociedade moderna”⁵².

No ponto 4.2 desta Resolução foi definido como objetivo, no quadro da organização da Administração Pública, que seria regulamentado “o regime do contrato individual de trabalho na Administração Pública, conciliando empregador público com regime laboral privado, devendo a intervenção neste domínio ser concretizada de forma gradual e selectiva, tendo em atenção, designadamente, as prioridades da reforma, as especificidades das várias áreas da Administração Pública e as necessidades mais prementes que importa satisfazer”.

Desta forma, ficou prevista a aprovação de legislação acerca do regime do contrato individual de trabalho na Administração Pública, o enquadramento das situações em que existam serviços com regimes laborais distintos e a definição das condições de expansão do contrato individual de trabalho, tendo em conta as especificidades das várias áreas da Administração e as necessidades que importa satisfazer.

Atendendo já a estas “especificidades”, foi publicada a Lei-quadro dos Institutos Públicos⁵³, onde no n.º 2 do artigo 6.º, na versão original, se permitiu a aplicação a esse tipo de organismo público, “quaisquer que sejam as particularidades dos seus estatutos e do seu regime de gestão [...] o regime jurídico da função pública ou o do contrato individual de trabalho, de acordo com o regime de pessoal aplicável”.

Com base nesta norma, vários institutos públicos passaram a optar pela formalização de contrato individual de trabalho com os seus trabalhadores, ficando estes sujeitos à legislação laboral comum dada pelo então Código do Trabalho, Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto (doravante, CT 2003), que no artigo 6.º do preâmbulo já previa a sua aplicação aos trabalhadores de pessoa coletiva pública que não fossem funcionários ou agentes da Administração Pública, sem prejuízo dos princípios gerais em matéria de emprego público.

Chamado a intervir em diversas situações⁵⁴, o Tribunal Constitucional julgou conforme a Constituição os estatutos dos institutos públicos que criaram quadros para o pessoal em regime de contrato individual de trabalho, por não violarem o princípio da taxatividade das

⁵¹ Aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro.

⁵² Parágrafo 1.º desta Resolução.

⁵³ Aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro.

⁵⁴ Vide o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 162/03, de 25-03-2003, relatado pelo conselheiro Gil Galvão; Ac. n.º 406/03, de 17-09-2003, relatado pelo conselheiro Pamplona Oliveira; e Ac. n.º 61/04, de 27-01-2004, relatado pelo conselheiro Mário Torres, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt. Para mais informações sobre este tema, veja-se MOURA, Paulo Veiga e – Implicações Jurídico-Constitucionais da Introdução do Contrato de Trabalho na Administração Pública – A propósito dos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 406/03 e 61/04. *Jurisprudência Constitucional*, n.º 11. Julho-Setembro, 2006, p. 63-71.

formas de constituição da relação de emprego na Administração Pública resultante da disciplina básica instituída pelos Decretos-Leis n.ºs 184/89 e 427/89.

Apesar da falta de autorização legislativa para emanação destes estatutos em diplomas editados pelo Governo, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea t), da Constituição, o Tribunal considerou que a criação de exceções aos princípios básicos definidores do regime e âmbito da função pública não constitui matéria da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, pois no decreto-lei parlamentarmente autorizado que definiu as bases – o já referido Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de junho –, se previu, desde logo, a possibilidade de introdução dessa mesma exceção.

Continuando a reforma, é aprovada pela Assembleia da República a Lei n.º 23/2004, de 22 de junho, que aprovou o regime jurídico do contrato individual de trabalho na Administração Pública e que “*introduz uma permissão genérica de realização de trabalho subordinado para a Administração Pública através da alteração dos Decretos-Leis n.º 184/89, de 2 de Junho, e 427/89, de 7 de Dezembro, estabelecendo como forma de contratação genérica o contrato de trabalho*”^{55,56}.

Aqui, para além da previsão de aplicação subsidiária do CT 2003⁵⁷, o contrato individual de trabalho passa a poder ser a forma usual de vinculação numa relação de trabalho subordinada para com uma entidade pública, exceto no âmbito da administração direta do Estado, em que não podem ser objeto de contrato de trabalho por tempo indeterminado as atividades que impliquem o exercício direto de poderes de autoridade que definam situações subjetivas de terceiros ou o exercício de poderes de soberania, conforme o artigo 1.º, n.º 4, na versão originária da Lei n.º 23/2004.

Contudo, este diploma faz aplicar uma série de modulações jurídico-públicas ao regime laboral aplicável à esfera privada, como, por exemplo, o procedimento público e imparcial de seleção dos trabalhadores (artigo 5.º), os deveres especiais dos trabalhadores (artigo 4.º), o afastamento da renovação automática do contrato a termo (artigo 10.º) ou a viabilidade da figura da cedência unilateral do trabalhador (artigo 14.º), o que leva a doutrina⁵⁸ a entender que apesar da amplitude da privatização jurídica procedida nas relações de trabalho subordinado com a Administração Pública, a Lei n.º 23/2004 não representou uma efetiva “despublicização” dessas relações, antes constituindo um *tertium genus*⁵⁹ entre a conjugação dos regimes laboral e da função pública.

⁵⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma; BRITO, Pedro Madeira de – *Contrato...*, p. 8.

⁵⁶ Ver também RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho - Parte II - Situações Laborais Individuais*. 4ª ed., Almedina, 2012, p. 338-343.

⁵⁷ Prevista no n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de junho.

⁵⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - O contrato de trabalho na reforma da Administração Pública: reflexões gerais sobre o regime jurídico instituído pela Lei n.º 23/2004 de 22 de Junho. *Questões laborais*, n.º 24, Ano XI. Coimbra Editora, 2004, p. 121-136.

⁵⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - O contrato de trabalho..., p. 129.

Muitas críticas foram feitas a esta opção legislativa⁶⁰, afirmando-se que o seu intuito foi, sobretudo, o de conferir à Administração uma maior margem de liberdade na constituição, execução e extinção das relações jurídico-laborais em que é parte, tendo a prática demonstrado também a difícil articulação deste regime com o dos funcionários públicos, levando a tratamentos diferenciados entre pessoas que trabalham na mesma instituição⁶¹.

A “privatização da relação de emprego público”⁶² veio, no entanto, a ser determinada através da Lei 12-A/2008, de 27 de fevereiro⁶³, que estabeleceu os regimes de vinculação, de carreiras e de remuneração dos trabalhadores que exercem funções públicas, mas não sem antes ter sido alvo de controlo abstrato sucessivo da sua constitucionalidade⁶⁴.

Neste aresto, o plenário do Tribunal Constitucional pronunciou-se acerca da legitimidade constitucional da “privatização jurídica” empreendida pelo legislador através da Lei 12-A/2008, e a “necessária estabilidade, permanência e efetividade”, tendo sido apontada a violação aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança, além da garantia da segurança no emprego.

Todavia, o Tribunal não acatou os argumentos defendidos pelos autores, afirmando que o direito à segurança no emprego não impede que, havendo interesses com relevo constitucional que tal justifiquem, a relação jurídica de emprego na Administração Pública assuma uma certa precariedade, como sucede com a que se constitui por contrato pessoal, para além de que não existia a expectativa de uma situação de imodificabilidade da posição jurídico-laboral do trabalhador titular de um vínculo definitivo.

Tendo passado o teste da constitucionalidade, nos termos do artigo 9.º da Lei 12-A/2008, a relação jurídica de emprego passou a constituir-se por nomeação, por contrato em funções públicas ou, nos casos ali previstos⁶⁵, por comissão de serviço.

No entanto, a vinculação por nomeação⁶⁶, que antes constituía a modalidade regra, passa a assumir um papel residual e limitado, sendo restrita aos trabalhadores com atribuições, competências e atividades relativas a certas funções do Estado, taxativamente referidas no

⁶⁰ Para uma melhor perceção do tema, ver MOURA, Paulo Veiga e – *A privatização da função pública*. Coimbra Editora, 2004, p. 386 e ss.

⁶¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - O contrato de trabalho..., p. 125.

⁶² Na expressão de LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito do Trabalho...*, p. 462. Neste sentido também RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho - Parte II...*, p. 345 e ss.

⁶³ Acerca desta lei, ver ainda MARECOS, Diogo Vaz - As Modalidades de Constituição do Vínculo da Relação Jurídica de Emprego Público. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 71, Jan./Mar. 2011, p. 207-237.

⁶⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 154/2010, de 14-04-2010, em que foi relatora a conselheira Maria Lúcia Amaral, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁶⁵ O artigo 9.º, n.º 4, prevê: “A relação jurídica de emprego público constitui-se ainda por comissão de serviço quando se trate:

a) Do exercício de cargos não inseridos em carreiras, designadamente dos dirigentes;
b) Da frequência de curso de formação específico ou da aquisição de certo grau académico ou de certo título profissional antes do período experimental com que se inicia a nomeação ou o contrato, para o exercício de funções integrado em carreira, em ambos os casos por parte de quem seja sujeito de uma relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado constituída previamente.”

⁶⁶ A este respeito, foi publicada a Portaria n.º 62/2009, de 22 de janeiro, que aprova os modelos de termos de aceitação da nomeação e de termo de posse.

artigo 10.º, o que, dado o âmbito igualmente restrito da comissão de serviço, teve como consequência que a generalidade dos trabalhadores do Estado fossem abrangidos pelo regime residual, o contrato de trabalho em funções públicas, conforme previsto no artigo 20.º, sendo esta transição efetuada automaticamente e sem outras formalidades, nos termos do artigo 88.º.

Já no seu artigo 87.º, indica-se a criação do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP), diploma que seria aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, juntamente com o respetivo Regulamento, tendo sido decalcado do CT 2003⁶⁷.

A definição deste contrato, previsto no n.º 3 do artigo 9.º da Lei 12-A/2008 como o “acto bilateral celebrado entre uma entidade empregadora pública, com ou sem personalidade jurídica, agindo em nome e em representação do Estado, e um particular, nos termos do qual se constitui uma relação de trabalho subordinado de natureza administrativa.”, apresenta, no fundo, as mesmas características do contrato de trabalho “privado”, previstas no artigo 1152.º do Código Civil⁶⁸ e também no CT 2003, ou seja, a prestação de trabalho ou de uma atividade, a subordinação jurídica e a retribuição, preservando apenas algumas especificidades decorrentes da natureza pública da entidade empregadora e da sujeição ao princípio do interesse público, previsto no artigo 266.º da Constituição⁶⁹.

Se conjugando estes dois fatores, o modo de constituição do vínculo jurídico-laboral preferencialmente por contrato em funções públicas, por um lado, e as características que este apresenta, por outro, ao princípio do *favor laboratoris*⁷⁰, previsto no artigo 4.º do RCTFP, temos uma manifesta aproximação do regime de emprego público ao regime de emprego privado, certo é que foram também introduzidas mudanças que resultaram num afastamento dos regimes, como por exemplo, em matéria de competência jurisdicional, uma vez que o artigo 4.º, n.º 3, alínea d), do ETAF, na redação que lhe foi dada pelo artigo 10.º da Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, passa a sujeitar à jurisdição administrativa e fiscal os litígios emergentes do contrato de trabalho em funções públicas, do mesmo modo que, contrariamente ao regime laboral comum⁷¹, o regime do contrato de trabalho a termo não pode ser afastado por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho e os contratos a termo resolutivo não podem, em caso algum, ser convertidos em contrato por tempo indeterminado (artigo 92.º, n.º 1 e 2, do RCTFP).

Atendendo a esta “duplicidade”, há quem defenda que, em termos gerais, o RCTFP tinha um “*cunho muito mais publicista do que o regime da Lei n.º 23/2004, de 22 de junho*”⁷², que se

⁶⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito do Trabalho...*, p. 463.

⁶⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, na redação dada pela Lei n.º 150/2015, de 10 de setembro.

⁶⁹ Conforme os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul, no proc. n.º 04356/00, de 11-03-2004, e também no proc. n.º 12627/03, de 14-04-2004, “Na relação jurídica de emprego público ao vínculo de subordinação jurídica acresce a vinculação ao interesse público”.

⁷⁰ Princípio estruturante do Direito do Trabalho para RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho - Parte I...*, p. 522-529.

⁷¹ Veja-se o artigo 128.º para a primeira situação e o n.º 2 do artigo 130.º ou o n.º 4 do artigo 131.º para a segunda, todos do CT 2003.

⁷² Na expressão de RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho - Parte II...*, p. 346.

evidencia, para além do que já aqui referimos, com a sujeição destes trabalhadores ao Estatuto Disciplinar⁷³ que, no seu artigo 2.º, remete expressamente para o Código do Procedimento Administrativo.

6. Conclusão: da atualidade ao futuro

A crise financeira internacional, desencadeada em 2008 nos Estados Unidos, teve repercussões desastrosas para a economia da zona do euro e, inevitavelmente, atingiu Portugal.

Devido à escassez de crédito e ao aumento da taxa de juro na emissão de dívida pública, em maio de 2011 o país viu-se obrigado a pedir um resgate financeiro na ordem de 78 mil milhões de euros, concedido pela chamada *troika*, composta pela União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu.

Em contrapartida pelo empréstimo, a *troika* efetuou vários pedidos de alteração política e legislativa, que ficaram expressos no memorando de entendimento assinado entre a própria e o Governo⁷⁴, entre eles, mudanças ao regime de emprego público, sendo de salientar a suspensão do direito aos subsídios de Natal e de férias, entretanto declarado inconstitucional⁷⁵ por violação do princípio da igualdade entre os trabalhadores públicos e os restantes, mas também o congelamento de carreiras, a redução de suplementos remuneratórios e a criação de uma sobretaxa extraordinária.

Prevalendo as leis do orçamento sobre os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho⁷⁶, num desvio à regra de articulação de fontes⁷⁷, e aplicando-se as alterações mesmo nas empresas públicas⁷⁸, invertendo a tendência de privatização total⁷⁹ do regime laboral vigente naquelas empresas, temos um claro regresso à teoria clássica em que o Estado definia unilateralmente as condições dos trabalhadores públicos.

Paradoxalmente, volta a aproximar-se o regime público do regime privado através das alterações introduzidas às regras e aos princípios gerais em matéria de duração e horário de

⁷³ Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008 de 9 de setembro.

⁷⁴ UNIÃO EUROPEIA; BANCO CENTRAL EUROPEU - *Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica*. Ministério das Finanças. 2011. [Consultado em 30-12-2016]. Disponível em: <https://infoeuropa.eu/ocid.pt/registo/000046743/>.

⁷⁵ No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/12, de 05-07-2012, em que foi relator o conselheiro Cura Mariano, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

⁷⁶ Por exemplo, o n.º16, do artigo 20.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2012.

⁷⁷ Vide artigo 1.º do RCTFP e artigo 1.º do CT 2009.

⁷⁸ Como no artigo 19.º, n.º 9, alínea t), da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro.

⁷⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho - Parte II...*, p. 348.

trabalho na Administração Pública⁸⁰, em matéria de custos associados ao trabalho suplementar⁸¹, ou na tendência para a elevação da idade da reforma⁸².

Chegados a 2014, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas⁸³ teve como objetivo “dotar a Administração Pública de um diploma que reunisse, de forma racional, tecnicamente rigorosa e sistematicamente organizada, o essencial do regime laboral dos seus trabalhadores, viabilizando a sua mais fácil apreensão e garantindo a justiça e equidade na sua aplicação [...] tomando de empréstimo a sistematização seguida pelo atual Código do Trabalho”⁸⁴, que o legislador pretende tornar como regime subsidiário, sendo um dos pontos-chave desta Lei “Assumir a convergência tendencial do regime dos trabalhadores públicos com o regime dos trabalhadores comuns, ressalvadas as especificidades exigidas pela função e pela natureza pública do empregador, com salvaguarda do estatuto constitucional da função pública”⁸⁵.

Não cabendo no escopo deste trabalho a análise ao regime desta Lei, resta fazer uma análise geral sobre o tema.

Se é certo que, historicamente, existem diversos períodos em que o regime de emprego público e o regime de emprego privado convergem, seja para um lado, seja para o outro, também períodos existem em que as realidades tendem a afastar-se, aproximando-se mais das suas conceções originárias, respetivamente, de direito público e direito privado.

Também vimos que os tempos de conversão ou divergência são, principalmente, marcados ao ritmo da realidade socioeconómica que o país atravessa, não se podendo dissociar as alterações que esta sofre das alterações que os regimes de emprego têm sofrido.

Desta forma, embora exista uma tendência geral de aproximação entre o regime de emprego público e o regime de emprego privado, não poderemos deixar de salientar que esta só se manterá enquanto não existirem objetivos contrários a prosseguir, facto que só o futuro dirá. No entanto, a proibição do exercício por estrangeiros e apátridas de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico (artigo 15.º da Constituição), demonstra que o exercício de poderes de autoridade e soberania constitui uma reserva constitucional de função pública em sentido estrito, subtraída à contratação em regime de direito privado⁸⁶, ao mesmo tempo que, independentemente da forma da sua constituição, a relação jurídica de emprego público está sujeita a parâmetros constitucionais que são um “*imperativo de*

⁸⁰ Passando a duração normal do tempo de trabalho das 35 horas para as 40 horas semanais, por alteração ao Decreto-Lei n.º 259/98, de 18 de agosto, retificado pela Declaração de Retificação n.º 13-E/98, de 31 de agosto e alterado pelo Decreto-Lei n.º 169/2006, de 17 de agosto, e pelas Leis n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro, n.º 66/2012, de 31 de dezembro e n.º 68/2013, de 29 de agosto.

⁸¹ Artigo 27.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

⁸² Decreto-Lei n.º 85-A/2012, de 5 de abril, que suspende o regime de flexibilização da idade de acesso à pensão de reforma por antecipação, constante do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro, salvaguardando a situação dos desempregados de longa duração.

⁸³ Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.

⁸⁴ Exposição de Motivos à Proposta de Lei n.º 184/XII, p. 1. [Consultado em 30-12-2016]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=38034>.

⁸⁵ *Idem*, p. 3.

⁸⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma; BRITO, Pedro Madeira de - *Contrato de trabalho na Administração Pública*. 2.ª ed., Almedina, 2005, p. 13.

*democraticidade*⁸⁷, não só na atuação segundo os princípios constitucionais, com destaque para o serviço exclusivo do interesse público (artigos 266.º e 269.º da Constituição), mas também quanto à reserva relativa da Assembleia da República para legislar sobre a matéria (artigo 165.º, n.º 1, alínea t), da Constituição) e também no processo de acesso, onde impera a regra do concurso (artigo 47.º, n.º 2, da Constituição) a fim de evitar que as relações jurídico-privadas de trabalho com a Administração Pública sejam constituídas através de critérios não democráticos ou discriminatórios⁸⁸, pelo que não deixa de haver sempre um denominador comum mínimo de regime jus-publicista, que constitui o direito comum do emprego público⁸⁹.

7. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Andreia Filipa Carvalho – *Modos de acesso ao emprego público - Evolução, reflexões e tendências do emprego público*. Porto, 2014. Tese de Mestrado em Direito Administrativo, apresentada à Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, sob a orientação da Senhora Professora Doutora Raquel Carvalho. [Consultado em 29-11-2016]. Disponível em:

<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20438/1/Tese%20Modos%20de%20Acesso%20ao%20Emp.Publico.pdf>.

AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de Direito Administrativo, Vol. I*. 3ª ed., Almedina, 2006.

CAETANO, Marcello – *Manual de Direito Administrativo, Vol. I*. 10ª ed., Almedina, 1984.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*. 4ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II*. 4ª ed. revista, Coimbra Editora, 2010.

CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito do trabalho*. Almedina, 1991.

FERNANDES, Pedro Melo – A situação jurídica de emprego público: à procura do novo paradigma. *Questões laborais*, n.º 47, Ano XXII. Coimbra Editora, julho/dezembro 2015, p. 329-385.

GOMES, Aida Cláudia Pinto – *O contrato de trabalho em funções públicas e a descaracterização da administração pública. Breves reflexões sobre o RCTFP no contexto da tipologia dos vínculos da relação jurídica de emprego público e as suas implicações para a desconstrução da imagem da Administração Pública*. Porto, 2011. Tese de Mestrado em Direito, ramo de Ciências Jurídico-Administrativas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob a

⁸⁷ Nas palavras de MARTINS, Alda - A laboralização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego. *Julgar*. N.º 7. Coimbra Editora. Jan-Abr. 2009, p. 167.

⁸⁸ Ver neste sentido o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 61/2004, de 27-01-2004, relatado pelo conselheiro Mário Torres.

⁸⁹ MARTINS, Alda - A laboralização..., p. 167.

orientação do Senhor Professor Catedrático Colaço Antunes e Co-Orientação do Senhor Professor Doutor Liberal Fernandes.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento – *O emprego público de regime privado: Uma análise da importação do modelo privatístico de trabalho subordinado pela administração pública não empresarial no direito brasileiro*. Coimbra, 2013. Tese de Doutoramento em Direito, ramo de Direito Público, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho.

GOVERNO CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL – *Exposição de Motivos à Proposta de Lei n.º 184/XII*. [Consultado em 30-12-2016]. Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38034>.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito do Trabalho*. 3ª ed., Almedina, 2012.

MADUREIRA, César; RODRIGUES, Miguel – A Administração Pública do século XXI: Aprendizagem organizacional, mudança comportamental e reforma administrativa. *Comportamento Organizacional e Gestão*. Vol. 12, N.º 2. 2006, p. 153-171. [Consultado em 12-12-2016]. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/cog/v12n2/v12n2a02.pdf>.

MARECOS, Diogo Vaz – As Modalidades de Constituição do Vínculo da Relação Jurídica de Emprego Público. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 71, Jan./Mar. 2011, p. 207-237.

MARTINS, Alda – A laboralização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego. *Julgar*, n.º 7. Coimbra Editora. Jan-Abr 2009, p.163-184.

MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. Coimbra Editora, 2001.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*. Coimbra Editora, 2007.

MOURA, Paulo Veiga e – *A privatização da função pública*. Coimbra Editora, 2004.

MOURA, Paulo Veiga e – Implicações Jurídico-Constitucionais da Introdução do Contrato de Trabalho na Administração Pública – A propósito dos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 406/03 e 61/04. *Jurisprudência Constitucional*, n.º 11. Julho-Setembro, 2006, p. 63-71.

PEREIRA, Miriam Halpern – As origens do estado providência em Portugal: as novas fronteiras entre o público e o privado. *Ler história*, n.º 37. 1999, p. 45-61.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral - Breves Notas. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, Vol. II. Abril de 2002, p. 439-466.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – O contrato de trabalho na reforma da Administração Pública: reflexões gerais sobre o regime jurídico instituído pela Lei n.º 23/2004 de 22 de Junho. *Questões laborais*, n.º 24, Ano XI. Coimbra Editora, 2004, p. 121-136.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho - Parte I - Dogmática geral*. 3ª ed., Almedina, 2012.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho - Parte II - Situações Laborais Individuais*. 4ª ed., Almedina, 2012.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho - Parte III - Situações Laborais Colectivas*. Almedina, 2012.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma; BRITO, Pedro Madeira de – *Contrato de trabalho na Administração Pública*. 2.ª ed., Almedina, 2005.

SILVA, Vasco Pereira – *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Almedina, 1996.

TEIXEIRA, Carmem Olívia – *Gestão de Recursos Humanos na Administração Pública*. Bragança, 2012. Dissertação apresentada ao Instituto Politécnico de Bragança para obtenção do grau de mestre em Gestão das Organizações, Ramo Gestão Pública, orientada pelo Professor Doutor Miguel Ângelo Vilela Rodrigues. [Consultado em 28-11-2016]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/8007/1/tese%202012%20carmem.pdf>.

UNIÃO EUROPEIA; BANCO CENTRAL EUROPEU – *Memorando de Entendimento Sobre as Condiçionalidades de Política Económica*. Ministério das Finanças. 2011. [Consultado em 30-12-2016]. Disponível em: <https://infoeuropa.euocid.pt/registo/000046743/>.

WEBER, Max – *Essays in Sociology*. Traduzido para inglês por GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright. Oxford University Press, 1946.

7. Aproximação entre o regime de emprego público e o de emprego privado - Articulação entre a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas e o Código do Trabalho

Isabel Maria Fernandes Monteiro

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

APROXIMAÇÃO ENTRE O REGIME DE EMPREGO PÚBLICO E O DE EMPREGO PRIVADO - ARTICULAÇÃO ENTRE A LEI GERAL DO TRABALHO EM FUNÇÕES PÚBLICAS E O CÓDIGO DO TRABALHO

Isabel Maria Fernandes Monteiro

1. Introdução
2. A Proposta de Lei n.º 184/XII
3. Aproximação entre o regime público e o regime privado
4. Abordagem comparativa entre o regime do contrato de trabalho em funções públicas e o regime laboral privado
5. Articulação entre a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas e o Código do Trabalho
6. Conclusão
7. Bibliografia

Palavras-Chave: Regime de emprego público e de emprego privado, Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Código do Trabalho.

1. Introdução

No período que antecedeu a publicação da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP) – Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, a regulamentação do vínculo de emprego público encontrava-se dispersa em complexa e diversificada legislação, sendo que, apesar da existência de dois diplomas legais essenciais – a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro (Lei dos Vínculos, Carreiras e Remunerações dos Trabalhadores em Funções Públicas – LVCR) e a Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro (Lei do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas - RCTFP), havia necessidade de colmatar diversos aspectos da sua regulamentação por recurso a muitos outros diplomas legais, de carácter complementar e que permitiam a completa compreensão do regime do vínculo de emprego público.

Tornou-se, assim, evidente a necessidade de reformar o regime, por forma a simplificar e modernizar o regime do vínculo de emprego público, o que se propôs fazer com a publicação da LTFP, que revogou diversos diplomas legais e regulou a relação laboral em funções públicas em similitude estrutural com o Código do Trabalho (CT) e até por directa remissão para a sua aplicação.

2. A Proposta de Lei n.º 184/XII

Resulta clara da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 184/XII¹ a intenção de combater o “*edifício legal*” criado pela complexidade e proliferação de diplomas que regulam o regime de trabalho em funções públicas, o que se conseguiu, desse logo, pela revogação de 10 diplomas legislativos e pela regulamentação em pouco mais de 400 artigos da disciplina que anteriormente se distribuía por um conjunto de mais de 1200 artigos.

¹ Proposta de Lei n.º 184/XII, de 7 de Novembro de 2013, da Assembleia da República disponível na internet: <http://www.parlamento.pt/DAR/Paginas/Separatas.aspx>.

Esta proposta de lei assenta em três ideias-chave, assim descritas na exposição de motivos: *“Assumir a convergência tendencial do regime dos trabalhadores públicos com o regime dos trabalhadores comuns, ressalvadas as especificidades exigidas pela função e pela natureza pública do empregador, com salvaguarda do estatuto constitucional da função pública; Tomar como modelo de vínculo de emprego público a figura do contrato de trabalho em funções públicas, sem deixar de procurar um regime unitário para as duas grandes modalidades de vínculo de emprego público (contrato e nomeação), realçando apenas as especificidades de cada uma sempre que necessário; Integrar, harmonizar e racionalizar as alterações legislativas concretizadas nos últimos quatro anos no regime laboral da função pública que o haviam desfigurado e descaracterizado, devolvendo e reforçando a sua unidade e coerência.”.*

Pretendeu-se que a regulamentação do CT se tornasse regime subsidiário da LTFP, apesar de existirem, por um lado, matérias que, sem prejuízo das adaptações que se revelem necessárias, são totalmente reguladas naquela sede, como de resto sucedia já com a parentalidade – é o que sucede com as disposições referentes à articulação de fontes, direitos de personalidade, igualdade, regime do trabalhador estudante e dos trabalhadores com deficiência e doença crónica, tempo de trabalho, tempos de não trabalho, entre outros.

Por outro lado, existem inúmeras matérias cuja especificidade, ou imperativo constitucional, impõe um regime diferenciado – assim, por exemplo, o regime de gestão e recrutamento de recursos humanos na Administração Pública, os deveres do empregador público e os direitos e deveres do trabalhador público, as garantias de imparcialidade no exercício de funções públicas, a estruturação das carreiras, a mobilidade, o estatuto remuneratório, o poder disciplinar, a cedência de interesse público, o procedimento de requalificação de trabalhadores em caso de reorganização ou racionalização de efectivos, a extinção dos vínculos de emprego público, a negociação e a contratação colectiva.

3. Aproximação entre o regime público e o regime privado

A aproximação entre o regime de trabalho em funções públicas e o regime do contrato de trabalho privado vem-se fazendo ao longo dos últimos anos, desde logo, com a publicação da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que introduziu, de forma sistemática e integrada, o regime jurídico do contrato individual de trabalho na Administração Pública, a já mencionada Lei das Carreiras, Vínculos e Remunerações e, na sequência da sua publicação, o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, culminando com a publicação da Lei do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, actualmente em vigor.

A tendência para a privatização do emprego público ocorreu principalmente com a entrada em vigor da Constituição de 1976, e também, segundo Maria do Rosário Palma Ramalho, devido à crescente necessidade da Administração Pública recorrer a recursos humanos mais diversificados. De acordo com esta autora a privatização do regime jurídico do emprego público tem um fundamento directo na Constituição e na consagração dos direitos fundamentais dos trabalhadores em termos gerais, sem distinguir entre a sua inserção no

sector privado ou no sector público – cfr. artigo 269.º, n.º 1, da CRP.

Tradicionalmente, os trabalhadores da Administração Pública, exerciam as suas funções no contexto de um vínculo de emprego público, constituído através de um contrato administrativo de provimento ou de um acto administrativo de nomeação, que conferiam ao trabalhador a qualidade de funcionário, nos termos do regime constante do DL 427/89, de 7 de Dezembro.

Distinguia-se, assim entre o vínculo jurídico de emprego público e o vínculo laboral comum, com recurso a dois critérios: por um lado, o modo de constituição do vínculo, sendo que o vínculo de emprego público não tinha, por regra, base contratual, ou, quando a tinha, a sua origem era um contrato administrativo; por outro lado, o critério da natureza e actuação pública do empregador, que no vínculo de emprego público é o Estado ou outra pessoa colectiva pública, dotada e actuando no exercício do seu *ius imperii*.

Esta distinção vem-se esbatendo com a disseminação da contratação laboral pelo Estado e demais pessoas colectivas públicas permitida, inicialmente, no sector empresarial do Estado, onde constitui a regra; alargada depois, com natureza excepcional e apenas através de contratos de trabalho a termo, na administração directa e indirecta, e; por fim, generalizada no âmbito da administração indirecta e, embora com as restrições próprias da função do Estado, ao nível da administração central, a celebração de contratos de trabalho passou a ser regra no universo do vínculo de emprego público.

A actual LTFP segue a tendência clara de convergência do regime laboral da função pública com o regime do contrato de trabalho privado, ressalvadas as especificidades resultantes quer da função e da natureza pública do empregador, quer do estatuto constitucional da função pública, designadamente o disposto no artigo 269.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), que prescreve:

“1. No exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração.

2. Os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas não podem ser prejudicados ou beneficiados em virtude do exercício de quaisquer direitos políticos previstos na Constituição, nomeadamente por opção partidária.

3. Em processo disciplinar são garantidas ao arguido a sua audiência e defesa.

4. Não é permitida a acumulação de empregos ou cargos públicos, salvo nos casos expressamente admitidos por lei.

5. A lei determina as incompatibilidades entre o exercício de empregos ou cargos públicos e o de outras actividades.”.

Assim, a aplicação do regime laboral comum aos trabalhadores em funções públicas deve

sempre ser feita com as adaptações que decorrem da natureza administrativa dos seus contratos de trabalho, da subordinação ao interesse público e das especificidades da Administração Pública.

4. Abordagem comparativa entre o regime do contrato de trabalho em funções públicas e o regime laboral privado

A LTFP constitui a mais relevante fonte de direito infra-constitucional do contrato de trabalho em funções públicas, da qual constam as normas base definidoras do regime e âmbito do vínculo de emprego público, nomeadamente, as que se referem às modalidades dos vínculos (artigos 6.º a 10.º), às fontes e participação na legislação do trabalho (artigos 13.º a 16.º), às garantias de imparcialidade (artigos 19.º a 24.º), ao procedimento concursal (artigo 33.º), aos direitos, deveres e garantias do trabalhador e do empregador público (artigos 70.º a 73.º), às disposições gerais sobre a estruturação das carreiras (artigos 79.º a 83.º), à mobilidade (artigos 92.º a 100.º), aos princípios gerais relativos às remunerações (artigos 144.º a 146.º), ao exercício do poder disciplinar (artigos 176.º a 240.º), à reafecção e requalificação dos trabalhadores (artigos 245.º a 275.º), à extinção do vínculo (artigos 288.º a 313.º) e à negociação colectiva (artigos 347.º a 386.º).

A LTFP, nos termos do seu artigo 1.º, é aplicável à administração directa e indirecta do Estado e, com as necessárias adaptações, aos serviços da administração regional e da administração autárquica, bem como aos órgãos e serviços de apoio do Presidente da República, da Assembleia da República, dos tribunais e do Ministério Público e respectivos órgãos de gestão e outros órgãos independentes, e também a outros trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas que não exerçam funções nas entidades atrás referidas.

Mas, apesar de se assumir como definidora das bases gerais do regime da função pública, exclui expressamente do seu âmbito de aplicação sectores típicos da Administração Pública, designadamente os gabinetes de apoio dos membros do Governo e dos titulares dos órgãos referidos nos n.ºs 2 a 4 do artigo 1.º, as entidades públicas empresariais e as entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo e Banco de Portugal, bem como os militares das Forças Armadas, os militares da Guarda Nacional Republicana e o pessoal com funções policiais da Polícia de Segurança Pública, cujos regimes constam de lei especial.

Assim, estão excluídas do âmbito de aplicação da LTFP as entidades administrativas independentes e o Banco de Portugal, por aplicação da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto - *Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo*, que no seu artigo 32.º, n.º 1, prescreve que: *“Aos trabalhadores das entidades reguladoras é aplicado o regime do contrato individual de trabalho.”*

Estão também excluídas do seu âmbito de aplicação as associações públicas profissionais, por aplicação da Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro - *Estabelece o regime jurídico de criação,*

organização e funcionamento das associações públicas profissionais, que no seu artigo 41.º, n.º 1, dispõe que: “Aos trabalhadores das associações públicas profissionais é aplicável o regime previsto no Código do Trabalho e o disposto nos números seguintes.”

Os artigos 6.º e 7.º da LTFP dispõem que o trabalho em funções públicas pode ser prestado mediante vínculo de emprego público ou contrato de prestação de serviço, sendo que o primeiro é aquele pelo qual uma pessoa singular presta a sua actividade a um empregador público, de forma subordinada e mediante remuneração.

Este vínculo pode revestir a modalidade de contrato de trabalho em funções públicas, nomeação ou comissão de serviço, podendo ser constituído por tempo indeterminado ou a termo resolutivo, constituindo-se, em regra, por contrato de trabalho em funções públicas.

Nos termos do disposto no artigo 8.º da LTFP, o vínculo de emprego público constitui-se por nomeação no âmbito das seguintes atribuições, competências e actividades: missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes; representação externa do Estado; informações de segurança; investigação criminal; segurança pública, quer em meio livre quer em meio institucional e inspecção. E dispõe o artigo 9.º que serão exercidas em comissão de serviço as funções que impliquem o exercício de cargos não inseridos em carreiras, designadamente cargos dirigentes, bem como as funções exercidas com vista à aquisição de formação específica, habilitação académica ou título profissional por trabalhador com vínculo de emprego público por tempo indeterminado.

Ora, atendendo a que a grande maioria dos trabalhadores da Administração Pública exercem funções predominantemente técnicas, a modalidade comum de constituição do vínculo de emprego público será o contrato de trabalho em funções públicas.

Não obstante a aproximação do regime aplicável aos trabalhadores que exercem funções públicas ao regime laboral privado, os litígios emergentes do vínculo de emprego público continuam a ser resolvidos pelos tribunais administrativos e não, como sucede nas relações jurídico-laborais privadas, pelos tribunais de trabalho.

A verdade é que a presença do contrato individual de trabalho no seio da Administração Pública se tem vindo a impor. Tal fenómeno vinca claramente a sua aproximação ao regime laboral comum com a inevitável equiparação dos trabalhadores públicos aos trabalhadores privados, invocando-se para o efeito a necessidade de eficiência, racionalização e economia de custos com os então denominados funcionários públicos.

À partida serão, certamente, evidentes as afinidades entre as situações jurídicas dos trabalhadores privados e os trabalhadores da Administração Pública, visto que em ambos os casos o objecto do vínculo envolve a prestação de serviço ou de um trabalho, e também em ambas as situações, o prestador desse serviço ou trabalho encontra-se numa posição de subordinação perante o destinatário do mesmo.

Todavia, existem especificidades próprias a que apenas os trabalhadores públicos estão sujeitos, razão que justifica a manutenção de tratamento diferenciado.

5. Articulação entre a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas e o Código do Trabalho

Feito o enquadramento legal estamos aptos a estabelecer um regime de comparação entre a LTFP e o CT pelo menos em alguns aspectos de maior importância para qualquer trabalhador seja do sector público ou do sector privado.

O CT assume uma primordial relevância na disciplina do contrato de trabalho em funções públicas, face à remissão prevista no artigo 4.º da LTFP.

Este elenco das matérias cuja disciplina consta, sem prejuízo das especificidades previstas na LTFP e das necessárias adaptações, do CT, tem carácter meramente exemplificativo, já que, para além das mencionadas matérias, outras existem que também são reguladas pelo CT como sucede com o trabalho a tempo parcial e o teletrabalho – cfr. artigo 68.º, n.º 1, da LTFP.

Assim, enquanto no direito laboral privado a regra é a liberdade de forma, na LTFP todos os contratos estão sujeitos à forma escrita (artigo 110.º do CT e artigo 40.º, n.º 1, da LTFP).

No que diz respeito ao período experimental, no regime privado, durante a sua execução vigora a livre denúncia para qualquer das partes, no regime público só o trabalhador pode denunciar o contrato (artigo 114.º, n.º 1, do CT e artigo 47.º da LTFP).

Relativamente à contratação a termo, no sector privado as situações que permitem a sua celebração estão previstas a título meramente exemplificativo; a renovação é automática, salvo declaração das partes em contrário, e o contrato considera-se sem termo ou converte-se em sem termo em caso de vícios graves. Para a LTFP enumeram-se especificamente as situações em que é permitida a utilização do contrato a termo (artigos 140.º, n.º 2, 149.º, n.º 2 e 147.º do CT; artigos 57.º, n.º 1 e 3.º e 63.º da LTFP).

Os trabalhadores públicos estão sujeitos a um estatuto disciplinar próprio, do qual se destacam deveres especiais não aplicáveis aos trabalhadores privados, designadamente, a prossecução do interesse público, imparcialidade, isenção e informação (artigos 73.º e 176.º e ss. da LTFP; artigos 128.º e 328.º e ss. do CT).

A figura do abandono do trabalho, enquanto: *“ausência do trabalhador do serviço acompanhada de factos que, com toda a probabilidade, revelam a intenção de não o retomar”*, presumindo-se *“em caso de ausência de trabalhador do serviço durante, pelo menos, 10 dias úteis seguidos, sem que o empregador seja informado do motivo da ausência”* e que vale como denúncia do contrato, não está prevista na LTFP mas está no CT (artigo 403.º do CT).

No que se refere ao regime da cessação do contrato, tal como sucede no regime laboral privado, desde logo dir-se-á também que na LTFP se proíbem os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos, pelo menos assim se determina nos artigos 288.º da LTFP e 338.º do CT, em consonância com o artigo 53.º da CRP.

Relativamente às modalidades previstas para a cessação do contrato prevê-se no artigo 289.º da LTFP que, o contrato pode cessar por:

- a) Caducidade;
- b) Acordo;
- c) Extinção por motivos disciplinares;
- d) Extinção pelo trabalhador com aviso prévio;
- e) Extinção pelo trabalhador com justa causa, constituindo causa específica a extinção do vínculo na sequência de processo de requalificação de trabalhadores em caso de reorganização de serviços ou racionalização de efectivos na Administração Pública em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo 245.º e causa específica de cessação da comissão de serviço a denúncia pelo trabalhador ou pelo empregador, nada referindo, quer sobre o despedimento colectivo quer sobre o despedimento por extinção do posto de trabalho.

Já o artigo 340.º do CT, prevê que, para além de outras modalidades legalmente previstas, o contrato de trabalho pode cessar por:

- a) Caducidade;
- b) Revogação;
- c) Despedimento por facto imputável ao trabalhador; d) despedimento colectivo;
- e) Despedimento por extinção de posto de trabalho;
- f) Despedimento por inadaptação; g) resolução pelo trabalhador; e,
- h) Denúncia pelo trabalhador.

O artigo 4.º da LTFP, por forma a permitir a aplicação do CT ao vínculo de emprego público, faz equiparar, no seu n.º 3, as referências a empregador e empresa ou estabelecimento, respectivamente, a empregador público e órgão ou serviço.

Por seu turno, o n.º 4 do mesmo preceito legal manda aplicar aos trabalhadores que exercem funções públicas nas entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo e Banco de Portugal (excluídos do âmbito de aplicação da LTFP, por força do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 2.º), o regime do Código do Trabalho e legislação complementar, em matéria de acidentes de trabalho e doenças profissionais.

Analisadas as mais significativas diferenças entre o regime da LTFP e o regime laboral comum, cumpre, ainda que sucintamente, apreciar as especialidades a que se refere o artigo 4.º da LTFP ao mandar aplicar ao vínculo de emprego público, “*sem prejuízo do disposto na presente lei e com as necessárias adaptações, o disposto no Código do Trabalho e respectiva legislação complementar com as exceções legalmente previstas*” nomeadamente nas matérias elencadas no seu n.º 1, em matéria de:

a) Relação entre a lei e os instrumentos de regulamentação colectiva e entre aquelas fontes e o contrato de trabalho em funções públicas

O artigo 4.º do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas – RCTFP, sob a epígrafe “*Princípio do tratamento mais favorável*”, dispunha que as normas nele previstas poderiam ser afastadas por instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (IRCT) quando este estabelecesse condições mais favoráveis para o trabalhador e se daquelas normas não resultasse o contrário.

Consequência desta previsão era que as normas do RCTFP podiam ser afastadas por IRCT, salvo se revestissem natureza absolutamente imperativa, mas apenas em sentido favorável ao trabalhador.

As normas da LTFP assumem actualmente natureza supletiva face aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, podendo, por isso, ser alteradas por estes, em sentido mais ou menos favorável aos trabalhadores.

Com a actual remissão para o artigo 3.º do CT, altera-se o paradigma das relações entre as fontes de regulação uma vez que a aplicação do princípio do tratamento mais favorável se restringe às matérias elencadas no seu n.º 3: direitos de personalidade, igualdade e não discriminação; protecção na parentalidade; trabalho de menores; trabalhador com capacidade de trabalho reduzida, com deficiência ou doença crónica; trabalhador-estudante; dever de informação do empregador; limites à duração dos períodos normais de trabalho diário e semanal; duração mínima dos períodos de repouso, incluindo a duração mínima do período anual de férias; duração máxima do trabalho dos trabalhadores nocturnos; forma de cumprimento e garantias da retribuição; capítulo sobre prevenção e reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais e legislação que o regulamenta; transmissão de empresa ou estabelecimento; direitos dos representantes eleitos dos trabalhadores.

Ficam assim de fora da aplicação daquele princípio do tratamento mais favorável todas as restantes matérias cujas normas legais reguladoras permitam o seu afastamento por IRCT, ou seja, poderão ser afastadas por IRCT ainda que desfavoráveis ao trabalhador.

A LTFP consagra porém, em algumas matérias, normas imperativas, que impedem a sua alteração por IRCT, seja em sentido mais ou menos favorável aos trabalhadores – é o que sucede, por exemplo, com as normas constantes dos artigos 56.º, n.º 3, 134.º, n.º 5 e 144.º, n.º 1.

Por outro lado, no que se refere à regulamentação das condições do trabalho no próprio contrato individual de trabalho, este só poderá afastar a aplicação das normas legais reguladoras de contrato de trabalho, se estabelecer condições mais favoráveis para o trabalhador, e se delas não resultar o contrário – cfr. artigo 3.º, n.º 4, do CT.

De facto, o artigo 13.º da LTFP, no que se refere às fontes específicas do contrato de trabalho em funções públicas, dispõe que o mesmo pode ser regulado por IRCT, constituindo IRCT convencionais o acordo colectivo de trabalho (de carreira e de empregador público), o acordo de adesão e a decisão de arbitragem voluntária e, IRCT não convencional a decisão de arbitragem necessária.

Constitui *acordo colectivo de carreira* a convenção colectiva aplicável no âmbito de uma carreira ou de um conjunto de carreiras, independentemente do órgão ou serviço onde o trabalhador exerça funções e, *acordo colectivo de empregador público* a convenção colectiva aplicável no âmbito do órgão ou serviço onde o trabalhador exerça funções.

As matérias que podem ser objecto de IRCT são as elencadas no artigo 355.º da LTFP, para além de outras matérias previstas na LTFP ou em norma especial.

b) Direitos de personalidade

A matéria dos direitos de personalidade é regulada nos artigos 14.º a 22.º do CT, que disciplina as matérias de: liberdade de expressão e de opinião; integridade física e moral; reserva da intimidade da vida privada; protecção de dados pessoais; dados biométricos; testes e exames médicos; meios de vigilância à distância e a sua utilização; confidencialidade de mensagens e de acesso a informação.

Trata-se de matérias que eram regulamentadas no RCTFP e respectivo regulamento, por reprodução do regime dos direitos de personalidade constante do CT, na sua versão de 2003, regime que se manteve praticamente inalterado após a revisão de 2009.

Dada a proximidade já existente entre os regimes laborais públicos e privados a LTFP determinou a aplicação do regime do CT ao vínculo de emprego público, com as necessárias adaptações.

De salientar que, atenta a importância dos direitos em causa, com consagração constitucional – cfr. artigos 24.º, 25.º, 26.º, 27.º, 34.º, 35.º e 37.º da CRP, a violação das medidas relativas à protecção de dados pessoais; à recolha, conservação e, destruição de dados biométricos; à realização ou apresentação de testes ou exames médicos, fora das condições aí previstas; à exigência a candidata a emprego ou a trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez; à utilização de meios de vigilância à distância com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador, à sua conservação e destruição, constituem contra-ordenação muito grave.

c) Igualdade e não discriminação

Em concretização do preceituado no artigo 59.º, n.º 1, da CRP, o CT, nos seus artigos 23.º a 32.º, consagra os direitos dos trabalhadores à igualdade e não discriminação.

À semelhança do que se disse no que se refere aos direitos de personalidade, trata-se também de matéria que era regulamentada no RCTFP e respectivo regulamento, por reprodução do regime constante do CT e que, dada a proximidade já existente entre os regimes laborais públicos e privados, a LTFP determinou fosse aplicado ao vínculo de emprego público, com as necessárias adaptações.

O direito à igualdade no acesso ao emprego e trabalho diz respeito, designadamente, *aos critérios de selecção e às condições de contratação, em qualquer sector de actividade e a todos os níveis hierárquicos, ao acesso a todos os tipos de orientação e formação profissional de qualquer nível, incluindo a aquisição de experiência prática, à remuneração e outras prestações patrimoniais, promoções a todos os níveis hierárquicos e aos critérios para a selecção dos trabalhadores a despedir, à filiação ou participação em estruturas de representação colectiva ou em qualquer outra organização cujos membros exercem uma determinada profissão, incluindo os benefícios por elas atribuídos.*²

d) Parentalidade

A matéria da parentalidade é regulada nos artigos 33.º a 65.º do CT. Trata-se de matéria em que já antes da publicação e entrada em vigor da LTFP existia aplicação subsidiária do CT, que se manteve.

São assim aplicáveis a todos os trabalhadores que exerçam funções públicas, quer na modalidade de contrato de trabalho em funções públicas, quer na modalidade de nomeação, com as necessárias adaptações, as disposições do CT referentes à parentalidade.

Há, porém, que distinguir, no que toca à protecção da parentalidade, os trabalhadores abrangidos pelo regime de protecção social convergente, ou seja, aqueles que têm vínculo de emprego público constituído até 31/12/2005 e que não estejam integrados no regime geral da segurança social, aos quais se aplica o DL 89/2009, de 9 de Abril; e os trabalhadores não abrangidos por tal regime, aos quais se aplica o regime geral da segurança social, constante do DL 91/2009, de 9 de Abril, designadamente no que se refere ao valor da remuneração líquida a que têm direito (cfr. artigo 29.º, n.º 4, da Lei 4/2009, de 29/01 e artigo 35.º do DL 89/2009, de 9/04); à organização e gestão do regime (cfr. artigo 31.º do DL 89/2009, de 09/04); à atribuição de subsídios por carência económica (cfr. artigos 3.º e 45.º a 62.º do DL 91/2009, de 09/04), entre outros.

² NUNES, Cláudia Sofia Henriques, *O contrato de trabalho em funções públicas face à lei geral do trabalho*, 2014, pág. 127.

e) Trabalhador com capacidade reduzida e trabalhadores com deficiência ou doença crónica

A disciplina regulamentadora dos trabalhadores com capacidade reduzida e trabalhadores com deficiência ou doença crónica está vertida nos artigos 85.º a 88.º do CT e é aplicável aos trabalhadores com vínculo de emprego público, com as necessárias adaptações.

Saliente-se, designadamente, a possibilidade de aplicação do regime do tempo parcial e do teletrabalho a trabalhadores nomeados, mediante requerimento do trabalhador, bem como a possibilidade de o empregador público poder, relativamente a estes, por regulamento, estabelecer preferências para a admissão em regime de tempo parcial – cfr. artigo 69.º, n.º 1 e 2, da LTFP.

f) Trabalhador estudante

A disciplina do trabalhador-estudante é regulada pelos artigos 89.º a 96.º-A do CT e respectiva legislação complementar, designadamente o artigo 12.º do Regulamento do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro, com as necessárias adaptações.

O trabalhador-estudante no regime de emprego público pode optar pela modalidade de horário de trabalho em jornada contínua, nos termos do disposto no artigo 114.º, n.º 3, al. e), da LTFP.

g) Organização e tempo de trabalho

Esta matéria é regulada nos artigos 197.º a 236.º do CT, sendo que, por força da remissão do artigo 101.º da LTFP é aplicável a regulamentação das normas constantes dos artigos 102.º a 121.º da LTFP.

No que se refere à duração do período de trabalho, a LTFP consagra a regra geral das 7 horas diárias de trabalho e 35 horas de trabalho semanais – cfr. artigo 105.º, enquanto o artigo 203.º do CT estabelece que o período normal de trabalho não pode exceder as 8 horas diárias e 40 horas semanais.

Já no que se refere o trabalho suplementar, dispõe o artigo 120.º da LTFP que o mesmo, por regra, passa a estar sujeito a um limite máximo de 150 horas por ano, duas horas por dia normal de trabalho; um número de horas igual ao período normal de trabalho diário, nos dias de descanso semanal, obrigatório ou complementar, e nos feriados; e um número de horas igual a meio período normal de trabalho diário em meio-dia de descanso complementar.

Já no regime laboral comum, dispõe o artigo 228.º do CT que os limites de prestação de trabalho suplementar são de 175 ou 150 horas por ano, conforme se trate de microempresa ou pequena empresa, ou de média ou grande empresa. No caso de trabalhador a tempo parcial tal limite será de 80 horas por ano ou o número de horas correspondente à proporção entre o respectivo período normal de trabalho e o de trabalhador a tempo completo em

situação comparável, quando superior; sendo em dia normal de trabalho, duas horas; em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, ou feriado, um número de horas igual ao período normal de trabalho diário; e, em meio-dia de descanso complementar, um número de horas igual a meio período normal de trabalho diário.

h) Tempos de não trabalho

Por força das remissões dos artigos 4.º, n.º 1, al. h) e 122.º, n.º 1, da LTFP, em tudo o que não for expressamente previsto na LTFP relativamente aos tempos de não trabalho, será aplicável o disposto no CT, com as necessárias adaptações.

A matéria dos tempos de não trabalho está regulada nos artigos 122.º a 143.º da LTFP, podendo salientar-se as seguintes especificidades mais relevantes relativamente ao regime laboral comum:

- 1) Feriados** – resulta do disposto no artigo 122.º, n.º 2, 3 e 4, que é aplicável aos trabalhadores que exercem funções públicas o regime de feriados estabelecido no CT, porém, a observância da Terça-Feira de Carnaval como dia feriado depende de decisão do Conselho de Ministros ou dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas, sendo nulas as disposições de contrato ou de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho que disponham em contrário;
- 2) Descansos** – os regimes do descanso diário e semanal, e do descanso semanal obrigatório estão previstos, respectivamente, nos artigos 123.º, 124.º e 125.º da LTFP, dispondo, como regra, que o período mínimo de descanso entre dois períodos diários de trabalho consecutivos é de 11 horas seguidas, que a semana de trabalho é de 5 dias, tendo o trabalhador direito a um dia de descanso semanal obrigatório, acrescido de um dia de descanso complementar, que deverão coincidir, respectivamente, com o domingo e o sábado e que, quando o dia de descanso complementar não seja contíguo ao dia de descanso semanal obrigatório, adiciona-se a este um período de 11 horas, correspondente ao período mínimo de descanso estabelecido no artigo 123.º, n.º 1;
- 3) Férias** - O regime das férias encontra-se regulado nos artigos 237.º a 247.º do CT e 126.º a 132.º da LTFP. Quanto à duração do período de férias, actualmente é igual nos regimes público e privado, ou seja, 22 dias úteis de férias. No emprego público, os trabalhadores podem usufruir de mais um dia útil de férias por cada 10 anos de serviço, bem como a duração do período de férias pode ainda ser aumentada no quadro de sistemas de recompensa do desempenho (artigo 126.º, n.º 1, 4 e 5, da LTFP e artigo 237.º do CT). Refira-se ainda que na LTFP existe a obrigação de o trabalhador fornecer ao empregador público, antes do início das férias e se possível, a forma como pode ser eventualmente contactado (artigo 132.º LTFP);
- 4) Faltas** – o artigo 134.º, n.º 5, da LTFP determina que as disposições relativas aos tipos de faltas e à sua duração não podem ser objecto de IRCT, salvo tratando-se de trabalhador eleito para estrutura de representação colectiva dos trabalhadores, nos termos do artigo

316.º. Note-se que esta limitação se refere apenas aos tipos de falta e à sua duração, deixando de fora da proibição outras matérias como, p. ex., a comunicação e prova das faltas;

O artigo 134.º, n.º 1, quanto ao tipo de faltas, prescreve que as mesmas podem ser justificadas ou injustificadas e, no n.º 2, elenca as faltas justificadas, considerando-se injustificadas todas as outras.

i) Promoção da segurança e saúde no trabalho, incluindo a prevenção

Trata-se de matéria regulada nos artigos 281.º a 284.º do CT, aplicável aos trabalhadores com vínculo de emprego público, com as necessárias adaptações.

Nos termos do disposto no artigo 71.º, n.º 1, al. i), da LTFP constitui dever do empregador público: *“fornecer ao trabalhador a informação e a formação adequadas à prevenção de riscos de acidente e doença”*.

j) Comissões de trabalhadores, associações sindicais e representantes dos trabalhadores em matéria de segurança e saúde no trabalho

As comissões de trabalhadores constituem uma estrutura representativa dos trabalhadores para defesa dos seus interesses e intervenção democrática na vida da empresa – cfr. artigo 54.º, n.º 1 da CRP e o seu regime vem disciplinado nos artigos 415.º a 439.º do CT e artigos 320.º a 336.º da LTFP.

Compete à comissão de trabalhadores, nos termos do disposto no artigo 426.º, n.º 2, al. d), do CT, designadamente, apresentar sugestões, recomendações ou críticas tendentes à melhoria das condições de trabalho nomeadamente da segurança e saúde no trabalho. Concretizando, no âmbito do regime de emprego público, compete à comissão de trabalhadores, no exercício do direito do controlo de gestão do empregador público, apresentar aos órgãos competentes do empregador público sugestões, recomendações ou críticas tendentes à qualificação inicial e à formação contínua dos trabalhadores e, em geral, à melhoria da qualidade de vida no trabalho e das condições de segurança e saúde – cfr. artigo 328.º, n.º 2, al. d), da LTFP.

Dispõe o artigo 350.º, n.º 1, al. h), da LTFP, que as matérias de segurança e saúde no trabalho são objecto de negociação colectiva, com vista à celebração de um acordo quanto ao estatuto dos trabalhadores com vínculo de emprego público, e atribui a esta matéria carácter prioritário – cfr. artigo 361.º, n.º 1, da LTFP.

k) Mecanismos de resolução pacífica de conflitos colectivos

Os artigos 387.º e seguintes da LTFP regulam os modos de resolução dos conflitos colectivos, sendo subsidiariamente aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 522.º e ss do CT, por força da remissão desta alínea do artigo 4.º da LTFP.

Em termos inovatórios, e relacionado com esta matéria, temos o alargamento do âmbito de aplicação dos acordos colectivos de trabalho, os quais passam a ser aplicáveis aos trabalhadores não sindicalizados e os filiados noutros sindicatos, configurando uma verdadeira ruptura com o princípio da filiação. Assim, e por força do disposto no artigo 370.º, n.º 1, 2 e 3, da LTFP, o acordo colectivo obriga os empregadores públicos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação e as associações sindicais outorgantes, aplicando-se aos trabalhadores filiados em associação outorgante ou membros da associação sindical filiada na união, federação ou confederação sindical outorgante, bem como aos restantes trabalhadores integrados em carreira ou em funções no empregador público a que é aplicável o acordo colectivo de trabalho, salvo oposição expressa do trabalhador não sindicalizado ou de associação sindical interessada e com legitimidade para celebrar o acordo colectivo de trabalho, relativamente aos seus filiados.

l) Greve e lock-out

As matérias da greve e proibição do *lock-out* estão reguladas nos artigos 530.º a 545.º do CT e artigos 394.º a 406.º da LTFP.

No que se refere à matéria da greve, no âmbito do vínculo de emprego público, o artigo 397.º, n.º 1, da LTFP estabelece que: *“Nos órgãos ou serviços que se destinem à satisfação de necessidades sociais impreteríveis, a associação que declare a greve, ou a comissão de greve, e os trabalhadores aderentes devem assegurar, durante a greve, a prestação dos serviços mínimos indispensáveis à satisfação daquelas necessidades.”*. Importante alteração foi introduzida na al. d) do n.º 2 do referido preceito legal ao prescrever a necessidade de acautelar as necessidades impreteríveis no sector da educação, no que concerne à realização de avaliações finais, de exames ou provas de carácter nacional que tenham de se realizar na mesma data em todo o território nacional.

6. Conclusão

Apesar de o legislador ter estendido aos trabalhadores enquadrados no regime de emprego público, a aplicação do Código do Trabalho, estabeleceu também especificidades quanto a diversos regimes, afastando, desde logo, a aplicação *tout court* do Código do Trabalho, o que resulta e revela uma impossibilidade de absoluta equiparação das relações de emprego público e privado.

Verifica-se um esforço de aproximação ou mesmo uma certa uniformização, mas nunca unificação, dado que se trata de realidades distintas às quais subjazem filosofias diferentes.

O regime da relação de emprego público é norteado pela necessidade de prossecução do interesse público, que é a principal finalidade da actividade da Administração Pública, enquanto no emprego privado o interesse primordial é a prossecução de interesses privados: os do empregador e os do trabalhador.

Com a entrada em vigor da LTFP, podemos dizer que a Administração Pública portuguesa se apresenta, hoje, como uma Administração modernizada e em franca desburocratização, na medida em que se aproxima do emprego privado naquilo que lhe é necessário para a evolução inevitável a que está sujeita, uma vez que os objectivos da Administração Pública são eminentemente evolutivos: dependem das pressões e das demandas dirigidas ao sistema administrativo.

O vínculo que resulta actualmente da celebração de um contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado (referimo-nos a esta modalidade em especial, uma vez que constitui a regra, sendo o contrato de trabalho a termo uma modalidade contratual cuja utilização se faz, apenas, a título excepcional), passa a fazer parte do elenco dos modos de constituição da relação jurídica de emprego público, como sendo a regra, relegando a nomeação para uma posição excepcional, pelo que os trabalhadores naquela circunstância também integram a Função Pública, ou não desempenhassem eles funções públicas com carácter de permanência.

A LTFP acabou por tornar o CT e respectiva legislação complementar o regime subsidiário aplicável ao regime do emprego público, aplicando-se, com as necessárias adaptações, a diversas matérias que também se aplicam à prestação de trabalho em funções públicas, como sejam, a articulação de fontes, direitos de personalidade, igualdade, parentalidade, regime de trabalhador-estudante, e dos trabalhadores com deficiência e doença crónica, organização e tempo de trabalho, tempos de não trabalho, promoção da segurança e saúde no trabalho, comissões de trabalhadores, associações sindicais e representantes dos trabalhadores em matéria de segurança e saúde no trabalho, mecanismos de resolução pacífica de conflitos, greve e *lock-out*.

Podemos concluir que a relação jurídica de emprego na Administração Pública é aquela mediante a qual um indivíduo se obriga a prestar uma actividade, sob a autoridade e direcção de uma pessoa colectiva, cuja disciplina jurídica é fundamentalmente de direito público, não obstante poder conter alguns aspectos do direito privado.

Com a publicação e entrada em vigor da LTFP, o legislador aproveitou os aspectos positivos do regime de emprego privado que poderiam ser aplicáveis ao emprego público sem, todavia, descaracterizar a especialidade deste último.

Esta nunca poderá ocorrer, desde logo, pela natureza pública do próprio empregador e pela finalidade que prossegue – o bem comum, concretizado no interesse público. Ou seja, a necessidade de mudança, modernização e desburocratização, concretizadas nas inovações a introduzir não poderão descaracterizar a relação de emprego público e as suas especificidades.

7. Bibliografia

ALMEIDA, Paulo – *A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Comentário às Principais Alterações*, in Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo Lobo Xavier, 2015, volume III;

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito do Trabalho*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2012;

MARTINS, Licínio Lopes – *A relação de emprego público: nótuas sobre as principais vicissitudes da sua evolução recente e (algumas) incoerências do regime*, in *As reformas do sector público, perspectiva ibérica no contexto pós-crise*. 2015: UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Faculdade de Direito. Instituto Jurídico;

MOURA, Paulo Veiga e – *A privatização da função pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004;

NUNES, Cláudia Sofia Henriques – *O contrato de trabalho em funções públicas face à lei geral do trabalho*. 1ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014;

PIRES, Miguel Lucas – *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, anotada e comentada*. Coimbra: Almedina, 2014;

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho – Parte II, Situações Laborais Individuais*. 4ª Edição. Coimbra: Almedina, 2012.

8. A contratualização em sede de emprego público versus autonomia contratual do Estado

Margarida Inês Vilaça

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A CONTRATUALIZAÇÃO EM SEDE DE EMPREGO PÚBLICO VERSUS AUTONOMIA CONTRATUAL DO ESTADO

Margarida Inês Vilaça

Introdução

1. A aproximação ao regime laboral comum e a possibilidade de contratualização em sede de emprego público
 2. A autonomia contratual
 - 2.1. A autonomia privada: em especial, a autonomia contratual privada
 - 2.1.1. Restrições à liberdade de contratar nas relações laborais privadas
 - 2.2. A autonomia contratual do Estado: confronto com a autonomia contratual privada
 3. A autonomia contratual em sede de emprego público
 - 3.1. A dimensão individual da autonomia contratual: algumas manifestações
 - i. A regra do procedimento concursal
 - ii. A determinação do posicionamento remuneratório
 - iii. A forma do contrato de trabalho em funções públicas
 - iv. O conteúdo e o local da prestação laboral
 - v. O horário de trabalho
 - vi. Os acordos de limitação da liberdade de trabalho
 - vii. A extinção por mútuo acordo
 - 3.2. A dimensão colectiva da autonomia contratual
- Conclusões
Bibliografia
Jurisprudência
Pareceres

Palavras-chave: Vínculo de emprego público, contrato de trabalho em função pública, contrato administrativo, negociação, autonomia pública.

Introdução

O presente trabalho visa empreender um breve estudo sobre o sentido e alcance da autonomia da Administração Pública no âmbito da contratualização em sede de emprego público.

Em concreto, pretende-se saber se o empregador público actua com a autonomia de que dispõe o empregador privado ou se essa autonomia é limitada e, em caso afirmativo, de que forma.

A procura de uma resposta para tal questão implica, num primeiro momento, uma referência à aproximação ao regime laboral comum e à possibilidade de existir contratualização em sede de emprego público e, num segundo momento, a determinação do sentido e alcance da autonomia contratual do Estado por contraposição à autonomia contratual privada.

Tal enquadramento será recuperado numa terceira parte onde se procederá à análise de alguns institutos da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (doravante LTFP),¹ a fim de se encontrar uma solução adequada para a mencionada questão. Para o efeito, nesta parte, a nossa análise partirá da distinção da dimensão individual e colectiva da autonomia contratual em sede de emprego público.

1. A aproximação ao regime laboral comum e a possibilidade de contratualização em sede de emprego público

Actualmente, a LTFP define o vínculo de emprego público como “aquele pelo qual uma pessoa singular presta a sua actividade a um empregador público, de forma subordinada e mediante remuneração”².

Ora, a constituição da relação jurídica de emprego público pode resultar de contrato de trabalho em funções públicas, nomeação ou comissão de serviço³.

Desde a entrada em vigor da Lei de Vínculos, Carreiras e Remunerações dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas (LVCR),⁴ a forma, por excelência, de constituição da relação jurídica de emprego público deixou de ser a nomeação. Assim, desde então, a regra passou a ser a da constituição do vínculo mediante a celebração de contrato de trabalho em funções públicas⁵. Concomitantemente, a nomeação ficou restrita às relações que impliquem o exercício de poderes de autoridade ou de *ius imperium*⁶. Por sua vez, a comissão de serviço está reservada a cargos não inseridos em carreiras, designadamente cargos dirigentes, e a funções exercidas com vista à aquisição de formação específica, habilitação académica ou título profissional por trabalhador com vínculo de emprego público por tempo indeterminado⁷.

A relação jurídica de nomeação constitui-se por acto administrativo. Uma vez praticado este acto, o trabalhador tem de o aceitar (expressando, desta forma, a sua vontade de fazer parte da relação de emprego com o empregador público)⁸. Do acto administrativo de nomeação resultam um complexo de direitos e obrigações - pré-determinados por normas unilaterais de carácter público - para cada um dos sujeitos da relação jurídica. Nessa medida, a relação jurídica de emprego público distingue-se, facilmente, da relação jurídica laboral própria do Direito privado, pois esta última nasce de um acto jurídico de carácter privado - um contrato - em que são as próprias partes que negociam todas as condições de trabalho, sem que uma delas possa, unilateralmente, alterá-las.

¹ Cfr. Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho.

² Cfr. n.º 2 do artigo 6.º da LTFP.

³ Cfr. n.º 3 do artigo 6.º da LTFP.

⁴ Referimo-nos à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

⁵ Cfr. artigo 7.º da LTFP.

⁶ Cfr. artigo 8.º da LTFP.

⁷ Cfr. n.º 1 do artigo 9.º da LTFP.

⁸ A vontade do trabalhador é condição de eficácia (suspensiva) da nomeação.

No âmbito da relação jurídica laboral constituída por nomeação, ao particular não é reconhecido o poder de alterar o conteúdo da relação jurídica, sendo a manifestação de vontade do empregador público determinante. Por outro lado, a situação jurídica do trabalhador tem um conteúdo geral, antecipadamente estabelecido na lei. Temos, assim, uma dupla indisponibilidade quanto ao conteúdo da relação laboral pública: ao empregador cabe a primeira manifestação de vontade na constituição da relação jurídica de emprego, cujo regime jurídico está praticamente todo definido na lei não o podendo, em regra, negociar com o trabalhador (que é apenas chamado a aceitá-lo ou não).

Contudo, como refere ANA FERNANDA NEVES é “notória a evolução no sentido da negociação da generalidade deste regime jurídico, em face do número de normas jurídicas aplicáveis em comum às relações de emprego no sector privado”. Segundo a autora, a relação laboral pública pode ser, de alguma medida, susceptível de ser contratualizada pelo empregador e, assim, há “um distanciamento da designada teoria unilateral na explicação da natureza jurídica da relação de emprego titulada pela nomeação, numa aproximação à teoria contratual (...)”⁹. Acresce que, como vimos, a relação de emprego público passou, em regra, a constituir-se mediante a celebração de contrato de trabalho.

O contrato de trabalho em funções públicas consiste num acto bilateral celebrado entre um empregador público e um particular, nos termos do qual se constitui uma relação de trabalho subordinado. Na constituição da relação jurídica de emprego público por contrato de trabalho, a produção de efeitos jurídicos vinculativos é imputada à vontade conjunta das partes, embora, como vamos ver mais adiante, seja limitada a capacidade de determinar o seu conteúdo.

O contrato de trabalho em funções públicas dá lugar a uma relação jurídica de natureza mista, de feição essencialmente privada. Aos respectivos trabalhadores é garantido o direito à contratação colectiva e às partes é reconhecida capacidade dispositiva quanto ao conteúdo da relação jurídica laboral. Com a constituição da relação de emprego público, em regra, mediante a celebração de contrato de trabalho, verifica-se uma aproximação substancial ao regime jurídico laboral privado¹⁰: o regime de puro Direito público (caracterizado, essencialmente, pela existência de funcionários providos por acto administrativo de nomeação) dá lugar ao monopólio do contrato de trabalho em funções públicas (em que são as próprias partes a negociar as condições de trabalho). Assim, esta aproximação vem permitir uma maior contratualização das respectivas relações de trabalho.

Porém, o contrato de trabalho privado e o contrato de trabalho em funções públicas não deixam de estar eminentemente marcados por idiosincrasias distintas, na medida em que brotam de diferentes ramos do Direito: o primeiro do Direito privado e o segundo do Direito público. Nos dois casos, o objecto do vínculo envolve a prestação de um trabalho; o trabalhador encontra-se numa posição de subordinação perante o empregador; é o

⁹ Cfr. NEVES, Ana Fernanda, “O Direito da Função Pública”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Coimbra, Almedina, 2010, volume IV, página 448.

¹⁰ Cfr. MARTINS, Alda, “A Laboralização da Função Pública e do Direito Constitucional à Segurança no Emprego”, in *Revista Julgar*, Coimbra, Almedina, 2009, n.º 7, páginas 163 a 184.

empregador que, em cada momento, determina o conteúdo da prestação e vai direccionando a actividade do trabalhador à satisfação das suas necessidades¹¹.

Na relação jurídica laboral privada sobressaem interesses particulares, ao passo que subjacente ao vínculo de emprego público e norteador do seu regime está a ideia de interesse público. Os especiais interesses que subjazem à relação jurídica de emprego público não podem deixar de ter reflexos no grau de autonomia do empregador público. Como se verá, não obstante este caminho de “privatização da relação jurídica de emprego público” – com o acentuar da disponibilidade das partes –, o empregador privado tem uma autonomia contratual menos limitada do que o empregador público.

Hoje, existindo uma maior contratualização da relação laboral pública, coloca-se a questão de saber quais os termos em que o empregador público pode acordar as condições de trabalho com o trabalhador. Para responder a esta questão, importa reflectir sobre a ideia de autonomia contratual, o que se fará de seguida.

1. A autonomia contratual

1.1. A autonomia privada: em especial, a autonomia contratual privada

Uma ideia fundamental do Direito privado português reside no princípio da autonomia privada, que tem a sua dimensão mais visível na liberdade contratual¹². Assim, no domínio do Direito privado, a produção de efeitos jurídicos (constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas) resulta principalmente, no tocante à actuação humana juridicamente relevante, de actos de vontade – *maxime*, declarações de vontade – dirigidos precisamente à produção dos referidos efeitos.

A principal manifestação da autonomia privada é a autonomia contratual ou liberdade contratual¹³. As enunciações doutrinárias das manifestações da liberdade contratual podem, no essencial, resumir-se a duas: liberdade de celebração dos contratos ou liberdade de contratar e liberdade de estipulação ou liberdade de fixação do conteúdo do contrato¹⁴.

Vejamos, separadamente, cada uma dessas manifestações.

A liberdade de celebração dos contratos ou liberdade de contratar consiste na faculdade de livremente realizar contratos ou recusar a sua celebração. Por outras palavras, as pessoas têm liberdade de contratar ou de não contratar. O exercício desta faculdade desdobra-se, em

¹¹ Cfr. RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral – Breves Notas” [Em linha], volume II, Ano 62, Abril 2002 [consul. 20 Dez. 2016], disponível em www.portal.oa.pt.

¹² O artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa contém a consagração expressa deste princípio.

¹³ Note-se que o princípio da liberdade contratual – consagrado no artigo 405.º do Código Civil – está integrado na secção relativa aos contratos como fonte das obrigações.

¹⁴ Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, reimpressão da 12ª edição revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2016, páginas 228 a 241. Cfr. HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, 10.ª reimpressão da edição de 1992, Coimbra, Almedina, 2016, páginas 57 a 67. Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, 14ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, volume I, páginas 19 a 48.

segundo lugar, nas faculdades de formular propostas contratuais; de escolher a pessoa do outro contraente; e de aderir às propostas contratuais de outrem. Na liberdade de celebração pode ainda incluir-se a liberdade de forma da declaração.

Por sua vez, a liberdade de estipulação ou liberdade de fixação do conteúdo do contrato significa a possibilidade que os sujeitos têm de determinar os efeitos jurídicos a produzir. Assim, os sujeitos podem celebrar qualquer contrato típico ou nominado; têm a faculdade de aditar aos contratos típicos as cláusulas que melhor convierem aos interesses prosseguidos pelas partes; e podem realizar contratos atípicos, isto é, distintos daqueles que a lei regula, e até mesmo inominados, isto é, contratos que a lei nem sequer nomeia.

1.1.1. Restrições à liberdade contratual nas relações laborais privadas

A liberdade contratual sofre, porém, algumas restrições¹⁵, designadamente em sede de relações laborais privadas.

O surgimento do Direito do trabalho, com uma função tutelar – a protecção da parte mais débil da relação laboral – vem limitar a liberdade contratual. Desde logo, quanto à liberdade de modelação do conteúdo contratual, denota-se a substituição da vontade unilateral do empregador pela vontade heterónoma do legislador ou pela real autonomia das partes na contratação colectiva¹⁶.

Nas palavras de JOÃO LEAL AMADO “numa relação de poder como é, tipicamente, a relação laboral, a liberdade contratual não existe, no plano substantivo, e não pode deixar de ser fortemente condicionada, no plano normativo [uma vez que] ao contrário do universo civil, o mundo do trabalho assalariado não é, com efeito, o mundo da «composição espontânea ou paritária de interesses»”¹⁷.

Ao contrato de trabalho privado é aplicável o princípio da autonomia privada, nos termos gerais já por nós analisados, isto é, a liberdade de celebração e liberdade de estipulação, pelo que as partes podem escolher livremente se e com quem querem celebrar o contrato de trabalho e quais as cláusulas que nele querem introduzir. Porém, a autonomia privada nas relações laborais privadas encontra-se, de certa forma, restringida. Desde logo, a liberdade de celebração é limitada por diversas imposições legislativas, como o dever de tratamento igualitário dos candidatos a emprego¹⁸ ou a obrigação de manutenção do mesmo nível de emprego na empresa em caso de despedimento por inadaptação¹⁹. Por sua vez, a liberdade de

¹⁵ Como especifica o n.º 1 do artigo 405.º do Código Civil, a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos exerce-se “dentro dos limites da lei”. Assim, a liberdade de celebração e a liberdade de estipulação conhecem necessariamente limitações noutros domínios. Contudo, importa aqui destacar, em face do âmbito deste estudo, as restrições à liberdade contratual nas relações laborais.

¹⁶ Diferentemente, no período liberal, anteriormente à existência do Direito do trabalho, vigorava uma visão “híper-contratualista” da relação de trabalho privada e, por isso, o regime jurídico do trabalho era pautado, quase sem restrições, pelo princípio da autonomia da vontade.

¹⁷ Cfr. AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho: Noções Básicas*, Coimbra, Almedina, 2016, páginas 19 a 22.

¹⁸ Cfr. artigo 24.º, n.º 1, do Código do Trabalho.

¹⁹ Cfr. artigo 380.º do Código do Trabalho.

estipulação vem sendo muito limitada, uma vez que usualmente as normas laborais apenas podem ser derogadas pelos contratos de trabalho quando estes estabelecem condições mais favoráveis para os trabalhadores²⁰²¹.

No emprego público a autonomia ainda é mais limitada do que no emprego privado, porque o empregador público actua num contexto de autonomia contratual pública. Analisaremos, por isso, de seguida, em que é que consiste a autonomia contratual pública.

1.2. A autonomia contratual do Estado: confronto com a autonomia contratual privada

Vimos que a autonomia privada consiste na circunstância de a produção de efeitos jurídicos resultar principalmente de actos de vontade dirigidos precisamente à produção dos referidos efeitos.

SÉRVULO CORREIA distingue a autonomia privada da autonomia pública. Para este autor, a autonomia pública pode ser definida como “a permissão da criação, no âmbito dos actos administrativos e dos contratos administrativos, de efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e a titularidade e exercício do correspondente poder ou, por outras palavras, a margem de livre decisão na criação de efeitos de direito nas situações concretas regidas pelo Direito Administrativo”²².

O referido autor entende que “a liberdade contratual em que se manifesta a autonomia privada e a autonomia pública que se perfila como discricionariedade (...) são duas realidades qualitativamente diversas e não um mesmo fenómeno de autodeterminação jurídica apenas diferenciado pela diversa intensidade quantitativa das limitações: ao passo que a autonomia privada (incluindo a da Administração nos contratos de direito privado) irradia em comportamentos aos quais basta a licitude, a autonomia pública consiste na liberdade de decisão positivamente orientada pelo Ordenamento Jurídico”²³.

Em suma, com SÉRVULO CORREIA, podemos dizer que “a natureza bilateral do contrato administrativo não envolve em si mesma razões suficientes para afastar relativamente a ele as exigências de prévia determinação normativa que resultam do princípio da legalidade”²⁴. Assim, a natureza bilateral do contrato administrativo explica o alargamento da margem de livre determinação do órgão competente, mas não dispensa totalmente um ponto objectivo de referência que assegure a universalidade de alguns dos critérios que regulam a actividade decisória.

²⁰ Cfr. artigo 3.º, n.º 4, do Código do Trabalho.

²¹ Luís Menezes Leitão enuncia estas limitações; cfr. LEITÃO, Luís Menezes, *Direito do Trabalho*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, página 223.

²² Cfr. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, página 470.

²³ Cfr. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *idem*, página 600.

²⁴ Cfr. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *idem*, 1987, página 565.

Ainda assim, também nos contratos administrativos (à semelhança do que sucede com os contratos civis) além da autonomia de estipulação do conteúdo contratual há um grau de autonomia de celebração, isto é, uma margem de livre decisão quanto à celebração ou não do contrato. Contudo, a margem de livre decisão no âmbito do contrato sofre limitações, desde logo, com a aplicação dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Nos seus contratos administrativos a Administração encontra-se sujeita aos princípios gerais estabelecidos pela Constituição para o complexo das actividades administrativas: é o caso, designadamente dos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade e da igualdade²⁵. Por outro lado, um característico limite de legalidade da decisão ou deliberação de contratar é o cabimento em verba orçamental legalmente aplicável dos encargos resultantes do contrato previsto. Assim, a previsão de meios no Orçamento de Estado constitui um pressuposto de direito indispensável da decisão ou deliberação de contratar. Quanto aos limites da autonomia de fixação do conteúdo dos contratos administrativos importa referir o predomínio no Direito público de normas injuntivas²⁶.

Assim, podemos dizer que a autonomia contratual do Estado é mais limitada do que a autonomia privada, na medida em que a ela se sobrepõem a vontade heterónoma do legislador (com o estabelecimento, por inúmeras vezes, de normas injuntivas) e os princípios da actividade administrativa, desde logo o princípio da prossecução do interesse público.

2. A autonomia contratual em sede de emprego público

Em face do exposto, podemos concluir que, quando a relação jurídica de emprego público se constitua (sobretudo) com a celebração de um contrato de trabalho em funções públicas, o que está em causa não é a existência de autonomia privada (nos termos em que a vimos existir no domínio dos contratos de Direito privado), mas de autonomia pública.

Esta autonomia é (ainda) mais restrita no emprego público (do que no emprego privado), desde logo porque o empregador público está adstrito aos princípios da legalidade administrativa e da prossecução do interesse público e deve respeito ao erário público²⁷.

²⁵ Cfr. artigo 266.º da CRP.

²⁶ As normas injuntivas aplicam-se haja ou não declaração de vontade dos sujeitos nesse sentido, ao passo que as normas dispositivas (incluindo as normas supletivas) têm entre os seus pressupostos uma posição de vontade das partes quanto à sua aplicação. A regra supletiva fornece um regime normal de dada situação, que se aplicará sempre que as partes nada disponham em contrário; cfr. MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 22ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2014, página 97.

²⁷ Como refere em acórdão do STA “na fase de execução do contrato a relação é essencialmente bipolar, importando regular os interesses das partes no contrato”, ao invés do que acontece previamente à sua celebração. Aí, “os interesses que confluem no momento da adopção de determinada forma de contratar e na escolha do contraente são muito diferentes se o negócio se vai estabelecer entre particulares que, nos limites da lei, dispõem livremente do que é seu e contratam com quem querem e como mais convenha à avaliação que façam dos seus interesses, ou a Administração que, seja qual for o instrumento contratual utilizado, está sempre a comprometer bens ou recursos públicos, de que só pode dispor ou afectá-los nos termos em que a lei lho consinta, designadamente com respeito pelos princípios da igualdade e da imparcialidade, pelo que as regras gerais da capacidade de exercício podem não ser suficientes”; cfr. acórdão do STA, de 9/5/2002, proc. n.º 047720, publicado em www.dgsi.pt.

Em sede de emprego público, a medida do acordo (incluindo o colectivo) quanto ao conteúdo da relação jurídica é fixada pela lei. Ou seja, há autonomia nos termos da lei. Como refere ANA FERNANDA NEVES as “ «particularidades de disciplina» do emprego público privatizado parecem colocar tais relações de trabalho a «meio caminho entre o modelo publicista e o privatístico», ou, talvez melhor, no âmbito do segundo mas enquadrado pelo primeiro. A aplicação concomitante de normas jurídico-administrativas e de normas jurídico-privadas não dilui, pois, a distinção entre Direito administrativo do emprego público e Direito do trabalho do emprego privado”²⁸.

A análise de algumas disposições da LTFP, que se seguirá, permitir-nos-á corroborar estas afirmações. Como já havia sido referido, vamos, primeiramente analisar algumas manifestações da autonomia contratual na sua dimensão individual (negociação entre as partes da relação laboral: empregador público e trabalhador) e, de seguida, dedicar a nossa atenção à autonomia contratual colectiva em sede de emprego público (negociação colectiva).

2.1. A dimensão individual da autonomia contratual: algumas manifestações

i. A regra do procedimento concursal

No Direito do trabalho (privado) a celebração do contrato de trabalho obedece ao princípio da liberdade contratual, expressão da autonomia privada dos sujeitos (artigo 405.º do Código Civil). Com efeito, as partes poderão escolher livremente se e com quem querem celebrar o contrato de trabalho (apesar de os critérios de selecção não poderem ser baseados em factores discriminatórios).

No entanto, a contratação pela Administração Pública encontra-se indissociavelmente ligada ao interesse público e, por isso, a Administração deve, em regra, proceder a um procedimento concursal prévio^{29 30}.

Dessa forma, a abertura de um procedimento concursal para preenchimento de postos de trabalho por tempo indeterminado depende da verificação de vários pressupostos. CÁTIA ARRIMAR e PAULO VEIGA E MOURA referem que, em primeiro lugar, é necessário que o posto de trabalho esteja previsto e vago no mapa de pessoal; em segundo lugar, é necessário que, ao abrigo do disposto no artigo 31.º da LTFP, se tenha afectado verba destinada ao recrutamento de pessoal e ela ainda não se tenha esgotado; em terceiro lugar, é imperioso que seja

²⁸ Cfr. NEVES, Ana Fernanda, “O Direito da Função ...”, *idem*, página 440.

²⁹ Por força do imperativo constitucional do n.º 2 do artigo 47.º da Constituição, o acesso à função pública tem, por princípio, de ser precedido da realização de um procedimento concursal, pelo que o preenchimento de lugares previstos no mapa de pessoal e, portanto, as nomeações, os contratos de trabalho em funções públicas e mesmo as comissões de serviço são, em regra, actos consequentes de um prévio procedimento concursal.

³⁰ Cfr. artigo 33.º da LTFP. O procedimento concursal a que se refere este artigo é restrito ao preenchimento de postos de trabalho por tempo indeterminado, reportando-se como tal, apenas às nomeações definitivas e aos contratos de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado. Por força do disposto no n.º 5 do artigo 56.º, a constituição de vínculos precários é igualmente precedida da realização de um procedimento concursal, embora de natureza e conteúdo necessariamente mais simplificado. Relativamente às comissões de serviço, elas são precedidas de um procedimento concursal sempre que a lei impuser tal procedimento, sem prejuízo de a remissão operada pelo n.º 2 do artigo 9.º apontar para que a comissão de serviço seja, em regra, precedida de um concurso.

comprovada a inexistência de trabalhadores em situação de requalificação para os postos de trabalho que se pretendam preencher, uma vez que esta comprovação é condição para a abertura de procedimento concursal em todas as situações em que o recrutamento não assuma uma certeza interna e condicionada; e em quarto lugar, e embora não decorra directamente da lei, só poderá ser aberto procedimento concursal se não houver trabalhadores em reserva de recrutamento em número suficiente para preencher os postos de trabalho pretendidos³¹.

Por outro lado, devem ter-se presentes as eventuais exigências que venham a ser efectuadas pela lei que aprove o Orçamento de Estado para cada ano, designadamente em termos de controlo de recrutamento ou de redução de efectivos³².

Ora, esta fase prévia da contratação administrativa (que inexistente no âmbito do Direito laboral privado) limita o campo de escolha da Administração Pública. Contudo, quanto a nós, o procedimento concursal não elimina completamente o poder de escolha da Administração Pública, porém diminui-o uma vez que a máxima liberdade (ou liberdade sem previsão legal) poderia ocasionar arbítrios, inadmissíveis no Direito público.

Temos, assim, que a Administração Pública pode escolher com quem contratar mas, a sua autonomia quanto a este aspecto está limitada pelos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da igualdade, da imparcialidade e da transparência.

O empregador público move-se num campo de autonomia pública contratual e não de autonomia privada pois, apesar de haver alguma disponibilidade quanto a estas matérias (alguma margem de livre decisão ou, se quisermos, de autonomia face ao regime das normas), sempre existirão algumas restrições em face dos interesses vitais do Estado.

Pelas razões acabadas de apontar, a fixação e a divulgação, pelo júri, dos critérios de avaliação dos candidatos terá de ocorrer em momento prévio à data em que o mesmo júri tenha a possibilidade de acesso à identidade e ao currículo dos candidatos. Tal exigência decorre do princípio da imparcialidade, princípio pelo qual se deve pautar a actuação da Administração. Como se refere em acórdão do TCA Norte “Em matéria de concursos, os princípios norteadores do respectivo procedimento têm uma função essencialmente preventiva quanto à salvaguarda da isenção e imparcialidade da actuação administrativa, princípios de que a Administração se não deve afastar, constituindo o simples risco de lesão da isenção e da imparcialidade da Administração fundamento bastante para a anulação do acto com que culminou tal

³¹ Cfr. MOURA, Paulo Veiga e; ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, página 191.

³² Veja-se, a este propósito o parecer do Conselho Consultivo da PGR, n.º convencional PGRP00003334, votado a 26/06/2015. Escreveu-se neste parecer, a respeito da autonomia das Universidades para o recrutamento e promoção do seu pessoal, o seguinte: “De acordo com o disposto no n.º 23 do artigo 35.º da LOE (n.º 23 do artigo 39.º da LOE 2014 e n.º 21 do artigo 38.º da LOE 2015), o regime aí fixado «tem natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras normas legais ou convencionais, especiais ou excepcionais, em contrário, não podendo ser afastado ou modificado pelas mesmas». Observa-se, pois, uma natureza injuntiva nas citadas normas uma vez que, dados os interesses que se visam acautelar (contenção da despesa pública), não é livre a modulação do tipo de vinculação que, eventualmente, se pudesse achar preferível”.

procedimento, mesmo que em concreto se desconheça a efectiva violação dos interesses de algum candidato/concorrente”³³.

É, assim, que só depois de definida a maneira como os candidatos a um concurso devem ser avaliados e classificados é que se poderão iniciar as operações, visto não se poderem iniciar estas operações e só depois disso se determinar qual o peso que as mesmas têm no apuramento da classificação final dos candidatos. A propósito do referido, é jurisprudência consolidada que “não é necessária uma conduta efectiva de violação do princípio da imparcialidade ou de actuação favorecedora de algum dos candidatos, bastando o risco potencial de manipulação dos resultados do concurso, para que se considere verificada a violação desse princípio”³⁴.

ii. A determinação do posicionamento remuneratório

Após o termo do procedimento concursal (ou, aquando da aprovação em curso de formação específica ou da aquisição de certo grau académico ou de certo título profissional, que decorram antes da celebração do contrato), quando esteja em causa posto de trabalho relativamente ao qual a modalidade de vínculo de emprego público seja o contrato, o posicionamento remuneratório do trabalhador recrutado numa das posições remuneratórias é objecto de negociação entre aquele e o empregador público³⁵.

Assim, permite-se a negociação da posição remuneratória por parte dos concorrentes ao procedimento concursal e, reflexamente, a autonomia contratual do empregador público. Esta possibilidade (que aproxima a relação jurídica laboral pública da relação laboral privada) estende o campo de disponibilidade do empregador público na relação laboral, aumentando a sua liberdade de negociação e a sua autonomia de forma particularmente evidenciada^{36 37}.

³³ Cfr. acórdão do TCA Norte, de 10/12/2010, proc. n.º 01530/06.6BEPRT, publicado em www.dgsi.pt.

³⁴ Cfr. por todos, os acórdãos do STA de 04/03/2009, rec. n.º 504/08, de 22/02/2006, rec. n.º 1388/03 e de 14/04/2005, rec. n.º 429/03, publicados em www.dgsi.pt.

³⁵ Cfr. artigo 38.º da LTFP.

³⁶ Cátia Arrimar e Paulo Veiga e Moura apresentam uma visão bastante crítica sobre esta matéria. Os autores referem que: “A negociação da posição remuneratória consagrada nesta norma é injusta, pretende “transformar” a Administração Pública num qualquer empregador privado e não é compatível com o princípio constitucional do mérito no acesso à Função Pública (...) [sendo que] a negociação do vencimento pretende colocar a Administração Pública ao nível de qualquer empregador privado, fazendo depender o montante remuneratório das leis da oferta e da procura (...) [e] a Administração Pública não é uma empresa, não tem de ser uma empresa nem pode funcionar como uma empresa, pelo que a sua sujeição a determinados princípios, máxime aos da igualdade e da eficiência, impedirá que o critério de escolha seja o “do mais barato” e seguramente impossibilitará que quem faça o mesmo trabalho e tenha o mesmo ou mais mérito possa auferir um vencimento inferior”. Cfr. MOURA, Paulo Veiga e; ARRIMAR, Cátia, *idem*, páginas 213 e 214.

³⁷ Em acórdão do Tribunal Constitucional decidiu-se que “a fixação das remunerações dos trabalhadores em regime de contrato individual de trabalho é um campo *especialmente* aberto à autonomia da vontade (...)”; cfr. acórdão do TC de 9/5/2002, proc. n.º 047720, publicado em www.tribunalconstitucional.pt.

iii. A forma do contrato de trabalho em funções públicas

Vimos que na liberdade de celebração dos contratos se pode incluir a liberdade de forma da declaração.

Ora, no Direito laboral comum o contrato de trabalho não depende, em regra, de forma especial³⁸. Diferentemente, no Direito laboral público o contrato está sujeito a forma escrita, não vigorando aqui o princípio da livre forma que caracteriza as relações laborais³⁹. Assim sucede no Direito laboral público, por motivos de certeza e segurança jurídica e, ainda, porque há a necessidade de publicitar o vínculo, dando a conhecer à generalidade dos cidadãos a sua existência.

iv. O conteúdo e local da prestação laboral

As partes da relação laboral pública têm disponibilidade, dentro dos limites da lei, quanto ao conteúdo e local da prestação laboral.

Assim, compete ao empregador público fixar os termos em que deve ser prestado o trabalho, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem. Sendo que, em regra, o trabalhador deve exercer as funções correspondentes ao conteúdo legalmente descrito da categoria ou da carreira, tratando-se de carreira unicategorial, em que se insere⁴⁰.

Por sua vez, de acordo com o disposto no artigo 83.º da LTFP, o trabalhador deve, em princípio, realizar a sua actividade no local de trabalho correspondente ao posto de trabalho atribuído. Assim, o local de trabalho é um dos elementos que, devendo constar do contrato de trabalho em funções públicas, pode ser consensualmente determinado.

Contudo, esta possibilidade de determinação consensual do local de trabalho não significa que a escolha possa ser efectuada de forma inteiramente livre por qualquer das partes. A lei, não obstante não defina o que se deve entender por local de trabalho, não deixa de referir que esse é o espaço geográfico onde devem ser executadas as funções correspondentes ao posto de trabalho em causa, o que significa que é o posto de trabalho que determina o que se deve entender por local de trabalho, uma vez que é consoante a necessidade que tal posto vise satisfazer que se terá de determinar onde as funções devem ser exercidas.

Segundo o disposto no n.º 1 do artigo 92.º da LTFP quando haja conveniência para o interesse público, designadamente quando a economia, a eficácia e a eficiência dos órgãos ou serviços o imponham, os trabalhadores podem ser sujeitos a mobilidade. Esta possibilidade realça a autonomia contratual do empregador público que, como vimos, aparece sempre vinculada à necessidade de prosseguir o interesse público. Assim, não se trata aqui de uma possibilidade

³⁸ Cfr. artigo 100.º do Código do Trabalho.

³⁹ Cfr. artigo 40.º da LTFP.

⁴⁰ Ainda assim, a descrição do conteúdo funcional não prejudica a atribuição ao trabalhador de funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais o trabalhador detenha qualificação profissional adequada e que não impliquem desvalorização profissional.

de transferência unilateral, como a que pode ocorrer à luz do Código do Trabalho, por motivo do interesse da empresa. No âmbito da LTFP, a motivação da mobilidade residirá sempre na conveniência para o interesse público. Terão de ser razões de eficiência dos serviços ou de economia para o erário público a justificar o recurso a uma situação de mobilidade. Aliás, é justamente por a conveniência para o interesse público constituir pressuposto da mobilidade que a mesma nunca ocorrerá sem o acordo de um dos serviços públicos envolvidos (seja ele o de origem ou o de destino), pelo que nunca se poderá constituir uma situação de mobilidade apenas em resultado de um interesse meramente pessoal do trabalhador público⁴¹.

v. Horário de trabalho

O horário de trabalho também pode, nos termos da lei, ser consensualmente fixado⁴². Assim, a sua determinação compete, por princípio, ao empregador público, mas pode ser objecto de acordo entre as partes quando o vínculo de emprego público se constitua por via bilateral.

Deste modo, o empregador público dispõe de autonomia (pública) contratual, na medida em que detém alguma margem para negociar o horário de trabalho com o trabalhador. Porém, essa autonomia, como não poderia deixar de ser, aparece limitada pela necessidade de prossecução do interesse público.

Assim, determina o n.º 2 do artigo 108.º da LTFP que na fixação do horário de trabalho o empregador ou ambas as partes da relação de emprego têm de respeitar o período de funcionamento e de atendimento ao público. Está aqui em causa, com particular evidência, o princípio do serviço aos administrados, segundo o qual os trabalhadores públicos “estão obrigados para com a comunidade beneficiária e financeiramente contribuinte da actividade administrativa, devendo exercer as suas funções na perspectiva da continuidade e do funcionamento do serviço devido⁴³”.

Em consonância com este limite, o legislador enunciou vários pressupostos dos quais depende a possibilidade de adopção de um horário flexível⁴⁴. Desde logo, não poderá haver inconveniência para o interesse público na adopção de tal horário, não podendo designadamente ficar comprometido o atendimento do público.

Em conclusão, atribuiu-se aos serviços um poder relativamente discricionário na aprovação dos horários de trabalho e, designadamente no estabelecimento de horários flexíveis, porém

⁴¹ Por isso, o recurso à mobilidade tem de ser devidamente justificado e fundamentado. Para além da fundamentação normal dos actos administrativos, o recurso à mobilidade deve ser fundamentado com a enumeração sumária das suas vantagens ou da sua conveniência para o interesse público de algum dos serviços públicos envolvidos, designadamente em termos de eficiência ou economia.

⁴² O horário de trabalho consiste na “determinação das horas do início e do termo do período normal de trabalho diário ou dos respectivos limites, bem como dos intervalos de descanso”. Cfr. artigo 108.º, n.º 1 da LTFP.

⁴³ Cfr. NEVES, Ana Fernanda, “O Direito da Função ...”, *idem*, página 420.

⁴⁴ O horário flexível consiste numa modalidade de horário de trabalho que permite aos trabalhadores públicos gerir o seu tempo de trabalho, escolhendo, dentro de determinados parâmetros, as horas a que iniciam o trabalho, quantas horas prestam diariamente e quando terminam o trabalho. Cfr. artigo 111.º da LTFP.

esse poder discricionário ou essa margem de livre decisão terá sempre de respeitar o fim último da actividade administrativa (a prossecução do interesse público).

Por outro lado, a necessidade de servir o interesse público, que subjaz a cada uma das funções desempenhadas pelo trabalhador público, impõe que se sublinhe o dever de lealdade a que este está adstrito no que concerne, designadamente, ao seu horário de trabalho. A este respeito o STA teve já a oportunidade de decidir que um médico que termina o seu horário de trabalho e abandona a urgência de um Centro de Saúde, sabendo que durante um determinado período não iria ficar no serviço de urgência outro médico, viola o dever de lealdade⁴⁵.

vi. Os acordos de limitação da liberdade de trabalho

No termos do disposto nos artigos 77.º e 78.º da LTFP estão previstos acordos de limitação da liberdade de trabalho. Estes preceitos legais consagram duas restrições ao direito à liberdade de trabalho dos trabalhadores públicos, legitimando que estes se vinculem a restringir a sua actividade profissional no pós-emprego público ou a permanecerem durante determinado período de tempo ao serviço do seu empregador.

O artigo 77.º da LTFP disciplina a possibilidade de o trabalhador se obrigar a limitar a sua actividade profissional após o fim da relação de emprego público. Porém, só o poderá fazer se verificados os pressupostos constantes do n.º 2 do referido preceito legal, isto é, quando actividade em causa, a ser exercida posteriormente, seja efectivamente susceptível de causar prejuízo significativo ao interesse público e desde que aceite subscrever o acordo escrito onde conste tal pacto de permanência e seja ressarcido pela limitação à liberdade de trabalho a que se vincula.

Assim, diferentemente do que ocorre no artigo 137.º do Código do Trabalho, o pacto de não concorrência serve o interesse público. Por outro lado, a fixação do montante da compensação deverá ter em conta os imperativos de igualdade, imparcialidade e transparência que regem a actividade administrativa e o erário público.

No que diz respeito ao pacto de permanência, disciplina-se no artigo 78.º da LTFP a hipótese de o trabalhador público se vincular a permanecer ao serviço da sua entidade empregadora durante um período de tempo, que pode ser fixado até três anos.

O pacto de permanência (cujo fim justificativo é a compensação de despesas extraordinárias feitos pelo empregador) apesar de consubstanciar uma possibilidade que está na disponibilidade do empregador público, não o dispensará de atender aos interesses estaduais e de ter em conta as necessárias preocupações com o erário público e de estabelecer o acordo sempre que os interesses do Estado o impuserem.

⁴⁵ Cfr. acórdão do STA, de 25/11/2003, proc. n.º 01857/02, publicado em www.dgsi.pt.

Em conclusão, também aqui se evidencia, mais uma vez, que a entidade patronal pública se move num domínio de autonomia pública e não de autonomia privada.

vii. A extinção por mútuo acordo

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 289.º da LTFP são causas comuns de extinção do vínculo laboral público a caducidade; o acordo; a extinção por motivos disciplinares; a extinção pelo trabalhador com aviso prévio; e a extinção pelo trabalhador com justa causa.

Importa-nos aqui analisar, em concreto, a extinção por mútuo acordo.

A cessação do contrato de trabalho pode resultar de acordo escrito celebrado entre empregador público e trabalhador, desde que reunidos os seguintes requisitos:

- Existência de comprovada obtenção de ganhos de eficiência e redução permanente de despesa para o empregador público, designadamente pela demonstração de que o trabalhador não requer substituição;
- Demonstração da existência de disponibilidade orçamental, no ano da cessação, para suportar a despesa inerente à compensação a atribuir ao trabalhador;
- Prévia autorização dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública e do membro do Governo que exerça poderes de direcção, superintendência ou tutela sobre o empregador público⁴⁶.

Assim, este acordo de extinção do vínculo de emprego público não é um acordo livre, diferentemente do acordo celebrado entre o empregador privado e o trabalhador. O empregador privado tem disponibilidade de extinguir o vínculo dentro de um contexto de autonomia privada, ao passo que o empregador público age num contexto de autonomia pública. Temos, assim, mais uma vez, a autonomia do empregador público coarctada pela indicação do legislador.

Em conclusão, no sector privado, a extinção por mútuo acordo resulta da convergência de vontade do trabalhador e do empregador e exprime fundamentalmente a aplicação do princípio da autonomia da vontade⁴⁷. Em contrapartida, no sector público, a admissibilidade de extinção do vínculo de emprego por acordo é bastante mais exigente pois, no quadro da LTFP, a sua celebração exige a verificação dos requisitos referidos e tem como pressuposto a vinculação do empregador público ao não agravamento da despesa pública.

⁴⁶ Cfr. artigos 295.º, n.º 1, al. a), 295.º, n.º 1, al. b) e 295.º, n.º 2, da LTFP.

⁴⁷ Cfr. LOPES, Sandra, *Cessação do Vínculo de Emprego Público: a conjuntura jurídica dos contratos*, Coimbra, Almedina, 2016, páginas 85 a 89 e 100 a 102.

2.2. A dimensão colectiva da autonomia contratual

Importa, por último, fazer referência à autonomia contratual colectiva em sede de emprego público. Referimo-nos ao direito de negociação colectiva e à possibilidade de celebração de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho na vigência da LTFP^{48 49 50}.

Desde 2008, que os instrumentos de regulamentação passaram a ser enunciados na lei como uma das fontes do regime do contrato de trabalho em funções públicas.

Contudo, como refere PEDRO MADEIRA DE BRITO “a contratação colectiva com o empregador público tem inscrito no seu ADN um código feito da palavra limite”, em virtude das restrições existentes à autonomia do empregador público em resultado, entre outros, do princípio da legalidade e da prossecução do interesse público⁵¹.

Para ANA FERNANDA NEVES “no direito de emprego público, o direito de negociação colectiva não tem a relevância que tem no Direito do trabalho, mas tem, hoje, uma importância que não lhe era anteriormente atribuída”⁵².

Existem assim limitações à autonomia colectiva das pessoas colectivas públicas. Desde logo, a negociação colectiva não pode ocorrer em determinadas matérias e, por outro lado, há a delimitação positiva das áreas possíveis de negociação⁵³.

Por determinação do n.º 2 do artigo 355.º da LTFP, o Instrumento de Regulamentação Colectiva não pode, em caso algum, contrariar norma legal imperativa, dispor sobre a estrutura, atribuições e competências da Administração Pública, bem como conferir eficácia retroactiva a qualquer cláusula que não seja de natureza pecuniária.

Assim, apesar de se poder falar em autonomia, temos especificidades decorrentes da contratação colectiva na Administração Pública, designadamente a menor autonomia quanto à estipulação do conteúdo da relação jurídica por maior imperatividade das normas legais⁵⁴.

⁴⁸ A negociação colectiva é especificamente reconhecida aos trabalhadores públicos pela Convenção da OIT n.º 151, de 1978. O direito de negociação colectiva é considerado, pela jurisprudência do TJUE, parte integrante dos princípios gerais do DUE cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça. Cfr. NEVES, Ana Fernanda, “O direito de negociação colectiva dos trabalhadores públicos no Direito europeu”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Coimbra, Almedina, 2016.

⁴⁹ Por sua vez, a Constituição reconhece a todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores públicos, o direito de contratação colectiva, “nos termos da lei” (56.º, n.º 3).

⁵⁰ Os acordos colectivos de trabalho são, a par do acordo de adesão e da decisão de arbitragem voluntária, os instrumentos de regulamentação colectiva negociais.

⁵¹ Cfr. BRITO, Pedro Madeira de, “O reconhecimento legal do direito à contratação colectiva dos trabalhadores da Administração Pública: da negação à consolidação”, in *Questões Laborais*, n.º 45 [2014], páginas 327 a 347.

⁵² Cfr. NEVES, Ana Fernanda, “O direito de negociação...”, *idem*.

⁵³ Cfr., por exemplo, artigos 350.º e 355.º da LTFP

⁵⁴ Veja-se a este propósito o acórdão do Tribunal de Contas, de 26/01/2016, n.º 1/2016-26.Jan-1.S/PL publicado em www.tcontas.pt: neste acórdão estava em causa a celebração de contratos individuais de trabalho com a ANACOM, prevendo-se estipulação da obrigação de pagamento de seguros de saúde. O Tribunal de Contas considerou que a obrigação de natureza contratual (ainda que privada) deveria ceder perante normas imperativas de cariz financeiro.

A negociação colectiva do regime das relações de emprego na Administração Pública encontra-se limitada pela conformação orçamental da despesa e pela política e interesses públicos em que entronca, que não estão na disponibilidade dos empregadores públicos.

Em conclusão, há espaço para o estabelecimento de um regime laboral autónomo face ao das normas estaduais. Contudo, cabe ao legislador determinar em que medida pode ser exercida essa autonomia, que terá de ser necessariamente restringida perante interesses superiores do Estado.

Conclusões

I. A generalização da constituição do vínculo de emprego público através de contrato de trabalho em funções públicas contribuiu para a existência de um maior espaço de negociação.

II. Diferentemente do que sucede com a relação laboral pública constituída através de acto administrativo de nomeação (na qual, em geral, os direitos e obrigações estão pré-determinados por normas unilaterais de carácter público), na relação laboral pública constituída mediante a celebração de contrato de trabalho em funções públicas as próprias partes podem negociar, com maior amplitude, as condições de trabalho.

III. Contudo, no âmbito dos contratos administrativos, a margem de livre decisão do Estado sofre limitações.

IV. Assim, quando a relação jurídica de emprego público se constitua mediante a celebração de um contrato de trabalho em funções públicas o que está em causa não é a existência de autonomia privada mas de autonomia pública.

V. A análise de algumas disposições da LTFP permite-nos corroborar a conclusão anterior. É o que sucede, designadamente com as disposições sobre o procedimento concursal, a determinação do posicionamento remuneratório, a forma do contrato de trabalho em funções públicas, o conteúdo da prestação, o local de trabalho, o horário de trabalho, os acordos de limitação da liberdade de trabalho e a extinção por mútuo acordo.

VI. Quanto ao direito de contratação colectiva na Administração Pública, a autonomia é limitada, designadamente pela maior imperatividade das normas legais.

VII. Em conclusão, podemos afirmar que temos três graus de autonomia: a autonomia privada no Direito civil; a autonomia privada no Direito do trabalho; e a autonomia pública no Direito público e no Direito das relações laborais públicas.

VIII. A autonomia contratual no Direito das relações laborais públicas é mais limitada do que a autonomia no Direito do trabalho e ainda mais limitada do que no Direito civil, na medida em que a ela se sobrepõem, designadamente, a vontade heterónoma do legislador (com o estabelecimento, por inúmeras vezes, de normas dotadas de maior imperatividade) e os

princípios da actividade administrativa, desde logo o princípio da prossecução do interesse público.

IX. As próprias partes podem negociar as condições de trabalho, mas a medida do acordo (incluindo o colectivo) é fixada pela lei, pelo que a disponibilidade do empregador público é menor do que a do empregador privado.

Bibliografia

- AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho: Noções Básicas*, Coimbra, Almedina, 2016.
- BRITO, Pedro Madeira de, “O reconhecimento do direito à contratação colectiva dos trabalhadores da Administração Pública: da negação à consolidação”, in *Questões Laborais*, n.º 45 [2014].
- CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, reimpressão da 12ª edição revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2016.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, 10.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2016.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Direito do Trabalho*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2014.
- LOPES, Sandra, *Cessação do Vínculo de Emprego Público: a conjuntura jurídica dos contratos*, Coimbra, Almedina, 2016.
- MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 22ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2014.
- MARTINS, Alda, “A laboralização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego”, in *Revista Julgar*, n.º 7 [2009].
- MOURA, Paulo Veiga e; ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, 1º volume, artigos 1º a 240.º.1ª* edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- NEVES, Ana Fernanda, “O direito de negociação colectiva dos trabalhadores públicos no Direito europeu”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Coimbra, Almedina, 2016;
“O Direito da Função Pública”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Coimbra, Almedina, volume IV, 2010.

– NUNES, Cláudia Sofia Henriques, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas Face à Lei Geral do Trabalho*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

– RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral – Breves Notas” [Em linha], volume II, ano 62, Abril 2002 [consul. 20 Dez. 2016], disponível em www.portal.oa.pt.

Jurisprudência

– Acórdão do Tribunal Constitucional, de 08/03/1994, proc. n.º 174/92, publicado em www.tribunalconstitucional.pt.

– Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 09/05/2002, proc. n.º 047720, publicado em www.dgsi.pt.

– Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 25/11/2003, proc. n.º 01857/02, publicado em www.dgsi.pt.

– Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 14/04/2005, rec. n.º 429/03, publicado em www.dgsi.pt.

– Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 22/02/2006, rec. n.º 1388/03, publicado em www.dgsi.pt.

– Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 04/03/2009, rec. n.º 504/08, publicado em www.dgsi.pt.

– Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 10/12/2010, proc. n.º 01530/06.6BEPRT, publicado em www.dgsi.pt.

– Acórdão do Tribunal de Contas, de 26/01/2016, proc. n.º 1/2016-26.Jan-1.S/PL, publicado em www.tcontas.pt.

Pareceres

– Parecer do Conselho Consultivo da PGR, n.º convencional PGRP00003334, votado a 26/06/2015, publicado em www.dgsi.pt.

9. O contrato de prestação de serviços

Nicola Sousa Ornelas

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Nicola Sousa Ornelas

1. Introdução
2. Trabalho em funções públicas: o vínculo de emprego público e o contrato de prestação de serviços
3. O contrato de prestação de serviços
 - 3.1. Enquadramento Geral
 - 3.2. Celebração e Renovação
 - 3.3. Modalidades do Contrato de Prestação de Serviços
4. Conclusões
5. Bibliografia

1. Introdução ¹

A tarefa que se propõe empreender no presente trabalho consiste em identificar os principais aspectos do regime jurídico de uma das modalidades do trabalho em funções públicas: o contrato de prestação de serviços.

Este trabalho estruturar-se-á em três partes. Na primeira, dedicado ao enquadramento geral do regime jurídico do contrato de prestação de serviços, far-se-á uma breve incursão pelas modalidades do trabalho em funções públicas e por eventuais critérios de distinção entre o vínculo de emprego público e o contrato de prestação de serviços.

De seguida, descrever-se-á o regime jurídico do contrato de prestação de serviços, enquanto modalidade do trabalho em funções públicas.

Reservou-se a última parte para as conclusões que se retirou da análise do tema.

O presente trabalho terá por base a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (daqui em diante designada somente por “LGTFP”), aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho². Em determinadas ocasiões, revelou-se necessário efectuar uma breve referência ao processo e à evolução legislativa, mantendo-se, porém, o mesmo sempre direccionado para o tema sob análise ao abrigo da legislação actualmente em vigor.

¹ Foi efectuada uma ligeira alteração ao título do presente trabalho, o qual originariamente se intitulava de “Vínculos de emprego público, em particular, o contrato de prestação de serviços”. Sucede que, não tratando a LGTFP o contrato de prestação de serviços como um vínculo de emprego público (cfr. art.º 6.º, n.º 1), optou-se então por intitular o presente trabalho apenas de “O Contrato de Prestação de Serviços”.

² E suas actualizações de acordo com a Declaração de Rectificação n.º 37-A/2014, de 19 de Agosto, com produção de efeitos a 1 de Agosto de 2014; a Lei n.º 82-B/2014, de 31 de Dezembro, com início de vigência a 1 de Janeiro de 2015; a Lei n.º 84/2015, de 7 de Agosto, com início de vigência a 6 de Setembro de 2015; e a Lei n.º 18/2016, de 20 de Junho, com início de vigência a 1 de Julho de 2016.

2. Trabalho em funções públicas: o vínculo de emprego público e o contrato de prestação de serviços

A LGTFP teve na sua génese a necessidade de combater a complexidade legislativa existente na regulação das relações laborais no âmbito da função pública³.

“A complexidade e proliferação de diplomas que regulam o regime de trabalho em funções públicas, bem como as alterações avulsas e sucessivas de que o mesmo foi objeto, sobretudo por via das leis do Orçamento do Estado, ainda que justificadas no particular contexto histórico em que ocorreram, criaram um edifício legal que se vira contra a própria Administração Pública e, em especial, contra os seus trabalhadores e dirigentes, dificultando a gestão corrente e estratégica dos órgãos e serviços. Não raras vezes este mesmo edifício legal propicia a conflituosidade jurídica, em grande parte derivada do seu carácter disperso e fragmentado, gerador de incerteza e insegurança na aplicação do direito. Ademais, este quadro legislativo induz uma excessiva utilização de recursos em tarefas que não acrescentam valor ao serviço público.

A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas concretiza um objetivo prosseguido desde há muito, de dotar a Administração Pública de um diploma que reunisse, de forma racional, tecnicamente rigorosa e sistematicamente organizada, o essencial do regime laboral dos seus trabalhadores, viabilizando a sua mais fácil apreensão e garantindo a justiça e equidade na sua aplicação”⁴.

Além de uma sistematização clara, rigorosa e organizada do regime laboral dos trabalhadores da função pública, houve ainda uma *“preocupação de saneamento legislativo”* nas alterações que se pretenderam promover com a aprovação do LGTFP e o culminar de *“um itinerário aproximativo ao regime laboral comum que, ao longo dos últimos anos, v[inha] paulatinamente trilhando o seu caminho”*.

³ A LGTFP veio expressamente revogar nove diplomas legais, cujo conteúdo principal passou a conter no seu texto, a saber: a Lei 23/98, de 26 de Maio, alterada pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro; art.ºs 16.º a 18.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, alterada pelo Decreto-Lei n.º 200/2006, de 25 de Outubro, e pela Lei n.º 53/2006, de 7 de Dezembro, e revogada pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, com excepção dos preceitos legais antes referidos; a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, alterada pelas Leis n.ºs 64-A/2008, de 31 de Dezembro, 3-B/2010, de 28 de Abril, 34/2010, de 2 de Setembro, 55-A/2010, de 31 de Dezembro, 64-B/2011, de 30 de Dezembro, 66/2012, de 31 de Dezembro, e 66-B/2012, de 31 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 47/2013, de 5 de abril, com excepção das normas transitórias abrangidas pelos artigos 88.º a 115.º; a Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 47/2013, de 5 de Abril; a Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, alterada pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 124/2010, de 17 de Novembro, e pelas Leis n.ºs 64-B/2011, de 30 de Dezembro, 66/2012, de 31 de Dezembro, e 63/2013, de 29 de Agosto; o Decreto-Lei n.º 259/98, de 18 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 169/2006, de 17 de Agosto, e pelas Leis n.ºs 64-A/2008, de 31 de Dezembro, 66/2012, de 31 de Dezembro, e 68/2013, de 29 de Agosto; o Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março, alterado pela Lei n.º 117/99, de 11 de Agosto, pelos Decretos-Leis n.ºs 503/99, de 20 de Novembro, 70-A/2000, de 5 de Maio, 157/2001, de 11 de Maio, 169/2006, de 17 de Agosto, e 181/2007, de 9 de Maio, pelas Leis n.ºs 59/2008, de 11 de Setembro, e 64-A/2008, de 31 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 29-A/2011, de 1 de Março, pelas Leis n.ºs 66/2012, de 31 de Dezembro, e 66-B/2012, de 31 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 36/2013, de 11 de Março; o Decreto-Lei n.º 324/99, de 18 de Agosto, alterado pela Lei n.º 12-A/2008 de 27 de Fevereiro; e o Decreto-Lei n.º 325/99, de 18 de Agosto, alterado pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

⁴ Proposta de Lei n.º 184/XII, que deu entrada na Assembleia da República a 31 de Outubro de 2013.

A LGTFP assumidamente assentou em três ideias-chave:

– Na “*convergência tendencial do regime dos trabalhadores públicos com o regime dos trabalhadores comuns, ressalvadas as especificidades exigidas pela função e pela natureza pública do empregador, com salvaguarda do estatuto constitucional da função pública*”;

– Em adoptar “*como modelo de vínculo de emprego público a figura do contrato de trabalho em funções públicas, sem deixar de procurar um regime unitário para as duas grandes modalidades de vínculo de emprego público (contrato e nomeação), realçando apenas as especificidades de cada uma sempre que necessário*”;

– “*Integrar, harmonizar e racionalizar as alterações legislativas concretizadas nos últimos quatro anos no regime laboral da função pública que o haviam desfigurado e descaracterizado, devolvendo e reforçando a sua unidade e coerência*”⁵.

É com este enquadramento legal que surge o regime jurídico aplicável ao trabalho em funções públicas e, em particular, ao contrato de prestação de serviços.

De acordo com o art.º 6.º, n.º 1, da LGTFP, o trabalho em funções públicas pode ser prestado mediante:

- Vínculo de emprego público; ou
- Contrato de prestação de serviços.

O vínculo de emprego público pode revestir a modalidade de contrato de trabalho em funções públicas, nomeação ou comissão de serviço (cfr. art.º 6.º, n.º 3, da LGTFP). Em regra, a constituição deste tipo de vínculo é efectuada através do contrato de trabalho em funções públicas (cfr. art.º 7.º da LGTFP).

Por sua vez, o contrato de prestação de serviço para o exercício de funções públicas pode revestir as modalidades de contrato de tarefa e de contrato de avença (cfr. art.º 10.º, n.º 2, da LGTFP).

O principal traço distintivo entre o vínculo de emprego público e o contrato de prestação de serviços consiste na subordinação jurídica a um empregador público.

De acordo com o art.º 6.º, n.º 2, da LGTFP, o vínculo de emprego público é aquele pelo qual “*uma pessoa singular presta a sua atividade a um empregador público, de **forma subordinada** e mediante remuneração*” (destaques e sublinhados nossos).

Por sua vez, o contrato de prestação de serviços caracteriza-se pela ausência de subordinação jurídica. Como estabelece o n.º 1 do art.º 10.º da LGTFP, o contrato de prestação de serviços é

⁵ Proposta de Lei n.º 184/XII, que deu entrada na Assembleia da República a 31 de Outubro de 2013.

celebrado para a prestação de trabalho em órgão ou serviço sem sujeição à respectiva disciplina e direcção, nem horário de trabalho.

A ausência de subordinação jurídica é um dos elementos nucleares deste tipo de contratos.

Atendendo ao exposto, várias vozes na doutrina criticam a qualificação do contrato de prestação de serviços como uma modalidade de “trabalho em funções públicas”, tais como Miguel Lucas Pires⁶, Ana Catarina Sá Gomes de Melo Matos Salgado⁷ e Cláudia Sofia Henriques Nunes⁸.

À semelhança do que se verifica no direito privado, poderiam ser avançados outros dois critérios distintivos: o pagamento de uma remuneração e o conteúdo da obrigação da relação.

Sucedo que, na prática, a utilização do critério do pagamento de uma remuneração para distinguir entre o vínculo de emprego público, por um lado, e o contrato de prestação de serviços, por outro lado, revelar-se-ia uma tarefa inexecutável, uma vez que, em ambos os tipos de relação, pode haver lugar a remuneração.

Quanto à dicotomia actividade/resultado, esta acaba por não ser esclarecedora. Ainda que reportado às relações laborais no emprego privado, Galvão Telles, assim, reflectiria:

“Mas como se pode verdadeiramente saber se se promete o trabalho ou um seu resultado? Todo o trabalho conduz a algum resultado e este não existe sem aquele. O único critério legítimo está em averiguar se a actividade é ou não prestada sob a direcção da pessoa a quem ela aproveita, que dela é credora. Em caso afirmativo promete-se o trabalho em si, porque à outra parte competirá, ainda que porventura em termos bastante ténues, dirigi-lo, encaminhando-o para a consecução dos resultados que se propõe. (...) Na outra hipótese, promete-se o resultado do trabalho, porque é o prestador que, livre de toda a direcção alheia sobre o modo de realização da actividade como meio, a orienta por si, de maneira a alcançar os fins esperados”⁹.

Ou seja, toda a actividade tende à obtenção de um qualquer resultado e um resultado decorre sempre de uma qualquer actividade.

Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar avançam com um outro critério distintivo relacionado com o fim público prosseguido pelos entes públicos, de acordo com o qual a satisfação das suas necessidades próprias e permanentes só podem ser realizadas através de um vínculo de emprego público, não se compaginando, por isso, com o trabalho prestado através de um contrato de prestação de serviços. Em síntese, afirmam estes Autores que “[n]ão se nega que

⁶ Cfr. in *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas Anotada e Comentada*, Almedina, 2014, anotação 3 ao art.º 6.º, pág. 53.

⁷ Cfr. in *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015.

⁸ Cfr. in *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra Editora, 1.ª edição, Outubro de 2014, pág.15.

⁹ *Apud* Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume II, 4.ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, pág. 783.

*muitas vezes poderá ser difícil traçar a fronteira entre o trabalho prestado de forma autónoma e o trabalho subordinado, mas parece dever-se presumir a existência de uma relação subordinada sempre que ocorram alguns dos indícios mencionados em qualquer uma das alíneas do n.º 1 do art.º 12.º do Código do Trabalho (cuja aplicação decorre do disposto no art.º 4.º da presente lei) ou **sempre que se comprove que as funções exercidas correspondem a necessidades próprias e permanentes dos serviços públicos, uma vez que, por regra, a satisfação de tais necessidades reclama a existência de subordinação jurídica**¹⁰ (destaques e sublinhados nossos).*

No que se refere aos factores a atender para a constatação da existência do critério de subordinação jurídica e, em consequência, de uma efectiva relação laboral, inexistente na LGTFP qualquer referência específica aos indícios de laboralidade.

Na esteira de alguma doutrina nacional, entendemos, por isso, que as entidades, administrativas ou judiciais, devem poder verificar o cumprimento dos requisitos legais do contrato de prestação de serviços socorrendo-se dos indícios de laboralidade consagrados no actual Código do Trabalho, nomeadamente no seu art.º 12.º.

O conceito de subordinação tem vindo a ser construído pela doutrina como um estado de “heterodeterminação” em que o prestador de trabalho se coloca. Aquele é um conceito que, necessariamente, tem de ser aberto, por forma a acompanhar a evolução das formas de organização da produção, das tecnologias e dos níveis de instrução e de formação dos trabalhadores, comportando gradações correspondentes à natureza das actividades.

De qualquer modo, pode ser identificado como o “*compromisso de transferência para outrem (alienação) da possibilidade de dispor – no sentido de coordenar, organizar e direccionar para certos resultados – de um conjunto de aptidões profissionais da pessoa que trabalha*”¹¹.

Atenta a dificuldade na tarefa de subsunção a um conceito de subordinação, a doutrina tem vindo a referenciar características de facto – ou indícios – que correspondem à “normalidade” das relações de trabalho subordinado. Estas características são exteriores ao tipo e não são elementos estruturais do tipo, como, por exemplo, a execução da prestação em local definido pelo empregador, o facto de a remuneração ser fixa e paga mensalmente, a vinculação a um horário de trabalho, a existência de controlo externo do modo como o trabalho deve ser prestado, a obediência a ordens, a sujeição à disciplina da empresa, a propriedade dos instrumentos de trabalho e disponibilidade dos meios complementares da prestação, a observância dos regimes fiscal e de segurança social próprios do trabalho por conta de outrem ou por conta própria.

Estes são elementos que, na sua globalidade, podem formar o juízo relativamente à qualificação como um vínculo de emprego público ou um contrato de prestação de serviços.

¹⁰ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º volume, Coimbra Editora, 1.ª Edição, Novembro de 2014, pág. 102.

¹¹ António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, Almedina, 17.ª edição, 2014, pág. 131.

A doutrina tem vindo a afirmar que é recorrente, tanto por parte de empregadores públicos, como de empregadores privados, a utilização fraudulenta do contrato de prestação de serviços em funções públicas para dissimular verdadeiras prestações de trabalho subordinado.

No âmbito do direito privado, a utilização abusiva daquele tipo de contratos é resolvida através da conversão judicial dos vínculos em relações de trabalho subordinado.

No domínio do emprego público a consequência da celebração de um contrato de prestação de serviços com subordinação jurídica consiste na nulidade do mesmo, não podendo esses contratos dar origem à constituição de um vínculo de emprego público (cfr. art.º 10.º, n.º 2, da LGTFP).

Esta nulidade não afecta a produção plena dos seus efeitos durante o tempo em que tenham estado em execução, sem prejuízo da responsabilidade civil, financeira e disciplinar em que incorre o seu responsável (cfr. art.º 10.º, n.º 4, da LGTFP).

No entanto, o n.º 4 do art.º 32.º da LGTFP expressamente prevê este tipo de situações, estabelecendo que a verificação, através de relatório de auditoria efectuada pela IGF em articulação com a Direcção-Geral da Administração e do Emprego Público (“DGAEP”), da vigência de contratos de prestação de serviço para a execução de trabalho subordinado equivale ao reconhecimento pelo órgão ou serviço da necessidade de ocupação de um posto de trabalho com recurso à constituição de um vínculo de emprego público por tempo indeterminado ou a termo, conforme a caracterização daquela auditoria.

Verificando-se esta situação, deverá ser determinada a alteração do mapa de pessoal do órgão ou serviço, por forma a prever aquele posto de trabalho e, em consequência, a publicitação de procedimento concursal para constituição de vínculo de emprego público, nos termos da LGTFP.

3. O Contrato de prestação de serviços

3.1. Enquadramento Geral

Para a prestação de trabalho em funções públicas, o contrato de prestação de serviços não é uma figura nova, sendo que o mesmo já se encontrava previsto nos art.ºs 10.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Julho. E tem vindo a ser consagrado nas sucessivas alterações efectuadas à legislação relativa ao trabalho em funções públicas.

Trata-se, assim, do trabalho emergente de um vínculo para o exercício de funções públicas de natureza não subordinada, decorrente da celebração de um contrato de prestação de serviços.

A este propósito, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar afirmam que, “[d]aqui resulta que, enquanto a Lei n.º 12-A/2008 disciplinava as modalidades de vinculação e nelas se incluíam, a par da nomeação e dos contratos de trabalho em funções públicas, os contratos de prestação de serviços, a presente lei (a LGTFP) não inclui estes contratos no conceito de ‘vínculo de

emprego público’, conforme, aliás, facilmente se constata pelo n.º 1 do art.º 6.º. Isso não invalida, porém, que os contratos de prestação de serviços não encontrem aqui parte da sua disciplina – v. arts. 10.º e 32.º -, significando apenas que eles não são fonte constitutiva de um vínculo de emprego público mas, tão só, de um ‘vínculo de trabalho em funções públicas’ ou, se se preferir, de um ‘vínculo para o exercício de funções públicas’, uma vez que ambas as expressões são empregues na epígrafe e no texto do art.º 6.º” (comentário nosso)¹².

Quanto a este tipo de vínculo para o exercício de funções públicas, a sua regulamentação está prevista nos art.ºs 10.º e 32.º na LGTFP, mas a principal fonte que disciplina o seu regime jurídico encontra-se no Código dos Contratos Públicos (daqui em diante designado somente por “CCP”).

Actualmente, o contrato de prestação de serviços foi definido no n.º 1 do art.º 10.º da LGTFP, nos seguintes termos:

“O contrato de prestação de serviço para o exercício de funções públicas é celebrado para a prestação de trabalho em órgão ou serviço sem sujeição à respetiva disciplina e direcção, nem horário de trabalho”.

Constituem, por isso, elementos do contrato de prestação de serviços para a prestação de trabalho em funções públicas:

- A obrigação de proporcionar a um empregador público certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual;
- A ausência de sujeição a disciplina e direcção do empregador público; e,
- A ausência de sujeição a um horário de trabalho.

A este respeito, existem Autores que referem que *“[e]ste género de vínculo pode assumir duas diferentes modalidades – o contrato de tarefa ou o contrato de avença -, perdura por um período temporal determinado ou determinável e pressupõe a autonomia na execução da actividade contratada, o que determina que o fim público que o mesmo visa prosseguir não corresponda, por regra, nem a uma necessidade própria e permanente do ente público nem mesmo a uma necessidade meramente transitória”¹³.*

Apesar de se encontrarem previstos na LGTFP, os contratos de prestação de serviços não originam a criação de uma relação de emprego público, atendendo à ausência de subordinação jurídica, como acima já se referiu.

¹² Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *op. cit.*, pág. 76.

¹³ *Idem*, *op. cit.*, pág. 117.

3.2. Celebração e Renovação

A celebração e a renovação de um contrato de prestação de serviços para a prestação de trabalho em funções públicas está sujeita a diversas condições.

Quanto às condições de natureza substantiva, a celebração de contratos de prestação de serviços, nas modalidades de contratos de tarefa e de avença, apenas pode ter lugar quando, cumulativamente:

- a) Se trate da execução de trabalho não subordinado, para a qual se revele inconveniente o recurso a qualquer modalidade de vínculo de emprego público;
- b) Seja observado o regime legal de aquisição de serviços;
- c) Seja comprovada pelo prestador do serviço a regularidade da sua situação fiscal e perante a segurança social (cfr. art.º 32.º, n.º 1, da LGTFP).

Como condições de natureza adjectiva, temos a obrigatoriedade de afixação no órgão ou serviço e inserção em página eletrónica, por extrato, da celebração e da renovação dos contratos de prestação de serviços, com menção da função da desempenhar e respectiva retribuição e prazo e, ainda, a referência à concessão do visto ou à emissão da declaração de conformidade ou, sendo o caso, à sua dispensabilidade [cfr. art.º 5.º, n.º 1, alínea c), n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho].

Quanto à primeira das referidas condições substantivas, o contrato de prestação de serviços deve ter por objecto uma prestação de trabalho não subordinado [cfr. art.º 32.º, n.º 1, alínea a), primeira parte, da LGTFP].

No entanto, não é suficiente esta falta de subordinação jurídica para vir a celebrar um contrato de prestação de serviços, sendo ainda necessário demonstrar que se revelou inconveniente o recurso a uma qualquer modalidade de vínculo de emprego público [cfr. art.º 32.º, n.º 1, alínea a), segunda parte, da LGTFP].

A verificação desta condição é condicionada à emissão de prévio parecer favorável dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública, encontrando-se os termos e tramitação desse parecer regulados por Portaria dos referidos membros do Governo.

Actualmente, os termos e a tramitação do parecer prévio vinculativo está regulamentado na Portaria n.º 194/2016, de 19 de Julho.

De acordo com este último diploma, a emissão de parecer prévio vinculativo deve ser pedido pelo dirigente máximo do órgão, do serviço ou da entidade ao membro do Governo

responsável pela área das finanças e da Administração Pública, antes da decisão de contratar ou de renovar (cfr. art.º 4.º, n.º 1, da Portaria n.º 194/2016, de 19 de Julho).

O pedido deve ser instruído com os seguintes elementos: descrição, objecto e valor do contrato; demonstração de que o contrato não constitui trabalho subordinado; demonstração da inconveniência do recurso a modalidade de vínculo de emprego público; demonstração de inexistência de pessoal em situação de requalificação apto para o desempenho das funções subjacentes à contratação em causa; declaração de confirmação de cabimento orçamental emitida pelo órgão, serviço ou entidade; indicação e fundamentação da escolha do procedimento de formação do contrato; e identificação da contraparte (cfr. art.º 4.º, n.º 2, da Portaria n.º 194/2016, de 19 de Julho).

Os membros do Governo a que se refere o número anterior podem, excepcionalmente, autorizar a celebração de um número máximo de contratos de prestação de serviços, nos termos do art.º 5.º da Portaria n.º 194/2016, de 19 de Julho, desde que, a par do cumprimento do disposto no n.º 1 do art.º 32.º da LGTFP, não sejam excedidos os prazos contratuais inicialmente previstos e os encargos financeiros globais anuais, que devam suportar os referidos contratos, estejam inscritos na respetiva rubrica do orçamento do órgão ou do serviço.

Acresce que, por força do disposto no art.º 265.º da LGTFP, não pode ser celebrado ou renovado qualquer contrato de prestação de serviços se a entidade gestora do sistema de requalificação comunicar que há pessoal em situação de requalificação adequado a prestar o trabalho que justificava o recurso ao vínculo de prestação de serviços.

Demonstrada a existência de prestação de trabalho não subordinado, a qual pode ser definida como aquele que é realizado sem sujeição à respectiva disciplina e direcção por parte do órgão ou serviço, nem horário de trabalho (cfr. art.º 10.º, n.º 1, da LGTFP), é então necessário observar o regime legal de aquisição de serviços [cfr. art.º 32.º, n.º 1, alínea b), da LGTFP].

Esta condição é definida por remissão para as regras da contratação pública previstas no CCP.

No que se refere ao procedimento a adoptar para a celebração de um contrato de prestação de serviços, importa atender às regras previstas nos art.ºs 16.º a 33.º do CCP. Quando à execução do próprio contrato, aplicam-se as regras estabelecidas nos art.ºs 450.º a 454.º do CCP.

A última condição consiste na comprovação pelo prestador do serviço da regularidade da sua situação fiscal e perante a Segurança Social [cfr. art.º 32.º, n.º 1, alínea c), da LGTFP].

A previsão desta condição poderia ser considerada desnecessária atendendo ao disposto nas alíneas d) e e) do n.º 1 do art.º 55.º do CCP, as quais já impediam a participação de qualquer entidade em procedimentos tendentes à celebração de um contrato submetido às regras da contratação pública. No entanto, reveste-se de utilidade já que impõe esta exigência mesmo relativamente a contratos que possam estar excluídos do cumprimento das regras da

contratação pública previstas no CCP. Acresce que esta necessidade de demonstrar documentalmente a ausência de dívidas para a celebração do contrato de prestação de serviços aplica-se aos contratos outorgados por entidades integradas no âmbito de aplicação da LGTFP, o qual é menos amplo do que o do CCP. As regras do CCP valem para qualquer tipo de contrato incluído no seu âmbito de aplicação (cfr. art.^{os} 1.º a 6.º do CCP), independentemente da entidade contratante, bem como aos contratos de prestação de serviços celebrados por entidades que, apesar de incluídos pelo CCP, estão excluídos do âmbito de aplicação da LGTFP.

Além das condições acima expostas, importa ainda ter em consideração que a LGTFP condiciona a celebração de contratos de prestação de serviços à inexistência de pessoal em situação de requalificação com perfil adequado para prestar o serviço de que careça um determinado organismo público (cfr. art.º 265.º, n.º 1, da LGTFP).

Como acima referido, o incumprimento da condição relativa à ausência de subordinação jurídica determina a nulidade do contrato de prestação de serviço para o exercício de funções públicas, não podendo o mesmo dar origem à constituição de um vínculo de emprego público (cfr. art.º 10.º, n.º 3, da LGTFP).

Alguma doutrina tem reservas sobre a bondade e a constitucionalidade da regra de que faz acompanhar a nulidade do contrato de prestação de serviços com a proibição de constituir um vínculo de emprego público com o trabalhador ou falso prestador de serviços¹⁴.

A nulidade do contrato de prestação de serviços não prejudica a produção plena dos seus efeitos durante o tempo em que tenham estado em execução, sem prejuízo da responsabilidade civil, financeira e disciplinar em que incorre o seu responsável (cfr. art.º 10.º, n.º 4, da LGTFP).

A declaração de nulidade só produz efeitos *ex nunc*, o que significa que produz efeitos como se fosse válido durante todo o tempo em que tenha estado a ser executado, não havendo, como tal, uma destruição dos efeitos produzidos até à data em que seja efectuada a declaração de nulidade. Até essa declaração, mantêm-se os direitos e as obrigações decorrentes do contrato, pelo que cada parte contratante está vinculada a cumprir as suas obrigações e a reclamar os direitos que lhe assistem até àquela declaração, não havendo, por exemplo, lugar à restituição de quaisquer valores que tenham sido pagos ao prestador do serviço.

No que se refere à ausência do parecer prévio, importa atender ao disposto no art.º 35.º, n.º 18, da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março, que aprovou o Orçamento do Estado para 2016, de acordo com a qual são nulos os contratos de aquisição de serviços celebrados ou renovados em violação às regras previstas naquele preceito legal, nomeadamente, a obtenção de parecer prévio vinculativo.

¹⁴ A este propósito, ver Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *op. cit.*, pág. 126.

Existem autores que defendem que, ao restringir a nulidade aos contratos de prestação de serviços que envolvem a subordinação jurídica, o legislador parece apontar no sentido de o contrato que não tenha sido precedido do parecer do art.º 32.º, n.º 2, da LGTFP não é nulo, o que estaria em conformidade com a regra geral prevista no Código de Procedimento Administrativo e com a circunstância de esse parecer ser “*um acto de trâmite que não integra o núcleo essencial de um contrato de prestação de serviços*”¹⁵.

Segundo esta doutrina não é o nulo o contrato de prestação de serviços que tenha sido celebrado sem antes se ter averiguado se havia pessoas em situação de requalificação, com perfil adequado para executar as funções em causa, aplicando-se, neste tipo de situações, o regime da anulabilidade.

3.3. Modalidades de Contratos de Prestação de Serviços

O contrato de prestação de serviço para o exercício de funções públicas pode revestir as seguintes modalidades:

- (i) Contrato de tarefa; e,
- (ii) Contrato de avença.

Na modalidade de contrato de tarefa, o objecto do contrato consiste na execução de trabalhos específicos, de natureza excepcional, não podendo exceder o termo do prazo contratual inicialmente estabelecido [cfr. art.º 10.º, n.º 2, alínea a), da LGTFP].

A doutrina que defende que o contrato de prestação de serviços não pode ser utilizado para suprir as necessidades próprias e permanentes de entes públicos, afirmam ainda que “*O contrato de tarefa pressupõe que o concreto e específico trabalho que se destina a realizar não se integre no âmbito das actividades que, normal ou transitoriamente, o órgão ou serviço tem de prosseguir para acautelar o interesse público que lhe compete tutelar. Deste modo, por princípio, não será uma necessidade permanente ou transitória que poderá ser satisfeita através de um contrato de tarefa, mas, pelo contrário, deverá ser antes uma necessidade esporádica e excepcional, que foge ao que é normalmente expectável ser realizado por parte de um só e concreto trabalho*”¹⁶.

Estes autores admitem que a fronteira entre o que é (ou não) um trabalho específico e excepcional apresenta uma natureza ténue e é de difícil precisão, assumindo que só casuisticamente se poderá e deverá aferir se o recurso à modalidade de prestação de serviço de tarefa é lícito ou ilícito. Também admitem que a satisfação de necessidades próprias, de natureza permanente ou transitória, dos serviços não inviabiliza obrigatoriamente o recurso à celebração de um contrato de tarefa. E admitem-no mesmo que no serviço haja pessoal com vínculo de emprego público com competência habilitacional para executar tal trabalho.

¹⁵ *Idem, op. cit.*, pág. 125.

¹⁶ *Ibidem, op. cit.*, pág. 118.

Afirmam-no sob a condição de que se cumpra a obrigação de justificar as vantagens do recurso ao trabalho autónomo ou as desvantagens do trabalho subordinado, para a execução daquele concreto e específico trabalho.

Concluem estes autores que *“diremos que o objecto por excelência do contrato de tarefa é a satisfação de necessidades excepcionais e não previsíveis dos serviços, que não se integram no âmbito das atribuições que normalmente lhes compete prosseguir, pelo que sempre que tal suceda será admissível e deverá presumir-se lícita a celebração de tal contrato, excepto se se comprovar que a execução do trabalho em causa envolveu subordinação jurídica. Porém, nas situações em que em causa esteja a satisfação de necessidades decorrentes de atribuições que o serviço não pode deixar de prosseguir, isto é, quando o concreto e específico trabalho se destine à satisfação de necessidades próprias dos serviços, o contrato de tarefa só será admissível se o trabalho em causa puder ser levado a efeito de forma autónoma e desde que haja uma justificação das vantagens do recurso a um trabalho não subordinado, pelo que se deverá presumir ilícito o recuso à celebração de tal contrato de tarefa, excepto se se provar que o trabalho podia ser executado sem subordinação jurídica e se se comprovar que era vantajoso para o interesse público ser executado com autonomia”*¹⁷.

O contrato de tarefa é um contrato de prazo certo, não pode o mesmo exceder a duração inicialmente estipulado, pressupondo que tal prazo seja fixado no próprio contrato. Não pode limitar-se a clausular que o vínculo perdurará pelo tempo que durar a execução do trabalho que justifica a sua celebração. A estipulação inicial deste prazo não significa que ele não possa cessar antecipadamente, com fundamento em incumprimento contratual ou na conclusão antecipada do trabalho.

O contrato de avença tem por objecto a execução de prestações sucessivas no exercício de profissão liberal, com retribuição certa mensal, podendo ser feito cessar, a todo o tempo, por qualquer das partes, mesmo quando celebrado com cláusula de prorrogação tácita, com aviso prévio de 60 dias e sem obrigação de indemnizar [cfr. art.º 10.º, n.º 2, alínea b), da LGTFP].

O conceito de profissão liberal não deve ser confundido com o conceito de trabalho independente, uma vez que aquele é mais restrito do que este. A profissão liberal pressupõe a execução de uma *“... actividade autónoma e independente ‘por conta própria’, de carácter científico, artístico ou técnico, no âmbito de profissões cujo exercício pressupõe uma habilitação específica”*¹⁸. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar entendem ainda que *“tal actividade terá necessariamente de ser executada por profissionais integrados numa determinada ordem sócio-profissional (no sentido de que a profissão liberal tem uma regulamentação e controlo próprios, v. COUTINHO DE ABREU, Curso de Direito Comercial, Vol. I, 1998, pág. 95)”*¹⁹.

Atendendo ao facto de os actos próprios de um profissional liberal são actos praticados com autonomia, os autores que defendem a inexistência, em regra, de um contrato de prestação

¹⁷ *Ibidem*, op. cit., pág. 120.

¹⁸ Cfr. córdão do Tribunal de Contas n.º 8/95.

¹⁹ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, op. cit., pág. 120.

de serviços para a satisfação de necessidades próprias e permanentes de entes públicos afirmam que, nesta modalidade de contrato de prestação de serviços por avença, “*quer se esteja no domínio de necessidades próprias do serviço ou perante necessidades excepcionais e não previsíveis, será sempre admissível o recurso à celebração de um contrato de avença com um profissional liberal para assegurar a prática sucessiva dos actos próprios daquela profissão que sejam adequados à satisfação daquelas mesmas necessidades*”²⁰. Concluem, assim, que “*mesmo que se esteja perante uma necessidade própria do serviço e ainda que no mapa de pessoal haja trabalhadores com competência habilitacional para praticar legalmente os actos próprios de uma profissão liberal, não fica o serviço em causa impedido de recorrer à celebração de um contrato de avença para assegurar a prática daqueles actos, sem prejuízo de termos de reconhecer que, quando no serviço exista pessoal apto a praticar tais actos, os princípios da prossecução do interesse público e da proibição de ‘esbanjamento’ de dinheiros públicos impõem que haja uma justificação das vantagens do recurso à contratação ‘out of the house’*”²¹.

O contrato de prestação de serviços, na modalidade de avença não tem de ter um prazo máximo de duração, podendo (ou não) as partes sujeitar o contrato a um termo resolutivo, com ou sem possibilidade de prorrogação. O seu termo não tem necessariamente de ser determinado, podendo ser determinável e cessando o contrato assim que uma das partes manifeste essa vontade (nos 60 dias seguintes ao da notificação dessa vontade).

4. Conclusões

Analisados o regime jurídico aplicável ao contrato de prestação de serviços para a prestação de trabalho em funções públicas, restam algumas notas.

A primeira é que se acompanha a doutrina que tem vindo a criticar a inserção deste tipo contratual na LGTFP. Parece que as regras especiais previstas nesta lei poderiam ter sido contempladas no CCP, onde tradicionalmente se encontra estabelecido o normativo aplicável à aquisição de serviços através de contratação pública e beneficiando da consolidação legislativa existente em torno daquele diploma legal.

Ainda que assim não se entenda e, por isso, se pugne pela manutenção do contrato de prestação de serviços na LGTFP, outra nota vai para algumas incongruências do seu regime jurídico, que parece merecerem rectificação, nomeadamente, o facto de, depois de o dirigente máximo do serviço ajuizar da inconveniência do recurso a um vínculo de emprego público para satisfazer a necessidade em questão e, em consequência, decidir pela celebração de um contrato de prestação de serviços, a entidade gestora do sistema de requalificação poder comunicar que há pessoal em situação de requalificação adequado a prestar o trabalho autónomo que justificava o recurso ao vínculo de prestação de serviços. Neste tipo de situações, quem formula o juízo sobre o interesse público e a melhor forma de um serviço prosseguir as suas atribuições não é o próprio serviço, mas uma entidade externa (a entidade

²⁰ *Idem, op. cit.*, pág. 121.

²¹ *Ibidem, op. cit.*, pág. 121.

gestora do sistema de requalificação). Merece questionar-se a razoabilidade desta previsão legal e se ela se adequa ou é conforme.

Por outro lado, paradoxalmente, faz-se um movimento de aproximação ao disposto no direito privado, no que respeita aos direitos e garantias dos trabalhadores, mas não se acautelou de proteger uma das situações de injustiça social mais recorrentes, a dos falsos prestadores de serviços. Enquanto no direito privado, há lugar a uma conversão do contrato de prestação de serviços em um contrato de trabalho, na LGTFP, o contrato de prestação de serviços é nulo e não pode constituir um vínculo de emprego público. Não se compreende, por isso, esta incongruência do legislador.

5. Bibliografia

Ana Catarina Sá Gomes de Melo Matos Salgado, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015.

António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, Almedina, 17.ª Edição, 2014.

Cláudia Sofia Henriques Nunes, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra Editora, 1.ª Edição, Outubro de 2014.

Diogo Vaz Marecos, *As modalidades de constituição do vínculo da relação jurídica de emprego público*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Ano 71, vol. 1 (Janeiro-Março 2011), pág. 207-237.

João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Janeiro 2010.

Miguel Lucas Pires, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas Anotada e Comentada*, Almedina, 2014.

Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação e a extinção das relações jurídicas dos trabalhadores da Administração Pública, como e em que termos são lícitos os denominados “despedimentos na função Pública”*, Almedina, 2013.

Paulo Almeida, *A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Comentário às Principais Alterações*, in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, págs. 79 a 107.

Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º volume, Coimbra Editora, 1.ª Edição, Novembro de 2014.

Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume II, 4.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora.

10. Notas sumárias sobre o regime regra de constituição do vínculo de emprego público: o contrato de trabalho em funções públicas à luz da LGTF e do novo paradigma de emprego público

Fábio da Silva Ribeiro

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

NOTAS SUMÁRIAS SOBRE O REGIME REGRA DE CONSTITUIÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO PÚBLICO: O CONTRATO DE TRABALHO EM FUNÇÕES PÚBLICAS À LUZ DA LGTF E DO NOVO PARADIGMA DE EMPREGO PÚBLICO

Fábio da Silva Ribeiro

I. A Constituição enquanto fonte normativa nuclear do regime laboral de emprego público

1. A reserva da Função Pública

II. Excurso pela evolução legislativa laboral pública

2.1. O regime estatutário e legal previsto no DL n.º 184/89, de 2 de Junho, e no DL n.º 427/89, de 7 de Dezembro

2.2. A generalização do contrato individual de trabalho na Administração Pública: A Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, e a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho

2.3. Transição para um regime de relação laboral contratualizada: a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e a Lei n.º 59/2008, de 11 de Dezembro

III. Elementos caracterizadores do contrato de trabalho em funções públicas à luz da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas

3.1. Contrato de trabalho em funções públicas e as restantes formas de constituição do vínculo de emprego público

3.2. Ponto de Ordem: qual o sentido e a linha condutora da reforma de emprego público - privatização ou da publicização?

3.3. Contrato de Trabalho em Funções Públicas: elementos caracterizadores

3.4. O contrato de trabalho em funções públicas e o contrato individual de trabalho. Ponto de convergências e divergências

Bibliografia

Sumário:

O presente texto visa situar o contrato de trabalho em funções públicas como vínculo regra, comum ou geral da relação jurídica de emprego público, no quadro, mais amplo, das relações jurídicas laborais na Administração Pública e do seu enquadramento evolutivo.

Para esse efeito, numa primeira parte, trata-se de percorrer os comandos constitucionais que dimanam da Constituição da República Portuguesa sobre a função pública, e a cuja concretização se encontra o legislador vinculado. Num momento posterior, apresenta-se a evolução legislativa do quadro jurídico de emprego público. Em terceiro lugar, traça-se as principais notas caracterizadoras do contrato de trabalho em funções públicas, escalpelizando os termos em que o mesmo se situa, em termos relacionais, com as restantes formas de constituição de vínculo de emprego público, tributando a nossa análise às principais coordenadas normativas que disciplinam o seu regime e discute-se ainda o sentido das reformas empreendidas, enfrentando-se a questão de saber se as mesmas caminham no sentido da privatização da relação jurídica de emprego público. Por fim, dedica-se atenção à distinção entre contrato de trabalho em funções públicas e a outras figuras (contrato individual de trabalho e contrato de prestação de serviços).

Palavras-chave: Relações laborais da Administração Pública. Contrato de Trabalho em Funções Públicas. Vínculo de emprego público. Privatização da relação jurídica de emprego público.

I - A Constituição enquanto fonte normativa nuclear do regime laboral de emprego público

1. A reserva da Função Pública

De modo a proceder à análise da configuração das relações jurídicas de emprego público, à inventariação dos actuais vínculos de emprego público e como se foram mutando em função das alterações legislativas, não se pode deixar de fazer uma incursão pelos preceitos constitucionais que delimitam a designada “reserva constitucional da função pública”, à luz do seu significado e do seu alcance enquanto parâmetro de ponderação legislativa.

A definição de função pública não nos é fornecida de forma cristalina num preceito legal ou constitucional. Contudo, num esforço de delimitação conceptual, para efeitos do presente estudo, atribui-se ao conceito em análise o sentido de expressar o vínculo jurídico que liga um funcionário ou trabalhador – um particular – a uma pessoa colectiva de direito público, com carácter de permanência e de subordinação jurídica, exteriorizado pela adopção de um mecanismo ou procedimento que a lei prevê para a constituição do vínculo de emprego público¹.

Sem prejuízo dos vários preceitos constitucionais, situados ao longo da sistemática da Lei Fundamental, que se referem à função pública, o principal traço caracterizador do regime jurídico do pessoal da administração pública tem assento constitucional no art. 269.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), o qual estabelece que “*no exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público*”,

A enunciação deste dispositivo legal respingado da lei fundamental coloca em destaque a existência de um fundamento da unicidade do estatuto funcional e institucional de emprego público, o qual se arvora na obrigatoriedade do conteúdo funcional das funções dos trabalhadores ser exercido de acordo com os princípios da actividade administrativa plasmados nos n.ºs 1 e 2 do art. 266.º da CRP, com especial destaque para o respeito pelo interesse público, e a observância das garantias de imparcialidade e igualdade.

Todavia, quer do ponto de vista semântico, que se traduz nas sucessivas alterações legislativas que vão acentuando, em termos de nomenclatura utilizada, o recurso, de forma aparentemente indistinta, do termo funcionário e trabalhadores da Administração Pública²,

¹ A despeito do esforço de rigor conceptual, o certo é que o conceito em análise peca, desde logo, por ser excessivo, na medida em que, como veremos *infra*, nem todas as pessoas colectivas de direito público estabelecem vínculos de emprego público no momento da constituição da relação laboral, pois algumas delas estão autorizadas, por lei, a celebrar contratos individuais de trabalho – como sucede, com as entidades administrativas independentes e as associações públicas profissionais.

² A doutrina tem trazido algumas soluções interpretativas sobre o impacto da substituição, pela revisão constitucional de 1982, nos n.ºs 1 e 2 do art. 269.º da CRP do termo “funcionários” por “trabalhadores da Administração Pública”. Parte dela, sublinha que tal previsão tem o alcance de acentuar a equiparação, em matéria de direitos fundamentais, da situação jurídico-laboral dos trabalhadores da função pública aos demais trabalhadores regidos por relações jurídicas de trabalho privado, sobretudo os direitos previstos nos arts. 53.º e 55.º a 59.º da CRP – Cfr. MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, RUI - *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Tomo III. Coimbra Editora, 2007, p. 638. Outro alcance interpretativo tem surgido: entendendo que a alteração tem em vista a permissão da existência de trabalhadores públicos em regime de direito privado, vide, nesta perspectiva,

quer da própria evolução legislativa dos diplomas que regem o emprego público, e a constatação da existência de vínculos de emprego da administração pública formados geneticamente pelo direito privado e submetidos à sua disciplina, tem-se questionado sobre a existência de um reduto jurídico-público na regulação das matérias laborais da Administração Pública.

Com efeito, além da referência constante no art. 269.º da CRP, a especificidade do regime jurídico do pessoal da Administração Pública tem refracções noutras disposições constitucionais que delimitam os seus traços essenciais, como sejam a obrigatoriedade da constituição de vínculo de emprego público ser precedida de uma selecção operada em regra por via do concurso que garanta o acesso à função pública em condições de igualdade de oportunidades (cfr. art. 47.º, n.º 2, da CRP); a proibição de acumulação de empregos ou cargos públicos (cfr. art. 269.º, n.º 4, da CRP); um conjunto de garantias previstas para o regime disciplinar (cfr. art. 269.º, n.º 3, da CRP); o regime da dependência hierárquica (cfr. art. 271.º, n.ºs 2 e 3, da CRP); o regime da responsabilidade civil dos titulares dos órgãos e agentes (cfr. arts. 22.º e 271.º, ambos da CRP); o direito de reclamação e o direito de transmissão ou confirmação de ordens superiores hierárquicos por escrito (art. 271.º, n.º 2, da CRP).

Acompanhando parte da doutrina que se pronunciou sobre a matéria e com a qual aderimos³, o regime emanado da Constituição da República Portuguesa concretiza, em termos bem delimitados e caracterizados, um estatuto funcional específico de emprego público distinto do regime laboral comum. Para tal conclusão contribuí, como já se deu nota, a especial assunção dos princípios da actividade administrativa plasmados no n.º 2 do art. 266.º da CRP, com especial destaque para o respeito pelo interesse público, em relação aos quais os trabalhadores se encontram estruturalmente vinculados, e que determinam a influência de parâmetros normativos infraconstitucionais distintos daqueles que se encontram desenhados no direito laboral comum.

Nesta senda, podemos ainda perscrutar um conjunto de deveres específicos acrescidos a que os trabalhadores em funções públicas se encontram adstritos, em relação aos quais os trabalhadores submetidos ao regime laboral privado escapam, ou pelo menos não se encontram tão intensamente vinculados: prossecução do interesse público, defesa intransigente dos princípios da legalidade, igualdade, informação, isenção e imparcialidade, com especial enfoque na proibição relativa de acumulação de funções públicas e privadas (cfr. art. 269.º, n.ºs 4 e 5, da CRP, no que a este conspecto diz respeito, cfr. o actual artigo 19.º e ss

NEVES, Ana Fernanda - *Os desassossegos de regime da função pública*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. 41 (2000), p. 61, e NEVES, Ana Fernanda - *A relação jurídica de emprego público*. Coimbra Editora, 1999, p. 195.

³ Segundo os ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o conceito constitucional de função pública pressupõe uma clara dimensão estatutária, traduzida na existência de um estatuto da função pública” - cfr. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa, Anotada*. Vol. I. 4.ª edição revista. Coimbra Editora, 2007, p. 662. Em sentido convergente com essa opinião, vide VIANA, Cláudia – *Contrato de trabalho em funções públicas: privatização ou publicização da relação jurídica de emprego público?* In, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérulo Correia [coordenação de] Jorge Miranda. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. II, 2010, p. 283.

No mesmo sentido, se colhe a jurisprudência emanada do acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA Sul), datado de 11.03.2004, proferido no âmbito do processo n.º 04356/00, no sentido de que se pode afirmar que “na relação jurídica de emprego público ao vínculo de subordinação jurídica acresce a vinculação ao interesse público”.

da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, doravante LGTFP), destacando-se, nesta sede, o condicionamento do direito ao exercício da profissão (na vertente da proibição de acumulações de funções), distinto da regra geral que vale no regime laboral privado.

No que respeita à questão de se saber se a Constituição perfilha a existência de um estatuto específico da função pública, na óptica da jurisprudência emanada do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 154/86, proferido no âmbito do processo n.º 150/84, datado de 06.05.1986, a resposta parece ser no sentido positivo. Seguindo o enquadramento feito pela decisão do Tribunal Constitucional, com relevância, extrai-se a seguinte consideração, *“o funcionário público detém um estatuto funcional típico quanto à relação de emprego que consiste num conjunto de direitos e deveres e responsabilidade que o distinguem das relações laborais comuns (de direito privado)”*.

Louvando-nos no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 683/99, proferido no âmbito do processo n.º 42/98, datado de 21.12.1999, pode dizer-se que *“como resultado da sua orientação à satisfação do interesse público (...) os trabalhadores da função pública estão sujeitos a um regime jurídico próprio substancialmente diferente do regime dos trabalhadores do sector privado”*⁴. Continuando a análise da referida decisão, entrevê-se a seguinte passagem, que se transcreve, *“não podem, em primeiro lugar, negar-se as diferenças de regime jurídico entre a relação jurídica de emprego público e privado, mesmo quando aquela não se funda num acto administrativo de nomeação de funcionário, ou num contrato de provimento, mas antes num verdadeiro contrato de trabalho celebrado com o Estado”*.

Ainda que a decisão judicial supra citada se refira a um período em que vigoravam diplomas legais entretanto revogados, mantém-se a actualidade da mesma, ao assinalar as diferenças estruturais que se vislumbram entre a relação jurídica de emprego público e a relação jurídica laboral de direito privado, já que a relação jurídica laboral estabelecida entre o particular e o Estado arrima-se na exigência de satisfação das necessidades de recursos humanos para a prossecução do interesse público, o que justifica soluções legais distintas na regulação dos respectivos vínculos.

Contudo, conforme resulta do regime constitucional já exposto, não está vedada, de forma absoluta, a possibilidade de a Administração Pública recorrer à contratação privada, por meio de vínculo jurídico constitutivo de direito privado, em determinadas condições, e salvaguardas funções que, por natureza, se encontram mais estreitamente ancoradas num vínculo de emprego público inexprugnável.

Nesta sequência, embora se tenha presente *“os princípios constitucionais de reserva de administração pública e da função pública, enquanto regime singular, dotado de uma especificidade institucional e funcional, que o distingue do regime laboral”*⁵, não se divisa do

⁴ No que se prende com a relevância do interesse público, cfr. o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013, proferido nos processos n.ºs 2/2013, 5/2013, 8/2013 e 11/2013, datado de 05.03.2013, segundo o qual, o que unifica e dá sentido ao regime próprio da função pública é a necessária prossecução do interesse público a título exclusivo, como logo explicitam os arts. 269.º, n.º 1, e 266.º, n.ºs 1 e 2, ambos da CRP.

⁵ VIANA, Cláudia – Contrato de trabalho em funções públicas..., *op. cit.*, p. 284. Admitindo que o estatuto da função pública encontra-se na disposição conformadora do legislador, razão pela qual pode *“excluí-lo, com maior ou menor*

alcance dos preceitos constitucionais já referidos que se imponha a aplicação, por força da Constituição, de um regime de trabalho inteiramente de cariz jus publicita ou jus-privatista. Não se encontram obstáculos constitucionais ao recurso ao contrato de trabalho individual no sector público na admissão de parte do seu pessoal, coabitando com o pessoal sujeito ao estatuto da função pública⁶.

Ao estabelecer como pertencente à reserva relativa da Assembleia da República a definição das “bases do regime e âmbito da função pública”, conforme preceitua a alínea t) do n.º 1 do art. 165.º da CRP, a Lei Fundamental confia ao legislador ordinário a definição dos pressupostos objectivos e subjectivos do âmbito da função pública, e, segundo critérios de discricionariedade conformativa, o poder de ampliá-lo ou excluí-lo, em maior ou menor medida, por referência a certos serviços, entidades ou entes, ou a determinadas categorias de trabalhadores, considerando a natureza, fins, competências e atribuições que se encontram adstritas aos serviços, órgãos e pessoas colectivas.

Não obstante essa consideração, os trabalhadores que exerçam poderes de autoridade pública e de soberania enquadram-se na reserva constitucional de função pública em sentido estrito⁷, pelo que, quanto a estes é patente a exclusão da possibilidade de expurgar a existência de um regime jurídico específico da Função Pública, diferenciado face às demais relações laborais privadas.

Parece ser possível reconhecer uma reserva constitucional de função pública, que se associa ao exercício de poderes de autoridade, em consequência das prerrogativas típicas de soberania, seja na vertente da administração agressiva ou impositiva, seja na actividade administrativa em geral, incluindo-se a administração prestadora, quando seja manifesta a possibilidade de interferir na esfera jurídica dos particulares. As funções típicas de autoridade, talqualmente vêm sendo entendidas pelo legislador, encontram-se, actualmente, descritas no art. 8.º da LGTFP.

Relativamente a estes trabalhadores, e não curando, por ora, de quais as concretas tarefas, missões e actividades que devem ser consideradas como de autoridade, a Constituição coloca como obrigatória a definição de um regime jurídico laboral público.

amplitude, em relação a certas entidades ou serviços ou em relação a determinadas categoriais de agentes ou trabalhadores”, vide, CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital- Constituição da República Portuguesa, Anotada. Vol. II. 4.ª edição revista. Coimbra Editora, 2010, p. 838.

⁶ Gomes Canotilho e Vital Moreira consideram que “não é constitucionalmente obrigatório que todos os trabalhadores e agentes do Estado e demais entidades públicas pertençam à função pública propriamente dita e possuam o respectivo regime” Cfr. Neste sentido, cfr. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa, op. cit.*, p. 838.

⁷ Cfr. Neste sentido, NEVES, Ana Fernanda - *A privatização das relações de trabalho na Administração*. In, Os caminhos da privatização da administração pública. IV Colóquio luso-espanhol de direito administrativo. 2001, p.190. No sentido de que a “constituição prevê e protege uma relação jurídica de trabalho específica, correspondente à função pública no seu sentido estrito”, cfr. NEVES, Ana Fernanda - *A relação jurídica de emprego público, op. cit.*, p. 331.

II. Excurso pela evolução legislativa laboral pública

2.1. O regime estatutário e legal previsto no DL n.º 184/89, de 2 de Junho, e no DL n.º 427/89, de 7 de Dezembro

Os ditames constitucionais acabados de expor foram concretizados, em matéria de função pública, no DL n.º 184/89, de 2 de Junho, que estabeleceu os princípios gerais em matéria de emprego público, e no DL n.º 427/89, de 7 de Dezembro, que institui o regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego com a administração pública.

O sistema legal formado pelo quadro normativo instituído por estes dois diplomas legais estruturava-se na constituição de vínculos de emprego público na administração pública através de duas modalidades distintas: a nomeação e o contrato de pessoal (cfr. art. 5.º do DL n.º 184/89, de 2 de Junho).

A nomeação era um acto unilateral da Administração, mediante o qual se visava o preenchimento dum lugar do quadro, tendo subjacente uma ideia de continuidade ao serviço e o exercício profissionalizado de funções permanentes próprias do serviço público (cfr. art. 6.º do DL n.º 184/89, de 07 de Dezembro)⁸ – nota de permanência – , na sequência de um procedimento concursal de recrutamento e selecção. Por seu turno, o contrato de pessoal definia-se com um acto bilateral que constituía uma relação de trabalho subordinado, seja através de contrato administrativo de provimento, seja mediante contrato de trabalho em qualquer das suas modalidades (cfr. art. 7.º, n.ºs 1 e 2, do DL n.º 184/89, de 2 de Junho).

Através do contrato administrativo de provimento visava-se assegurar o exercício de funções próprias, sem carácter de permanência do serviço público, em resultado do qual se adquiria a qualidade de agente administrativo. Na verdade, na prática, o contrato de provimento surgia como antecâmara ou momento anterior à nomeação definitiva previsto para as funções legalmente determinadas no art. 15.º, n.º 2, do DL n.º 427/89, de 07 de Dezembro. Embora a nomeação e o contrato de provimento partilhem as características de subordinação jurídica e de prestação de um serviço/actividade em troca de remuneração, um dos elementos distintivos que se salientam entre o contrato administrativo de provimento e a nomeação é a natureza transitória do primeiro, uma vez que, com a celebração daquele, não se tinha em objectivo o preenchimento de um lugar do quadro⁹.

Ao contratado, título obtido através da celebração de contrato de trabalho, era aplicável o Código do Trabalho, sendo que os litígios dele emergentes eram submetidos, naturalmente, aos Tribunais de Trabalho (jurisdição comum).

⁸ A nomeação podia assumir as modalidades de nomeação por tempo indeterminado e de nomeação em comissão de serviço (cfr. art. 5.º do DL n.º 427/89, de 07 de Dezembro), das quais resultava a qualidade de funcionário.

⁹ Para mais desenvolvimento, analisando pormenorizadamente os demais pontos característicos das figuras em causa, cfr. VIANA, Cláudia – *Contrato de trabalho em funções públicas: privatização ou publicização da relação jurídica de emprego público?*, op. cit., p. 287 e ss.

2.2. A generalização do contrato individual de trabalho na Administração Pública: A Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, e a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho

A Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, que aprovou a Lei-Quadro dos Institutos Públicos, viria a consagrar formalmente o contrato individual de trabalho como o regime regra para a relação de emprego para as entidades que assumissem o figurino de institutos públicos.

Deste modo, com a publicação da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, os institutos públicos passam a celebrar contratos individuais de trabalho para a constituição de relação jurídica laboral, aplicando-se, concomitantemente, o regime laboral comum, não obstante se introduzirem algumas matizes jus-publicistas, em sede de aplicação do direito laboral aos institutos públicos¹⁰.

As salvaguardas previstas na lei para estes contratos individuais de trabalho celebrados por institutos públicos, que se prendem com condicionalismos de ordem jurídico-pública, que se aportam como desvios ao regime laboral comum, impedindo a sua (total) contaminação pela laborização ou privatização do regime, podem ser agrupadas em duas ordens, que se salientam:

i) A primeira, que se reconduz à imposição aos trabalhadores dos deveres profissionais e limitações próprias do funcionalismo público, decorrentes do princípio da prossecução do interesse público e das garantias de imparcialidade e proibição de acumulação de funções aplicáveis aos demais funcionários e agentes administrativos (cfr. art. 34.º, n.º 4, da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro);

ii) A segunda, consiste na obrigatoriedade da realização de um procedimento de selecção objectivo e transparente, prescrevendo a obrigatoriedade de publicitação da oferta de emprego pelos meios mais adequados, de maneira a assegurar a igualdade de condições e de oportunidades dos candidatos, impondo-se o dever de fundamentação da decisão tomada (cfr. art. 34.º, n.º 3, da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro)¹¹.

A Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprova o regime jurídico do contrato individual de trabalho da Administração Pública¹², veio consolidar e generalizar esta tipologia de contrato no seio do sector da administração clássica ou tradicional (cfr. art. 1.º, n.º 2 e 3, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho). Este regime legal veio estender a possibilidade do Estado e outras pessoas colectivas públicas, com a excepção subjectiva prevista no n.º 3 do art. 1.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, celebrarem contratos de trabalho, ao qual se aplicava o regime do

¹⁰ Sem prejuízo do exposto, a legislação em análise previa a possibilidade de os institutos adoptarem, quando tal se justificasse, o regime jurídico da função pública (cfr. arts. 6.º, n.º 2, alínea b) e 34.º, n.º 1 da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro).

¹¹ A solução legislativa de aplicação do contrato individual de trabalho não foi julgada desconforme com a Constituição, em sede de apreciação pelo Tribunal Constitucional, cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 162/03, proferido no processo n.º 777/02, datado de 25.03.2003.

¹² Para mais desenvolvimentos relativos à análise da disciplina legal introduzida por este diploma legal, cfr. PIRES, Miguel Lucas - *O Contrato Individual de Trabalho na Administração Pública*. Revista Questões Laborais. A. 13, n.º 28 (2006), p. 191 e ss.

Código do Trabalho e respectiva legislação especial, com as especificidades constantes da referida lei.

Todavia, a generalização dessa prática foi acautelada, uma vez mais, através da introdução de dois limites.

Um limite de natureza material, e que impedia o nascimento do vínculo de emprego público através desta figura, ao preceituar que não podiam ser objecto de contrato de trabalho por tempo indeterminado, no âmbito do Estado, as actividades que implicassem o exercício directo de poderes de autoridade que definam situações jurídicas subjectivas de terceiros ou o exercício de poderes de soberania (cfr. art. 1.º, n.º 4, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho). Um outro limite pode encontrar-se na formulação de especificidades de natureza jus administrativa que vinham impedir a integral privatização da relação laboral, como se constata na consignação de requisitos relativos ao processo de selecção¹³, à regra de que o vencimento do pessoal contratado não devia ultrapassar os vencimentos aplicáveis ao funcionalismo público (cfr. art. 13.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho) e ainda se estabelecia a proibição da conversão dos contratos a termo em contrato por tempo indeterminado (cfr. art. 10.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho).

Sem embargo das barreiras de cariz jus-publicistas que acabamos de enunciar sumariamente, não se pode deixar de frisar que a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, procedeu a uma revolução copernicana relevante no paradigma do modelo até então vigente, ao estatuir a alternatividade entre a nomeação e o contrato de trabalho por tempo indeterminando, submetido (quase) integralmente ao regime laboral comum, como meios de constituição de vínculo de emprego na Administração Pública.

Assim, em conformidade com a reforma introduzida, o exercício de funções públicas, de carácter permanente e imbuído na ideia de continuação do serviço, passou a ser atribuído aos trabalhadores, não apenas àqueles cuja relação era titulada pelo vínculo de nomeação, mas também aos submetidos a contrato individual de trabalho regulado pelo direito laboral comum.

Desde a data da publicação da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, até a reforma de 2008, podemos, assim, constar que, no seio da Administração Pública (e numa micro escala no âmbito de um mesmo ente ou serviço), coabitavam trabalhadores vinculados quer ao regime jurídico da função pública, quer ao regime laboral comum, fruto da tendencial paridade entre contrato e nomeação, o que punha em relevo a submissão de trabalhadores a regimes jurídicos distintos, sem que se vislumbrasse a matriz norteadora desta diferenciação, que não assentava numa justificação objectivamente expressa e explícita, o que podia contender com o princípio da igualdade.

Neste contexto, a lei apenas acautelava que, no âmbito da administração directa do Estado, não podiam ser objecto de contrato de trabalho por tempo indeterminado actividades que

¹³ Veja-se a garantia de publicitação da oferta de trabalho, a igualdade de condições e oportunidades e ainda a tomada de uma decisão fundamentada em critérios objectivos de selecção – cfr. art. 5.º da Lei n.º 23/2004.

contendessem com o exercício directo de poderes de autoridade que definiam situações jurídicas subjectivas de terceiros ou o exercício de poderes de soberania - mantendo-se aqui o regime laboral público, o que nos conduz à reserva da função pública em sentido estrito. Mas fora deste reduto, a administração pública estava habilitada – como se extrai da expressão “pode” – a optar entre a celebração de um contrato submetido ao direito privado, por força da aplicação da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, como a constituir o vínculo de emprego público empregando o regime da nomeação. O regime legal era claramente omissa quanto a critérios legais vinculativos que impusessem à administração critérios suficientemente claros e congruentes para fundar a diferenciação de regimes que a própria lei consentia.

2.3. Transição para um regime de relação laboral contratualizada: a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e a Lei n.º 59/2008, de 11 de Dezembro

A reforma de emprego público de 2008 foi concretizada pela aprovação da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, que estabelece os regimes de vinculação, de carreiras, e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, e a Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, que aprova o regime de contrato de trabalho em funções públicas.

O conjunto de diplomas acabados de elencar em epígrafe constitui uma alteração de paradigma na estruturação do modelo de emprego público, movendo-se no sentido de alterar o tradicional sistema estatutário-legal de função pública para um sistema contratualizado¹⁴.

Em termos sumários, os traços essenciais da concepção clássica conduzem à rejeição da possibilidade de os vínculos de emprego público serem constituídos através de instrumentos de natureza contratual, sendo que a relação de emprego público vem configurada como uma relação especial de poder, com a assunção de que os interesses dos funcionários públicos e do Estado não se encontravam influenciados pela conflituosidade. Segundo esta concepção, os interesses dos funcionários não se particularizavam, nem tinham uma dimensão autónoma, em virtude da supremacia e dos poderes atribuídos ao empregador público. O funcionário não era um trabalhador, inserido que estava no âmbito de uma determinada função, nem era reconhecido como centro imputador de direitos/deveres, enquanto sujeito de direito na relação que estabelecia com a entidade pública. Uma das expressões mais relevantes desta concepção, e que se projecta na esfera do funcionário, consiste na ausência (ou restrição) de reconhecimento formal do mesmo enquanto sujeito titular de direitos fundamentais. A que acresce a pouca atenção e tutela que merecia a vontade do funcionário, que apenas tinha enquadramento enquanto requisito de eficácia na aceitação da nomeação, pois que o acto constituinte do vínculo de emprego público era um acto administrativo unilateral. A concepção assim desenhada lançava um profundo abismo entre o vínculo de emprego público e o vínculo de emprego privado, assente na natureza distinta destes, e nas características desiguais entre as duas relações laborais.

¹⁴ Sobre a concepção clássica ou publicista do emprego público, em contraponto à concepção jus-laboralista de emprego público, consultar ANTUNES, Vera Lúcia Santos - *O Contrato de Trabalho na Administração Pública – Evolução, Reflexos e Tendências para o Emprego Público*. Coimbra Editora, 2010, p. 66 e ss.

No âmbito da reforma levada a cabo em 2008, caminha-se para um modelo contratual da relação jurídica laboral, de laboralização da administração pública, que subordina o emprego público, de forma bastante acentuada, à legislação comum do trabalho. Patenteando e constatando a defesa de interesses conflitantes, latentes ou expressos, entre empregador e trabalhador, no seio da relação de trabalho subordinado, e tomando em consideração a vontade e os interesses autónomos do trabalhador, fruto desta concepção, esta reforma laboral vem consagrar, de forma sistemática e estruturada, um conjunto de direitos na esfera jurídica dos trabalhadores que podem ser apostos em face da entidade empregadora (máxime, Estado), até então incipientes ou que careciam de concretização legislativa, como sejam os direitos de personalidade (cfr. arts. 6.º e ss da Lei n.º 59/2008, de 11 de Dezembro). De igual forma, os instrumentos de regulamentação colectiva foram expressamente previstos (cfr. arts. 1.º e 2.º e 340.º e ss da Lei n.º 59/2008, de 11 de Dezembro), expressão do reconhecimento da vontade dos trabalhadores (e seus representantes) na modelação do regime laboral.

Posto em revista os principais traços distintos da reforma laboral, que procedeu à transição de um modelo clássico, para uma concepção jus-laboralista, analisemos o modo de constituição do vínculo de emprego público.

O regime de vinculação, de carreiras, e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas estabelecia como modalidades de constituição da relação jurídica de emprego público a nomeação, o contrato de trabalho em funções públicas e a comissão de serviço.

Com a Lei n.º 12-A/2008¹⁵, de 27 de Fevereiro, o regime estatutário passou a residual, apenas se adoptando a figura jurídica da nomeação¹⁶ para os casos tipificados (e bastante reduzidos) no art. 10.º, reportados a funções de autoridade¹⁷, ao passo que o regime contratual, adoptado por meio do Contrato de Trabalho em Funções Públicas afirmou-se como o regime regra ou comum, de aplicação genérica ao emprego público (cfr. art. 20.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro).

Uma das linhas mestras norteadoras da reforma foi a extinção da distinção dos regimes jurídicos aplicáveis em função única e exclusivamente do título constitutivo da relação jurídica de emprego (nomeação e contrato de trabalho individual), procurando-se encontrar um critério material erigido em razão das funções exercidas, que, como vimos, decorre da imposição constitucional dos princípios constitucionais de reserva da administração pública e de função pública.

¹⁵ Em sintonia com a substituição do conceito básico central de funcionário público pelo conceito de trabalhador, encetada a nível da reforma constitucional de 1982, designadamente no art. 269.º da CRP, o legislador confere aos trabalhadores que se vinculem através deste novo regime, instituído pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, a qualidade de trabalhadores que exercem funções administrativas (art. 2.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro).

¹⁶ A nomeação podia ser definitiva ou transitória (cfr. art. 12.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro). Deixou de fazer-se referência ao contrato administrativo de provimento e ao contrato de trabalho como títulos concedentes do vínculo de emprego na Administração Pública.

¹⁷ E que se concretiza no exercício das seguintes funções: missões genéricas e específicas das forças armadas em quadros permanentes, representação externa do Estado, informações de segurança, investigação criminal, segurança pública, quer em meio livre, quer em meio institucional, inspecção.

Deste modo, mediante a publicação da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, procedeu-se a uma *summa divisio* no seio das funções públicas, determinando-se que as funções de autoridade careciam de regulação por meio da adopção da figura de nomeação.

O contrato de trabalho em funções públicas podia revestir as modalidades de contrato por tempo indeterminado ou a termo resolutivo, certo ou incerto (cfr. art. 21.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro).

As soluções adoptadas na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e que conformam o regime legal disciplinador do contrato de trabalho em funções públicas, aproximam-se, do ponto de vista substancial, das soluções adoptadas do direito laboral privado, embora do ponto de vista formal, deva considerar-se estarmos perante um contrato administrativo (tal como decorre explicitamente do art. 9.º, n.º 3, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro), ao qual não se aplica, todavia, o Código dos Contratos Públicos (cfr. art. 4.º, n.º 2, alínea a), do CCP).

No tocante à duração e estabilização do contrato, embora a regra seja a celebração do contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, afigurando-se o recurso ao contrato de trabalho a termo resolutivo, certo ou incerto, admissível nos casos previstos na lei¹⁸, a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, tornou, confessada e deliberadamente, o vínculo laboral menos estável e mais flexível.

O que se acabou de dizer, encontra desde logo fundamento se atentarmos à análise das causas previstas para a cessação dos vínculos em consideração. Nesta senda, a nomeação consubstancia-se como um regime que tende à estabilidade, mais garantístico comparativamente àquele previsto para o vínculo de natureza contratual, na medida em que a nomeação definitiva cessava por falta de sucesso no período experimental, exoneração a pedido do trabalhador, mútuo acordo entre a entidade empregadora e o trabalhador, aposentação, morte do trabalhador e aplicação de pena disciplinar expulsiva (cfr. art. 32.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro).

Já as razões de cessação do vínculo laboral gerado pelo contrato por tempo indeterminado decorrem da verificação das causas previstas no art. 33.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, em conjugação com os arts. 246.º e ss da Lei n.º 59/2008, de 11 de Dezembro, que são, em hipótese, mais alargadas comparativamente com as previstas para a nomeação. São elas: a conclusão com insucesso do período experimental¹⁹, por motivo disciplinar, a caducidade²⁰, a revogação²¹, a resolução²², a denúncia²³, o despedimento colectivo e por

¹⁸ Cfr. Art. 22.º da Lei n.º 12-A/2008, 27 de Fevereiro, concatenado com os arts. 93.º e 106.º da Lei n.º 59/2008, que prevêm os pressupostos legalmente tipificados da utilização do contrato a termo resolutivo.

¹⁹ Cfr. art. 33.º, n.º 1 da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

²⁰ Cfr. arts. 251.º e ss da Lei n.º 59/2008, de 11 de Dezembro.

²¹ Cfr. arts. 255.º e ss da Lei n.º 59/2008, de 11 de Dezembro.

²² Enquanto modo de cessação por iniciativa do trabalhador, prevista no art. 280.º da Lei n.º 59/2008, de 11 de Dezembro.

²³ Enquanto modo de cessação por iniciativa do trabalhador, prevista no art. 286.º da Lei n.º 59/2008, de 11 de Dezembro.

extinção do posto de trabalho²⁴, por impossibilidade superveniente do empregador público receber definitiva e absolutamente o trabalho²⁵ e cessação por iniciativa da entidade empregadora pública por despedimento por inadaptação²⁶²⁷.

Assim, ao estabelecer os pressupostos substantivos de tais causas de cessação, este regime prevê causas de cessação do contrato de trabalho por razões objectivas (despedimento colectivo e por inadaptação), em estreita conexão com o objectivo de reduzir o vínculo de estabilidade, e assim promover a eficácia, eficiência, rentabilidade e produtividade dos trabalhadores, aplicáveis apenas aos funcionários cujo vínculo é o contrato de trabalho em funções públicas.

De salientar o art. 88.º, n.º 4, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, que estabeleceu um regime transitório ao abrigo do qual os funcionários públicos com nomeação definitiva, aquando da entrada em vigor desse diploma legal, que exercessem funções em condições diferentes das referidas no artigo 10.º, pese embora transitassem *ope legis* para o vínculo do contrato por tempo indeterminado, mantiveram o regime de mobilidade e as causas de cessação próprias e particulares do regime de nomeação que vigorava até então²⁸.

Ao nível das fontes normativas do emprego público, desloca-se a órbita centrada essencialmente na lei, em consonância com o regime geral ser o estatutário-legal, para a relevância dada a disposições contidas no contrato e em instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, as quais têm o alcance de integrar ou derogar as normas legais, desde que mais favoráveis aos trabalhadores (modelo contratualizado). Assim, podemos aqui assinalar a diversidade de fontes normativas susceptíveis de aplicação ao contrato de trabalho em funções públicas, um dos traços de maior flexibilidade do emprego público (art. 81.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro).

As fontes normativas do título de nomeação, em contraste ao que se acabou de vir de dizer, continuavam a girar em torno das leis gerais e das leis especiais aplicáveis às carreiras especiais, em conformidade com o modelo que aqui se manteve intocável, conforme se pode constatar do art. 80.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e coloca em relevo resquícios de um modelo clássico em que a lei (e o acto) era(m) o ponto cardinal da relação jurídica de emprego público.

²⁴ Cfr. art. 7.º da Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, em conjugação com o Decreto-Lei, nº 200/2006, de 25 de Outubro, e os arts. 17.º e 18.º da Lei n.º 23/2004.

²⁵ Cfr. art. 33.º, n.º 9, alínea a), da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

²⁶ Cfr. art. 33.º, n.º 9, alínea b), da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e arts. 259.º da Lei n.º 58/2008, de 11 de Dezembro.

²⁷ A previsão de cessação do vínculo laboral por causas objectivas não foi julgada desconforme à Constituição pelo Tribunal Constitucional, conforme decorre da jurisprudência emanada no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013, proferido no processo n.º 754/13, datado de 29.08.2013. Destarte, a proposta legislativa que visava abolir a salvaguarda do regime da mobilidade e das causas objectivas de cessação de vínculo de emprego público aplicável aos “antigos” nomeados que transitaram para o regime de contrato de trabalho foi julgada inconstitucional no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013, proferido no processo n.º 754/13, datado de 29.08.2013, por postergar a tutela da confiança legítima.

²⁸ O Tribunal Constitucional, através do seu acórdão n.º 154/2010, proferido no processo n.º 177/09, datado de 20.04.2010, em processo de fiscalização abstracta sucessiva, embora reconhecendo que subsiste um “regime de função pública”, entendeu que a alteração do regime de nomeação para um regime contratual não ofende, em si mesmo, a ideia de um estatuto específico da função pública.

Uma última nota para deixar bem vincada a mudança de paradigma que a reforma de emprego público empreendida em 2007/2008 induziu, e cujas linhas orientadoras se mantiveram inalteradas no regime da LGTFP, que apenas aprofundou a convergência entre o modelo laboral comum e o público, radica na importância conferida a sistemas de avaliação de desempenho, na vertente de promoção da produtividade e da eficiência, e que se reflecte na aprovação do SIADAP (Sistema Integrado da Avaliação de Desempenho da Administração Pública), aprovado pela Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro, que condiciona o desenvolvimento das carreiras ao desempenho obtido nas classificações de serviço ²⁹.

III. Elementos caracterizadores do contrato de trabalho em funções públicas à luz da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas

3.1. Contrato de trabalho em funções públicas e as restantes formas de constituição do vínculo de emprego público

Sem ambições de introduzir rupturas, o alcance da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LGTFP), aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Julho, foi o de dar continuidade ao sistema vigente da reforma de emprego público de 2008, o qual já foi analisado relativamente ao núcleo essencial do regime jurídico-funcional das relações jurídicas de emprego público.

A exposição de motivos da LGTFP (contida na Proposta de Lei n.º 184/XII), além de fazer referência à necessidade de um sistema claro do quadro legal aplicável, em razão da existência de um conjunto disperso de diplomas legais, evidenciava que as alterações impostas na nova Lei visam um duplo objectivo: *“assumir a convergência tendencial do regime dos trabalhadores públicos com o regime dos trabalhadores comuns, ressalvadas as especificidades exigidas pelas funções e pela natureza pública do empregador, com salvaguarda do estatuto constitucional da função pública; tomar como modelo de vínculo do emprego público a figura do contrato de trabalho em funções públicas, sem deixar de procurar um regime unitário para as duas grandes modalidades de vínculo de emprego público (contrato e nomeação)”*

Analisemos as principais tipologias de vínculo de emprego público.

O trabalho em funções públicas, no âmbito da LGTFP³⁰, pode assumir as modalidades de vínculo de emprego público ou a modalidade de vínculo de prestação de serviços (cfr. arts. 1.º e 6.º da LGTFP).

²⁹ Veja-se, nesse sentido, a síntese feliz de Nuno Vasconcelos Albuquerque Sousa: *“esta evolução legislativa teve um claro sentido e propósitos gerais: a laboralização da função pública, a substituição da função pública administrativa pela concepção mais laboralizante do emprego público, a substituição do funcionário pelo trabalhador, a substituição da concepção estatutária pela concepção contratual”* – SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque - *A reforma de emprego público em Portugal*, In Para Jorge Leite Escritos Jurídico-Laborais. Coimbra Editora, 2014, p. 1008.

³⁰ A Lei comporta um âmbito objectivo e subjectivo transversal, abarcando a administração directa e indirecta do Estado, os serviços da administração regional e da administração autárquica, e, por extensão, os órgãos e serviços de apoio do Presidente da República, dos Tribunais e do Ministério Público e respectivos órgãos de gestão e outros órgãos independentes e órgãos e serviços de apoio à Assembleia da República. Estão excluídos do âmbito de aplicação da Lei: gabinetes de apoio dos membros do Governo e os titulares dos órgãos de soberania; entidades públicas empresariais; entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica

Como vimos, o actual modelo de constituição de vínculo de emprego público é composto por três modalidades de vinculação³¹ – a nomeação, o contrato de trabalho e a comissão de serviço –, donde decorre que a nomeação³², assumindo-se, até à reforma de 2008, como o vínculo predominante, passa a conformar genética e constitutivamente a relação laboral apenas e na medida em que se esteja perante as funções indicadas taxativamente no n.º 1 do art. 8.º da LGTFP, cujo exercício se desenvolve em carreiras especiais (cfr. art. 8.º, n.º 2, da LGTFP).

As três modalidades referidas constituem formas de geração da relação jurídica de emprego público, modos como alguém (uma pessoa singular) passa a prestar o seu trabalho, sob a direcção, autoridade e disciplina de um empregador público. Independentemente do vínculo genético, a relação jurídica de emprego público assume natureza administrativa e, por prévia determinação legal, os litígios emergentes pertencem à jurisdição administrativa (cfr. art. 12.º da LGTFP).

A inversão enunciada do meio normal de constituição dos vínculos de emprego público, figurando o regime da nomeação como figura residual, e a consagração do contrato como meio privilegiado e preferencial da constituição de emprego público, são reputadas como soluções de duvidosa constitucionalidade para Paulo Veiga e Moura³³. Como vimos, e com o devido respeito, não parece ser essa a interpretação mais certa dos preceitos constitucionais convocáveis, não resultando dos preceitos constitucionais a impossibilidade de a Administração formar vínculos de emprego público assente numa base contratual. O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a questão, fazendo consignar, expressivamente, que embora se admita *“que a Constituição prevê e protege uma relação jurídica de trabalho específica, correspondente à função pública no seu sentido estrito, não decorre daí que o modelo de vínculo laboral seja um “modelo estatutário simples ou puro” ou que o legislador não possa “prever outras formas jurídicas da relação de trabalho da Administração Pública, maxime optar pela forma típica das relações de trabalho privadas, o contrato de trabalho” (veja-se Ana Fernanda Neves, ob. cit., p. 331 ess.). Nada obsta a que, no âmbito das relações de emprego público, a regra geral seja a da “contratação” e que a “nomeação” seja a excepção, especialmente justificada em razão da especificidade das funções públicas a exercer.”*³⁴.

dos sectores privados, público e cooperativo e o Banco de Portugal. A lei também não é aplicável aos militares das Forças Armadas, aos militares da Guarda Nacional Republicana e ao pessoal com funções policiais da Polícia de Segurança Pública, cujos regimes constam de lei especial, sem prejuízo do disposto nas alíneas a) e e) do n.º 1 do art. 8.º e do respeito pelos princípios aplicáveis ao vínculo de emprego público (cfr. art. 2.º da LGTFP).

³¹ Ana Fernanda Neves refere que da análise legislativa decorre um princípio de tipicidade dos respectivos vínculos jurídicos, numa dupla vertente: as relações de trabalho da Administração Pública assumem necessariamente um dos três tipos de vínculos previstos na lei, e que cada um deles só pode ter aplicação nas situações nela previstas. Cfr. NEVES, Ana Fernanda - *Direito da Função Pública*. In Tratado de Direito Administrativo Especial. Paulo Otero e Pedro Gonçalves (org). Vol. IV. Almedina, 2010, p. 442.

³² A nomeação mantém-se como acto administrativo unilateral, cuja perfeição depende apenas da vontade da administração, e cuja produção de efeitos encontra-se condicionada à aceitação do nomeado – cfr. art. 42.º da LGTFP, quanto à forma as disposições contidas nos arts. 41.º e 43.º da LGTFP, MOURA, Paulo Veiga, e ARRIMAR, Cátia - *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*. Coimbra Editora, 2014, p. 109 e ss.

³³ A cfr. MOURA, Paulo Veiga, e ARRIMAR, Cátia - *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, op. cit., p. 107.

³⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 154/2010, proferido no processo n.º 177/09, datado de 20.04.2010.

Porque as reputamos como mais relevantes, apresentando-se no contexto dos vínculos existentes como os mais expressivos, em termos proporcionais, da função pública, iremos apenas centrar a nossa atenção nas modalidades de nomeação e de contrato de trabalho em funções públicas, descurando a análise da comissão de serviço³⁵.

A diferenciação entre as duas principais modalidades de vinculação funda-se em critérios materiais, sustentados no núcleo das funções exercidas - mantém-se, assim, na esteira da reforma de 2008, uma tendencial equiparação entre a natureza das funções e a modalidade de constituição de vínculo de emprego público.

O contrato de trabalho em funções públicas é o vínculo comum ou regra da relação jurídica de emprego público, conforme se extrai do art. 7.º da LGTFP, para o qual se serve a regulação laboral das funções predominantemente técnicas e/ou materiais e/ou operacionais dos trabalhadores da Administração Pública, cujo exercício é realizado despido de poderes de autoridade, i.e. não se caracteriza na sua essência pela presença de prerrogativas de autoridade e/ou de poderes típicos de soberania, que, em breves traços, imponham a definição da esfera jurídica de terceiros³⁶. Seguindo um critério residual ou negativo, não se verificando as situações em que se devam reconduzir necessariamente a um dos tipos de vínculos legalmente previstos (nomeados ou designados em comissão de serviço), os trabalhadores são contratados.

Ficou consolidada a diferenciação entre as duas modalidades de constituição de vínculo de emprego público assente nas funções exercidas³⁷, e não por referência ao título constitutivo, não existindo uma relação de alternatividade, nem sequer de subsidiariedade entre a nomeação e o contrato de trabalho em funções públicas, mas antes estabelece-se, de forma autónoma, os seus espaços próprios de vinculação.

A LGTFP consolidou a evolução registada da implementação do arquetípico do contrato do trabalho em funções públicas, em substituição da nomeação, assim como defluiu, da intenção do legislador, os sinais de aproximação da relação jurídica de emprego público ao regime da relação laboral comum.

³⁵ Na verdade, até à alteração trazida pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, o ordenamento jurídico apenas conhecia duas modalidades de constituição da relação jurídica: a nomeação e contrato. A comissão de serviço, já presente no ordenamento jurídico público, era antes uma sub categoria de nomeação. Remetemos para o art. 9.º da LGTFP a forma como a legislação erigiu esta figura.

³⁶ Para uma síntese das alterações de maior relevo na LGTFP, consultar ALMEIDA, Paulo - *A lei geral do trabalho em funções públicas, Comentário às principais alterações*. In Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier. Católica, Vol. III, 2015, p. 79-104. Para uma visão pormenorizada e crítica sobre esta distinção, consultar FÁBRICA, Luís - *A natureza das funções e modalidades de constituição do vínculo de emprego público, Brevíssima crónica de alguns equívocos legislativos*. In Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Católica, Vol. II, 2015, p. 375-385. O Ilustre autor, em súmula, adopta um postura crítica, defendendo que “a contraposição entre as funções ligadas ao exercício da autoridade pública e as restantes funções administrativas, subjacente ao art. 8.º LFTFP, não constitui critério para uma distinção entre as diversas categorias de trabalhadores em relação jurídica de emprego público”, preconizando ainda que “não é justificável a existência de modalidades diversas de actos constitutivos de relação jurídica de emprego público”.

³⁷ Cumpre deixar referência que, nos termos do art. 42.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, que aprovou a LGTFP, ficou preservado do alcance revogatório da Lei n.º 12-A/2008, o seu art. 88.º, que se mantém em vigor neste aspecto nuclear, com alcance prático relevante, na manutenção da dualidade de regimes aplicáveis aos funcionários abrangidos pelo contrato de trabalho em funções públicas, no que se prende com o regime de mobilidade e as causas de cessação do contrato de trabalho em funções públicas.

Neste contexto, a LGTFP postula o caminho trilhado de consolidação da convergência entre o regime laboral público e o regime laboral comum, cujos traços cruciais advêm da Lei n.º 12-A/2008, que se torna bem patente através da remissão para o Código de Trabalho (CT) e respectiva legislação complementar como regime subsidiário, mas, mais convictamente, com a previsão, no art. 4.º da LGTFP, da recepção formal e imediata de determinadas regulações do Código do Trabalho.

Como já demos nota, como aceitação de uma característica do modelo contratual da relação de emprego público, encontrámos na LGTFP o reconhecimento de direitos jus-fundamentais (ou concretizadores de normas constitucionais) dos trabalhadores, sendo a normação aí prevista meramente exemplificativa, passando a LGTFP a remeter em bloco para o Código de Trabalho nas seguintes matérias: direitos de personalidade, igualdade e não discriminação, protecção do património genético, protecção da maternidade e paternidade, estatuto de trabalhador-estudante, e direitos no âmbito da segurança, higiene e saúde no trabalho, direito de representação colectiva e de associação sindical e direito à greve, organização e tempo de trabalho, regime de férias, parentalidade; trabalhador com capacidade reduzida e trabalhadores com deficiência ou doença crónica; trabalhador estudante; organização e tempo de trabalho; tempos de não trabalho; promoção da segurança e saúde no trabalho, incluindo a prevenção³⁸.

A assinalar, como expoente desta convergência de regime, o regime das fontes, prevendo-se que instrumentos de regulamentação colectiva podem dispor sobre a matéria prevista no art. 13.º da LGTFP, que estabelece, genericamente, que *“o contrato de trabalho em funções públicas pode ser regulado por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, nos termos da presente lei”*, preceito que deve ser interpretado em articulação com o regime disciplinado no art. 355.º da LGTFP³⁹.

Com efeito, o art. 355.º, n.º 1, do LGTFP, sob a epígrafe *“objecto da negociação colectiva”*, vem, em parte, diminuir o alcance do art. 4.º da LGTFP, pois se determina que os instrumentos de negociação colectiva apenas podem versar sobre as concretas matérias expressamente previstas nas várias alíneas do n.º 1 do art. 355.º da LGTFP (ou em norma especial). Assim, é a lei que recorta as matérias que os instrumentos de regulamentação colectiva podem dispor em sentido mais favorável ou desfavorável à disciplina legal geral – o que tem reflexos importantes, posto que, por exemplo, em matéria de carreiras, os instrumentos de negociação colectiva não podem criar *ex novo* carreiras não previstas na lei (em reforço, cfr. art. 86.º, n.º 2, do LGTFP).

Ainda em matéria de negociação colectiva, uma solução inovadora, mesmo em face do regime laboral privado comum, em que continua a vigorar o denominado princípio da filiação, é a solução prevista no art. 370.º, n.º 3, da LGTFP, ao abrigo do qual, a outorga dos acordos

³⁸ Com a nova redacção dada pelo art. 126.º da LGTFP, verifica-se uma redução do período anual de férias para 22 dias úteis, tornando-se irrelevante a idade do trabalhador para efeitos de majoração dos dias de férias.

³⁹ O art. 56.º, n.ºs 3 e 4, da CRP consagram o direito à contratação colectiva, aplicável aos trabalhadores da Administração Pública e do sector privado.

colectivos de trabalho é susceptível de vincular trabalhadores não sindicalizados e os trabalhadores filiados noutros sindicatos, salvo se os mesmos manifestarem a sua oposição no prazo de 15 dias a contar da data de entrada em vigor do referido acordo.

Atendendo ao modelo contratualizante, uma importante nota recai sobre a possibilidade de o contrato assumir um papel de relevo como mecanismo modificador da lei disciplinadora da relação jurídica de emprego público, o que atesta o acentuar da autonomia na formação do emprego público. Como exemplo desta asserção, pode ser invocada a possibilidade de ingresso, sem prévia relação jurídica, para postos de trabalho intermédios e de topo e a possibilidade de negociação da posição remuneratória na carreira, ou seja, a possibilidade de negociação do posicionamento do trabalhador recrutado (cfr. art. 55.º LVCR⁴⁰ e actual art. 38.º da LGTFP). Mas, tal como sucede com a sistemática dos instrumentos de regulamentação colectiva, esta característica da alteração da estruturação das fontes de emprego público deve ser alcançado com *grano salis*. A LGTFP não parece querer atribuir ao clausulado contratual uma posição de supremacia em relação às disposições legais que regulamentam a relação de emprego, o que, conjugado com o entendimento do princípio da legalidade da administração, impondo que a Lei seja critério, limite e fundamento da actuação dos órgãos e poderes públicos, parece inculcar a consideração de que também as disposições contratuais não são susceptíveis de alterar o regime plasmado na lei. Também nesta sede, uma leitura compatível com os princípios vertidos, designadamente os princípios da legalidade e da prossecução do interesse público, apenas podem admitir a virtualidade do contrato ser passível de alterar o regime decorrente da lei mediante expressa previsão na lei, e quando for no sentido favorável do trabalhador.

As precisões assim introduzidas, na óptica do papel das fontes de relação laboral, são susceptíveis de clarificar o real alcance do sentido da privatização da relação de emprego público, consubstanciando normas travão que, em grande medida, reduzem o alcance prático da relevância da vontade, em detrimento da hegemonia da lei.

Por outro lado, e assente em critérios de eficiência e eficácia, baluartes tidos como máximos no direito laboral comum, encontra-se completamente eliminada a figura da progressão automática em cada categoria, sendo que a alteração da posição remuneratória em cada carreira fica condicionada a uma decisão de gestão, tal como resulta do art. 38.º da LGTFP.

Para além da utilização do instituto próprio do direito do trabalho, concretamente o contrato de trabalho, verifica-se a assimilação de outros conceitos e institutos forjados no direito laboral comum, como posto de trabalho (cfr. art. 30.º da LGTFP), redução da actividade e suspensão do contrato de trabalho (cfr. arts. 276.º e ss da LGTFP), pacto de não concorrência e de permanência (respectivamente, arts. 77.º e 78.º da LGTFP), e despedimento por causas objectivas⁴¹ (como seja a cessação do contrato de trabalho em funções públicas na sequência

⁴⁰ O Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 620/2007, proferido no processo n.º 1130/07, datado de 20.12.2007, conclui que o preceito que dispunha de forma similar na Lei 12-A/2008, sobre esta matéria e previa a determinação do posicionamento remuneratório, não violava o princípio constitucional de trabalho igual, salário igual.

⁴¹ Nesta perspectiva, veja-se o entendimento de Cláudia Viana, segundo o qual “no modelo de emprego público, a adopção, como regime regra, do contrato de trabalho em funções públicas não é sinónimo de privatização, quer

de processo de reorganização de serviços e racionalização de efectivos, disciplinado nos termos do art. 311.º da LGTFP).

3.2 Ponto de Ordem: qual o sentido e a linha condutora da reforma de emprego público - privatização ou da publicização?

Do percurso acabado de seguir, deflui que o modelo adoptado pela Lei n.º 23/2004 era mais permeável, pelo menos do ponto de vista formal, ao direito do trabalho comum do que o regime decorrente da Lei n.º 12-A/2008⁴².

O sentido da privatização do Estatuto da Função Pública assume vários contornos dependendo da classificação adoptada pelos autores que têm vindo a devotar atenção a esta questão.

O leito condutor das sucessivas reformas acabadas de descrever não deixa de ter relevo na aproximação a instrumentos e técnicas de gestão privada, em detrimento de formas de actuação pública. Todavia, alguns caracteres que têm vindo a ser assinalados e apontados como sinónimo de privatização da relação de emprego público, não nos parecem, à partida, serem relevantes para a formulação dessa conclusão.

Por um lado, não nos parece ser adequado falar de privatização da função pública apenas em virtude de parte do pessoal afecto à Administração Pública se encontrar adstrita ao exercício de funções através de um vínculo cuja raiz tem um cunho marcadamente contratual, fugindo a uma lógica de atribuição da incumbência do exercício de funções públicas por meio do acto administrativo (máxime, nomeação). Por outras palavras, a mera alteração da modalidade de vínculo regra (nomeação para contrato de trabalho em funções públicas) não parece traduzir-se num fenómeno qualificável como de privatização da função pública, que ofenda o seu estatuto jurídico-constitucional, na medida em que, como vem sendo reconhecida na dogmática do direito administrativo geral, a fungibilidade do acto administrativo e do contrato (cfr. art. 127.º do CPA) não desvirtua a relação jurídica pública envolvida.

Por outro lado, não obstante a privatização da função pública, sob uma certa perspectiva, possa ser equacionada como o resultado de uma transformação de um serviço ou ente público para uma organização ou pessoa colectiva privada, como sucedeu, exemplificativamente, com a transmutação da Caixa Geral de Depósitos em SA de capitais exclusivamente públicos e a privatização de variadas empresas públicas, ainda, assim, o fenómeno constituinte que se assinala é apenas o da transformação do substrato das pessoas colectivas públicas em

esta seja entendida como possibilidade de admissão parcial de trabalhadores em regime laboral quer seja entendida como desaparecimento de um regime próprio e específico dos trabalhadores afectos à Administração Pública, que passam a ficar submetidos ao direito laboral". Embora reportada à vigência da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, VIANA, Cláudia – *Contrato de trabalho em funções públicas: privatização ou publicização da relação jurídica de emprego público?* In, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia / [coordenação de] Jorge Miranda. - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. II, 2010, p. 303. Este entendimento mantém toda a actualidade sobre a matéria, atendendo à manutenção das soluções consagradas no bloco de legalidade trazida a lume nos anos de 2008 e 2014.

⁴² O n.º 2 do art. 17.º da Lei 59/2008, de 11/9, estabeleceu a transição dos trabalhadores da modalidade de contrato individual de trabalho para a modalidade de contrato de trabalho em funções públicas.

privadas, com a, conseqüente, permissão destas novas pessoas colectivas privadas lançarem mão de mecanismos, institutos ou disposições inteiramente privados (e, por decorrência⁴³, também do direito laboral comum). Assim, é a própria transformação da organização da pessoa colectiva em apreço que determina a mudança do regime legal da relação de emprego, embora, por vezes subsistam nessas entidades, trabalhadores que mantenham o vínculo de emprego público, que coexiste com o regime específico privado dos restantes trabalhadores⁴⁴. Por outro lado, também não podemos acompanhar o entendimento de que a privatização do regime do pessoal da Administração Pública deriva da subsunção do regime de emprego público ao direito laboral comum. Com efeito, embora seja inexorável o paralelismo agora estabelecido entre a relação laboral privada e o público, parece que em alguns pontos, de dimensão considerável, mormente em matéria de flexibilização do horário de trabalho, retribuição do trabalho suplementar, eliminação do descanso compensatório remunerado, alteração do regime de contabilização dos dias de férias, regime de faltas ao trabalho e de cessação do contrato de trabalho, é acentuada a aproximação às regras do Código do Trabalho, tratando-se de uma convergência de “prerrogativas” ou de “direitos” laborais entre os dois regimes, mas que não constitui um reduto de integral privatização, pois, como vimos o vínculo formado pelo contrato de trabalho em funções públicas não deixa de ser formalmente de Direito Administrativo. Trata-se de soluções que se encontram porventura acoberto de restrições orçamentais que se têm vindo a sentir, assim como se depreende a opção do legislador de restringir ou limitar soluções de distinção entre “direitos laborais” atribuídos consoante a natureza do empregador público ou privado, sem fundamento bastante, na lógica da aplicação do princípio da igualdade.

De forma mais enfática, se pode argumentar que, transversal a todas as formas de vínculo de emprego público, na LGTFP, encontra-se um conjunto de disposições charneiras, de cunho jus administrativa, com a virtualidade de serem aplicáveis a todos os trabalhadores ao serviço da Administração Pública, que permite afirmar a existência de um regime jurídico próprio, substancialmente diferente do regime jurídico que disciplina os trabalhadores do sector privado. Podem apontar-se, a título exemplificativo, e como reportório da evolução já registada, alguns pontos desse regime substantivo.

Deste modo, a Constituição veda, no seu art. 269.º, n.º 4, *“a acumulação de empregos ou cargos públicos, salvo nos casos expressamente admitidos por lei”*, razão pela qual, diferentemente do que sucede no sector privado, o trabalhador do sector público não tem a disponibilidade total de trabalhar ao serviço de outrem.

Paralelamente, e em consequência do que decorre do n.º 5 do art. 269.º da CRP, os arts. 19.º a 24.º da LGTFP prevêm um conjunto de normas que disciplinam os impedimentos e

⁴³ Aos trabalhadores das empresas públicas (em sentido amplo) aplica-se o regime jurídico do contrato individual de trabalho, nos termos do preceituado no art. 17.º do DL n.º 133/2013, de 3 de Outubro.

⁴⁴ A modificação da natureza do vínculo do trabalhador, e, em decorrência a perda do regime da relação de emprego público, por transformação das organizações, não pode ocorrer indiscriminadamente. Na verdade, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 154/86, proferido no processo n.º 150/84, datado de 06.05.1996, que apreciou a questão de saber se a integração de determinados funcionários em certas empresas podia ocorrer, privando-os *ope legis* do estatuto do funcionalismo público, entendeu que, sendo certo que não havia uma situação de privação de emprego, estamos perante uma modificação substancial do regime da relação de emprego, que contenderia com o princípio da protecção da confiança.

incompatibilidades. Podemos, assim, em resultado da subordinação destes trabalhadores ao interesse público, concluir pela existência de limitações ao exercício de uma profissão (art. 47.º da CRP), em contraste do que sucede com o sector privado.

Em sintonia, a LTFP disciplina um corpo unificado de normas que conformam um verdadeiro estatuto disciplinar (cfr. arts. 74.º a 76.º e 176.º e ss da LGTFP), distinto do regime aplicável ao direito laboral comum, pelo que os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são *"responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos"* (art. 271.º, n.º 1, da CRP), solução legal que se entronca directamente com a existência de uma hierarquia administrativa com um dever de obediência.

A propósito desta diversidade entre o regime laboral comum e público, relembre-se que, no recrutamento e selecção dos trabalhadores, no preenchimento de um lugar do quadro de pessoal de um qualquer organismo público, por força do art. 47.º, n.º 2, da CRP, o acesso à função pública é operado, *"em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso"*. Por isso mesmo, o processo genético da constituição da relação jurídica de emprego público é marcado pela abertura de um procedimento selectivo de salvaguarda da liberdade e da igualdade de todos quanto se queiram candidatar a um emprego na Administração Pública, de acordo com as capacidades e méritos dos proponentes (cfr. art. 47.º, n.º 2, da CRP)⁴⁵.

A especificidade da relação jurídica de emprego público perante as relações laborais de direito privado tem, aliás, outros afloramentos de natureza formal que devem ser destacados.

Quanto ao requisito de forma, manteve-se a exigência de o contrato de trabalho em funções públicas ser reduzido a escrito (cfr. art. 40.º da LGTFP), o que constitui uma manifestação do controlo da legalidade financeira, devendo consignar as referências previstas no n.º 2 do art. 40.º da LGTFP, ao passo que vigora no direito laboral privado a regra da liberdade de forma (cfr. art. 110.º do Código do Trabalho - CT).

No âmbito da LGTFP, os trabalhadores desenvolvem as suas funções integrados em carreiras gerais ou especiais (cfr. art. 84.º da LGTFP), sendo que o objecto do contrato reporta-se, em regra, ao conjunto de funções inerentes à carreira em que o trabalhador se insere, nos termos do estabelecido no art. 80.º da LGTFP, sem prejuízo do disposto no art. 81.º da LGTFP.

No que diz respeito ao período experimental, que se destina a comprovar se o trabalhador possui as competências exigidas pelo posto de trabalho, também em dissonância com o

⁴⁵ A exigência de um procedimento concursal encontra-se prevista nos arts. 33.º a 39.º da LGTFP, cujo regime vem disciplinado na Portaria n.º 83-A/2009. Sobre a regra de concurso público, cfr. CARVALHO, Raquel - *O procedimento no acesso à função pública, reflexões de natureza constitucional*. In Estudos em Homenagem ao Prof. Jorge Miranda. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. III, 2012, p. 515 e ss. No texto, demonstra-se a relação que existe entre a regra do procedimento concursal de acesso à função pública e as funções tradicionais do procedimento administrativo (cfr. art. 267.º, n.º 5, da CRP), em especial o objectivo de assegurar a igualdade no acesso ao emprego público e as imposições europeias que resultam da liberdade de circulação de trabalhadores.

regime laboral privado, nos termos do qual durante a sua vigência a regra é a livre denúncia por qualquer uma das partes (art. 114.º do CT), sob a égide da LGTFP, prevê-se que a legitimidade para denunciar o contrato de trabalho em funções públicas pertença ao trabalhador (cfr. art. 47.º da LGTFP).

Verifica-se a admissibilidade de celebração de contratos a termo certo ou incerto, apenas para situações taxativamente contempladas no art. 57.º da LGTFP, enquanto no direito laboral privado as situações que habilitam o recurso a contrato a termo estão previstas a título meramente exemplificativo (cfr. art. 140.º, n.º 2, do CT)⁴⁶.

Subsiste, como é tradição no nosso ordenamento jurídico público, a proibição de renovação automática dos contratos a termo resolutivo (cfr. art. 61.º, n.º 1, da LGTFP), bem como a proibição da sua conversão em contrato sem termo (cfr. art. 62.º, n.º 2, da LGTFP), o que se distingue, em ambas as situações, dos preceitos contidos no regime laboral comum⁴⁷, em que surgem normas, que digamos, moralizadoras, prevêem a renovação automática em determinadas situações previstas no art. 149.º, n.º 2, do CT e a conversão em contrato sem termo em caso de vícios graves, identificados no art. 147.º, n.º 1, do CT. No nosso entendimento, a regra da não conversão em contrato por tempo indeterminado é manifestação do direito fundamental de todos acederem a um emprego na Administração Pública, segundo os princípios da igualdade de oportunidades, que a regra do concurso prevista no art. 47.º, n.º 2, da CRP constitui expoente máximo, assim como as razões de imparcialidade e transparência, em articulação com o princípio da taxatividade dos meios de constituição de vínculo de emprego público, justificam esta opção. Neste sentido, a regra do concurso visa precisamente tutelar o direito subjectivo de acesso ao emprego público – vide, neste sentido o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 409/2007, de 11 de Julho, processo n.º 306/07.

Acresce, decisivamente, ao que já se disse sobre a especificidade da relação jurídica de emprego público, em relação à generalidade das relações de direito privado, que, embora a sujeição a uma situação estrita e exclusivamente estatutária, tenha vindo a dar lugar a um estatuto tipicamente contratual, o legislador continua a dispor, em grande medida, de liberdade conformativa para adaptar o regime da função pública às necessidades de interesse público que em cada momento se façam sentir. A autonomia regulamentar e contratual, com a passagem a fontes da relação de emprego público a matéria desenvolvida e regulada em sede de instrumentos de regulação colectiva e do próprio contrato, tem de ser compulsada com a

⁴⁶ Além de se prever a possibilidade de serem apostas cláusulas acessórias relativas ao termo do prazo do contrato, a LGTFP, respectivamente nos seus artigos 77.º e 78.º, admite serem contratualizadas cláusulas acessórias com vista à limitação da liberdade de trabalho do trabalhador: o pacto de não concorrência e o pacto de permanência.

⁴⁷ Apresentando argumentação crítica quanto a esta solução, cfr. ANTUNES, Vera Lúcia Santos - *O Contrato de Trabalho na Administração Pública – Evolução, Reflexos e Tendências para o Emprego Público*, obra citada, p. 136 e ainda PIRES, Miguel Lucas - *O Contrato Individual de Trabalho na Administração Pública. op. cit.*, p. 191 a 2017. Este último autor levanta a questão de a regra da não conversão suscitar dúvidas sobre a conformidade com os ditames constitucionais, por ser violadora dos princípios da boa-fé, igualdade e segurança. No sentido propugnado de tal regra se coadunar com as regras constitucionais, vide acórdão do Tribunal Constitucional n.º 368/2000, proferido no processo n.º 243/00, datado de 11.07.2000. Cfr. sobre a temática, Acórdão do TCA Sul, de 05.05.2016, processo n.º 013057/16. Sobre a temática do procedimento concursal cfr. NEVES, Ana Fernanda, *Direito da Função Pública. op. cit.*, p. 465 e ss. E ainda CARVALHO, Raquel, *O procedimento no acesso à função pública, reflexões de natureza constitucional, op. cit.*, p. 515 e ss.

lógica de que é a lei a, superiormente, definir as matérias objecto de normação jurídica por partes desses instrumentos, o que gera uma distinção de regime no tocante com a liberdade de negociação colectiva prevista no regime laboral comum.

Finalmente, compete, em princípio, aos Tribunais Administrativos, e não aos Tribunais de Trabalho, apreciar e julgar os litígios emergentes de vínculos de emprego público.

Ora, como já vimos da trajectória histórica legislativa, a solução de substituição da função pública pelo modelo laboral privado, com ampla possibilidade de utilização do instrumento laboral comum privilegiado - contrato individual de trabalho -, como meio alternativo à nomeação, com salvaguarda dos trabalhadores que exercem poderes de autoridade, independentemente da natureza da entidade empregadora, cedeu lugar, por força da Lei n.º 12-A/2008, a um regime jurídico que, não obstante pendular no sentido da atracção por soluções de direito laboral, manteve a singularidade e especificidade do regime da função pública – este efeito “travão” à privatização, embora amortecida pela importação de soluções, conceitos e institutos jurídico-privados vale tão-só no seio das fronteiras orgânicas tradicionais da Administração Pública⁴⁸.

Em suma, é inegável o acervo de conceitos, regimes, figuras e institutos plasmados na LGTFP inspirados no direito do trabalho, mas que, importados para o seio da Administração Pública, são sujeitos, em maior ou menor medida, a uma influência publicizadora, posto que ainda estamos perante uma relação jurídica pública em razão das soluções – de direito público - de combinação e afinamento que vão introduzindo desvios às soluções substantivas de direito do trabalho.

3.3. Contrato de Trabalho em Funções Públicas: elementos caracterizadores

Como vimos, contrariamente ao conceito que se colhia na Lei n.º 12-A/2008⁴⁹, de 27 de Fevereiro, o legislador da LGTFP não concedeu nenhuma definição de contrato de trabalho em

⁴⁸ Importa sublinhar que alguns autores, não obstante reconhecerem a influência inexorável do regime de emprego privado no regime de emprego público, reflectem a este propósito sobre uma tendência, até mesmo inicial, no sentido da publicização do direito laboral comum, ver neste sentido RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Intersecção entre o regime da Função Pública e o regime laboral – breves notas*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 62 (2002), p. 444 e ss. A autora deixa nota que são vários os exemplos do fenómeno acabado de descrever, designadamente: a figura da convenção colectiva de trabalho, que possui traços característicos dos actos normativos; a organização laboral privada com uma estrutura hierárquica ou vertical, em que os empregadores possuem poderes de direcção e de disciplina, com traços semelhantes ao poder disciplinar administrativo; o instituto da carreira profissional e a figura da categoria profissional e da comissão de serviço, ambas inspiradas no modelo de emprego público.

⁴⁹ O contrato de trabalho em funções públicas era definido no art. 9.º, n.º 3, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, como “o acto bilateral celebrado entre uma entidade empregadora pública, com ou sem personalidade jurídica, agindo em nome e em representação do Estado, e um particular, nos termos do qual se constitui uma relação de trabalho subordinado de natureza administrativa”. A LGTFP é completamente lacónica quanto ao que o legislador entende por contrato de trabalho em funções públicas. A LGTFP apenas fornece o conceito de vínculo de emprego público, constante no seu art. 6.º. Não obstante a manifesta mutabilidade jurídica que se verifica nestes domínios, não parece ser de rejeitar, nos seus elementos essenciais, a definição citada, pois que, como já se teve a oportunidade de deixar sublinhado, o legislador, através da LGTFP, não teve a veleidade de fazer uma ruptura de regime, pelo menos no que a este conspecto respeita. Ainda assim, o contrato de trabalho em funções públicas é

funções públicas⁵⁰. Nesta sede, porque tal constituía uma tarefa árdua e melindrosa, não cabe tentar deslindar uma definição. Trata-se apenas de demarcar o conceito jurídico de contrato de trabalho em funções públicas, de modo a delinear um conjunto de elementos de um conceito chave, que, actualmente, abarca uma realidade jurídica tão ampla e áreas funcionais tão distintas.

Importa, pois, cientes de todas as directivas referidas, recortar os elementos presentes do contrato de trabalho em funções públicas:

i) O empregador público (cfr. a noção prevista no art. 25.º da LGTFP): a relação jurídica estabelecida por meio de vínculo de contrato de trabalho em funções públicas tem como expoentes um indivíduo e uma pessoa colectiva integrada na administração pública. O credor da relação jurídica laboral tem de se incluir nas entidades integradas no âmbito subjectivo e objectivo da LGTFP, e não constar no seio das entidades excluídas do art. 2.º da LGTFP. Como já tivemos oportunidade de referir, inclui-se o Estado, e restantes entidades de substrato territorial, como as regiões autónomas e as autarquias locais, e as entidades públicas funcionais, como institutos públicos, mas não todas se inserem nestas, já que se excepciona as associações públicas e as empresas públicas.

ii) O devedor da relação jurídica de emprego obriga-se a prestar o seu serviço de forma subordinada, com carácter de continuidade, através de um contrato de trabalho por tempo indeterminado, consoante se trate da satisfação de necessidades próprias e permanentes, e, tratando-se de necessidades temporárias dos serviços, é justificada a celebração de um contrato a termo resolutivo⁵¹.

É a ausência deste elemento que distingue esta figura contratual de outras formas contratuais, como seja o contrato de prestação de serviços. Na verdade, se por um lado, sob o signo de um contrato de trabalho cabe ao empregador a incumbência de definir o modo de executar, dirigir e fiscalizar o exercício da actividade do trabalhador (segundo os corolários de autoridade e direcção), e ao trabalhador o dever de obediência às ordens e instruções, por outro, não se descortina na prestação de serviços a subordinação jurídica⁵². O contrato de prestação de

classificado pela doutrina como um contrato administrativo, ainda que não submetido ao regime do CCP – MOURA, Paulo Veiga, e ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, op. cit., p. 108.

⁵⁰ Embora reconheça tratar-se de um contrato, e, portanto, mereça ser qualificado como negócio bilateral, Paulo Veiga e Moura, e fazendo a ressalva do disposto no art. 13.º da LGTFP, entende que em determinados aspectos o contrato de trabalho em funções públicas é um verdadeiro contrato de adesão, advindo tal qualificação do regime unilateralmente imposto ao trabalhador – cfr. MOURA, Paulo Veiga, e ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, op. cit., p. 108. Em todo o caso, somos de parecer que é possível reconhecer ao contrato de trabalho em funções públicas a categoria de negócio jurídico bilateral, onde se consta, além da natural liberdade de celebração, a liberdade de estipulação, como sucede relativamente à possibilidade de negociação do posicionamento remuneratório.

⁵¹ Por outro lado, e assimilando-se como uma solução de continuidade em relação à Lei n.º 12-A/2008, o contrato de trabalho em funções públicas pode assumir a modalidade de contrato a tempo indeterminado ou a termo resolutivo, certo ou incerto. Embora não seja expressamente dito, afere-se, pela enumeração taxativa das causas justificativas que o termo resolutivo só pode ser utilizado para fazer face a necessidades temporárias da administração.

⁵² Paulo Veiga e Moura vincula a sua opinião no sentido de que o recurso ao contrato de prestação de serviços apenas é admissível quando for necessária a execução de um trabalho específico e de natureza excepcional ou quando em causa estiver a prática sucessiva de actos próprios de uma profissão liberal. Neste sentido, MOURA, Paulo Veiga - *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, op. cit., p. 118 e ss.

serviços pode assumir, nos termos legais, as modalidades de contrato de tarefa e de avença (cfr. art. 10.º da LGTFP). Como resulta prescrito no disposto no art.º 1154.º do Código Civil, contrato de prestação de serviços é *“aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”*.

Daqui se deduz que o contrato de prestação de serviços pressupõe:

i) Uma ideia de independência e autonomia do prestador do serviço na execução do mesmo, não se encontrando, portanto, numa relação de dependência jurídica com a entidade beneficiária do serviço, com repercussões na ausência de obediência hierárquica, na inexistência da sujeição a qualquer tipo de autoridade, direcção e disciplina e na não sujeição a um procedimento disciplinar próprio,

ii) O prestador de serviços não se encontra afecto à organização de trabalho e aos quadros do ente público empregador. Em abono da verdade, o contrato de prestação de serviços não titula o vínculo gerador de uma relação jurídica de emprego público. Não obstante o exposto, encontramos a inserção do contrato de prestação de serviços, do ponto de vista sistemático, como fonte geradora de trabalho em funções públicas (art. 6.º, n.º 1, da LGTFP). Parte da doutrina parece apontar no sentido de que os litígios emergentes destes contratos pertencem, de igual forma, aos Tribunais Administrativos⁵³,

iii) Pelo exercício das funções há lugar ao pagamento de uma retribuição.

3.4. O contrato de trabalho em funções públicas e o contrato individual de trabalho. Ponto de convergências e divergências

O exercício profissionalizado de funções públicas fica assim reservado para os vínculos de emprego público, titulados por nomeação, comissão de serviço e contrato de trabalho em funções públicas, prevendo-se no estatuto pessoal de algumas pessoas colectivas ainda que públicas a possibilidade de serem celebrados contratos individuais de trabalho, regidos pelo direito privado.

O contrato de trabalho em funções públicas e o contrato de trabalho individual⁵⁴ partilham os elementos estruturais essenciais que permitem identificar estas figuras⁵⁵, a saber, a prestação de trabalho, a retribuição e a subordinação jurídica.

⁵³ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, aludindo aos arts. 1.º e 4.º, alíneas e) e f) do ETAF. cfr. MOURA, Paulo Veiga, e ARRIMAR, Cátia - *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, op. cit., p. 134.

⁵⁴ Sobre a relação que se estabelece entre o contrato de trabalho comum e o contrato de trabalho em funções públicas, diz-nos, João Leal Amado, que *“por um lado, estes contratos aparentam ser irmãos gémeos, dada a profunda semelhança regimental que apresentam; por outro, porém, eles não surgem como irmãos germanos, mas sim como irmãos consanguíneos ou uterinos, aquele sendo filho de pais privados, este tendo pai público e mãe privada (ou vice-versa)”*. Cfr. AMADO, João Leal - *Contrato de trabalho*. Coimbra Editora, 2009, p. 85. Quanto à natureza jurídica do contrato de trabalho em funções públicas, no sentido técnico do termo, embora admita que tenha um cunho mais publicista que a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, Vera Luísa Antunes, entende que estamos perante uma figura híbrida entre o contrato administrativo e o contrato de trabalho com regime especial, sendo

Na óptica das entidades habilitadas a recorrer ao contrato individual de trabalho, podem celebrar contratos individuais de trabalho as empresas pertencentes ao sector empresarial do estado⁵⁶, independentemente da sua natureza jurídica pública ou privada, e do sector empresarial local⁵⁷, as associações públicas profissionais⁵⁸ e as entidades administrativas independentes, neste último caso sem atender ao conteúdo funcional e específico das funções exercidas pelos trabalhadores⁵⁹.

A distinção tão estruturante entre os trabalhadores cujo vínculo é sujeito a nomeação ou contrato, nascida na reforma laboral pública de 2008, e cujo sentido se manteve na reforma de 2014, assenta no desempenho (ou não) de funções de autoridade. O legislador não plasma as concretas carreiras para cuja integração é necessária a nomeação, mas antes enuncia as áreas funcionais onde se integram as carreiras objecto de nomeação, indicando, no art. 8.º da LGTFP, as seguintes: missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes; representação externa do Estado; informações de segurança; investigação criminal; segurança pública, quer em meio livre quer em meio institucional e inspecção.

Desde logo, não se pode deixar de reconhecer alguma artificialidade e pouco rigor na definição dos funcionários que integram o bloco das funções de autoridade⁶⁰, porquanto, não obstante se reconhecer que não se torna fácil construir um critério uniforme para divisar se os funcionários pertencem ou desempenham funções de autoridade, não se pode deixar de firmar a consideração que porventura existem outros funcionários com idênticos poderes de conformação da esfera jurídica de terceiros que reclamariam eventualmente igual tratamento (p. ex. profissionais de saúde pública, detentores de poderes de autoridade assinaláveis, funcionários judiciais ou trabalhadores dos impostos).

que formalmente assume a primeira natureza, mas, substancialmente, reveste a segunda. No sentido de que o contrato de trabalho em funções públicas constituiu um *“tertium genus”*, caracterizado por um regime onde confluem normas de direito administrativo com normas de direito laboral, vide, MOURA, Paula Veiga c/ Cátia Arrimar - *Os novos regimes de vinculação, de carreiras, e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*. Coimbra Editora, 2008, p. 50.

⁵⁵ Quanto aos três elementos, cfr. AMADO, João Leal - *Contrato de Trabalho*, op.cit., p. 53 e ss.

⁵⁶ A tradição da aplicação do contrato individual de trabalho às empresas públicas remonta à aplicação do art. 44.º do DL n.º 184/99. Actualmente, encontra-se previsto no art. 17.º do DL n.º 133/2013, de 3 de Outubro, que aprova o regime jurídico do sector público empresarial.

⁵⁷ O estatuto do pessoal das empresas locais é o do regime do contrato de trabalho, por força do disposto no art. 28.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, que aprova o regime jurídico da actividade empresarial local e das participações locais. Não obstante o exposto, o pessoal com relação jurídica de emprego público pode exercer funções nas empresas locais mediante acordo de cedência de interesse público, conforme estabelece o artigo 29.º do mesmo diploma legal.

⁵⁸ Inscrevem-se no âmbito de exclusão do âmbito de aplicação da LGTFP, os trabalhadores das associações públicas, na medida em que, por força do determinado no art. 41.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro, que aprovou a Lei-Quadro das associações públicas profissionais, aos seus trabalhadores é aplicável o regime previsto no Código do Trabalho.

⁵⁹ Cfr. Neste sentido, MOURA, Paulo Veiga, e ARRIMAR, Cátia - *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, op. cit., p. 110.

⁶⁰ O critério formulado pela lei para assinalar que determinado funcionário possui poderes de autoridade é passível de dúvidas interpretativas. Com bem assinala Nuno Sousa, encontram-se excluídos do âmbito do art. 10.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, os funcionários judiciais e dos impostos, embora, segundo esse autor, *“razões de estabilidade, imparcialidade e profissionalização”* impusessem o contrário. Cfr. SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque - *A reforma de emprego público em Portugal*, In Para Jorge Leite Escritos Jurídico-Laborais. Coimbra Editora, 2014, p. 1023.

Ora, e noutra prisma de análise, o critério elevado pelo legislador como determinante na formulação da distinção entre as figuras de constituição de vínculo de emprego público é claramente afastado no caso de entidade empresariais ou de entidades reguladoras, cuja submissão ao vínculo laboral comum é total, prescindindo numa análise casuística relativamente à natureza das funções exercidas e dos poderes de autoridades que se encontram confiados a esses trabalhadores.

Embora não suscite dúvidas de maior que os trabalhadores de entidades reguladoras exercem funções típicas de autoridade, susceptíveis de produzirem efeitos lesivos na esfera jurídica dos particulares, como bem evidenciam os amplos poderes de regulação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infracções respeitantes às actividades económicas dos sectores privado, público, cooperativo e social, previstos genericamente no art. 40.º da Lei n.º 67/2013⁶¹, de 28 de Agosto, o regime laboral aplicável é inteiramente privado, já que o título constitutivo é o contrato individual de trabalho. Não se pode perder de vista ainda que estas entidades detêm poderes de criação de normas, possibilitada pela habilitação de emanção de regulamentos, prevista no proémio legal referido, designadamente com eficácia externa, participando no fenómeno de criação e dinamização da ordem jurídica. Paralelamente são atribuídos ao pessoal integrado nestas entidades poderes sancionatórios, com vista à reposição da legalidade, desencadeando os procedimentos sancionatórios em caso de infracções de deveres e obrigações derivados de normas legais ou regulamentares, cuja implementação ou supervisão lhes compete, bem como do incumprimento das suas próprias determinações (arts. 40.º, n.º 3, alínea c), e 43.º da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto).

As razões ponderosas que parecem levar ao reconhecimento que determinadas funções apelam ao exercício de poderes de autoridade e, por essa razão, devem ter como título originário um acto administrativo de nomeação, são desvalorizadas face à constatação de que existem trabalhadores incumbidos pelas respectivas entidades empregadoras públicas (ex. entidades reguladoras) de efectuar actividades conducentes à inspecção ou auditoria, que são, para todos os efeitos legais, equiparados a agentes da autoridade⁶², aos quais se aplica, incompreensivelmente, o regime laboral comum.

Não se pode deixar de observar uma incoerência lógica-conceptual ou dogmática do legislador que erige a natureza das funções (ou as áreas funcionais) como critério preponderante da separação entre contratados e nomeados, e, noutra dimensão, relega para diplomas especiais a regulação de determinadas carreiras especiais, como sejam as das forças policiais e militares, e depois despreza para o mundo laboral comum a ordenação e disciplina do regime laboral aplicável a trabalhadores equiparados a agentes de autoridade.

No que se prende com o específico regime jurídico aplicável, o contrato de trabalho em funções públicas está submetido a um regime formalmente administrativo e substancialmente é composto por normas influenciadas pelo direito privado, que embora com feições próximas

⁶¹ Diploma que aprova a Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo.

⁶² Podendo inclusive aceder a todas as instalações, terrenos e meios de transporte das empresas e outras entidades destinatárias da actividade da entidade reguladora e a quem colabore com aquelas (n.º 2 do art. 42.º da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto).

às soluções de direito laboral comum, dele se afasta em vários aspectos. Já o contrato individual de trabalho celebrado por entes públicos corresponde à aplicação integral do direito laboral comum, sem prejuízo, dos vínculos jurídico-públicos que conformam o regime em causa.

Não se pode olvidar que relativamente às relações laborais cuja génese constitutiva é o contrato individual de trabalho e, portanto, submetidas ao respectivo regime laboral comum, devem ser observadas as regras relativas ao procedimento concursal transparente e selectivo, nos termos impostos pelo art. 47.º, n.º 2, da CRP, e, por outro lado, não deixa de se observar a prevalência de diplomas normativos de natureza pública⁶³. Não há qualquer dúvida sobre a aplicabilidade do art. 47.º, n.º 2, da CRP aos procedimentos tendentes à celebração destes contratos, tal como foi decidido pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 61/2004, proferido no processo n.º 471/01, de 27.02.2004.

Por conseguinte, os litígios que emergem do vínculo de emprego público constituído por meio de contrato de trabalho em funções públicas pertencem ao conhecimento da jurisdição administrativa (cfr. art. 12.º da LGTFP e art. 4.º, n.º 4, alínea b), do ETAF), apresentando-se, em contraponto, excluída dessa jurisdição a apreciação de litígios emergentes de contratos individuais de trabalho⁶⁴, ainda que uma das partes seja uma pessoa colectiva de direito público (cfr. art. 4.º, n.º 4, alínea d), do ETAF)⁶⁵.

Nesta dimensão, o regime laboral do pessoal das entidades reguladoras independentes, empresas públicas e associações públicas decorre, em primeira linha, da prevalência aplicativa da disciplina jurídica constante dos estatutos orgânicos (aprovados por decreto-lei, nas mais das vezes), numa segunda vertente, dos regulamentos internos de organização, e, por último, das concretas cláusulas plasmadas no contrato individual de trabalho⁶⁶, e sempre sem prejuízo de outras normas imperativas de natureza jurídico-públicas.

Bibliografia

⁶³ É um aspecto em que a celebração de contrato individual *tout court* se afasta do regime laboral comum, onde tem ampla expressão a liberdade de contratar.

⁶⁴ Vide a noção de contrato de trabalho estabelecido no artigo 1152.º do Código Civil.

⁶⁵ Note-se, que, naturalmente, não se encontra abrangido por esta exclusão um litígio relativo ao procedimento administrativo da formação do vínculo, ou seja, relativamente aos momentos a montante da celebração do contrato, como sucede nos procedimentos concursais, ainda que findem com a celebração do contrato individual de trabalho. Não obstante o exposto, Ana Fernanda Neves considera que a norma excludente suscita dúvidas, visto que, analisado o art. 4, n.º 1, alíneas e) e f), do ETAF, “*uma das linhas de reforma do novo estatuto dos tribunais administrativos foi a de submeter à jurisdição administrativa a apreciação de todas as questões relativas a contratos celebrados por pessoas colectivas de direito público, independentemente da questão de saber se tais contratos se regem por um regime de direito público ou por um regime de direito privado*”. NEVES, Ana Fernanda - *O contrato de trabalho na Administração Pública*. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, No centenário do seu nascimento. Faculdade de Direito de Lisboa. Coimbra Editora, 2006, p. 144. A jurisprudência dos tribunais superiores tem entendido, pacificamente, que a jurisdição administrativa e fiscal é materialmente incompetente para conhecer litígios emergentes de contratos individuais de trabalho (cfr. neste sentido, acórdão do TCA Sul, datado de 14.06.2016, proferido no âmbito do processo n.º 08841/12; acórdão do STA, datado de 10.07.2007, proferido no processo n.º 14/2005; acórdão do STA, datado de 19.01.2006, proferido no processo n.º 13/2005, e acórdão do TCA Sul, datado de 29.11.2007, proferido no processo n.º 2842/07; acórdão do STJ, datado de 19.06.2005, proferido no processo 117/14.4TTLMG.C1.S1).

⁶⁶ Neste sentido, NEVES, Ana Fernanda - *Os desassossegos de regime da função pública*, *op. cit.*, p. 57. Com mais detalhe, NEVES, Ana Fernanda *O contrato de trabalho na administração pública*, *op. cit.*, p. 137 e ss.

ALMEIDA, Paulo - *A lei geral do trabalho em funções públicas, Comentário às principais alterações*. In Estudos dedicados Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier. Católica, Vol. III, 2015.

ANTUNES, Vera Lúcia Santos - *O Contrato de Trabalho na Administração Pública – Evolução, Reflexos e Tendências para o Emprego Público*. Coimbra Editora, 2010.

AMADO, João Leal - *Contrato de trabalho*. Coimbra Editora, 2009.

CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa, Anotada*. Vol. I. 4.ª edição revista. Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, Raquel - *O procedimento no acesso à função pública, reflexões de natureza constitucional*. In Estudos em Homenagem ao Prof. Jorge Miranda. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. III, 2012.

FÁBRICA, Luís - *A natureza das funções e modalidades de constituição do vínculo de emprego público, Brevíssima crónica de alguns equívocos legislativos*. In Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Católica, Vol. II, 2015.

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, RUI - *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Tomo III. Coimbra Editora, 2007.

MOURA, Paulo Veiga, e ARRIMAR, Cátia - *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*. Coimbra Editora, 2014.

MOURA, Paula Veiga c/ Cátia Arrimar - *Os novos regimes de vinculação, de carreiras, e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*. Coimbra Editora, 2008.

NEVES, Ana Fernanda - *Direito da Função Pública*. In Tratado de Direito Administrativo Especial. Paulo Otero e Pedro Gonçalves (org). Vol. IV. Almedina, 2010.

NEVES, Ana Fernanda - *O contrato de trabalho na Administração Pública*. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, No centenário do seu nascimento. Faculdade de Direito de Lisboa. Coimbra Editora, 2006.

NEVES, Ana Fernanda - *A privatização das relações de trabalho na Administração*. In, Os caminhos da privatização da administração pública. IV Colóquio luso-espanhol de direito administrativo. 2001

NEVES, Ana Fernanda - *A relação jurídica de emprego público*. Coimbra Editora, 1999.

NEVES, Ana Fernanda - *Direito da Função Pública*. In Tratado de Direito Administrativo Especial. Paulo Otero e Pedro Gonçalves (org). Vol. IV. Almedina, 2010.

NEVES, Ana Fernanda - *Os desassossegos de regime da função pública*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. 41 (2000).

PIRES, Miguel Lucas - *O Contrato Individual de Trabalho na Administração Pública*. Revista Questões Laborais. A. 13, n.º 28 (2006).

RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Intersecção entre o regime da Função Pública e o regime laboral – breves notas*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 62 (2002).

SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque - *A reforma de emprego público em Portugal*, In Para Jorge Leite Escritos Jurídico-Laborais. Coimbra Editora, 2014.

VIANA, Cláudia – *Contrato de trabalho em funções públicas: privatização ou publicização da relação jurídica de emprego público?* In, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia [coordenação de] Jorge Miranda. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. II, 2010.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

11. Formação do vínculo de emprego público e recrutamento – O procedimento concursal como concretização do direito de acesso à função pública

Joana Dias Cardoso

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

FORMAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO PÚBLICO E RECRUTAMENTO – O PROCEDIMENTO CONCURSAL COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À FUNÇÃO PÚBLICA

Joana Dias Cardoso

I. Introdução

1. Enquadramento legal

II. O princípio da liberdade de acesso à função pública

1. A liberdade de acesso à função pública e requisitos de recrutamento

III. O princípio da igualdade no acesso à função pública

1. A divulgação atempada dos critérios de classificação como concretização do princípio da igualdade

2. Da neutralidade da composição do júri

3. Igualdade de acesso à função pública e contrato de trabalho

IV. O princípio do mérito

V. Da preterição dos princípios

VI. Bibliografia

Descritores: Relação jurídica de emprego público; Acesso à função pública; Recrutamento; Vinculação laboral; Concurso público.

Sumário: Neste estudo começamos por discorrer sobre as formas de recrutamento do trabalhador público, fazendo uma breve referência aos princípios constitucionais que lhes estão subjacentes, e aos regimes legais aplicáveis. Após tecermos algumas considerações introdutórias debruçamo-nos então sobre casa um dos princípios que enformam o acesso à função pública – a liberdade de acesso; a igualdade no acesso; e o princípio do mérito.

A base do nosso estudo é constituída pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (com referências ao regime que a precedeu), pela Constituição da República Portuguesa, e pelo Código do Procedimento Administrativo.

Procuraremos, partindo de uma base jurisprudencial, compreender o regime aplicável ao recrutamento do trabalhador público, centrado no procedimento concursal, e o impacto que nesta matéria tiveram as alterações operadas pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

Terminamos com uma sucinta incursão pelas consequências do incumprimento das regras aplicáveis ao procedimento concursal.

I. Introdução

A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro (LVCR), referente ao regime de vinculação, carreiras e de remunerações aplicável à função pública, estabeleceu um novo regime da relação de emprego público e veio alterar o paradigma da forma de vinculação laboral à Administração Pública. Se no anterior regime a forma preferencial de vinculação consistia na nomeação com carácter definitivo, com a LVCR tal papel passou a ser assumido pelo contrato de trabalho por tempo indeterminado¹.

Atualmente, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LGTFP) consagra o contrato de trabalho em funções públicas como a modalidade regra de constituição do vínculo de emprego

¹ Sobre as várias formas de vinculação laboral à Administração Pública pode ver-se PIRES, Miguel Lucas - *Os regimes de vinculação e a extinção das relações jurídicas dos trabalhadores da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2013.

público (cfr. artigo 7.º da LGTFP). Para além desta, mantêm-se as modalidades de nomeação e comissão de serviço.

A forma comumente utilizada para o recrutamento de trabalhador público é o concurso, e, embora o procedimento de recrutamento vá para além do concurso propriamente dito, este, traduzindo-se num procedimento justo de recrutamento, dá corpo ao direito de acesso à função pública, consagrado no artigo 47.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

O inciso constitucional afirma o concurso como a via através da qual, em regra, os cidadãos concretizam o seu direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade. A instituição do concurso como regra funda-se na sua adequação, enquanto procedimento de seleção, à prossecução do interesse público² de forma transparente, séria e isenta, sendo conferida à Administração, através daquele, a possibilidade de escolha dos mais capazes³.

Como foi reiterado no Acórdão n.º 61/2004 do Tribunal Constitucional (TC), de 27-02-2004⁴, “Entre nós, retira-se do artigo 47.º, n.º 2, da Constituição, como concretização do direito de igualdade no acesso à função pública, um direito a um *procedimento justo de recrutamento e selecção* de candidatos à função pública, que se traduz, em regra, no concurso”⁵.

No setor privado, onde vigora na sua plenitude o princípio da liberdade contratual, o empregador não se encontra limitado, podendo recrutar trabalhadores como e quando quiser, e, bem assim, podendo seleccionar quem desejar ter como seu funcionário. Faculdades decorrentes, desde logo, do princípio da liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista, constitucionalmente consagrado no artigo 80.º da CRP.

Já no setor público a exigência de concurso limita substancialmente a margem de discricionariedade conferida ao empregador. O procedimento para recrutamento e seleção de trabalhadores para a *função pública*⁶ encontra-se especificamente regulamentado através de

² Conforme afirma QUADROS, Fausto - O concurso público na formação do contrato administrativo. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. Ano 47, 1987, pág. 703.

³ NEVES, Ana Fernanda - *Relação jurídica de emprego público – Movimentos fractais diferença e repetição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, págs. 147 e ss. atribui ao concurso o mérito de proporcionar uma “garantia de seriedade, isenção e escolha dos indivíduos mais adequados”.

⁴ Publicado no Diário da República n.º 49/2004, Série I-A de 2004-02-27, disponível em: <http://data.dre.pt/eli/ac/61/2004/02/27/p/dre/pt/html>.

⁵ Citando o afirmado no Acórdão n.º 683/99 publicado no Diário da República, II Série, n.º 28, de 3 de fevereiro de 2000, pág. 2351.

⁶ Aqui entendida a expressão no seu sentido mais amplo, abrangendo qualquer atividade exercida ao serviço de uma pessoa coletiva pública, independentemente do regime jurídico da relação de emprego público (incluindo o regime comum do contrato individual de trabalho) e do seu carácter provisório ou definitivo, permanente ou transitório. Conforme considerado por MOREIRA, Vital [et. al] **Relatório e proposta de lei quadro dos institutos públicos**, MREAP, 2001, pág. 50, nota ao artigo 45.º “[...] mesmo quando admissível o regime do contrato de trabalho, nem a Administração Pública pode considerar-se uma entidade patronal privada nem os trabalhadores podem ser considerados como trabalhadores comuns. No que respeita à Administração, existem princípios constitucionais válidos para toda a atividade administrativa, mesmo a de ‘gestão privada’, ou seja, submetida ao direito privado. Entre eles contam-se a necessária prossecução do interesse público, bem como os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (artigo 266º, nº 2, da Constituição), todos eles com especial incidência na questão do recrutamento do pessoal. Além disso, estabelecendo a Constituição que ‘todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por

normas dispersas por vários diplomas, cujo objetivo último é a prossecução do interesse público⁷.

Não obstante o procedimento concursal constitua a regra para aceder ao emprego público, ela admite exceções. Ainda assim, nas modalidades de acesso não concursais, a escolha deverá ter na sua base razões objetivas, fundando-se, designadamente, na capacidade e/ou mérito dos indivíduos a quem, mediante publicitação, foi dada a possibilidade de se candidatarem.

Por se tratar do procedimento regra, o objeto deste nosso estudo centrar-se-á no procedimento de concurso, enquanto conjunto de atos destinados ao recrutamento de trabalhador público, concretizadores do princípio da liberdade e da igualdade no acesso à função pública.

Procuraremos, no seio do quadro legal vigente, integrar as várias fases do procedimento concursal nos princípios que o informam: princípio da liberdade de acesso, princípio da igualdade e princípio do mérito.

Por se considerar matéria de extrema importância prática, terminaremos com uma breve abordagem ao desvalor que a preterição dos princípios do procedimento concursal assume no quadro legal vigente e aos efeitos que a anulação da decisão final do procedimento poderá ter sobre o contrato de que aquele é pressuposto.

1. Enquadramento Legal

No texto constitucional atual a liberdade de trabalho e de profissão aparece, no artigo 47.º, conectada com os demais direitos, liberdades e garantias, e o facto de o direito de acesso à função pública aparecer localizado no n.º 2 deste artigo torna claro, na opinião de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, que este é uma manifestação do direito de escolha de profissão ou do género de trabalho⁸.

O recrutamento de trabalhador para a função pública tem as bases do seu regime definidas na Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, que aprovou a LGTFP e que veio revogar, designadamente, a LVCR, que estabelecia os regimes de vinculação, e carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, bem como a Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, condensando os regimes então dispersos por vários diplomas.

via de concurso' (CRP, artigo 47º, nº 2), seria naturalmente uma verdadeira fraude à Constituição se a adoção do regime de contrato individual de trabalho incluisse uma plena liberdade de escolha e recrutamento dos trabalhadores da Administração Pública com regime de direito laboral comum, sem qualquer requisito procedimental tendente a garantir a observância dos princípios da igualdade e da imparcialidade.". Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de função pública, vide, ainda NEVES, Ana Fernanda, *Relação jurídica de emprego público...cit.*, págs. 21 e ss. e NEVES, Ana Fernanda, O Direito da Função Pública *in Tratado de Direito Administrativo Especial* – Vol. 4. Coimbra: Almedina, 2010, págs. 359 e ss..

⁷ Cfr. sobre as dicotomias no procedimento de recrutamento de trabalhadores públicos e privados MARAÑÓN, María Luisa Molero - *Acceso y clasificación profesional en las administraciones públicas*, 1999, págs. 25 e ss.

⁸ Cfr. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 477.

O capítulo 1, do título II da parte II da LGTFP respeitante ao vínculo de emprego público trata precisamente da sua formação, correspondendo este capítulo, que regula o recrutamento, no essencial, ao capítulo III do título IV da LVCR.

Já então a regulamentação da tramitação do procedimento concursal era remetida para portaria do membro do Governo responsável pela Área da Administração Pública, ou tratando-se de carreira especial relativamente à qual aquela tramitação se revele desadequada, por portaria deste membro do Governo *e daquele que exerça poderes de direção, superintendência ou tutela sobre o órgão ou serviço em cujo mapa de pessoal se contenha a previsão da carreira* (cfr. artigo 54.º da LVCR e 37.º da LGTFP)⁹.

Não obstante a LGTFP tenha revogado a LVCR, o seu artigo 42.º, n.º 2, manteve em vigor a Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de janeiro, com a redação que lhe foi dada pela Portaria n.º 145-A/2011, de 6 de abril, que regulamenta a tramitação do procedimento concursal nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 54.º da LVCR, aplicável às carreiras gerais. Assim, a regulamentação da tramitação procedimental em sede de concurso para acesso à função pública não sofreu qualquer alteração com a aprovação da LGTFP.

Não podemos olvidar ainda que, embora o procedimento aqui em causa configure um procedimento especial, os princípios gerais da atividade administrativa plasmados no Código do Procedimento Administrativo (CPA), bem como as suas disposições que concretizam preceitos constitucionais, são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública. De resto, é o próprio CPA que prevê, no seu artigo 2.º, n.º 5, que as disposições que reconhecem garantias aos particulares são subsidiariamente aplicáveis aos procedimentos administrativos especiais.

II. O princípio da liberdade de acesso à função pública

É, então, no seio do quadro legal referido supra que encontraremos as disposições concretizadores dos princípios que informam o recrutamento destinado à constituição de vínculo de emprego público.

O princípio da liberdade de acesso postula o próprio direito de candidatura. A liberdade de acesso à função pública aparece conectada com a liberdade de escolha de profissão, não estando o exercício de funções públicas sujeito a requisitos materialmente distintos daqueles

⁹ Questionada a constitucionalidade da norma inserta no mencionado artigo 54.º da LVCR, por se considerar que esta reenviava para regulamento o desenvolvimento de uma lei de bases, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 620/2007, de 14-01-2008, publicado no Diário da República n.º 9/2008, Série I de 2008-01-14, entendeu não se pronunciar pela sua inconstitucionalidade, por considerar que o diploma em causa não configurava uma lei de bases, porquanto não foi emitido ao abrigo da alínea t) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP, nem se autoqualificou como tal. MOURA, Paulo Veiga e; ARRIMAR, Cátia consideram, no entanto, que aquele preceito da LVCR e, bem assim, o artigo 37.º da LGTFP padece de inconstitucionalidade material, por se estar “a deixar para a Administração o poder de disciplinar ex novo matérias que constituem uma densificação do princípio fundamental de acesso à função pública e que, por isso, não podem deixar de ser disciplinadas através de atos legislativos” *in Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pág. 206.

que condicionam, em geral, a liberdade de profissão, embora não revista a mesma natureza desta¹⁰.

O direito a aceder livremente à função pública consiste sobretudo em não ser proibido o acesso, em geral, ou o exercício de uma função pública, em particular, na medida em que, preenchidos os requisitos necessários, os cidadãos têm a faculdade de se candidatar aos lugares postos a concurso.

Ora, o procedimento concursal de recrutamento está estruturado de forma a permitir dar cumprimento ao princípio da liberdade de acesso à função pública.

Para garantir a liberdade de acesso exige-se, desde logo, a publicidade da abertura do concurso, nos termos do artigo 33.º da LGTFP e dos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º da Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de janeiro.

Este princípio, em concreto exige, ainda, que o prazo¹¹ para apresentação de candidaturas seja razoável, por forma a permitir que os interessados no concurso organizem o respetivo processo documental. A entidade que autoriza o procedimento estabelece o prazo para apresentação de candidaturas no âmbito dos limites definidos no artigo 26.º da Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de janeiro.

É ainda essencial que a fixação de critérios de seleção e/ou preferência respeite o princípio da proporcionalidade, de modo a que os mesmos não sejam dissuasores da apresentação de candidatura.

A vertente negativa da liberdade de candidatura implica que, em regra, ninguém é obrigado a candidatar-se ao procedimento concursal. Em regra uma vez que, nos termos do n.º 2 do artigo 264.º da LGTFP os trabalhadores em situação de requalificação têm o “*dever de se candidatar aos procedimentos para a ocupação de postos de trabalho objeto do recrutamento a que se referem o artigo seguinte e o n.º 2 do artigo 266.º e dele não desistir injustificadamente*”, desde que se verifiquem requisitos constantes daquele mesmo artigo. A desistência injustificada do procedimento de seleção do qual o trabalhador nesta situação seja opositor obrigatório constitui infração disciplinar grave (cfr. artigo 264.º, n.º 3, alínea b).

ANA FERNANDA NEVES considera, ainda, que o princípio da liberdade de acesso à função pública demanda que “as exigências instrutórias ou probatórias¹² da candidatura sejam (apenas) as (estritamente) necessárias, designadamente, atentos os aspetos (poucos) que relevam em sede de admissão”¹³.

¹⁰ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 658.

¹¹ Na contagem dos prazos aplica-se, na falta de disposição especial, o previsto no artigo 87.º do CPA.

¹² Cfr. sobre a apresentação dos documentos que comprovam a reunião dos requisitos legalmente exigidos o artigo 28.º da Portaria 83-A/2009, de 22 de janeiro.

¹³ NEVES, Ana Fernanda - *O Recrutamento de Trabalhador Público*, Provedor de Justiça, 2013, pág. 68.

1. A liberdade de acesso à função pública e requisitos de recrutamento

Optamos por autonomizar a matéria relativa aos requisitos de recrutamento por esta ser o foco de litígios diversos entre a Administração e os particulares. O estabelecimento de requisitos, por contender com a liberdade de candidatura, configurando uma restrição, tem de ter um fundamento material.

A constituição do vínculo de emprego público depende, em primeira linha, da reunião, por parte do trabalhador, dos requisitos gerais constantes do artigo 17.º da LGTFP, bem como do cumprimento da eventual condição relativa à titularidade de grau académico ou título profissional, plasmada no artigo 18.º da mesma Lei¹⁴.

Os artigos 34.º e 35.º da LGTFP, correspondendo, apenas com ligeiras alterações, ao que se dispunha nos artigos 51.º e 52.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, preveem requisitos adicionais para a candidatura ao procedimento.

A regra, constante do n.º 1 do artigo 34.º da LGTFP é que a candidatura depende da titularidade das habilitações literárias e profissionais legalmente exigidas pelo grau de complexidade das funções inerentes à carreira e categoria que caracterizam o posto de trabalho a ocupar.

Esta regra admite, no entanto, as exceções constantes do número seguinte deste mesmo artigo, podendo a exigência de habilitação ser substituída, designadamente, por outro tipo de formação ou através de experiência profissional considerada necessária e suficiente. A admissão de candidato nestas circunstâncias implica a notificação que a delibera aos restantes candidatos (cfr. artigo 34.º, n.º 5, da LGTFP).

Assim, a Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de janeiro atribui ao júri a competência de “Deliberar e fundamentar, por escrito, sobre a admissão dos candidatos que, não sendo titulares do nível habilitacional exigido, apresentem a candidatura ao procedimento, bem como notificá-los, e aos restantes candidatos, dessa deliberação (...)”.

PAULO VEIGA E MOURA considera que o legislador, ao impor este dever de notificação, pretendeu abrir a via contenciosa àqueles que, por considerarem que está em causa uma lesão dos seus interesses legalmente protegidos, pretendam reagir contra a admissão de candidato que não possua o nível habilitacional exigido, embora este seja um ato de natureza preparatória¹⁵.

Pondera, ainda, o referido autor, se a falta desta impugnação impede os demais candidatos admitidos de invocarem a ilegalidade da admissão em sede de impugnação do ato final do procedimento concursal.

¹⁴ Para mais desenvolvimentos sobre estes requisitos gerais v. NEVES, Ana Fernanda - *Relação Jurídica...cit.*, págs. 176 e ss e *O Recrutamento ...*, *cit.*, págs. 35 e ss.

¹⁵ Cfr. MOURA, Paulo Veiga e; ARRIMAR, Cátia - *Comentários...*, *cit.*, pág. 194.

Salienta-se que, nos termos do artigo 36.º da Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de janeiro, todas as deliberações do júri, incluindo as relativas à admissão e exclusão de candidatos, são submetidas a homologação¹⁶ do dirigente máximo do órgão ou serviço que procedeu à publicitação do procedimento, aquando da submissão a homologação da lista unitária de ordenação final.

Parece-nos que a deliberação do júri de admitir um candidato a concurso, embora configure uma decisão definitiva, inserida num procedimento, não tem eficácia externa¹⁷, nem lesa direta e imediatamente os restantes candidatos.

Esta deliberação refletir-se-á, a final, no projeto de lista e na graduação dos candidatos, mas esta, enquanto não for submetida a audiência prévia e homologação, não se torna definitiva. Assim, mesmo o projeto de lista de ordenação final só terá e eficácia externa após a prolação da decisão definitiva do júri e respetiva homologação nos termos do artigo referido supra, tornando-se, do mesmo modo, potencialmente lesivo.

Duvida-se da bondade da solução defendida por PAULO VEIGA E MOURA, na medida em que não se considera que esta deliberação tenha lesividade autónoma¹⁸. No entanto a admitir-se que este é um ato autonomamente lesivo e com eficácia externa, e portanto impugnável, e não estando previsto expressamente recurso hierárquico necessário ou qualquer outro meio impugnatório especial ou específico quanto a este ato, nem igualmente uma qualquer consolidação jurídica decorrente da sua não impugnação em prazo em segundo meios especiais dos atos administrativos praticados no procedimento concursal, é de aplicar o regime geral previsto no artigo 51.º do CPTA relativo à impugnabilidade de atos que não ponham termo a um procedimento, não cabendo aplicar a exceção prevista no n.º 3 deste artigo¹⁹, pelo que será de admitir que a referida ilegalidade seja invocada em impugnação do ato final do procedimento.

O preceito inserto no artigo 35.º da LGTFP respeita à constituição de uma relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado e define que só pode ser candidato quem se encontre em alguma das situações aqui mencionadas. O procedimento concursal de recrutamento é, em princípio, restrito aos trabalhadores detentores de um vínculo de emprego público por tempo indeterminado (cfr. artigo 30.º, n.º 3, da LGTFP).

¹⁶ A homologação consubstancia o ato pelo qual o órgão decisor aceita uma proposta apresentada por outro órgão, convertendo-a em sua – Cfr. Acórdão do TCAN de 01-07-2010, proferido no Proc. N.º 00382/09.9BEMDL.

¹⁷ “Ato contenciosamente impugnável não é, por conseguinte, apenas o ato conclusivo do procedimento administrativo ou de uma fase autónoma desse procedimento, mas também pode ser um ato propulsor do procedimento (como o ato de abertura de um concurso de provimento ou de um concurso para adjudicação de um contrato) ou uma decisão intermédia (como o ato de aprovação do projeto de arquitetura no âmbito do processo de licenciamento municipal). Sem prejuízo da ressalva deixada na nota precedente, ponto é que, como resulta do preceito em análise, se trate de um ato administrativo com eficácia externa”, ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Fernandes - *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª Edição, Almedina, 2010, págs. 341 e 342.

¹⁸ Sobre a eficácia externa de deliberações do júri em procedimento concursal de recrutamento pode ver-se o Acórdão do TCAS de 10-10-2013, proferido no Proc. N.º 09576/12.

¹⁹ Cfr. sobre o regime facultativo de impugnação de atos procedimentais o Acórdão do TCAN de 23-09-2011, proferido no Proc. N.º 01009/08.1BECBR.

Em situações excecionais admite-se que o procedimento concursal seja aberto a trabalhadores com vínculo de emprego público a termo ou mesmo sem vínculo – casos e que estaremos perante um concurso com natureza externa (cfr. artigo 30.º, n.º 4 a 6 e artigo 35.º, n.º1 al. d) da LGTFP) desde que estejam verificados os requisitos gerais do artigo 17.º e que os candidatos possuam as habilitações necessárias, nos termos do artigo 34.º da LGTFP.

A circunstância de a verificação da reunião dos requisitos de admissão a concurso se fazer em dois momentos – na admissão ao procedimento concursal, por deliberação do júri, e aquando da constituição da relação jurídica de emprego público, pela entidade empregadora pública – relaciona-se com o carácter instrumental destes requisitos face à constituição desta mesma relação.

Em regra, o momento decisivo para verificar se o trabalhador preenche os requisitos exigíveis é, portanto, o da constituição da relação jurídica de emprego público²⁰.

Verificava-se, no entanto, no âmbito de concursos em que se exigia a qualidade de agente, que se em data posterior à data limite de apresentação da candidatura o candidato com contrato administrativo de provimento perdesse essa qualidade, manter-se-ia a regularidade da candidatura, tendo em conta que os requisitos de admissão legalmente exigidos deveriam ser reunidos pelo candidato até essa data.

Neste sentido pronunciou-se o TCAN no Acórdão de 26-08-2008, proferido no Proc. N.º 00655/06.2BEPNF²¹, onde se salienta que “a verificação dos requisitos de admissão a concurso não pode ser diferida para momento ulterior ao termo da apresentação da candidatura, dito de outra forma, os candidatos devem possuir os requisitos no momento do termo do prazo de apresentação da candidatura”.

A rescisão do contrato administrativo de provimento, a que respeita o aresto em análise não atribui a lei efeitos de exclusão daquele procedimento.

Ou seja, a cessação do vínculo não tem, a nosso ver, qualquer impacto no domínio da relação jurídica procedimental estabilizada com a admissão da candidatura. Tal como defende o TCAN²² no supra indicado aresto, também aqui *são razões de segurança e de certeza jurídica, decorrentes do princípio da confiança e da boa fé*, vertidos nos artigos 266.º da CRP e 6.º do CPA, que justificam a nossa interpretação.

²⁰ Cfr. NEVES, Ana Fernanda, *O Recrutamento... cit.*, pág. 37.

²¹ Acórdão disponível em www.dgsi.com, fonte de toda a jurisprudência indicada neste estudo que não contenha expressa menção da sua fonte. É essencial notar que aqui em causa está um concurso interno de ingresso, que tendo em conta o quadro legal vigente à data dos factos, era aberto àqueles que, tendo celebrado contrato administrativo de provimento, exerciam funções há mais de um ano – agentes administrativos.

²² Também o TCAS se pronuncia no mesmo sentido no Acórdão de 25-06-2009, proferido no Proc. N.º 05060/09, onde se conclui que “na ausência de disposição legal expressa que atribua à cessação do contrato administrativo de provimento efeitos de caducidade do direito de candidatura a concurso de recrutamento e selecção de pessoal, v.g. em sede de concurso interno de ingresso, o candidato admitido que, na pendência do concurso, perca a qualidade de agente administrativo por termo do vínculo laboral de natureza precária que o titulava, mantém inalterada a respetiva posição jurídica no procedimento concursal, não podendo ser excluído com base naquele facto extintivo”.

Cumpra ainda salientar, no que aos requisitos de admissão ao procedimento concursal diz respeito, que a decisão de exclusão do mesmo deve ser inteiramente segura, precisamente porque a admissão a concurso contende com a liberdade de acesso ao emprego público²³. Os requisitos de admissão devem assim ser aplicados com cautela, tendo sempre em conta o seu carácter restritivo de direitos²⁴.

III. O princípio da igualdade no acesso à função pública

O princípio da igualdade, enquanto princípio estruturante da ordem jurídica, informa todos os procedimentos concursais²⁵, devendo pautar todas as relações estabelecidas entre a Administração e os particulares. Em certa medida, a própria existência de procedimento concursal de recrutamento constitui uma manifestação do princípio da igualdade, conforme tivemos já oportunidade de referir a título introdutório.

O princípio da igualdade, nos termos dos artigos 13.º da CRP e 6.º do CPA implica que, na sua relação com os particulares, a Administração não pode privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de direitos ou isentar de deveres qualquer um dos seus administrados.

Na opinião de ANA FERNANDA NEVES, o conteúdo do direito à igualdade “compreende, no essencial, o direito de candidatura, o direito à igualdade de tratamento e o direito a que a ordenação de mérito seja respeitada na subsequente constituição da relação jurídica de emprego”.²⁶

De onde resulta que estando em causa, num procedimento concursal de recrutamento, não apenas os interesses da Administração contratante e do potencial trabalhador contratado, mas os interesses de todos os cidadãos que, em condições de igualdade, podem ser opositores ao concurso, a relação laboral que é normalmente uma relação bilateral, assuma aqui um cariz triangular, na medida em que se entrecruzam interesses de três partes distintas.

No artigo 47.º, n.º 2, da CRP a ideia de igualdade surge como elemento integrativo do próprio direito de acesso à função pública.

²³ ANA FERNANDA NEVES defende que “os requisitos, do ponto de vista da sua admissibilidade constitucional, por um lado, devem ter um fundamento material justificativo da restrição que consubstanciam no acesso ao emprego público (...) e devem contender-se nos limites do parâmetro da proporcionalidade, do que é adequado e necessário em face da atividade a exercer (...). Por outro lado, não podem ser adotados requisitos que consubstanciem a perda automática (...) do direito de aceder a emprego público, obstando à aferição casuística da sua relevância.” in *O Direito da Função...cit.*, pág. 464.

²⁴ Neste sentido, no Acórdão da 1.ª Secção do CA do TCAN de 10.12.2010, proferido no Proc. N.º 01415/04.0BEPRT, o Tribunal destacou: “Não pode ser excluído do concurso, o candidato que faça prova de ter requerido oportunamente certidão ou cópia dos documentos comprovativos dos requisitos de admissão e que a Administração não lho entregou a tempo de se candidatar, pois não pode ser prejudicado por falta ou irregularidade que não lhe são imputáveis” (ponto 1 do sumário).

²⁵ Sobre o princípio da igualdade nos concursos públicos em geral pode ver-se Brito, Miguel Nogueira De - *Os princípios jurídicos dos procedimentos concursais*, 2011, Relatório elaborado no âmbito do Curso Pós-graduado em Direito dos Concursos, coordenado pelas Professoras Doutoras Carla Amado Gomes e Ana Neves, disponível em www.icjp.pt.

²⁶ NEVES, Ana Fernanda - *Relação jurídica de trabalho e relação de função pública*, Coimbra: Almedina, 1999, pág. 14.

MARÍA LUISA MOLERO MARAÑÓN configura o princípio da igualdade no acesso à função pública em duas vertentes, afirmando que, por um lado, o processo de seleção se deverá estruturar com fundamento em critérios exclusivamente relacionados com o mérito e a capacidade dos candidatos. Por outro lado, a igualdade operará também no momento da aplicação dos critérios de seleção definidos, garantindo a sua aplicação, por igual a todos os candidatos²⁷.

Na esteira do que realçam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, não fica proibida, na totalidade, “toda e qualquer diferenciação de tratamento, desde que razoavelmente fundada e destinada a proteger um valor ou interesse constitucional”.

Desde que devidamente fundamentada, não se encontram motivos justificativos para a não permitir a diferenciação, até porque, na génese deste princípio sempre estará presente a máxima que “se deve tratar aquilo que é igual como igual e o que é desigual como desigual”.

Pense-se por exemplo no tratamento preferencial de deficientes ou na preferência atribuída a trabalhadores que se encontram em situação de mobilidade, ou a contratados a termo certo²⁸, em caso de igualdade de classificação.

Assim, não se questiona a admissibilidade da consagração de um direito de preferência na lista de ordenação final, do trabalhador contratado a termo na admissão para postos de trabalho por tempo indeterminado, ainda que o contrato tenha já cessado, desde que o concurso seja publicitado até 90 dias após a cessação.

Nestes e noutros casos excecionados por Lei, a diferenciação não causa afronta ao princípio da igualdade, porquanto é devidamente fundada e tem na sua base uma ideia de igualdade material.

De assaz importância é a questão de saber se este princípio da igualdade de acesso à função pública será violado pela admissão do surgimento de vínculos laborais com a Administração Pública por tempo indeterminado através da conversão automática de contratos de trabalho a termo certo em contratos de trabalho sem termo com o Estado²⁹.

O Acórdão n.º 683/99 do TC tratou precisamente este tema, concluindo que “visando o concurso possibilitar o exercício do próprio direito de acesso em condições de igualdade, a sua dispensa não pode deixar, como se afirmou, de se basear em razões materiais isto é,

²⁷ Vide *Acceso y clasificación...cit.*, pág. 44.

²⁸ Este direito de preferência, introduzido na LVCR, mantém-se hoje no artigo 66.º da LGTFP.

²⁹ Sobre este tema pode ver-se o muitíssimo recente e completo Acórdão do TCAS de 05-05-2016, proferido no Proc. N.º 13057/16, onde, citando o Acórdão da Relação de Coimbra de 20-01-2011, proferido no Proc. N.º 207/09.5TTCVL.C1 se conclui que “(...) a lei continua a distinguir claramente a possibilidade de acesso ao trabalho por tempo indeterminado em entidade pública da possibilidade da contratação que seja (apenas) a termo, e por isso, justificadamente (e sem violar preceitos constitucionais) impede a conversão (artigo 10.º, n.º 2, da lei 23/2004). Assim, a não conversão de um contrato de trabalho a termo, celebrado por um trabalhador e uma pessoa coletiva pública, num contrato por tempo indeterminado não viola o direito comunitário (concretamente a Diretiva 1999/70/CE) nem a Constituição (concretamente o princípio contido no seu artigo 53.º) e corresponde à vontade da lei.”

designadamente, em razões relevantes para o cargo para o qual há que efetuar uma escolha (...).

Ora, a forma de acesso à função pública pela conversão automática de contratos de trabalho a termo certo em contratos de trabalho por tempo indeterminado, sem concurso, seria independente de quaisquer razões materiais, ligadas à função a exercer, para além de violar o princípio da igualdade estabelecido no artigo 47.º, n.º 2, da Constituição. Não deve, pois, ter-se por admissível”.

1. A divulgação atempada dos critérios de classificação como concretização do princípio da igualdade

Do artigo 33.º, n.ºs 3 e 4, da LGTFP constam os requisitos a que deve obedecer o aviso de abertura do procedimento concursal, os quais, complementados pelos elementos constantes do artigo 19.º, n.º 3 e 4 da Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de janeiro³⁰, corporizam os elementos essenciais para os potenciais destinatários poderem tomar uma decisão, informada e fundada, relativamente à sua candidatura³¹.

Note-se que há elementos que, na medida em que se mostrem essenciais para uma plena realização do direito de liberdade e igualdade no acesso à função pública, assumem particular relevância. Referimo-nos, designadamente, à publicitação dos critérios de avaliação e seleção dos candidatos.

Não é irrelevante o momento em que são divulgados os critérios de classificação, uma vez que o “princípio da divulgação atempada do sistema de classificação exige, não só a aprovação e divulgação do sistema de classificação, mas também que tal sistema seja anterior ao conhecimento pelo júri dos currículos dos candidatos”³². O conhecimento prévio por parte do júri dos currículos dos candidatos constituiria, além de uma violação do princípio da igualdade, uma violação dos princípios da transparência e da imparcialidade³³.

Assim, conforme assinala o Acórdão do Pleno do STA, de 13.11.2007, proferido no Rec. N.º 01140/06, a divulgação atempada do sistema de classificação – necessariamente anterior ao conhecimento dos elementos curriculares dos candidatos – visa dar transparência ao procedimento de recrutamento, sendo essencial como garantia de que os critérios que irão ser utilizados na graduação daqueles não são definidos já em função dos currículos por eles apresentados.

³⁰ Note-se que a utilização da expressão “designadamente” remete para o carácter exemplificativo dos elementos constantes deste artigo. Vide, neste sentido MOURA, Paulo Veiga e; ARRIMAR, Cátia - *Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores da Administração Pública*. 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pág. 148.

³¹ Cfr. MOURA, Paulo Veiga e; ARRIMAR, Cátia, *Comentários ...*, cit., pág. 192.

³² Cfr. Acórdão do TCAS de 07-12-2011, proferido no Proc. N.º 07294/11.

³³ Vide artigo 266.º, n.2 da CRP e artigo 9.º do Código do Procedimento Administrativo.

No aresto supra referido salienta-se ainda que o cumprimento da exigência constitucional de fundamentação sempre se traduzirá na necessidade de, em qualquer procedimento concursal de recrutamento em que haja mais que um candidato, aplicar algum sistema de classificação.

2. Da Neutralidade da Composição do Júri

Em indubitável conexão com o princípio da igualdade³⁴ surge o dever da Administração Pública tratar de forma imparcial aqueles que com ela entrem em relação.

Num procedimento concursal a imparcialidade da Administração só será garantida na medida em que o júri seja composto de forma neutra, ou seja, de forma a que seja assegurada a sua isenção, e que nela se possa confiar (cfr. artigo 9.º do CPA).

Sobre esta questão conclui-se no Parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR), publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 59, de 12.03.1991, que o presidente do júri de determinado concurso não poderia ter-se mantido em funções a partir do momento em que chegou ao seu conhecimento que um seu irmão era um dos concorrentes, por ter violado, entre outras, a regra da neutralidade da composição do júri.

Aliás, o respeito por esta regra encontra-se, em certa medida, salvaguardado na alínea b) do n.º 1 do artigo 69.º do CPA, quando se afirma que "(...)os titulares de órgãos da Administração Pública e os respetivos agentes, bem como quaisquer outras entidades que, independentemente da sua natureza, se encontrem no exercício de poderes públicos, não podem intervir em procedimento administrativo ou em ato ou contrato de direito público ou privado da Administração Pública (...) quando, por si ou como representantes ou gestores de negócios de outra pessoa, nele tenham interesse o seu cônjuge ou pessoa com quem viva em condições análogas às dos cônjuges, algum parente ou afim em linha reta ou até ao segundo grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa com quem vivam em economia comum ou com a qual tenham uma relação de adoção, tutela ou apadrinhamento civil"³⁵.

No mesmo sentido do referido Parecer da PGR pronunciou-se o STA no Acórdão de 19-03-2003, proferido no Proc. N.º 01225/02, afirmando que "viola o princípio da imparcialidade ou da neutralidade do júri o facto de um dos elementos do júri do concurso de provimento ser primo direito do candidato graduado em primeiro lugar conjugado com facto de existir estreita ligação profissional entre ambos, por tais circunstâncias revelarem grande intimidade que por razoavelmente suspeitar da isenção e rectidão do funcionamento do júri com tal composição" (cfr. ponto II do sumário).

³⁴ Embora se apresente em conexão com o princípio da igualdade, a neutralidade da composição do júri autonomiza-se dele, estando aqui em causa, de forma autónoma, o princípio da imparcialidade. Cfr. neste sentido VIANA, Cláudia - O Regime Jurídico no Concurso no Emprego Público. *CJA*. N.º 89, Setembro/Outubro 2011, pág. 7.

³⁵ Preceito que se filia no disposto no artigo 266.º da CRP, segundo o qual "os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé".

Resulta do artigo 21.º da Portaria 83-A/2009, que à composição do júri é aplicável o princípio da especialidade, que encontra fundamento no entendimento de que o conhecimento do conteúdo funcional dos postos de trabalho a concurso permitirá um melhor desempenho das suas funções. Colocada a possibilidade de, nestas circunstâncias, o conhecimento de alguns dos candidatos colocar em causa o respeito pela neutralidade e imparcialidade do júri, o STA foi da opinião que “não ofende o princípio da neutralidade, o facto de o júri ser constituído por funcionários do serviço para o qual foi aberta a vaga, e por isso, conhecerem os candidatos oriundos desse serviço, quando a lei não prevê nenhum impedimento, ou for suscitada a suspeição de qualquer dos seus elementos”³⁶.

3. Igualdade de Acesso à Função Pública e Contrato de Trabalho

Ainda que estejam em causa contratos de trabalho regidos pelo direito privado, por imperativo constitucional, não pode a Administração adotar um procedimento de recrutamento que não assegure os princípios da igualdade de oportunidades, da imparcialidade, da boa-fé, da não discriminação e da publicidade.

As exceções à regra do concurso, embora admitidas pelo texto constitucional, não o são sem mais, tendo de fundar-se em princípios materiais. Sob pena de se mostrar violado o direito de igualdade no acesso à função pública, não pode o estabelecimento de exceções constituir um poder discricionário do legislador³⁷.

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 03-10-2011, proferido no Proc. N.º 1029/10.6TTPNF.P1, em que estava em causa a validade de contrato de trabalho por tempo indeterminado não precedido de procedimento de recrutamento e seleção celebrado entre consultor jurídico e Hospital EPE o tribunal considerou que, embora o Decreto-Lei n.º 233/05, de 29 de dezembro, na redação então em vigor submetesse ao regime do contrato de trabalho os trabalhadores dos hospitais E.P.E., remetendo para o Código do Trabalho a sua disciplina, o n.º 4 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 233/05 sujeitava a *contratação a um processo prévio de recrutamento que assegure os princípios da igualdade de oportunidades, da imparcialidade, da boa-fé e da não discriminação, bem como da publicidade, exigência essa que mais não visa que dar cumprimento ao comando constitucional do artigo 47.º, n.º 2, da CRP*.

Socorrendo-se da já aqui referida jurisprudência do Tribunal Constitucional, a Relação do Porto considerou que, ainda que esteja em causa uma entidade pública empresarial, interpretar a lei no sentido de que é admissível, no seio da Administração Pública, contratar trabalhadores por tempo indeterminado sem prévio processo de recrutamento e seleção, destinado a assegurar

³⁶ Cfr. Acórdão de 04-05-1995, proferido no Proc. N.º 27482, *apud* CLÁUDIA VIANA, *O Regime...cit.*, pág. 8.

³⁷ Assim, GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA afirmam “A regra constitucional do concurso como meio de recrutamento e seleção de pessoal da função pública é uma garantia do princípio da igualdade e do próprio direito de acesso, pois este não existe quando a Administração pode escolher e nomear livremente os funcionários. (...) As exceções ao princípio do concurso (...) não estão na completa discricionariedade do legislador, devendo justificar-se com base em princípios materiais, sob pena de se defraudar o requisito constitucional.” *in Constituição da República ...*, cit., pág. 661.

o acesso em condições de liberdade e igualdade, seria inconstitucional por violação do artigo 47.º, n.º 2, da CRP.

O TRP salienta, para justificar a sua conclusão, que ainda que se possa questionar o uso de critérios distintos do mérito, *a previsão da regra do concurso, associada aos princípios da igualdade e da liberdade no acesso à função pública, funda uma preferência geral por critérios relativos ao mérito e à capacidade dos candidatos*. Na nossa opinião, será difícil compaginar a prossecução do interesse público, que deve conduzir toda a atuação da Administração, com a definição de critérios de acesso à função pública que não tenham na sua base uma ideia de meritocracia, que potencie a escolha dos mais capazes para o exercício das funções em causa.

Refira-se ainda que no aresto em análise o tribunal considerou que as conclusões do TC no Acórdão n.º 61/2004, relativamente aos institutos públicos, são também aplicáveis às entidades públicas empresariais, estas, tal como aqueles, pessoas coletivas de direito público, criadas precisamente para assegurar a prossecução necessária de interesses públicos, ainda que tenham carácter empresarial e estejam sujeitas ao direito privado.

Consubstanciando a obrigação do prévio procedimento de recrutamento e seleção de pessoal uma imposição legal, a consequência jurídica da sua preterição será a nulidade do contrato, consequência essa que decorre, desde logo, da violação do preceito constitucional.

IV. O princípio do mérito

Intrinsecamente ligado ao princípio da igualdade de acesso, o princípio do mérito assume especial relevo no quadro das relações laborais da Administração Pública, e, embora não se cingindo a este campo, o quadro legal de recrutamento e seleção não lhe é alheio.

Só se logrará atingir o objetivo do concurso de recrutamento dos mais capazes para ocupar o posto de trabalho em causa se for realizada uma avaliação objetiva do mérito.

O texto constitucional espanhol prevê especificamente que o acesso à função pública deve ser regulado por lei, de acordo com os princípios do mérito e capacidade³⁸.

Este princípio aparece intimamente ligado com o objetivo último da Administração – a prossecução do interesse público. Também o princípio da boa Administração, associado a critérios de eficiência (Cfr. artigo 5.º do CPA) impede que a Administração Pública contrate discricionariamente um trabalhador, à margem do princípio do mérito, uma vez que deverá contratar aquele que for mais capaz para ocupar o posto de trabalho posto a concurso.

A previsão de métodos de seleção obrigatórios no artigo 36.º da LGTFP – prova de conhecimentos e avaliação psicológica – visa precisamente dar corpo a este princípio, na medida em que é privilegiada a avaliação por critérios de índole objetiva.

³⁸ Cfr. artigo 103, n.º 3, onde se dispõe: “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

“O objetivo do procedimento de concurso público é o de determinar quais são de entre os aspirantes a um emprego os mais idóneos e portanto, pelo menos é de presumir, os mais úteis à Administração”³⁹.

É com base nestes critérios de seleção que os candidatos virão a ser classificados, sendo essa classificação transposta para a lista de ordenação final, nos termos do artigo 34.º da Portaria 83-A/2009, de 22 de janeiro.

A previsão de um período experimental destinado *a comprovar se o trabalhador possui as competências exigidas pelo posto de trabalho que vai ocupar* (cfr. artigo 45.º da LGTFP) tem também na sua génese o princípio do mérito. “No decurso e no termo desse período, o trabalhador pode ser exonerado se não revelar aptidão, traduzida num certo nível de desempenho. A decisão de fazer cessar a relação jurídica tem de ser fundamentada por referência aos parâmetros avaliativos previamente fixados e aos factos demonstrativos da sua falta⁴⁰”.

Afirma-se no Acórdão do TCAS de 19-01-2012, proferido no Proc. N.º 08317/11 que “ (...) as normas do referido artigo 12º [da LVCR, respeitantes ao período experimental da nomeação definitiva] (...), são normas de direito público, imperativas, que visam garantir que o trabalhador em funções públicas possui as competências exigidas pelo posto de trabalho que vai ocupar e por isso impõem a obtenção pelo mesmo de uma avaliação positiva e qualificada do trabalho executado no período experimental, que é determinante da sua aprovação”.

No acesso ao emprego público, o princípio da igualdade exige que todos os candidatos sejam tratados de forma igual, limitando a liberdade da Administração para contratar quem deseje, concretizando-se esta igualdade de tratamento na exigência de objetividade, de acordo com o princípio do mérito⁴¹.

Esta objetividade só poderá ser verificada se as deliberações do júri estiverem devidamente fundamentadas. Referindo-se à fundamentação das deliberações do júri o STA, no Acórdão de 09-06-2010, proferido no Proc. N.º 0349/10 afirma que a mesma só será “suficiente quando permite a um destinatário normal aperceber-se do itinerário cognoscitivo e valorativo seguido pelo autor do ato para proferir a decisão, isto é, quando aquele possa conhecer as razões por que o autor do ato decidiu como decidiu e não de forma diferente, de forma a poder desencadear os mecanismos administrativos ou contenciosos de impugnação”.

V. Da preterição dos princípios

Embora o desenvolvimento adequado do tema das invalidades do procedimento concursal exija, apenas ele, um estudo dedicado, não podemos, tendo em conta o objeto destas nossas páginas, deixar de lhe fazer referência.

³⁹ Cfr. IRELLI, Vincenzo Cerulli, *Corso di Diritto Amministrativo*, apud NEVES, Ana Fernanda - O direito da função...cit., pág. 473.

⁴⁰ Cfr. NEVES, Ana Fernanda - O direito da função...cit., pág. 449.

⁴¹ Cfr. MARAÑÓN, María Luisa Molero, *Acceso y clasificación...cit.*, pág. 44.

O Tribunal Central Administrativo Sul, no seu Acórdão de 19-04-2012 proferido no Proc. N.º 02746/07, foi colocado perante a questão de saber se à violação do artigo 47.º, nº 2, da CRP deve ser aplicado o regime da nulidade dos atos, previsto no artigo 133.º do CPA (hoje corresponde ao artigo 160.º) ou o da anulabilidade, previsto no artigo 135.º do mesmo diploma (hoje artigo 163.º).

Efetivamente, conclui o tribunal, “os vícios que determinam nulidade são excepcionais, sendo a consequência invalidante, em regra, a anulabilidade, como resulta dos referidos preceitos”.

No caso em apreço, postergando o Despacho autorizativo em causa as regras de acesso à função pública em condições de liberdade e igualdade, “enferma não apenas de vício de violação de lei, por preterição daquele preceito constitucional, como ofende o conteúdo essencial do direito fundamental de acesso à função pública por todos os cidadãos que reunissem as condições para se candidatarem a um concurso aberto para o efeito, sendo, como tal, nulo, nos termos do disposto no art. 133º, nºs 1 e 2, al. d), do CPA”.

Ora, nos termos do artigo 162.º do atual CPA o ato nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade. No entanto, a declaração de nulidade de um ato não impede, de acordo com o estabelecido no nº 3 do artigo 163.º do CPA, que se atribuam certos efeitos jurídicos “a situações de facto decorrentes de atos nulos, por força do simples decurso do tempo, de harmonia com os princípios gerais de direito”.

Assim, perante uma violação dos princípios enunciados, mostrar-se-á lesado o conteúdo essencial do direito fundamental de acesso à função pública, que importa a nulidade da decisão final do procedimento e da consequente decisão de contratar, projetando-se sobre a validade do contrato de que aquele procedimento foi pressuposto.

A utilidade de sentença que declare a nulidade da decisão concursal dependerá do estágio em que se encontre o concurso por ela afetado, bem como da amplitude do vício, na medida em que pode ficar inquinado o procedimento na totalidade ou apenas uma sua fase.

A nulidade de um ato administrativo projeta-se sobre a validade dos atos consequentes, o que significa que o contrato de trabalho celebrado na sequência de decisão adotada no âmbito de procedimento concursal que venha a ser considerada nula fica sem a sua génese, o que importa, nesta perspetiva, a sua caducidade.

“As ilegalidades concursais, muitas vezes, influem no conteúdo do contrato, no essencial, são suscetíveis de determinar o trabalhador com quem o empregador celebrará contrato; envolvem, amiúde, a preterição da liberdade de acesso e do direito à igualdade de acesso a emprego público. De modo que a celebração do contrato de trabalho não implica uma autónoma valoração de interesses face à decisão do concurso”⁴².

⁴² NEVES, Ana Fernanda - **Contencioso da Função Pública II. Temas e Problemas de Processo Administrativo** [em linha], 2.ª Edição Revista e Atualizada, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Disponível em www.icjp.pt, pág. 315.

Sobre este tema, pronunciou-se o Acórdão do STA, de 03-03-2016 proferido no Processo n.º 0905/15, onde se afirma que as consequências da nulidade do título válido para o exercício de funções, “quando houve efetivamente uma prestação de trabalho, (...) têm de ser apuradas no âmbito do regime jurídico laboral vigente”, consagrando o artigo 53.º da LGTFP uma ficção legal de validade.

Por outro lado há limitações objetivas e temporais dos efeitos de sentença de invalidade, mesmo que em causa esteja o desvalor jurídico da nulidade. Assim, fica claro no artigo 53.º da LGTFP que “o vínculo de emprego público declarado nulo ou anulado produz efeitos como válido em relação ao tempo em que seja executado”.

ANA FERNANDA NEVES considera que o desvio à regra da não produção de efeitos dos atos nulos é aqui justificado “pela circunstância de não poder ser «apagado» o trabalho feito e de, em regra, não contender com a execução da sentença (artigo 173.º, n.º 2, do CPTA)”⁴³. O contrato, independentemente da precariedade do ato que lhe serviu de pressuposto, foi causa de efeitos jurídicos materiais⁴⁴, e não será possível proceder à reconstituição da situação que existiria abstraindo da nulidade do procedimento concursal, uma vez que o trabalho prestado não pode ser retirado. ANDRÉ SALGADO MATOS considera que existe um desfazamento entre o desvalor jurídico do ato e contrato e a sua eficácia jurídica⁴⁵.

“Estamos, pois, perante uma situação em que a Administração já não pode restituir a prestação laboral da recorrente, pelo que terá de lhe retribuir com um valor correspondente, que deverá, na falta de outros elementos, coincidir com (...) o valor do vencimento da categoria (...). É, pois, esse o valor correspondente ao que foi prestado e que já não lhe pode ser devolvido em espécie” (Cfr. Acórdão do STA, de 03-03-2016 proferido no Processo n.º 0905/15).

Diga-se apenas, a final, que por aplicação do artigo 173.º, n.º 3, do CPTA⁴⁶, a situação jurídica do trabalhador cujo contrato tenha sido celebrado há mais de um ano e que desconhecia sem culpa a precariedade⁴⁷ da sua situação jurídica não pode ser posta em causa se a cessação deste for manifestamente desproporcionada face ao interesse na execução da sentença.

⁴³ Vide Contencioso da Função ...*cit.*, pág. 318.

⁴⁴ Até à declaração de nulidade do ato ferido de invalidade “os atos dele consequentes encontram-se numa situação de validade precária ou de invalidade suspensa ou pendente (...) É a anulação do ato antecedente que, reconhecendo a invalidade da base de sustentação do ato consequente e, desse modo, esclarecendo a sua verdadeira situação jurídica, faz com que a sua invalidade, que era originária, mas tinha permanecido suspensa até à anulação, se efetive desencadeando os seus efeitos”. Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de *Teoria Geral do Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2015, pág. 309.

⁴⁵ Cfr. Algumas observações críticas acerca dos atuais quadros legais e doutrinários da invalidade do ato administrativo, *CJA*, n.º 82, Julho/Agosto 2010, pág. 66.

⁴⁶ Cfr. artigo 173.º, n.º 3, do CPTA: “Os beneficiários de atos consequentes praticados há mais de um ano que desconheciam sem culpa a precariedade da sua situação têm direito a ser indemnizados pelos danos que sofram em consequência da anulação, mas a sua situação jurídica não pode ser posta em causa se esses danos forem de difícil ou impossível reparação e for manifesta a desproporção existente entre o seu interesse na manutenção da situação e o interesse na execução da sentença anulatória”.

⁴⁷ Saliencia-se que o trabalhador contratado com base em decisão final do concurso, contrainteressado e parte no processo judicial, em princípio conhece a precariedade da sua situação.

VI. Bibliografia

ALMEIDA, Mário Aroso de – *Teoria Geral do Direito Administrativo*, Almedina, 2015

ALMEIDA, Mário Aroso de/ CADILHA, Carlos Fernandes – *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª Edição, Almedina, 2010

MATOS, André Salgado – Algumas observações críticas acerca dos atuais quadros legais e doutrinários da invalidade do ato administrativo. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82, Julho/Agosto 2010

BRITO, Miguel Nogueira de – *Os princípios jurídicos dos procedimentos concursais*, 2011, Relatório elaborado no âmbito do Curso Pós-graduado em Direito dos Concursos, coordenado pelas Professoras Doutoras Carla Amado Gomes e Ana Neves, [Em linha] [Consult. em 2 jan. 2017]. Disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1024-2234.pdf>

CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007

MARAÑÓN, María Luisa Molero – *Acceso y clasificación profesional en las administraciones públicas*, 1999

MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005

MOURA, Paulo Veiga/ ARRIMAR, Cátia

– *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014

– *Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores da Administração Pública*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2010

NEVES, Ana Fernanda

– *Relação jurídica de emprego público – Movimentos fractais diferença e repetição*, 1999, Coimbra Editora

– O Recrutamento de Trabalhador Público, Provedor de Justiça, 2013 [Em linha] [Consult. em 26 de dez. de 2016]. Disponível em:

http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/O_Recrutamento_de_Trabalhador_Publico.pdf

– Contencioso da Função Pública II. *Temas e Problemas de Processo Administrativo* [Em linha], 2.ª Edição Revista e Atualizada, 2012, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, [Consult. em 2 jan. 2017] E-book disponível em:

http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_processoadministrativoii_isbn_atualizado_jan2012.pdf

– O Direito da Função Pública. In *Tratado de Direito Administrativo Especial* / coord. Paulo Otero, Pedro Gonçalves. Coimbra, Almedina, 2010 - 4.ª v, págs. 431-556

PIRES, Miguel Lucas – *Os regimes de vinculação e a extinção das relações jurídicas dos trabalhadores da Administração Pública*, Almedina, 2013

QUADROS, Fausto - O concurso público na formação do contrato administrativo. In *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 47, 1987

VIANA, Cláudia – “O Regime Jurídico no Concurso no Emprego Público”. In *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 89, Setembro/Outubro 2011

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

12. Vínculos de emprego público, em particular, a nomeação

Mara Sofia da Silva Gonçalves

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

VÍNCULOS DE EMPREGO PÚBLICO, EM PARTICULAR, A NOMEAÇÃO

Mara Sofia da Silva Gonçalves

- A) Introdução
 - B) A relação jurídica de emprego público; C) A nomeação no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06
 - D) A nomeação na Lei n.º 12-A/2008, de 27/02 (LVCR)
 - E) A nomeação na Lei n.º 35/2014, de 20/06 (LTFP)
 - F) Conclusão
- Referências Bibliográficas

A) Introdução

Com o presente trabalho pretende-se analisar os vínculos de emprego público, sob a perspetiva de uma das suas modalidades em concreto – a da nomeação –, cuja evolução do respetivo regime tem marcado o desenvolvimento da própria relação de emprego público. Por esse facto a análise far-se-á sob o ponto de vista histórico, com a descrição dos principais elementos caracterizadores e respetiva evolução, começando por uma abordagem mais geral acerca da própria relação jurídica de emprego público e sua estrutura.

B) A relação jurídica de emprego público

O direito da função pública regula, essencialmente, a relação jurídica de emprego público. São estas normas relacionais que constituem o núcleo das normas do direito da função pública.

Se numa aceção ampla¹, a função pública inclui todos aqueles que estiverem vinculados à Administração por relações de emprego, independentemente do regime jurídico aplicável e independentemente do seu carácter provisório ou definitivo, permanente ou transitório, abrangendo ainda os titulares de cargos diretivos, de órgãos administrativos e de cargos públicos não eletivos fora de um quadro de subordinação jurídica, independentemente da sua sujeição a um regime jus/laboralista (privado) ou jus/administrativista (público). Numa conceção mais restrita, a função pública integrará os que se encontram vinculados à Administração através de uma relação de emprego disciplinada pelo direito administrativo².

Na definição proposta por Ana Fernanda Neves³, a relação jurídica de emprego público é a relação jurídica estabelecida entre um indivíduo e uma pessoa coletiva integrada na Administração Pública, ou com um ente público, cujo objeto se traduz na prestação de trabalho subordinado, com carácter contínuo, a que corresponde uma contrapartida remuneratória e disciplinada por um mínimo denominador de regime jus/publicista.

¹ Ana Fernanda Neves, em *Tratado de Direito Administrativo Especial*, coorden. Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Volume IV, Almedina, 2010, pp. 359-368.

² Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização da função pública*, Coimbra Editora, 2004, pp. 46-5.

³ Cfr. Ana Fernanda Neves, op. cit., pág. 431 e seguintes.

Independentemente da conceção adotada, a nossa lei fundamental, no art.º 269.º, n.º 1, estatui a subordinação de todos os trabalhadores da Administração Pública e de outras entidades públicas ao interesse público, pelo que, tais relações jurídicas de emprego para além de se caracterizarem por uma subordinação jurídica à pessoa coletiva pública, estão também subordinadas ao interesse público prosseguido pela respetiva entidade.

Mas os ditames constitucionais relativos à relação de emprego público impõem ainda que o exercício de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico não pode ser atribuído aos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal (cfr. art.º 15.º, n.º 2, CRP), ou ainda a regra de que o processo de recrutamento no âmbito da função pública é feito através de concurso, garantindo assim o acesso à função pública em condições de igualdade e de liberdade (cfr. art.º 47.º, n.º 2, CRP).

1. O empregador público

O empregador público é um sujeito de direito, portanto, uma pessoa jurídica, sendo uma pessoa coletiva integrada na Administração Pública. Excluída do âmbito de relação jurídica de emprego público está a relação estabelecida por uma pessoa coletiva não integrante na Administração Pública, ainda que exerça tarefas ou atribuições públicas.

Noutro âmbito, sendo a relação de emprego público remunerada com recurso a fundos públicos, ela encontra-se funcionalmente ligada ao tipo de atividade desenvolvida pelo empregador público, assim como aos fins ou interesses públicos prosseguidos por cada uma das pessoas coletivas públicas. Por outro lado ainda, não será de atribuir natureza pública às relações de emprego estabelecidas por entidades privadas, ainda que prossigam interesses públicos, na medida em que a ligação ao interesse público não descaracteriza a sua natureza privada, pelo que podem conformar as relações de trabalho que estabelecem no exercício da autonomia privada. Já quanto às pessoas coletivas públicas com forma privada integradas na Administração Pública, para aferir se uma entidade deste tipo tem a natureza de empregador público importa atentar pela sua sujeição a normas de direito público, quer em termos de organização, quer de funcionamento, ou da atividade desenvolvida, e ainda descartinar se esta atividade está sujeita a concorrência: por exemplo, hospitais públicos EPE's integrantes do Serviço Nacional de Saúde vs Caixa Geral de Depósitos.

2. A prestação de trabalho subordinado

O objeto da relação jurídica de emprego público é a prestação de trabalho subordinado. São diversos os elementos identificadores da existência de prestação de trabalho subordinado: o modo de conformação da atividade, a existência de autoridade disciplinar e a integração em estrutura organizacional.

Em face da ausência do elemento de subordinação jurídica, é de excluir do âmbito do emprego público as chamadas atividades prestativas não laborais, tais como, os contratos de prestação de serviço, os contratos de ocupação temporária ou os contratos de formação, assim como o

exercício de certas funções de forma ocasional, como por exemplo, a de membro de grupo de trabalho.

3. O caráter contínuo da relação

A relação jurídica de emprego público envolve a prestação de uma atividade, pelo que exclui do seu âmbito a realização de tarefas ou funções temporalmente delimitadas, sem qualquer relação de dependência, tais como, a de membro de mesa eleitoral, de órgão de avaliação, de jurado.

4. O mínimo denominador comum de regime jus/publicístico

O mínimo denominador comum de regime jus/publicístico funda-se na especificidade do empregador público, enquanto garante da satisfação de necessidades coletivas e de tutela de direitos fundamentais. Tal caráter jurídico-público deriva dos princípios constitucionais em matéria de emprego na Administração Pública: igualdade no acesso; subordinação dos trabalhadores à prossecução dos interesses públicos que incumbem ao respetivo empregador público; proibição de discriminação pelo exercício de direitos políticos; garantia de audiência e de defesa em procedimento disciplinar; não acumulação de empregos ou cargos públicos; regime de incompatibilidade legalmente definido; reserva de lei quanto às bases do seu regime; sujeição ao princípios gerais da atividade administrativa.

5. A tipicidade dos vínculos laborais

Em face da evolução operada nas modalidades de vínculo de emprego público, emerge o princípio da tipicidade, segundo o qual, as relações de trabalho na Administração Pública devem assumir necessariamente uma das modalidades previstas na lei, consoante as situações expressamente previstas para cada um dos vínculos.

C) O Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06

A matéria da constituição da relação jurídica de emprego público era regulada, aquando da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27/02, que aprova os Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações (LVCR), pelo disposto no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06 e no Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12. Sendo que o Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12 desenvolvia as linhas gerais estabelecidas no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06.

1. As modalidades de constituição da relação de emprego público

As modalidades de constituição da relação jurídica de emprego público estavam previstas no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06, que prescrevia que a relação jurídica de emprego na administração constituía-se com base em nomeação ou em contrato, reservando para estas as modalidades de contrato administrativo de provimento e de contrato de trabalho a termo certo.

Deste diploma legislativo resultava claro que a modalidade-regra da constituição da relação jurídica de emprego público era a da nomeação aplicando-se o contrato a situações especiais e excepcionais.

Tal como expresso no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12, *“Pela nomeação assegura-se o exercício de funções próprias de serviço público com caráter de permanência, correspondendo à forma estável de prestar serviço à Administração Pública, sendo o contrato, em qualquer das suas modalidades, limitado a situações específicas claramente definidas, com características de excecionalidade e transitoriedade”*.

A opção pela modalidade-regra da nomeação é depois concretizada em ambos os diplomas. Neste sentido, quer disposto no art.º 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06, que estabelecia que o contrato constituía uma relação transitória de trabalho subordinado, quer no art.º 8.º, n.º 3, do mesmo diploma, que determinava que o recrutamento por via de contrato administrativo de provimento (uma das duas formas que podia revestir o contrato⁴) era admitido para situações especiais expressamente previstas na lei, quer ainda, no art.º 9.º, n.º 1, do mesmo texto legal, que, na sua versão original, dispunha que o contrato de trabalho a termo certo se destinava a assegurar, excecionalmente, o exercício transitório de funções de caráter subordinado duração previsível que não pudessem ser desempenhadas por nomeados ou contratados em regime de direito administrativo.

2. A nomeação

No art.º 6.º, n.º 1, o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06, procedia à definição legal da nomeação, como sendo *“um ato unilateral da Administração, cuja eficácia está condicionada à aceitação por parte do nomeado e pelo qual se visa o preenchimento de um lugar do quadro”*, introduzindo no n.º 2, o elemento diferenciador da modalidade da nomeação face à modalidade do contrato, ao determinar que com a nomeação *“visa-se assegurar o exercício profissionalizado de funções próprias de serviço público que revistam caráter de permanência”*.

Tal diferenciação resulta, portanto, a natureza permanente ou não permanente das funções de serviço público a exercer. À modalidade de contrato, quer sob a forma de contrato administrativo de provimento, quer sob a forma de contrato de trabalho, estava reservada a constituição de relações de trabalho subordinado para o exercício de funções ou tarefas que não revestissem um caráter de permanência (cfr. art.º 8.º, n.º 1 e art.º 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 02/06), ao passo que todas as relações de trabalho constituídas para o exercício de funções dotadas daquela natureza permanente deveriam assumir a modalidade da nomeação - o regime-regra de constituição da relação jurídica de emprego público durante esse longo período temporal.

O regime da modalidade da nomeação era, como referido, desenvolvido no Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12, o qual, além de concretizar o conceito de funções próprias de serviço público a que aludia o n.º 2 do art.º 6.º do Decreto-Lei n.º 189/89, de 2/06, como sendo aquelas *“cujo*

⁴ A outra era a forma do contrato de trabalho a termo certo, cfr. art. 7º, n.º 2, do DL 184/89, de 02/06.

exercício corresponda à aplicação de medidas de política e à concepção, execução e acompanhamento das ações tendentes à prossecução das atribuições de cada serviço” (cfr. art.º 4.º, n.º 2), determinava a obrigatoriedade da nomeação dos candidatos para as vagas abertas em concurso, no qual tenham obtido aprovação.

O Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12, estabelecia, ainda, as duas modalidades que podia revestir a nomeação: a nomeação por tempo indeterminado e a nomeação em comissão de serviço.

A nomeação na modalidade de comissão de serviço estava reservada para situações transitórias, nomeadamente, para a nomeação de pessoal dirigente, para o período probatório de funcionário a nomear em lugar de ingresso que proviesse de uma nomeação numa outra carreira e, por último, para outros casos especialmente previstos na lei (cfr. art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12).

Fora destas específicas situações, a regra geral da nomeação era a da modalidade de nomeação por tempo indeterminado.

Porém, a nomeação por tempo indeterminado apenas se tornava definitiva - independentemente de quaisquer formalidades - após o decurso de um período probatório de um ano, durante o qual a nomeação era provisória (cfr. art.º 6.º, n.º 1). Aliás, ainda que a duração do período probatório previsto para o concurso fosse inferior à duração normal de um ano, prevista no n.º 2 do art.º 6.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12, a nomeação apenas se convertia em definitiva após o decurso daquele prazo (cfr. art.º 6.º, n.º 6).

Caso, porém, durante o período de estágio, o funcionário não revelasse aptidão para o desempenho das funções em causa, podia ser exonerado a todo o tempo, por despacho da respetiva entidade (cfr. art.º 6.º, n.º 10).

Uma nota final para referir a solenidade conferida à primeira nomeação de funcionário, a qualquer título, ou a de nomeação de dirigente. Nos termos do art.º 9.º, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12, nestes casos, a aceitação do ato de nomeação reveste a forma de posse, sendo esta um ato público, pessoal e solene pelo qual o nomeado manifesta a vontade de aceitar a nomeação, tendo, para tal, de prestar o compromisso de honra previsto no n.º 4 do mesmo artigo: *“Eu, abaixo assinado, afirmo solenemente pela minha honra que cumprirei com lealdade as funções que me são confiadas”*.

D) A Lei n.º 12-A/2008, de 27/02

A LVCR veio estabelecer várias alterações à matéria da constituição da relação jurídica de emprego público que até então era regulada pelo disposto no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06 e pelo Decreto-Lei 427/89, de 7/12 - que foram revogados pela entrada em vigor do primeiro⁵.

⁵ Cfr. art. 116º, als. s) e x), da Lei n.º 12-A/2008, de 27/02

No entanto, a revogação dos referidos diplomas, no que respeita à constituição do vínculo da relação jurídica de emprego público, não foi efetuada simultaneamente quanto a todas as suas disposições. Na verdade, por aplicação do disposto no art.º 117.º, n.º 2, da LVCR, apenas a constituição das relações jurídicas de emprego público abrangidas pela al. a) do n.º 4 do art.º 9.º e pelo art.º 10.º, desta lei passaram a ser regidas segundo o aí estabelecido aquando da entrada em vigor da própria LVCR. Pelo que, o modo de constituição das relações de emprego público na modalidade da nomeação, embora circunscritas às funções taxativamente elencadas no art.º 10.º, continuou regulado pelos termos previstos para a nomeação no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06, até à entrada em vigor do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP), que viria a ser aprovado pela Lei 59/2008, de 11/09, vigorando a partir de 1 de janeiro de 2009.

Um dos principais objetivos que nortearam a reforma levada a cabo prendia-se com a aproximação do regime público ao regime laboral comum, por um lado, e a sujeição ao mesmo regime, na maioria dos seus traços fundamentais, das várias modalidades de constituição de vínculo de emprego público, por outro⁶.

1. As modalidades de constituição da relação de emprego público

Uma das mais relevantes alterações que a referida LVCR trouxe prendeu-se com as modalidades das relações de emprego público.

Enquanto que no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06, encontravam-se reguladas, como vimos, apenas duas modalidades de constituição da relação jurídica de emprego público – a nomeação e o contrato –, já na LVCR ficaram previstas três modalidades – a nomeação, o contrato de trabalho e a comissão de serviço.

Por outro lado, a modalidade da nomeação foi substituída pela modalidade do contrato de trabalho em funções públicas, como modalidade-regra da constituição da relação jurídica de emprego público.

Neste sentido, não obstante o disposto no art.º 20.º da LVCR prever que são contratados os trabalhadores que não devam ser nomeados e cuja relação jurídica de emprego público não deva ser constituída por comissão de serviço, a verdade é que a modalidade da nomeação ficou reservada para o exercício de funções de autoridade pública, nos termos estabelecidos no art.º 10.º dessa lei - pelo que, a nomeação passou a ter um carácter residual, como modalidade de constituição de relação jurídica de emprego público.

A terceira modalidade prevista, a da comissão de serviço, ficou adstrita às situações residuais do exercício de funções dirigentes e para a frequência de formação específica ou da aquisição de grau académico ou de título profissional que constituísse condição ou pressuposto necessário para o exercício de funções integradas em carreira (cfr. art.º 9.º, n.º 4, da LVCR).

⁶ Cfr. Diogo Vaz Marecos, *Constituição Vínculo da Relação Jurídica de Emprego Público*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 71, vol. I (jan/mar 2011), pág. 207 a 235.

Se até à entrada em vigor da LVCR, o critério diferenciado das modalidades de constituição de relações jurídicas de emprego público era o caráter de permanência das funções de serviço público a exercer pelo trabalhador – nomeação para as funções de serviço público permanentes e contrato para as não permanentes –, após a LVCR é o próprio conteúdo funcional das funções que determina o modo de constituição do vínculo de emprego público.

2. A nomeação

A nomeação passou, como referido, a estar reservada a funções de autoridade pública (sem as esgotar), em domínios em que se manifesta o poder de autoridade do Estado, conforme resulta do elenco de funções taxativo do art.º 10.º da LVCR.

Assim, só podiam constituir-se por nomeação as funções relativas a:

- Missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes;
- Representação externa do Estado;
- Informações de segurança;
- Investigação criminal;
- Segurança pública, quer em meio livre, quer em meio institucional;
- Inspeção.

A LVCR previu que o preenchimento dos mapas de pessoal para o exercício das atividades de natureza permanente se fizesse por recrutamento com recurso à constituição de relações de emprego público por tempo indeterminado. Já quando as atividades a exercer pelo trabalhador fossem de natureza temporária o recrutamento seria efetuado com recurso à constituição de relações de emprego público por tempo determinado ou determinável (cfr. art.º 6.º, n.º 3).

Mas, se na vigência do Decreto-Lei 184/89, de 2/06, a constituição de relações jurídicas de emprego público por tempo determinado estava cingida à modalidade do contrato, com a LVCR também para a nomeação se previu a possibilidade de a mesma assumir uma natureza temporária.

Assim, previu-se duas modalidades de nomeação: a nomeação definitiva e a nomeação transitória⁷. Se a nomeação definitiva é efetuada por termo indeterminado, já a nomeação transitória é efetuada por tempo determinado ou determinável, cfr. art.º 11.º, n.º 1, aplicando-se a esta última as disposições do RCTFP relativas ao contrato a termo resolutivo⁸.

⁷ No regime anterior as duas modalidades de nomeação eram, como vimos, a nomeação por tempo indeterminado e a nomeação em comissão de serviço.

⁸ Cfr. art. 13º, n.º 1, da Lei n.º 12-A/2008, de 2/06.

Os pressupostos do recurso à nomeação transitória seriam aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições do RCTFP, estabelecendo, ainda, o art.º 13.º da LVCR que a área de recrutamento para esta modalidade de nomeação transitória seria constituída pelos trabalhadores que não tivessem ou não pretendessem conservar o vínculo de emprego público por tempo indeterminado, bem como pelos que se encontrassem em mobilidade.

Uma referência ao facto de a aceitação da primeira nomeação, com a LVCR, deixar de revestir a forma de posse e abandonar a solenidade a esta inerente. Isto é, muito embora qualquer aceitação de nomeação continuasse a ser um ato público e pessoal, e ainda titulado pelo respetivo termo, passou a revestir a forma de uma mera declaração, deixando de estar prevista a forma solene de posse para a primeira nomeação, nos termos prescritos no art.º 15.º da LVCR.

Para a modalidade de constituição de relação jurídica de emprego público da nomeação continuou prevista a existência de um período experimental (antes denominado de período probatório), destinado a comprovar se o trabalhador possui as competências exigidas pelo posto de trabalho a ocupar. Tal exigência resulta, para a nomeação definitiva, do disposto no art.º 12.º da LVCR, que, na determinação do seu regime, prevê a duração de 12 meses para esse período experimental, como prazo normal. Quanto à nomeação transitória, por remissão para o RCTFP, a duração do período experimental para a nomeação transitória é de 30 dias ou de 15 dias, consoante a duração prevista para a nomeação a efetuar seja igual ou superior a 6 meses ou inferior a este prazo, respetivamente.

Durante o período experimental, as competências reveladas pelo trabalhador são avaliadas por um júri constituído para o efeito, mediante a atribuição de uma notação entre o 0 e os 20 valores.

Também com a LVCR, caso durante o período experimental o trabalhador revele de forma manifesta que não possui as competências exigidas para o lugar a ocupar, a entidade competente pode fazer cessar antecipadamente a nomeação, mediante ato devidamente fundamentado, ouvido que seja o júri.

3. A transição dos trabalhadores nomeados

Num primeiro momento, em face da alteração do critério delimitador das várias modalidades de constituição de relação jurídica de emprego público, foi necessário estabelecer as regras pelas quais transitariam todos os trabalhadores que haviam sido nomeados segundo as regras até então em vigor e que não exercessem as funções para as quais a modalidade da nomeação passou a estar reservada de modo exclusivo, enumeradas no art.º 10.º da LVCR – uma transição que envolveria uma grande número de trabalhadores, uma vez que a nomeação foi até então, como referido, o regime regra do vínculo laboral público.

Assim, as principais situações de transição a efetuar para os trabalhadores detentores, à data da entrada em vigor da LVCR, do vínculo de nomeação foram: trabalhadores que exerciam funções nas condições referidas no art.º 10.º e trabalhadores que exerciam funções em

condições diferentes das referidas no art.º 10.º – ambas reguladas pelo art.º 88.º desse diploma.

Quanto aos trabalhadores nomeados que exerciam as funções referidas no art.º 10.º da LVCR, mantiveram a nomeação definitiva (cfr. art.º 88.º, n.º 1), para cujo regime transitaram os trabalhadores com vínculo contratual que exerciam essas mesmas funções.

Por seu lado, os trabalhadores detentores do vínculo de nomeação que não exercessem as funções referidas no art.º 10.º da LVCR transitaram para a modalidade de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado (cfr. art.º 88.º, n.º 4).

Porém, a estes trabalhadores não passou a ser aplicável o RCTFP na sua globalidade.

Naquela norma transitória da LVCR ficou previsto que estes trabalhadores mantivessem os regimes de cessação da relação jurídica de emprego público e de reorganização de serviços e colocação de pessoal em situação de mobilidade especial próprios da numeração definitiva⁹ – salvaguardando-os, deste modo, das disposições previstas no RCTFP quanto a estas matérias, assim como, mantiveram o regime de proteção social de que vinham beneficiando, tal qual previsto no art.º 114.º, n.º 2, da LVCR.

Todas as transições de trabalhadores seriam efetuadas através da lista nominativa a que se refere o art.º 109.º da LVCR.

E) A Lei n.º 35/2014, de 20/06 (LTFP)

Com a aprovação, pela Lei n.º 35/2014, de 20/06, da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP) agregou-se num único diploma matérias que até então estavam reguladas em diversa legislação, por exemplo, as anteriormente reguladas na LVCR, no RCTFP ou no Estatuto Disciplinar. De fora deste desígnio unificador ficaram as matérias da tramitação dos procedimentos concursais, a tabela remuneraria única e alguns aspetos do procedimento de requalificação – para cujos respetivos diplomas a LTFP remete a correspondente regulação.

Também com a LTFP prosseguiu a visada aproximação do regime de emprego público ao regime do emprego privado, que havia sido iniciada com a LVCR.

1. As modalidades

No que respeita às modalidades de vínculo de emprego público, a LTFP parte do conceito de trabalho em funções públicas para distinguir as modalidades de vínculo de emprego público e o contrato de prestação de serviços (cfr. art.º 6.º, n.º 1, LTFP). Ou seja, o próprio vínculo de

⁹ As causas de cessação da relação jurídica de emprego público para a modalidade de nomeação estavam previstas no art. 32.º da LVCR, de um modo restritivo face às causas de cessão do contrato, por remissão para as causas previstas no RCTFP, cfr. art. 33.º, n.º 2, do mesmo diploma.

emprego público passa a ser uma das duas modalidades de prestação de trabalho em funções públicas.

No n.º 2 do mesmo artigo, a LTFP define vínculo de emprego público como aquele pelo qual uma pessoa presta a sua atividade a um empregador público, de forma subordinada e mediante remuneração, fixando, no n.º 3, as modalidades pelas quais aquele vínculo se pode constituir.

Tal como a LVCR previa, no seu art.º 9.º, a LTFP manteve, no art.º 6.º, como únicas modalidades de constituição de vínculo de emprego público as seguintes modalidades:

- Contrato de trabalho em funções públicas;
- Nomeação;
- Comissão de serviço.

Muito embora se mantenha a distinção entre três modalidades de constituição de relação jurídica de emprego público, a verdade é que a grande maioria das normas da LTFP aplicam-se aos trabalhadores em funções públicas, independentemente da modalidade do vínculo¹⁰.

Alguma doutrina levanta, inclusivamente, a questão da pertinência da manutenção da distinção de modalidades de constituição de vínculo de emprego público, em face desta tendência uniformização de regimes entre as várias modalidades previstas no art.º 6.º da LTFP¹¹.

2. A nomeação

Não obstante, o art.º 8.º, n.º 1, da LTFP, vem manter as funções para as quais a LVCR já previa a constituição do vínculo de nomeação.

Para qualquer uma daquelas três modalidades de vínculo de emprego público, o n.º 4 do art.º 6.º da LTFP prevê a possibilidade de serem constituídos por tempo indeterminado ou a termo resolutivo. Em complemento, especificamente quanto à modalidade da nomeação, o art.º 8.º, n.º 3, da LTFP, vem remeter para o regime do contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo o exercício transitório da maioria daquelas funções, o que, em ordem à referida uniformização de regimes, vem eliminar a autonomização da figura da nomeação transitória que provinha da LVCR (arts. 11.º, n.º 3 e 13.º, da LVCR).

A LTFP também introduziu alteração à regulamentação do período experimental, comum às modalidades de nomeação e de contrato.

¹⁰ Como exemplos de aplicação específica a determinada modalidade, os arts. 7º a 9º, 13º, 14º e 365º a 393º.

¹¹ Cfr. Miguel Lucas Pires, em *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Anotada e Comentada*, Almedina, 2ª edição, 2016, pág. 63.

Desde logo, a LTFP distingue duas modalidades de período experimental: do vínculo, correspondente ao tempo início de vínculo de emprego público; de função, correspondente ao desempenho de uma nova função em diferente posto de trabalho, por parte de trabalhador já titular de um vínculo de emprego público por tempo indeterminado (cfr. art.º 45.º, n.º 2, LTFP), às quais faz corresponder diferentes consequências em caso de insucesso na conclusão do período experimental (cfr. n.ºs. 3 e 4 do mesmo artigo).

Se para vínculos de emprego público por tempo indeterminado, a avaliação do trabalhador durante o período experimental está a cargo de um júri especialmente constituído para o efeito, já quando se visa a constituição de um vínculo de emprego público a termo, as funções do júri são exercidas pelo imediato superior hierárquico do trabalhador (cfr. art.º 46.º, n.ºs. 1 e 2, da LTFP).

No que respeita à duração do período experimental, a LTFP prevê duração diversa do período experimental, consoante da modalidade de vínculo, sendo de um ano para a nomeação definitiva (art.º 49.º, n.º 3), muito embora a possibilidade dessa duração ser reduzida por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, sem, contudo, possa ser excluído (cfr. art.º 51.º, n.ºs. 1 e 2, da LTFP).

Como referido, a tendência de uniformização dos regimes de cada uma das modalidades de constituição da relação jurídica de emprego público, encetada pela aprovação da LTFP, implica que sejam escassas as matérias que se apliquem especialmente à modalidade da nomeação, em análise.

De entre aquelas matérias, as que se revestem de maior importância são as que contêm com a maior estabilidade do regime da nomeação face ao regime do contrato de trabalho em funções públicas e que estão subjacentes ao regime transitório aplicável aos trabalhadores que, por via da entrada em vigor da LVCR, passaram de um vínculo de nomeação para um vínculo de contrato (cfr. art.º 88.º, n.º 4, da LVCR). Estão em causa matérias relativas à extinção da relação jurídica de emprego público, assim como, da reafetação de trabalhadores em caso de reorganização e racionalização de efetivos.

Neste âmbito, os trabalhadores com vínculo de contrato em trabalho em funções públicas, para além de partilharem com os trabalhadores nomeados as causas comuns de extinção do vínculo de emprego público, previstas nas secções II, do Capítulo IX do Título IV, da Parte II, da LTFP (arts. 291.º a 310.º), podem ainda ver cessados os respetivos contratos de trabalho na sequência de processo de reorganização de serviços ou de racionalização de efetivos realizados nos termos da mesma Lei (arts. 245.º a 275.º da LTFP).

O regime da requalificação (então denominada de mobilidade) constava inicialmente da Lei n.º 53/2006, de 7/12, e posteriormente da Lei n.º 80/2013, de 28/11, que não previa a possibilidade de extinção do vínculo no *terminus* do processo de requalificação.

Os trabalhadores que exerçam funções em órgãos ou serviços objeto de reorganização ou alvo de racionalização de efetivos, que não sejam integrados noutra órgão ou serviço, são

colocados em situação de requalificação (cfr. arts. 256.º e 257.º, da LTFP). Numa 1.ª fase, com a duração de 12 meses, o processo de requalificação destina-se a promover o reforço de competências profissionais do trabalhador, através da realização de um programa de formação específico (art.º 258.º, n.ºs. 1, al. a), 2 e 3, da LTFP).

Ora, para os trabalhadores com vínculo de contrato de trabalho em funções públicas, caso não reiniciem funções em órgão ou serviço após a 1.ª fase do processo de requalificação veem cessado o respetivo contrato, nos termos do art.º 311.º, n.º 1, da LTFP.

Já para os trabalhadores com vínculo de nomeação definitiva, assim como aos trabalhadores abrangidos pelo regime transitório do art.º 88.º, n.º 4, da LVCR¹², está reservada, a título exclusivo, uma 2ª fase do processo de requalificação prevista no art.º 258.º, n.º 1, al. b), da LTFP – que se inicia decorrido o prazo de 12 meses da 1ª fase –, caso não reiniciem funções em órgão ou serviço após a 1.ª fase do processo de requalificação.

A exclusividade desta 2.ª fase do processo de requalificação para os trabalhadores nomeados e para os trabalhadores abrangidos pelo regime transitório previsto no art.º 88.º, n.º 4, da LVCR, conforme estabelece o art.º 259.º, n.º 1, da LTFP, tem como consequência imediata a não aplicação das causas de extinção do vínculo de emprego público da Secção III, do Capítulo IX.

A impossibilidade de cessão a relação jurídica de emprego público dos trabalhadores nomeados e dos trabalhadores abrangidos pelo regime transitório do art.º 88.º, n.º 4, da LVCR, constitui o principal marco distintivo da nomeação face às outras modalidades de constituição de relação jurídica de emprego público, conferindo-lhe uma maior estabilidade e segurança.

Em face do exposto, é, sobretudo, esta maior estabilidade do vínculo de nomeação face às restantes modalidades de constituição de relação jurídica de emprego público, no que tange às causas de cessação do vínculo, que justifica que se mantenha a previsão legal de várias modalidades de vínculo de emprego público.

F) Conclusão

O vínculo de emprego público tem sido sujeito, ao longo dos anos, de uma progressiva aproximação do seu regime ao regime do emprego privado, facto principalmente evidente no trilho prosseguido para a modalidade de emprego público da nomeação, que tem visto a diminuir os seus elementos diferenciadores, inclusivamente, em relação às restantes modalidades de constituição de relação jurídica de emprego público previstas: o contrato de trabalho em funções públicas e a comissão de serviço.

¹² Cfr. declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 474/2013, de 29/08, que originou a inclusão destes trabalhadores no âmbito de aplicação da 2ª fase de requalificação.

Referências Bibliográficas

Neves, A. N. (2010). *Tratado de Direito Administrativo Especial* (P. Otero & P. Gonçalves, Coord.). (Vol. 4). Almedina.

Marecos, D. V. (2011, jan/mar). Constituição Vínculo da Relação Jurídica de Emprego Público. (Vol. 1). *Revista da Ordem dos Advogados*.

Pires M. P. (2016). *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Anotada e Comentada* (2.ª ed.). Almedina.

Moura, P. V. (2004). *A Privatização da Função Pública*. Coimbra Editora.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

13. Vínculos de emprego público: em particular o contrato de trabalho a termo resolutivo e a não conversão em contrato por tempo indeterminado

Paula Mota

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

VÍNCULOS DE EMPREGO PÚBLICO: EM PARTICULAR O CONTRATO DE TRABALHO A TERMO RESOLUTIVO E A NÃO CONVERSÃO EM CONTRATO POR TEMPO INDETERMINADO

Paula Mota

I - Introdução

II - Do Decreto-Lei n.º 184/89 à Lei n.º 23/2004

III - A alteração das relações laborais na Administração Pública operada pelas Leis nº 12-A/2008 e n.º 59/2008

IV - A Lei n.º 35/2014 e o acentuar da aproximação ao Código do Trabalho

V - A Diretiva 1999/70/CE, do Conselho, de 28 de junho de 1999

VI - A possibilidade de conversão do contrato de trabalho a termo resolutivo nos meandros da doutrina

VII - Conclusões

Bibliografia

Jurisprudência

Sumário: Análise, face ao atual ordenamento jurídico, da possibilidade de conversão de contratos de trabalho em funções públicas a termo resolutivo irregulares, em contratos de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, atendendo para este efeito à evolução das normas que regulam as relações de emprego público, às decisões jurisprudenciais e às diversas posições doutrinárias.

Abstract: A review, considering the current legal system, of the possibility of converting labor contracts into irregular public functions at a resolutive term, in labor contracts in public functions for an indefinite period, taking into account to this effect the evolution of the norms that regulate relations of public employment, jurisprudential decisions and the various doctrinal positions.

Palavras-chave: Emprego público; contrato de trabalho a termo resolutivo certo; funções públicas; conversão do contrato de trabalho a termo resolutivo; contrato de trabalho por tempo indeterminado; liberdade de acesso à função pública; Tribunal Constitucional; artigo 47.º, n.º 2, da Constituição; Tribunal de Justiça da União Europeia; Diretiva 1999/70/CE, do Conselho; evolução legislativa; Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas; aproximação ao Direito laboral privado.

Key words: Public employment; labor contract at a fixed resolutive term; public functions; conversion of the labor contract at a resolutive term; labor contract for an indefinite period; freedom of access to the public function; Constitutional Court; Article 47th, N.º.2 of the Constitution; Court of Justice of the European Union; Council Directive 1999/70/CE; legislative development; General Labor Law in Public Functions; Approach to private labor law.

I – Introdução

A temática sobre a qual incide esta breve análise, a saber, “Vínculos de Emprego Público, em Particular o Contrato de Trabalho a Termo Resolutivo e a Proibição de Conversão em Contrato por Tempo Indeterminado”, tem sido alvo de especial escrutínio, ao longo das últimas duas décadas, por parte da doutrina e da jurisprudência, neste último caso, inicialmente por parte do Tribunal Constitucional e mais recentemente pelo Tribunal de Justiça da União Europeia,

sendo também de sublinhar a jurisprudência que se foi consolidando do Supremo Tribunal de Justiça.

Numa época em que se faz sentir com mais intensidade a voz de alguma doutrina que propugna no sentido de ser admissível, perante a existência de contratos de trabalho em funções públicas a termo resolutivo irregulares, a conversão desses contratos em contratos de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, sustentando as suas posições, essencialmente, no facto de em matéria de relações laborais da Administração Pública se assistir, a uma grande aproximação ao Direito laboral privado, sendo incontornável neste domínio a reforma introduzida pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, diploma que estabeleceu os Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas (LVCR) e pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, diploma que aprovou o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP).

Assim, constatando-se a manutenção dos traços essenciais daquela reforma, na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP), aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, diploma que acentuou a aproximação encetada pela LVCR, ao Direito laboral privado, configura-se ser este o momento adequado para analisarmos o “bloco de legalidade”, por forma a aferir se, e em que medida, é hodiernamente sustentável a não conversão de contratos de trabalho em funções públicas a termo resolutivo em contratos por tempo indeterminado ou se, ao invés, as profundas alterações introduzidas no “emprego público” apontam no sentido de ser aplicável o mecanismo existente no artigo 147.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

II - Do Decreto-Lei n.º 184/89 à Lei n.º 23/2004

No âmbito do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de junho, foi introduzida a possibilidade de contratação de trabalhadores a termo, com carácter de generalidade¹, na Administração Pública, para o desempenho de funções administrativas de carácter subordinado, em consonância com os fundamentos vertidos no preâmbulo daquele diploma, dos quais se salienta a necessidade de adequação da “Administração à evolução da sociedade, da economia e da cultura”, encarado como “o desafio que em matéria de modernização administrativa o Governo define no seu programa como missão prioritária e nacional”.

Com este desiderato o legislador estatuiu, no artigo 9.º do citado diploma, a faculdade de o exercício transitório de funções de carácter subordinado, de duração previsível, que não pudessem ser desempenhadas por nomeados ou contratados, em regime de direito administrativo, poder ser assegurado, excecionalmente, por pessoal a contratar segundo o regime do contrato de trabalho a termo certo da lei geral sobre contratos de trabalho a termo, à data, Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro.

¹ Importa ter presente que o legislador estabeleceu, através do DL n.º 118/86, de 27 de maio, a possibilidade de celebração de contratos “a prazo certo” de pessoal não docente para os estabelecimentos de educação pré-escolar e dos ensinos primário, preparatório e secundário.

Este dispositivo legal (artigo 9.º) viria a ser densificado no Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de dezembro², de cujo preâmbulo se extrai, designadamente, que “Definem-se agora como vínculos jurídicos a nomeação e o contrato, reservando para este as modalidades de contrato administrativo de provimento e contrato de trabalho a termo certo”.

A matéria relativa à modalidade de contrato de trabalho a termo certo foi assim regulada no artigo 14.º e nos artigos 18.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de dezembro, sendo em boa verdade, a partir de então que a Administração Pública, encontrou respaldo na Lei para recorrer a esta modalidade de contratação de trabalhadores.

E foi também este o mote para, à luz do disposto no artigo 14.º, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de dezembro, se suscitar no nosso ordenamento jurídico, a aplicabilidade do mecanismo já então existente, no Direito laboral privado, precisamente no artigo 47.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro, de convertibilidade dos contratos de trabalho a termo em contratos de trabalho por tempo indeterminado, nas situações irregulares, consubstanciadas na ultrapassagem dos prazos de duração daqueles contratos.

Submetida esta questão à apreciação do Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta, pronunciou-se, aquele Venerando Tribunal, no Acórdão n.º 683/99, de 21 de dezembro de 1999, pela inconstitucionalidade, “por violação do artigo 47.º, n.º 2, da Constituição, o artigo 14.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de dezembro, na interpretação segundo a qual os contratos de trabalho a termo celebrados pelo Estado se convertem em contratos de trabalho sem termo, uma vez ultrapassado o limite máximo de duração total fixado na lei geral sobre contratos de trabalho a termo”.

Este juízo de inconstitucionalidade alicerçou-se, essencialmente, na apreciação de constitucionalidade na vertente de inexistência de imposição constitucional de conversão em contrato com o Estado por tempo indeterminado, em resultado da garantia de segurança no emprego (à luz do artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa) e como decorrência do princípio da igualdade e na vertente de violação do artigo 47.º, n.º 2, da Constituição – igualdade no acesso à função pública e regra do concurso.

Da fundamentação expendida pelo Tribunal Constitucional, no acórdão sob análise, extrai-se, com interesse para a apreciação da questão que ora nos ocupa, o seguinte: «Diga-se, aliás, que uma progressiva aproximação de regimes jurídicos entre trabalhadores da Administração Pública e trabalhadores sujeitos ao regime laboral comum, ou uma "unificação constitucional do trabalho dependente" (...), se procedente, não pode encobrir a diversidade de situações retratadas. (...) Ora, a forma de acesso à função pública pela conversão automática de contratos de trabalho a termo certo em contratos de trabalho por tempo indeterminado, sem concurso, seria independente de quaisquer razões materiais, ligadas à função a exercer, para além de violar o princípio da igualdade estabelecido no artigo 47.º, n.º 2, da Constituição.»

² Diploma adaptado à administração local através do DL n.º 409/91, de 17 de outubro.

De notar que, apesar do elevado número de votos de vencidos dos Senhores Conselheiros em anexo ao referido acórdão (n.º 683/99), este juízo de inconstitucionalidade, sobre a conversão dos contratos de trabalho a termo certo em contratos de trabalho por tempo indeterminado, por implicar a violação do princípio de igualdade no acesso à função pública, consagrado no artigo 47.º, n.º 2, da Constituição da República, viria a ser reafirmado, entre outros, nos acórdãos n.ºs 73/00; 82/00; 84/00; 190/00; 368/00, com força obrigatória geral, e 434/00.

Entretanto, veio a ser publicada a Lei n.º 23/2004, de 22 de junho, diploma que aprovou o Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho na Administração Pública e no qual se consagrou, no artigo 10.º, n.º 2, que o contrato de trabalho a termo resolutivo não se converte, em caso algum, em contrato por tempo indeterminado, sendo certo que o legislador contemplou, neste diploma legal, a modalidade do contrato de trabalho por tempo indeterminado condicionando, contudo, o recurso a essa modalidade de contratação à existência de um quadro de pessoal para esse efeito (cfr. artigo 7.º, n.º 1).

De referir ainda que, à luz da Lei n.º 23/2004, de 22 de junho, a celebração de contratos de trabalho a termo resolutivo, estava sujeita a um processo de seleção simplificado, conforme previsto no artigo 9.º, n.º 4, deste diploma.

Já na vigência da Lei n.º 23/2004, de 22 de junho, e recentrando a análise da questão relativa à possibilidade de conversão dos contratos de trabalho a termo em contratos de trabalho por tempo indeterminado, no seio da administração pública, na violação do direito da União Europeia, em concreto da Directiva 1999/70/CE, do Conselho, de 28 de junho de 1999, o Tribunal da Relação do Porto, pronunciou-se, no acórdão de 03/12/2007, proc. n.º 0712929, do qual foi relatora Fernanda Soares, em sede de fundamentação de Direito, no sentido de « se na referida Directiva não se fez qualquer distinção quanto à natureza pública ou privada do empregador, certo é que o nosso legislador ordinário acabou por fazer essa distinção – primeiramente no art. 18.º, n.º 4, do DL 427/89, de 7.12 (na redacção dada pelo DL 218/98 de 17.7) e posteriormente no art. 10.º, n.º 2, da Lei 23/2004, de 22.6 –, ao determinar que verificados certos pressupostos, se o empregador for público o contrato a termo não se converte em contrato sem termo, mas se o empregador for privado então a conversão (baseada nos mesmos pressupostos) já ocorre. E porquê esta distinção? O Tribunal Constitucional decidiu que essa distinção se justifica sob pena de violação do disposto no art. 47.º, n.º 2, da C.R. Portuguesa (...). Mas, e salvo o devido e muito respeito, não parece que assim seja. (...) quer o DL 427/89, de 7.12, quer a Lei 23/04, de 22.6, não consagram medidas efectivas de protecção dos trabalhadores contra o uso e abuso da celebração de contratos de trabalho a termo, e como tal não cumprem os objectivos impostos pela Directiva».

Todavia, este entendimento jurisprudencial não viria a ser acolhido pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, ver por todos neste sentido, entre outros, o acórdão de 10/04/2013, proc. n.º 2006/09, relatora Isabel São Marcos, de cuja fundamentação de Direito se extrai o excerto que passamos a transcrever: “após a alteração introduzida ao artigo 8.º da Constituição que a circunstância de, para efeitos de contratação para a função pública, exigir-se a observância de um processo prévio de selecção e recrutamento que, tendo subjacente a ideia do concurso como regra, (...) mais não se visa que dar cumprimento ao mencionado

artigo 47.º, número 2 da Lei Fundamental. (...) Ora, no que diz respeito a este concreto aspecto da questão, desde já importa consignar que também consideramos que o princípio do primado do direito europeu não se sobrepõe, quanto mais não seja, às normas constitucionais relativas aos princípios em que se fundamenta o Estado de direito democrático e à interpretação que, com força obrigatória geral, o Tribunal Constitucional faça, quando chamado a pronunciar-se, como sucede na situação vertente, em que em causa se encontra o princípio da igualdade no acesso à função pública”.

Diga-se, para finalizar a análise da questão, no quadro da jurisprudência, que, no mesmo sentido se pronunciaram os tribunais administrativos, sendo de salientar o acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 05/05/2016, proc. n.º 13057/16, relatado por Nuno Coutinho, de cuja fundamentação de Direito se extrai designadamente que «Do tempo do Acórdão n.º 368/2000 para o tempo presente, melhor dito, desde que passou a vigorar a Lei 23/2004, recoloca-se a questão da eventual inconstitucionalidade da não conversão dos contratos a termo, uma vez que, como salientam os defensores desta solução, “a conversão já não envolve necessariamente modificação da natureza da relação jurídica, que continua a ser contratual e de índole privada, enquanto, anteriormente, na vigência da Lei 427/89, de 7 de Dezembro, na sua redação original, só se permitia que a relação jurídica de emprego na Administração Pública se constituísse por nomeação e o contrato de pessoal (artigo 3.º) e o contrato de pessoal só podia revestir as modalidades de contrato administrativo de provimento e de contrato de trabalho a termo certo (artigo 14.º, n.º 1) pelo que a hipotética conversão de um contrato a termo consolidaria num vínculo de natureza pública a relação precária, de direito privado, anterior” (...). Com todo o respeito por esta nova visão da questão, não pensamos que a conclusão seja a inconstitucionalidade da não conversão dos contratos a termo celebrados com entidades públicas. É que, importa dizê-lo, a questão continua a colocar-se entre uma contratação estável e uma contratação a termo, mesmo na “função pública” (onde, aliás, sempre existiram sanções expulsivas) e a contratação por tempo indeterminado feita por entidade pública, prevista na Lei 23/2004, continua a estar sujeita a restrições que correspondem, olhando a realidade e abstraindo o nome, à salvaguarda do acesso universal».

III - A alteração das relações laborais na Administração Pública operada pelas Leis n.º 12-A/2008 e n.º 59/2008

Ora, quanto ao recentrar da questão relativa à eventual inconstitucionalidade da não conversão dos contratos a termo, apreciada no referido acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 05/05/2016, no domínio da Lei n.º 23/2004, dir-se-á que a mesma se voltou a colocar, com intensidade, em especial, como veremos mais adiante, no seio da doutrina, após a entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, diploma que estabeleceu os Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, doravante designada abreviadamente por LVCR, bem como da Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, diploma que aprovou o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP).

De facto, estes diplomas deram corpo à designada “privatização das relações laborais da Administração Pública”, que alguns autores já perspetivavam³, na medida em que se reservou a modalidade de constituição da relação jurídica de emprego público, através de nomeação, para o exercício de funções de soberania ou de autoridade, ver por todos neste sentido o disposto nos artigos 9.º e 10.º da LVCR, transitando os trabalhadores anteriormente nomeados e que exercessem funções diferentes das referidas no artigo 10.º daquele diploma para a modalidade de contrato por tempo indeterminado (cfr. artigo 88.º, n.º 4, da LVCR).

Assim, passando o contrato a consubstanciar, nas palavras de PAULO VEIGA E MOURA e de CÁTIA ARRIMAR, “o meio normal de constituição das relações jurídicas de emprego público”⁴, conforme previsto no artigo 20.º da LVCR, e revestindo o mesmo as modalidades de contrato por tempo indeterminado e de contrato a termo resolutivo, certo ou incerto, apresentando esta última modalidade no Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP), contornos muito próximos dos delineados no Código do Trabalho⁵, estava lançado o rastilho para reacender a questão da não conversão do contrato a termo resolutivo, em contrato por tempo indeterminado, isto apesar de o legislador ter consagrado, expressamente, no artigo 92.º, n.º 2, do RCTFP, a não conversão desses contratos.

IV - A Lei n.º 35/2014 e o acentuar da aproximação ao Código do Trabalho

Com a publicação e entrada em vigor da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, diploma que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, doravante designada abreviadamente por LTFP⁶, acentuou-se a aproximação ao Código do Trabalho encetada com a LVCR e RCTFP, sendo elucidativa a remissão operada pelo artigo 4.º da LTFP, num vasto elenco enunciativo de matérias.

Importa então, aqui chegados, debruçarmo-nos sobre as normas da LTFP, relativas à questão que nos vem ocupando, a saber, a possibilidade de conversão dos contratos de trabalho em funções públicas a termo resolutivo certo em contratos de trabalho por tempo indeterminado.

Assim, compulsadas as normas que regulam o contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo, nos artigos 56.º e seguintes da LTFP, salienta-se, *prima facie*, o estatuído no artigo 56.º, n.º 2, preceito no qual se consagrou a aplicação subsidiária do Código do Trabalho “no que não seja incompatível com o disposto na presente lei”.

Por conseguinte, há que demandar pelo núcleo de normas que, na LTFP, regulam imperativamente o contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo, perfilando-se, logo à partida, as normas sobre: o procedimento de constituição deste vínculo (artigo 56.º, n.º 5); os fundamentos para a celebração desta modalidade de contrato (artigo 57.º da LTFP); a forma (artigo 58.º); contratos sucessivos (artigo 59.º); duração e renovação do contrato

³ ANA NEVES, *A Privatização das Relações de Trabalho na Administração Pública*, p. 163-192.

⁴ *Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores da Administração Pública – Comentário à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro*, p. 47.

⁵ Aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto.

⁶ Cfr. artigo 2.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.

(artigos 60.º e 61.º); estipulação de prazo inferior a seis meses (artigo 62.º) e contratos a termo irregulares (artigo 63.º).

Ora, dando especial realce às normas sobre o procedimento de constituição de vínculo, constata-se que o legislador estabeleceu, no artigo 56.º, n.º 5, da LTFP, que se deverá obedecer a um procedimento concursal, sendo os métodos de seleção os previstos no artigo 36.º, n.ºs 2 a 6, o que serve para dizer, que, de entre as normas aplicáveis à constituição do vínculo por contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, o legislador apenas mandou aplicar à constituição do vínculo de emprego público a termo resolutivo, a norma que regula os métodos de seleção e, de entre estes, apenas a avaliação curricular e a entrevista, sem prejuízo de o empregador público poder limitar-se a utilizar o método de seleção avaliação curricular, tal como se prevê expressamente no artigo 36.º, n.º 6, da LTFP.

Donde, dúvidas não se nos oferecem, que a norma que regula a publicitação do procedimento concursal para a constituição do vínculo por contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, em concreto, o artigo 33.º, da LTFP, não é aplicável à constituição do vínculo de emprego público a termo resolutivo, pelo que, a amplitude de publicitação dada ao procedimento concursal neste preceito e na Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de janeiro⁷, na 2.ª série do Diário da República, na Bolsa de Emprego Público, na página eletrónica da entidade e em jornal de expansão nacional, por extrato, é por si só elucidativa das enormes diferenças que o legislador estabeleceu, quanto à formação de um vínculo de emprego público com carácter permanente, em contraposição com a formação de um vínculo de emprego público com carácter transitório.

E, para rematar este percurso pelas normas da LTFP, que regulam imperativamente o vínculo de emprego público a termo resolutivo, direcionamos o nosso foco para o artigo 63.º da LTFP, sob a epígrafe “Contratos a termo irregulares”, norma na qual o legislador fulminou com a nulidade a celebração ou a renovação de contratos a termo resolutivo com violação do disposto na LTFP, fazendo incorrer, ademais, os dirigentes máximos dos órgãos ou serviços que tenham celebrado ou renovado esses contratos, em responsabilidade civil, disciplinar e financeira.

Acresce que, quanto à questão que ora nos ocupa, o legislador estatuiu no artigo 63.º, n.º 2, da LTFP que “O contrato a termo resolutivo não se converte, em caso algum, em contrato por tempo indeterminado, caducando no termo do prazo máximo de duração previsto, incluindo renovações, ou, tratando-se de contrato a termo incerto, quando cesse a situação que justificou a sua celebração” (sublinhado nosso).

V - A Diretiva 1999/70/CE, do Conselho, de 28 de junho de 1999

A Diretiva 1999/70/CE, do Conselho, de 28 de junho de 1999, teve como objetivo a aplicação, nos Estados-Membros, do acordo-quadro relativo a contratos de trabalho a termo, celebrado a

⁷ Em vigor por força das disposições conjugadas do artigo 42.º, n.º 2, da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho e do artigo 37.º, n.º 2, da LTFP.

18 de Março de 1999 entre as organizações interprofissionais de vocação geral (CES, UNICE e CEEP), publicado em anexo àquela Diretiva.

De acordo com o disposto no artigo 2.º da mencionada Diretiva, os Estados-Membros deveriam, até 10 de julho de 2001, pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à mesma, podendo esse prazo ser prorrogado, por mais um ano suplementar, caso os Estados-Membros, se necessário e após consulta dos parceiros sociais, para ter em conta dificuldades especiais ou para efetuar a aplicação através de convenção coletiva.

Todavia, essa transposição só viria a ocorrer com a publicação e entrada em vigor da Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, diploma que aprovou o Código do Trabalho, ou seja, sensivelmente dois anos após o prazo máximo de transposição.

De notar que, tal como defende Fausto de Quadros⁸, “Decorrido o prazo para a transposição da diretiva sem que esta haja sido transposta pelo Estado destinatário, a diretiva goza de efeito direto”.

No que concerne ao efeito direto vertical das diretivas trazemos à colação, para uma melhor dilucidação da questão, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), da qual se salienta o acórdão KAEFER E PROCACCI⁹, de cuja fundamentação se extrai, designadamente que “é jurisprudência assente que as disposições de uma decisão do Conselho produzem efeito directo nas relações entre os Estados-membros e os seus cidadãos, no sentido de que criam na esfera dos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger, quando tais disposições imponham aos Estados-membros uma obrigação incondicional e suficientemente clara e precisa”.

Posto isto, importa agora sublinhar, dada a relevância para a questão que vimos analisando, o disposto no artigo 5.º do ACORDO-QUADRO CES, UNICE E CEEP relativo a contratos de trabalho a termo, anexo à Diretiva 1990/70/CE, em confronto com o previsto no artigo 56.º e seguintes da LTFP, de forma a aferir se, porventura, haverá *deficit* de transposição da Diretiva em questão para o ordenamento jurídico interno.

Primo, atentemos então, para este efeito, ao disposto no artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, do ACORDO-QUADRO CES, UNICE E CEEP, onde se prevê que os Estados-Membros, após consulta dos parceiros sociais e de acordo com a lei, acordos coletivos ou práticas nacionais, e/ou os parceiros sociais deverão introduzir, de forma a que se tenham em conta as necessidades de sectores e/ou categorias de trabalhadores específicos, uma ou várias das medidas previstas nesse preceito e definir que condições os contratos de trabalho ou relações de trabalho a termo deverão ser considerados como sucessivos e como celebrados sem termo.

⁸ Direito da União Europeia, Coimbra: Edições Almedina, S. A., 2009, pág. 362.

⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de dezembro de 1990, processos apensos C-100/89 e C-101/89, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>

Secundo, convocamos o disposto no artigo 61.º da LTFP, do qual se extrai que a renovação do contrato a termo não é automática e está sujeita à verificação das exigências materiais da sua celebração, bem como a forma escrita, o que a nosso ver cumpre o estipulado no referido artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do Acordo-Quadro.

Tertio prevê-se no artigo 59.º da LTFP que a cessação do contrato a termo resolutivo, por motivo não imputável ao trabalhador, impede nova admissão a termo para o mesmo posto de trabalho antes de decorrido um período de tempo equivalente a um terço da duração do contrato, incluindo renovações, isto sem prejuízo das duas exceções contempladas no n.º 2, deste artigo 59.º.

Acresce que, o legislador também estabeleceu no artigo 60.º da LTFP, que o contrato a termo certo dura pelo período acordado, não podendo exceder três anos, incluindo renovações, nem ser renovado mais de duas vezes, sem prejuízo do disposto em lei especial, mais estabelecendo que o contrato a termo incerto dura por todo o tempo necessário para a substituição do trabalhador ausente ou para a conclusão da tarefa ou serviço cuja execução justifica a celebração e que destinando-se o contrato a termo a assegurar necessidades urgentes de funcionamento das entidades empregadoras públicas, o contrato não pode ter duração superior a um ano, incluindo renovações.

Logo, também por esta via nos parece que o legislador nacional observou o disposto no artigo 5.º, n.º 1, alíneas b) e c), do Acordo-Quadro, pelo que culminamos a nossa análise com o disposto no artigo 63.º da LTFP e com o estatuído no artigo 47.º, n.º 2, da Constituição.

De sublinhar que o artigo 63.º, n.º 2, da LTFP encontra a sua sustentação máxima no artigo 47.º, n.º 2, da Constituição, sendo elucidativas, neste domínio, as palavras de J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁰, ao defenderem que “O direito de acesso à função pública em condições de igualdade (n.º 2) consiste principalmente em:

- (a) Não ser proibido de aceder à função pública em geral, ou a uma determinada função pública em particular;
- (b) Poder candidatar-se aos lugares postos a concurso, desde que preenchidos os requisitos necessários;
- (c) Não ser preterido por outrem com condições inferiores;
- (d) Não haver escolha discricionária por parte da administração”.

De modo similar, colocando a tónica no princípio da igualdade, se pronunciaram JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹¹, para quem “O princípio da igualdade postula o concurso como regra – uma regra que admite exceções, mas não a subversão através de escolha

¹⁰ *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, comentário IX, ao artigo 47.º, p. 265.

¹¹ *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, p. 478.

discricionária de outras formas, da não consagração de medidas legislativas concretizadoras ou da consagração de outras que lhe retirem idoneidade e autenticidade”.

Ora, sobre esta temática pronunciou-se o Tribunal Central Administrativo do Sul, no acórdão de 05/05/2016, processo n.º 13057/16, relator Nuno Coutinho, atendendo embora ao quadro legal anterior, de cuja fundamentação de direito se extrai o excerto que passamos a transcrever: «Face ao regime legal supra exposto, é de concluir, na esteira da decisão recorrida, que “...o fim pretendido pela Directiva mostra-se alcançado “...em especial, na Lei nº 23/2004, como já estaria no D.L. 427/89, com a alteração introduzida pelo D.L. nº 218/98 (artigo 18º, nº 5) seja pela nulidade e responsabilidade civil dos órgãos que celebram os contratos a termo, prevista no artº 10º, nº 3, seja pela segunda parte do nº 2 do mesmo preceito, fixando um tempo máximo para a duração da contratação a termo».

Neste domínio também se pronunciou o TJUE, em diversos acórdãos¹², dos quais se salienta o mais recente acórdão de 14 de setembro de 2016, proc. C-16/15, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE¹³, pelo *Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Madrid*, no processo *María Elena Pérez López contra Servicio Madrileño de Salud* (Comunidad de Madrid).

De sublinhar que o órgão jurisdicional de reenvio decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça quatro questões prejudiciais, das quais destacamos a primeira e terceira questões, a saber:

“É contrário ao acordo-quadro [...] e, por conseguinte, inaplicável, o artigo 9.º, n.º 3 [do estatuto quadro], por permitir os abusos decorrentes da utilização de sucessivas nomeações a título [temporário], na medida em que:

a) Não prevê um período máximo de duração das sucessivas nomeações a título [temporário] nem um número máximo de renovações das mesmas.

b) Concede [à administração] um poder discricionário para a criação ou não de lugares definitivos, quando se efetuarem mais de duas nomeações para a prestação dos mesmos serviços por um período total de 12 ou mais meses em dois anos civis.

c) Permite efetuar nomeações a título [temporário] sem exigir que delas conste a razão objetiva específica, de natureza temporária, conjuntural ou extraordinária, que as justifica” e “É compatível com o objetivo visado pelo acordo-quadro [...] a interpretação do terceiro parágrafo do artigo 9.º, n.º 3, da Lei 55/2003, de 16 de dezembro, relativa ao estatuto-quadro do pessoal estatutário dos serviços de saúde, no sentido de considerar que, quando se

¹² A título meramente exemplificativo, mencionamos os acórdãos de **4 de julho de 2006**, Proc- C-212/04, **Konstantinos Adeneler** e outros contra Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG) e de **7 de setembro de 2006**, Proc. C-180/04, **Andrea Vassallo** contra Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate.

¹³ Mecanismo de reenvio prejudicial, à luz do qual, nas palavras de **Maria Luísa Duarte**, “Ao abrigo da função declarativa, compete ao Juiz da União identificar e interpretar o Direito aplicável a um litígio concreto pendente nos tribunais nacionais”, cfr. União Europeia – Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária, p. 244.

efetuem mais de duas nomeações para a prestação dos mesmos serviços por um período total de 12 ou mais meses em dois anos civis, deve ser criado um lugar definitivo no quadro de pessoal do organismo, passando assim o trabalhador nomeado a título provisório a ser nomeado a título interino?”.

Em resposta a estas questões, formuladas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o TJUE pronunciou-se, analisando as mesmas em conjunto, nos seguintes moldes: “Tendo em conta todas as considerações precedentes, há que responder à primeira e à terceira questões submetidas que o artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do acordo-quadro deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, seja aplicada pelas autoridades do Estado-Membro em causa de modo que: – a renovação sucessiva de contratos de trabalho a termo no setor público da saúde se considere justificada por «razões objetivas», na aceção do referido artigo, devido ao facto de esses contratos se basearem em disposições legais que permitem a renovação para assegurar prestações de serviços determinados de trabalho permanente criados através da contratação de pessoal «temporário», de tal modo que a situação de precariedade perdura, quando o Estado em causa tem um défice estrutural de efetivos permanentes neste setor.”

Nesta conformidade, infere-se desta decisão do TJUE, que aquele Tribunal considera conforme ao Acordo-quadro, o recurso a renovação de contratos de trabalho a termo sucessivos para substituição do pessoal enquanto se aguarda a conclusão dos processos, embora salvasse que a aplicação concreta dessa razão deve, contudo, tendo em conta as particularidades da atividade em causa e as condições do seu exercício, ser conforme com as exigências do Acordo-quadro, considerando que tal não se verifica quando a renovação tem em vista a prestação de serviços correspondentes a trabalho permanente.

De notar ainda que a criação de postos de trabalho permanente dependia, na situação fáctica subjacente a este acórdão, de uma realidade que nos parece distinta da realidade portuguesa, na medida em que se verificava o poder discricionário da Administração para a criação ou não de lugares definitivos, quando se efetuassem mais de duas nomeações para a prestação dos mesmos serviços por um período total de 12 ou mais meses em dois anos civis e não se previa na lei um período máximo de duração das sucessivas nomeações a título [temporário], nem um número máximo de renovações das mesmas.

VI. A possibilidade de conversão do contrato de trabalho a termo resolutivo nos meandros da doutrina

É sobretudo ao nível da doutrina que se vem fazendo sentir, tal como já referimos, com maior intensidade, a adoção de posições que sustentam a possibilidade de os contratos de trabalho em funções públicas a termo resolutivo, poderem, quando irregulares, converter-se em contratos de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, destacando-se neste sentido FRANCISCO LIBERAL FERNANDES¹⁴; SUSANA SOUSA MACHADO¹⁵; MARIA JOÃO

¹⁴ *Relações de tensão entre o ordenamento português e comunitário na disciplina do contrato de trabalho a termo*, p. 1-25.

MACHADO¹⁶; DOMINGOS JOSÉ DE MORAIS¹⁷; MIGUEL LUCAS PIRES¹⁸; RICARDO SOUSA DA CUNHA¹⁹ e PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR²⁰.

Para o primeiro dos autores mencionados, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, “A proibição estabelecida no RCTFP de, em qualquer circunstância, o contrato a termo se converter em contrato sem termo não constitui uma regra inderrogável”²¹.

Já para SUSANA SOUSA MACHADO, na obra, *Contrato de Trabalho a Termo – A Transposição da Diretiva 1999/70/CE para o ordenamento Jurídico Português: (In) compatibilidades*²²: “o regime jurídico do contrato de trabalho em funções públicas não procura acautelar ou impedir a celebração de sucessivos contratos a termo, o que é manifestamente contrário ao art.º 5.º do acordo quadro, cujo objetivo é prevenir a utilização abusiva desses contratos”.

Todavia, esta autora entende, em sede de análise do acórdão do TJUE de 26 de janeiro de 2012, processo C-586/10, no artigo, *Bianca Küçük e os seus treze contratos*,²³ que a celebração de contratos a termo deve ter de passar “sucessiva e cumulativamente pelos seguintes filtros:

(...) 3. Mecanismo de controlo: a utilização não abusiva de contratos a termo celebrados sucessivamente pode, caso a caso, ser verificada tendo em conta o número e a duração dos contratos de trabalho a termo já celebrados com o mesmo trabalhador. Deve existir uma ponderação de todas as circunstâncias relacionadas com a renovação do contrato.

4. O impacto da limitação: qualquer imposição automática de celebração de contratos sem termo violaria a margem de discricionariedade reconhecida aos Estados-Membros e aos parceiros sociais”.

Por seu turno, MARIA JOÃO MACHADO²⁴, debruçando-se sobre a “proibição constitucional” consagrada no artigo 47.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, embora à luz da LVCR e RCTFP, considera que: “Há, no entanto, dois bons argumentos contra este entendimento. Primeiro, porque o concurso não é a única via de acesso à função pública que respeita as condições de igualdade e liberdade prescritas e, segundo, porque o artigo 47.º, n.º 2, da CRP, não abrange todas as relações de emprego público (...) antes só as sujeita a uma disciplina de direito público”.

¹⁵ *Contrato de Trabalho a Termo – A Transposição da Diretiva 1999/70/CE para o ordenamento Jurídico Português: (In) compatibilidades*, p. 103-113.

¹⁶ *A Contratação a Termo na Administração Pública*, XII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, p. 206-224.

¹⁷ *A Precariedade nas Relações Jurídico-Laborais*, p. 347-366.

¹⁸ *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Anotada e Comentada*, p. 104.

¹⁹ *A proibição de abuso na contratação laboral sujeita a termo pelo empregador público – conforme ao direito da EU é à margem da Constituição?*, p.15-40.

²⁰ *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*.

²¹ *In ob. cit.* p. 25.

²² *In ob. cit.* p. 324.

²³ *In ob. cit.* p. 112 e 113.

²⁴ *In ob. cit.* p. 215.

Para DOMINGOS JOSÉ DE MORAIS²⁵: “é no sector público onde mais se releva o afastamento do direito à segurança no emprego, seja à luz da nossa Constituição, seja à luz do Direito Comunitário, como o seja o Acordo-Quadro relativo a contratos de trabalho a termo (...). Um rumo que, ao centrar-se numa solução que não os impede, mas apenas sanciona se afasta mais da correta transposição dos preceitos de tal Diretiva”.

MIGUEL LUCAS PIRES²⁶, por sua vez, considera que, “O evidenciar da sujeição da contratação a termo a um procedimento concursal pode contribuir para reforçar a crítica à solução, reafirmada pelo n.º 2 do artigo 63.º (...) de impedir a conversão desta modalidade de vínculos numa outra por tempo indeterminado”.

Para RICARDO SOUSA DA CUNHA²⁷ «a exigência de concurso no acesso à função pública, perspectivada, com Gomes Canotilho e Vital Moreira como uma “garantia constitucional”, haveria sempre de ser confrontada, por um lado, com o teste da “adequação prática” em face do “Direito à Segurança no Emprego”, previsto no art. 53.º da CRP, e, por outro, com a interpretação conforme ao Direito da União Europeia, mesmo em matéria de Direitos Fundamentais».

Por último PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR²⁸, sustentam que “o princípio da igualdade não impede, antes impõe, que se trate de forma diferenciada o que é essencialmente diferente, pelo que, existindo uma natural diferença entre a situação do cidadão comum, que nunca trabalhou para a Administração Pública e que apenas aspira a algum dia ingressar na Função Pública, e a daqueles outros que há vários anos (mais do que aqueles que a própria lei permite) vêm exercendo a sua actividade profissional ao serviço do Estado de forma precária, parece-nos ser desajustado invocar-se a regra da igualdade para tratar de forma igual o que é necessariamente diferente”.

Efetuada este breve percurso doutrinário cumpre-nos em seguida, corporizar as posições doutrinárias que sustentam o entendimento segundo o qual o contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo não se converte, em situações irregulares, em contrato de trabalho por tempo indeterminado.

Neste patamar, é incontornável, a referência a ANA NEVES²⁹; a MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO e PEDRO MADEIRA DE BRITO³⁰; a DIOGO VAZ MARECOS³¹; a ALDA MARTINS³²; a PAULO OTERO³³ e a CLÁUDIA VIANA.³⁴

²⁵ *In ob. cit.* p. 358.

²⁶ *In ob. cit.* p. 104.

²⁷ *In ob. cit.* p. 35-36.

²⁸ *In ob. cit.* p. 273.

²⁹ *Relação Jurídica de Emprego Público; A Privatização das Relações de Trabalho na Administração Pública*, p. 163-192; *Os “Desassossegos” de Regime da Função Pública*, p. 49-69; *O Direito da Função Pública*, p. 359-556.

³⁰ *Contrato de Trabalho na Administração Pública*.

³¹ *As Modalidades de Constituição do Vínculo da Relação Jurídica de Emprego Público*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, Vol. I, (janeiro-março de 2011), p. 207-235.

³² *A Laboralização da Função Pública e o Direito Constitucional à Segurança no Emprego*, *Revista Julgar*, n.º 7, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2009, p. 163-184.

³³ *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I.

A análise desta temática foi objeto de estudo por ANA NEVES, em 1999, na obra *Relação Jurídica de Emprego Público*³⁵, onde esta autora defendeu que «A operar-se a “reinserção” como trabalhadores do regime do contrato individual de trabalho, instituiu-se uma coexistência de regimes de emprego à margem de uma opção legislativa nesse sentido e contra o disposto na própria legislação da função pública que veda expressamente esta forma contratual».

Reapreciando esta questão em 2000, no artigo *Os “Desassossegos” de Regime da Função Pública*³⁶, ANA NEVES considerou que “Nas relações jurídicas de emprego público, de par às relações jurídicas de emprego privado, temos, de facto, um indivíduo que exerce uma actividade sobre a autoridade e direcção de um empregador (público), mediante uma contrapartida retributiva. Porém, a concordância comum, nos dois quadros, é objecto de uma diversa disposição interna. É marcada, *in primus*, por uma particular génese, um procedimento selectivo de salvaguarda da liberdade e da igualdade de todos quantos se queiram habilitar a um emprego na Administração Pública (art. 47.º, n.º 2, da CRP)”.

ANA NEVES revisitou esta temática em 2001, no artigo *A Privatização das Relações de Trabalho na Administração Pública*³⁷, onde abordou as designadas “disfunções que caracterizam as relações de trabalho na Administração Pública”, apontando como exemplo dessa realidade «A utilização irregular e desadequada de vínculos precários e o seu cíclico “branqueamento” pelo legislador, transformados (que estão) em formas ínvias de acesso à função pública», referindo-se, a este propósito, ao Decreto-Lei n.º 81-A/96, de 21 de junho, diploma que desencadeou a regularização de situações irregulares no domínio de contratos de trabalho celebrados a termo resolutivo na Administração Pública.

A referida autora viria mais uma vez, no artigo *“O Direito da Função Pública”*³⁸, abordar a questão da “não conversão em contrato por tempo indeterminado”, destacando que «A não conversão de contrato de trabalho a termo em contrato de trabalho por tempo indeterminado é postulada pelo direito fundamental de todos acederem a um emprego na Administração pública segundo os princípios da igualdade, da liberdade de acesso e do mérito, de que a regra do concurso constitui expressão, assim como pelas razões objectivas que justificam este. O direito à segurança no emprego, requerendo mecanismos eficazes de utilização comedida e própria do contrato de trabalho a termo, não tem na conversão uma garantia necessária».

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO e PEDRO MADEIRA DE BRITO entendem³⁹ que: “Em concreto, o prolongamento no tempo das situações de trabalho precário ou a violação de determinadas regras sobre contratação a termo não podem servir de fundamento para a constituição de vínculos definitivos na Administração Pública sem que se garantam o respeito

³⁴ O Regime jurídico do concurso no emprego público, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 89, setembro/outubro de 2011, p. 3-18.

³⁵ *In ob. cit.* p. 123.

³⁶ *In ob. cit.* p. 55.

³⁷ *In ob. cit.* p. 170.

³⁸ *In ob. cit.* p. 119.

³⁹ *In ob. cit.* p. 58.

do princípio da igualdade ou a regra do concurso aplicável à Função Pública em sentido amplo”.

Quanto a DIOGO VAZ MARECOS⁴⁰, o mesmo pronunciou-se, citando PAULO VEIGA E MOURA⁴¹, nos seguintes termos: “Contra a impossibilidade de conversão de um contrato de trabalho a termo resolutivo em contrato de trabalho por tempo indeterminado na Administração pública, argumentando que tal solução é não só desequilibrada, deixando incólume a própria Administração, que no limite responde apenas solidariamente pelos danos causados ao trabalhador, *vide* Paulo Veiga e Moura, *A Privatização da Função Pública*, Coimbra Editora, 2004, pág. 247 e seguintes. Ao contrário do que entende este autor aceitar-se a sua doutrina equivaleria a deixar entrar pela janela o que se pretendeu vedar com o fecho da porta.”.

Por seu turno, ALDA MARTINS⁴² perfilha o seguinte entendimento: “Conclui-se, assim, que a doutrina e a jurisprudência admitem consensualmente que as especificidades da relação jurídica de emprego público, em função do prosseguimento dos princípios da legalidade, igualdade e imparcialidade, bem como da subordinação ao interesse público, justificam restrições ao direito à segurança no emprego determinadas segundo critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade, sem prejuízo da salvaguarda do núcleo essencial daquele direito”.

PAULO OTERO entende, a propósito do artigo 47.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, que⁴³ «O acesso à função pública, envolvendo a constituição de uma relação laboral ou de emprego público, encontra-se franqueado a todos os cidadãos, traduzindo um direito subjetivo pessoal, pautando-se por três regras nucleares: - A igualdade, proibindo-se discriminações ou diferenciações “de tratamento baseadas em fatores irrelevantes”; - A liberdade que, sendo a postura dos candidatos, não significa que a Administração goze de uma escolha discricionária; - A regra do concurso, enquanto “forma normal de provimento de lugares”, falando-se a propósito em “direito a um procedimento justo de recrutamento”».

Por fim, nas elucidativas palavras de CLÁUDIA VIANA⁴⁴ «Compreende-se que o legislador constitucional tenha estabelecido que o acesso ao emprego público ocorre, em regra, por via de concurso: por um lado, o concurso, enquanto procedimento aberto e acessível a todos os interessados, possibilita à Administração escolher, de entre um leque (quanto mais amplo, melhor) de candidatos, e com base no mérito, o “melhor” candidato, isto é, aquele que comprova ter mais e melhores capacidades para desempenhar as funções correspondentes ao posto de trabalho em causa; e, por outro lado, garante o direito fundamental de acesso ao emprego público, que se traduz no direito a um «procedimento justo de recrutamento», a exercer na sequência da decisão de abertura de concurso pela administração, justificada pelo interesse público».

⁴⁰ *In ob. cit.* p. 223 e 224, nota de rodapé (31).

⁴¹ *A Privatização da Função Pública*, pág. 247 e seguintes.

⁴² *In ob. cit.* p. 176.

⁴³ *In ob. cit.* p. 385 e 386.

⁴⁴ *In ob. cit.* p. 6.

VII. Conclusões

Dissecada a questão sobre a qual nos debruçamos, neste breve estudo, à luz do atual ordenamento jurídico, da jurisprudência e da doutrina, perfilamo-nos junto da jurisprudência, em especial da emanada pelo Tribunal Constitucional, cujos fundamentos, nos parecem manter a atualidade, não obstante os anos volvidos desde a prolação dos acórdãos 683/99 e 368/00 (este último com força obrigatória geral à data).

Em consonância, aderimos aos argumentos esgrimidos pela doutrina que defende a não convertibilidade do contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo, em contrato de trabalho por tempo indeterminado, por violação da Lei (*maxime* do artigo 63.º da LTFP) e do comando constitucional ínsito no artigo 47.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, de acesso à função pública (leia-se no exercício de funções de caráter permanente), em regra, por concurso.

De facto, entendemos, pela nossa parte, que a circunstância de o legislador ter, no passado, nas palavras de ANA NEVES, “branqueado” esses comandos normativos, através dos Decretos-Lei n.º 81-A/96, de 21 de junho e n.º 103-A/97, de 28 de abril e de, muito recentemente, estabelecer, no artigo 25.º, n.º 1, da Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro (LOE2017), uma “estratégia de combate à precariedade”⁴⁵, permite reforçar este nosso entendimento, por um lado, porque foi o próprio legislador que estabeleceu a forma, o modo e o tempo, como se processa essa “estratégia”, por outro lado, porque assumiu que a mesma possui caráter excepcional.

E ainda que se pudesse defender outros caminhos a serem seguidos pelo legislador, porventura mais eficazes, consubstanciados, por exemplo, na reformulação da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, na sua atual redação, diploma que aprovou a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), tal como já foi defendido por ANA NEVES⁴⁶, de forma a formular algumas presunções a título de atuação com dolo e a tornar mais efetiva a responsabilidade financeira, dos dirigentes máximos dos órgãos ou serviços responsáveis pela celebração ou renovação de contratos de trabalho em funções públicas a termo resolutivo certo, fixada no artigo 63.º, n.º 1, da LTFP, é inegável que tem sido sempre o próprio legislador a afastar as normas imperativas, em concreto, o estabelecido no mesmo artigo 63.º, n.º 2, da LTFP, por ele próprio criadas.

De resto a não se entender desse modo, afigura-se que, por um lado, se esvaziaria de sentido o estabelecido no artigo 66.º da LTFP, quanto à preferência na admissão de trabalhador contratado a termo a procedimento concursal de recrutamento publicitado durante a

⁴⁵ Estatuindo no n.º 1 deste normativo, que: “No âmbito da estratégia de combate à precariedade definida no artigo 19.º da Lei n.º 7 -A/2016, de 30 de março, e na sequência do levantamento dos instrumentos de contratação utilizados pelos serviços, organismos e entidades da Administração Pública e do setor empresarial do Estado, o Governo apresenta à Assembleia da República até ao final do primeiro trimestre de 2017 um programa de regularização extraordinária dos vínculos precários na Administração Pública para as situações do pessoal que desempenhe funções que correspondam a necessidades permanentes dos serviços, com sujeição ao poder hierárquico, de disciplina ou direção e horário completo, sem o adequado vínculo jurídico”.

⁴⁶ *O Contrato de Trabalho na Administração Pública*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano No Centenário do seu Nascimento, p. 81-150.

execução do contrato ou até 90 dias após a cessação do mesmo e, por outro lado, far-se-ia tábua rasa, das normas que vêm sendo fixadas nas sucessivas leis orçamentais, sobre as restrições à contratação de trabalhadores que não fossem previamente detentores do vínculo de emprego público⁴⁷.

Diga-se ainda em abono deste nosso entendimento que, examinadas as normas elencadas nos artigos 56.º a 67.º da LTFP, em confronto com as disposições da Diretiva 1999/70/CE, de 28 de junho de 1999 e respetivo Acordo-Quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo, em anexo à mesma, sem perder de vista a jurisprudência do TJUE, parece-nos que foi devidamente assegurada a sua transposição para o emprego público.

Por último, o desenho normativo conferido ao procedimento de contratação de trabalhadores em funções públicas a termo resolutivo certo, no artigo 56.º, n.º 5, da LTFP, revela um procedimento simplificado, destinado de facto à constituição de vínculos precários, pois quando a Administração pretende constituir vínculos de emprego público por tempo indeterminado, continua a adotar a regra do concurso, que se encontra atualmente regulado no artigo 36.º, da LTFP.

E, diremos nós, cotejando o disposto neste último dispositivo legal (artigo 36.º da LTFP) com o disposto no artigo 19.º da Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de janeiro, que o legislador continua a ser minucioso, quanto aos requisitos de publicitação do procedimento concursal destinado à celebração de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado.

Em suma, estamos inteiramente ao lado de DIOGO VAZ MARECOS, na oposição ao entendimento manifestado por PAULO VEIGA E MOURA, nos moldes acima transcritos, pois a “aceitar-se a sua doutrina equivaleria a deixar entrar pela janela o que se pretendeu vedar com o fecho da porta”, ficando a Administração refém de interesses e conveniências, que poderão não assegurar a integração dos cidadãos mais qualificados, parecendo-nos, ademais, que, quando a Administração procede ao recrutamento de um trabalhador para o exercício de funções públicas a termo resolutivo, tendo por base a satisfação de necessidades transitórias, não dispõe, necessariamente, do mesmo universo de candidatos, que se perfilam quando recorre à contratação de trabalhadores em funções públicas por tempo indeterminado.

Ressalve-se, por fim, que a norma constitucional corporizada no artigo 47.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, de acesso à função pública, em regra, através de concurso, não é uma idiosincrasia do nosso ordenamento jurídico, basta determo-nos, por exemplo, perante as constituições alemã, italiana e espanhola, para constatar que as mesmas possuem normas similares à norma mencionada da nossa Constituição.⁴⁸

⁴⁷ Artigo 55.º da Lei n.º 83-C/ 2013, de 31 de dezembro (LOE2014); artigo 47.º, da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro (LOE2015) e artigo 28.º da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março (LOE2016).

⁴⁸ Cfr. artigo 33º, n.º 2, da Constituição alemã (onde se consagra a igualdade dos cidadãos alemães no acesso a qualquer função pública, segundo a sua aptidão, qualificações e méritos profissionais); artigo 97.º, parágrafo 4.º, da Constituição italiana (prevê-se que “Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”) e artigo 103.º, n.º 3, da Constituição espanhola (onde se estatui que “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”).

Bibliografia

Livros

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, ISBN 972-32-0592-0.

DUARTE, Maria Luísa, *União Europeia – Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária*, Coimbra: Edições Almedina, S. A., maio de 2011, ISBN 978-972-40-4523-8.

MACHADO, Susana Sousa, *Contrato de Trabalho a Termo – A Transposição da Diretiva 1999/70/CE para o ordenamento Jurídico Português: (In) compatibilidades*, Coimbra: Coimbra Editora, setembro de 2009, ISBN 978-972-32-1738-4.

MIRANDA, Jorge; Medeiros, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, ISBN 972-32-1308-7.

MOURA, Paulo Veiga; ARRIMAR, Cátia, *Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores da Administração Pública – Comentário à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, ISBN 978-972-32-1581-6.

MOURA, Paulo Veiga; ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, ISBN 978-972-32-2291-3.

NEVES, Ana, *Relação Jurídica de Emprego Público*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, ISBN 978-972-32-0898-6.

OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo, Vol. I*, Coimbra: Edições Almedina, S. A., novembro de 2013, ISBN 978-972-40-5388-2.

PIRES, Miguel Lucas, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Anotada e Comentada*, Coimbra: Edições Almedina, S. A., julho de 2014, ISBN 978-972-40-5729-3.

QUADROS, Fausto de, *Direito da União Europeia*, Coimbra: Edições Almedina, S. A., 2009, ISBN 978-972-40-2334-2.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma; BRITO, Pedro Madeira de, *Contrato de Trabalho na Administração Pública*, Coimbra: Edições Almedina, S. A., setembro de 2005, ISBN 978-972-40-2612-1.

Artigos impressos

CUNHA, Ricardo Sousa da, *A proibição de abuso na contratação laboral sujeita a termo pelo empregador público – conforme ao direito da EU é à margem da Constituição?*, *Questões Laborais*, ISBN 977-087-28-2644-2, n.º 44, 2014, p. 15-40.

MACHADO, Susana Sousa, *Bianca Küçük e os seus treze contratos*, *Questões Laborais*, ISBN 0872-8267, n.º 41, 2013, p. 103-113.

MACHADO, Maria João, *A Contratação a Termo na Administração Pública*, XII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, ISBN 978-972-40-4071-4, 2009, p. 206-224.

MARECOS, Diogo Vaz, *As Modalidades de Constituição do Vínculo da Relação Jurídica de Emprego Público*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, Vol. I, (janeiro-março de 2011), p. 207-235.

MORAIS, Domingos José de, *A Precariedade nas Relações Jurídico-Laborais*, *Vinte Anos de Questões Laborais*, ISBN 978-972-32-2218-0, n.º 42, 2013, p. 347-366.

NEVES, Ana, *Os “Desassossegos” de Regime da Função Pública*, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, ISSN 0870-3116, Coimbra Editora, 2000, p. 49-69.

NEVES, Ana, *A Privatização das Relações de Trabalho na Administração Pública*, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, ISSN 0872-6043, 2001, p. 163-192.

NEVES, Ana, *O Contrato de Trabalho na Administração Pública*, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano No Centenário do seu Nascimento*, ISSN 0870-3116, Vol. I, 2006, p. 81-150.

NEVES, Ana, *O Direito da Função Pública*, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Coordenadores Paulo Otero e Pedro Gonçalves, ISBN 978-972-40-4313-5, Vol. IV, Almedina, 2010, p. 359-556.

VIANA, Cláudia, *O Regime jurídico do concurso no emprego público*, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 89, setembro/outubro de 2011, ISSN 0873-6294, CEJUR-Centro de Estudos Jurídicos do Minho, p. 3-18.

VICENTE, Joana Nunes, *O Fenómeno da sucessão de contratos (a termo) - breves considerações à luz do Código do Trabalho revisto*, *Questões Laborais*, Ano XVI, n.º 33, janeiro/junho de 2009, p. 7-36.

Artigos Eletrónicos

FERNANDES, Francisco Liberal, *Relações de tensão entre o ordenamento português e comunitário na disciplina do contrato de trabalho a termo*, Revista Eletrónica de Direito, 2013, p. 1-25 (Consult. 04/01/2017). Disponível Internet: <http://www.cije.up.pt/revistared>

MARTINS, Alda, *A Laboralização da Função Pública e o Direito Constitucional à Segurança no Emprego*, Revista Julgar, n.º 7, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2009, p. 163-184 (Consult. 04/01/2017). Disponível Internet: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/04/08-Alda-Martins-Laboraliza%C3%A7%C3%A3o-da-f-p.pdf>

Jurisprudência

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)⁴⁹

Acórdão de 14 de Setembro de 2016, proc. C-16/15, María Elena Pérez López Contra Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid);

Acórdão de 26 de novembro de 2014, Processos Apensos C-22/13, C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, Raffaella Mascolo (C-22/13), Alba Forni (C-61/13), Immacolata Racca (C-62/13) contra Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca;

Acórdão de 8 de julho de 2010, Proc. C-246/09, Susanne Bulicke contra Deutsche Büro Service GmbH;

Acórdão de 3 de julho de 2014, Processos Apensos C-362/13, C-363/13 e C-407/13, Maurizio Fiamingo (C-362/13), Leonardo Zappalà (C-363/13), Francesco Rotondo e o. (C-407/13) contra Rete Ferroviaria Italiana SpA;

Acórdão de 13 de março de 2014, Proc. C-190/13, Antonio Márquez Samohano contra Universitat Pompeu Fabra;

Acórdão de 22 de dezembro de 2010, Processos Apensos C-444/09 e C-456/09, Rosa María Gavieiro Gavieiro (C-444/09), Ana María Iglesias Torres (C-456/09) contra Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia;

Acórdão de 26 de janeiro de 2012, Proc- C-586/10, Bianca Küçük contra Land Nordrhein-Westfalenfoi;

Acórdão de 24 de abril de 2009, Proc- C-519/08, Archontia Koukou contra Elliniko Dimosio;

Acórdão de 4 de dezembro de 2008, Processos Apensos C-378/07 e C-380/07;

⁴⁹ Disponíveis para consulta em <http://curia.europa.eu/>

Acórdão de 15 de abril de 2008, Proc. C-268/06, Impact contra Minister for Agriculture and Food, Minister for Arts, Sport and Tourism, Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Foreign Affairs, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Transport;

Acórdão de 13 de setembro de 2007, Proc- C-307/05, Yolanda Del Cerro Alonso contra Osakidetza-Servicio Vasco de Salud;

Acórdão de 4 de julho de 2006, Proc- C-212/04, Konstantinos Adeneler e outros contra Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG);

Acórdão de 7 de setembro de 2006, Proc. C-53/04, Cristiano Manošu, Gianluca Sardino contra Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate;

Acórdão de 7 de setembro de 2006, Proc. C-180/04, Andrea Vassallo contra Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de dezembro de 1990, processos apensos C-100/89 e C-101/89, Kaefer e Procacci.

Tribunal Constitucional⁵⁰

Acórdão n.º 154/2010, Proc. N.º 177/2009;

Acórdão n.º 73/2000, Proc. N.º 62/98;

Acórdão n.º 82/2000, Proc. N.º 766/98;

Acórdão n.º 84/2000, Proc. N.º 1010/98;

Acórdão n.º 150/2001, Proc. N.º 504/2000;

Acórdão n.º 172/2001, Proc. N.º 642/2000;

Acórdão n.º 190/2000, Proc. N.º 226/98;

Acórdão n.º 191/2000, Proc. N.º 523/98;

Acórdão n.º 201/2000, Proc. N.º 201/2000;

Acórdão n.º 368/2000, Proc. N.º 243/2000;

⁵⁰ Disponíveis para consulta em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

Acórdão n.º 404/2001, Proc. N.º 720/2000;

Acórdão n.º 434/2000, Proc. N.º 92/2000;

Acórdão n.º 683/1999, Proc. N.º 42/1998.

Supremo Tribunal de Justiça⁵¹

Acórdão de 10/04/2013, proc. n.º 2006/09, relatora: Isabel São Marcos.

Tribunal da Relação do Porto⁵²

Acórdão de 03/12/2007, proc. n.º 0712929, relatora: Fernanda Soares.

Tribunal Administrativo Central Administrativo do Sul⁵³

Acórdão de 05/05/2016, proc. n.º 13057/16, relator: Nuno Coutinho.

⁵¹ Disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>.

⁵² Disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>.

⁵³ Disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>.

14. Invalidade do vínculo de emprego público

Luísa Mafalda Gomes da Silva Assunção Andrade

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

INVALIDADE DO VÍNCULO DE EMPREGO PÚBLICO

Luísa Mafalda Gomes da Silva Assunção Andrade

1. A necessidade de procedimento concursal para constituição do vínculo de emprego público
2. As causas comuns de invalidez
3. As causas específicas da invalidez do vínculo de emprego público
4. Efeitos da invalidez do vínculo de emprego público
5. O problema dos atos consequentes por extinção inválida do vínculo de emprego público

I. Pretende-se com o presente artigo concretizar o atual regime de invalidez do vínculo de emprego público. Analisam-se as causas comuns e específicas de invalidez de constituição do vínculo de emprego público e os efeitos dessa invalidez.

II. Por fim, revê-se de forma sumária o regime dos atos consequentes da invalidez da extinção do vínculo de emprego público, matéria que só indiretamente se vai repercutir na validade do vínculo de emprego público.

Palavras-chave:

Emprego Público; Constituição do vínculo de emprego público; Causas de invalidez; Invalidez do vínculo de emprego público; Efeitos da invalidez do vínculo de emprego público.

1. A necessidade de procedimento concursal para constituição do vínculo de emprego público

A Constituição da República Portuguesa (CRP), consagra expressamente o acesso em condições de igualdade e de liberdade a uma relação de emprego, alcançável por todos os cidadãos. Nisto consiste o princípio da igualdade de acesso à função pública, considerando-se este como um elemento específico do princípio da igualdade, consagrado no art.º 13.º da CRP¹ A par deste princípio, estabelece-se no n.º 2 do art.º 47.º, a necessidade de realização de procedimento concursal para a constituição da relação jurídica de emprego público.

Esta exigência de concurso público vem depois regulada no n.º 2 do art.º 33.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP), que determina que a constituição de relações jurídicas de emprego público por tempo indeterminado se faz por procedimento concursal, e ainda o n.º 5 do art.º 56.º da mesma Lei, onde se estatui também a necessidade de procedimento concursal para a contratação a termo resolutivo.

A Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de janeiro, alterada pela Portaria n.º 145-A/2011, de 6 de abril, vem regular a tramitação do procedimento concursal, prevista nos artigos 33.º a 39.º da LTFP².

¹ Gomes, Canotilho. CRP Anotada I. Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-2322-87-6; Bessa, António José Mendonça. Acesso (efetivo) ao emprego público: Garantias (in)efetivas dos candidatos, Tese de Mestrado. Braga: Universidade do Minho, 2013, acedido em 12/2016, P. 21 e seg.: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/24500/1/Ant%C3%B3nio%20Jos%C3%A9%20Mendon%C3%A7a%20Bessa.pdf>.

² Neste sentido veja-se o Ac. do Plenário do TC de 20.12.2007, processo n.º 1130/2007 «O regulamento, para que se remete a concretização do disposto [no artigo 54.º, n.º 2, da LVCR] (...) limitar-se-á a definir a tramitação do procedimento concursal, desempenhando uma função instrumental de mera ordenação das fases do concurso e de especificação dos seus elementos constitutivos».

A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP) e a Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de janeiro, traduzem o princípio constitucional de igualdade no acesso à função pública previsto no art.º 47.º da Lei Fundamental, assegurando a igualdade de oportunidades, transparência, justiça e boa-fé. Neste sentido, veja-se o Ac. da 1.ª Secção do STA, de 20.10.2011, p. n.º 0941/10.

O concurso obedece a uma tramitação ordenada de procedimentos que se inicia com a tomada de decisão, fase à qual se pode chamar de decisão “pré-procedimental”³ e onde são definidos os contornos do concurso. Segue-se a publicitação ampla do procedimento concursal, na qual se inserem a publicitação no Diário da República e no Portal <https://www.bep.gov.pt/>. Já na fase procedimental propriamente dita, após a publicitação, e o decurso do prazo para entrega de candidaturas, segue-se a elaboração da lista dos candidatos admitidos e excluídos, a seleção, a decisão e a notificação da decisão aos candidatos admitidos ao concurso, toda esta tramitação é já feita pelo júri nomeado para o efeito pelo órgão que autorizou a abertura do procedimento concursal.

Porém, existe também a possibilidade do preenchimento dos postos de trabalho ser feito com recurso aos trabalhadores aprovados no Curso de Estudos Avançados em Gestão Pública (CEAGP), sendo este regulado pela Portaria n.º 213/2009, de 24 de Fevereiro, de acordo com o disposto no art.º 39.º da LTFP.

2. As causas comuns de invalidez

Após esta introdução sobre a necessidade de procedimento concursal, passamos a uma breve análise das possíveis causas de invalidez do vínculo de emprego público, para depois se analisar o seu regime de invalidez.

O legislador estabeleceu no art.º 52.º da LTFP quais as causas comuns do regime de invalidez do vínculo de emprego público. Sobre estas, é tradicionalmente aceite pela doutrina tratarem-se das causas previstas no Código Civil: a incapacidade, simulação, reserva mental, erro na declaração ou sobre os motivos, o dolo e a coação moral, a ofensa aos bons costumes ou objeto contrario à ordem pública⁴ A este propósito veja-se o Ac. STA, P. 03S1785, de 07/10/2003, sobre simulação na cessação do contrato de trabalho⁵.

Ainda em relação a estas causas comuns, integram-se também no seu elenco as que se prendem com as qualidades intrínsecas do candidato, como sejam, por exemplo, a falta de

³ A expressão não é original, veja-se Santos, Lígia Maria Costa. “A Fase Pré-contratual da relação de trabalho e o Direito à mentira”, Braga: Universidade do Minho, 2014, acedido em 12/2016, disponível em:

<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/35129/1/L%C3%ADgia%20Maria%20Costa%20Santos.pdf>.

⁴ Moura, Paulo Veiga; Arrimar, Cátia.- Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas. Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 242. ISBN 978-972-3222-91-3.

⁵ Acessível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/baaefe4fa64674e780256e000064df75?OpenDocument>.

habilitações académicas ou a inscrição em determinada ordem ou posse de um título profissional exigido para o exercício de determinada atividade.

A todo o elenco exposto de causas comuns de invalidez, acresce aquela que é transversal a toda a relação jurídica de emprego, em qualquer das suas fases, que é o direito à informação. Este tem grande relevância na fase procedimental, para ambas as partes, quer seja, pela necessidade de acesso à informação sobre o perfil do candidato, e pelo lado deste a necessidade de informações sobre as tarefas a desempenhar, o local e condições de trabalho.

O direito à informação é um dever e um direito mútuo, que se mantém ao longo de toda a duração do vínculo laboral e que surge elencado no art.º 73.º da LTFP, e no Código Trabalho, nos artigos 106.º e 107.º, o qual se aplica à formação do vínculo laboral público. O dever de informação é transversal, tem aplicação quer no momento da constituição do vínculo laboral, quer durante a duração do contrato de trabalho, considerando-se por isso “o trabalhador está adstrito a um dever de verdade, o que significa que as informações prestadas devem corresponder à realidade, sob pena de o trabalhador responder pelos prejuízos causados.”⁶. E por parte do empregador impende o dever de prestar informação sobre todos os aspetos relevantes do contrato de trabalho.

A par destas há também que considerar as causas de invalidez próprias dos atos administrativos praticados pela Administração Pública e reguladas no Código do Procedimento Administrativo (CPA), como seja por exemplo, a total inexistência do procedimento concursal (alínea I) do n.º 2 do art.º 161.º).

Veja-se a este propósito a decisão do TCA Sul, P. 02746/07, de 19/04/2012⁷, do qual se transcreve o ponto IV do sumário:

“Ao postergar as regras de acesso à função pública, o Despacho autorizativo enferma não apenas de vício de violação de lei, por preterição do preceito constitucional previsto no art. 47º, nº 2 da CRP, como ofende o conteúdo essencial do direito fundamental de acesso à função pública por todos os cidadãos que reunissem as condições para se candidatarem a um concurso aberto para o efeito, sendo, como tal, nulo por natureza, nos termos do disposto no art. 133º, nºs 1 e 2, al. d) do CPA.”.

3. As causas específicas da invalidez do vínculo de emprego público

No que respeita às invalidez próprias dos atos administrativos, o art.º 52.º da LTFP estatui nas duas alíneas, que são causas específicas de invalidez total ou parcial do vínculo de emprego público:

⁶ Lígia Maria Costa. A Fase Pré-contratual da relação de trabalho e o Direito à mentira”.

⁷ Acessível em:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/5a4db6e7a39ba110802579ec0029714e?OpenDocument>

- a) Declaração de nulidade ou anulação da decisão final do procedimento concursal que deu origem à constituição do vínculo;
- b) Declaração de nulidade ou anulação da decisão final do procedimento concursal que deu origem à ocupação de novo posto de trabalho pelo trabalhador. A doutrina dirige uma crítica a esta opção feita pelo legislador, em autonomizar estas duas formas especiais de invalidez.

Na verdade, em ambos os casos estamos perante uma invalidez procedimental que se repercute na decisão final desse procedimento, em que apenas diverge o facto de na alínea b) o candidato já ter um vínculo de emprego público, ou seja, já existe uma relação jurídica de emprego público anterior ao procedimento. Neste sentido veja-se "...o legislador começou por andar mal ao enumerar duas causas específicas quando, em bom rigor, as duas que enumerou se reconduzem a uma só..."⁸.

O regime das causas específicas, previsto nas duas alíneas tem na sua base a mesma causa de invalidez da decisão final do procedimento, crítica com a qual se concorda inteiramente.

Veja-se a este propósito, a este propósito, Ac. TCA Norte, P. 00331/09.4, de 23/09/2016, no qual se discute a necessidade de prévia fixação dos fatores de avaliação dos concorrentes, situação que se prende diretamente com o disposto na al. a), do citado art.º 52.º, da LTFP. O legislador consagrou na al. a) uma invalidez praticada na fase "pré-procedimental"⁹, no sentido que esta se desenvolve antes do procedimento concursal, ou na fase procedimental do concurso, poderá ser causa determinante de nulidade ou anulação do vínculo de emprego público.¹⁰

Com o estatuído no art.º 52.º, da LTFP quis também o legislador assegurar a legalidade dos procedimentos prévios de gestão de recursos humanos feitos, anualmente por cada órgão ou serviço, como a elaboração do mapa de pessoal, nos termos do art.º 29.º da LTFP, que servem para garantir a efetiva necessidade do preenchimento do posto de trabalho e a garantia da legalidade do procedimento. É comum "... a abertura de um concurso para um posto de trabalho, com características diferentes das estabelecidas para o mesmo no mapa de pessoal, é um problema frequente. A título de exemplo, no concurso aberto pelo Município do Peso da Régua através do Aviso n.º 20559/2010, de 15.10, a área de recrutamento foi circunscrita aos indivíduos com licenciatura na área de sociologia, não existindo, no mapa de pessoal, postos de trabalho cuja atividade justificasse a circunscrição (processo R-2999/11)."¹¹, situação que é geradora de invalidez do procedimento concursal.

⁸ Moura, Paulo Veiga e Arrimar, Cátia, ob., cit. pág. 243.

⁹ Em sentido diferente, Matos, Ana Catarina Sá Gomes de Melo Salgado. *Contrato de Trabalho em Funções Públicas*. Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2015. Acedido em 12/2016, pp. 160. http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/25141/1/ulsd729635_td_Ana_Salgado.pdf.

Em sentido concordante, Neves, Ana Fernandes. *O Recrutamento do Trabalhador Público*. Lisboa: Provedor de Justiça – Divisão de Documentação, 2013. pp. 116. ISBN 978-972-8879-10-5, acedido em 12/2016, disponível em: www.provedor-jus.pt/archive/doc/O_Recrutamento_de_Trabalhador_Publico.pdf

¹⁰ Neste sentido, Ac. TCAN de 23.09.2016, p. n.º 00331/09.4BEVIS acessível em:

<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/51b0c6cb019d840f802580680057e7eb?OpenDocument&Highlight=0,emprego,publico>.

¹¹ Neves, Ana Fernandes. *O Recrutamento do Trabalhador Público*. Lisboa: Provedor de Justiça, 2013. Ob.

Ao empregador público cumpre fazer a gestão dos seus recursos humanos anualmente de acordo com as atividades que irá desenvolver, previamente determinadas segundo a sua missão e estratégia. Será nessa atividade de gestão e planeamento anual que se deverá incluir a elaboração do mapa de pessoal previsto no art.º 29.º da LTFP, devendo este conter a previsão do número de postos de trabalho cujo órgão ou entidade necessita naquele ano na prossecução dos seus fins¹²

Caso se verifique a necessidade de contratação de pessoal, terá o organismo ou serviço que alterar o mapa de pessoal. Essa alteração carece de cabimentação orçamental, de posterior despacho do membro do Governo responsável pelas finanças e cumulativamente de autorização prévia do membro do Governo, do qual dependam, tal como previsto no art.º 30.º da LTFP. O controlo da cabimentação orçamental é feito pelo Tribunal de Contas.

Este procedimento de autorização prévia do membro do Governo responsável pelas finanças e do membro do Governo do qual dependam, só se verifica caso não seja possível a ocupação do posto de trabalho por trabalhador detentor de vínculo de emprego público.

Como acima se referiu, o art.º 30.º da LTFP determina no seu n.º 3 que o recrutamento é dirigido num primeiro momento a trabalhadores com vínculo de emprego público por tempo indeterminado e, só não sendo possível a ocupação dos postos de trabalho por trabalhadores detentores deste vínculo, é que poderá o órgão ou serviço, após a emissão de parecer prévio favorável dos membros do Governo responsáveis pelas finanças e da Administração Pública, deliberar a abertura de um procedimento concursal ao qual podem concorrer trabalhadores com vínculo de emprego público a termo, ou sem vínculo de emprego público, tal como previsto nos números 4 e 5 do art.º 30.º da LTFP.

Face ao critério de invalidez previsto na al. a) do art.º 52.º da LTFP, pode dar-se como exemplo desta, a inexistência do parecer previsto no n.º 4 do art.º 30.º da LTFP, dos membros do governo responsáveis pelas Finanças e da Administração Pública, que poderá determinar a invalidez da decisão que ordenou a abertura do concurso, com a consequente invalidez do procedimento nos termos do art.º 52.º da LTFP¹³.

Veja-se neste sentido, o Acórdão do TC n.º 613/2011, de 13.12.2011, processos n.ºs 188/11 e 189/11¹⁴

Cumpre ainda fazer uma breve alusão ao atual conceito de invalidez, hoje um conceito flexível onde uma invalidez procedimental pode não originar uma anulabilidade ou a nulidade. Considera-se aquela uma mera irregularidade sem influência sobre o ato

¹² Nunes, Cláudia Sofia Henriques. O Contrato de Trabalho em Funções Públicas Face à Lei Geral do Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 37 e 38. ISBN. 978-972-32-2282-1 Neves, Ana Fernandes. O Recrutamento do Trabalhador Público. Lisboa: Provedor de Justiça, 2013, ob. cit. pp.18.

¹³ Neves, Ana Fernandes. O Recrutamento do Trabalhador Público. Lisboa: Provedor de Justiça, ob. cit. 25.

¹⁴ Neves, Ana Fernandes. O Recrutamento do Trabalhador Público. Lisboa: Provedor de Justiça, ob. cit. 29.

administrativo final, sendo este válido em face de um juízo de prognose do tribunal¹⁵, neste sentido foi o recente Ac. do Pleno da secção do STA de 18-02-2016, P. n.º 0581/11¹⁶.

Na al. b) do art.º 52.º da LTFP quis o legislador consagrar expressamente a hipótese da invalidade de um procedimento concursal em que já exista um vínculo de emprego público, onde há apenas a ocupação de um novo posto de trabalho pelo trabalhador. Tal como na aliena anterior, a invalidade poderá verificar-se na fase “pré-procedimental”, ou procedimental, com as mesmas causas, processando-se em termos semelhantes.

Veja-se o Ac. TCA Sul, P. 13057/16, de 05/05/2016, no qual se discute a invalidade da possibilidade de conversão do contrato a termo em contrato por tempo indeterminado, segundo o qual essa situação “... equivaleria à possibilidade de acesso ao quadro de pessoal por quem foi contratado sem o mesmo rigor concursal e quando não haveria lugar no aludido quadro¹⁷.”

Como causa específica, podemos ainda encontrar fora do elenco do art.º 52.º um requisito de validade que se prende com a forma escrita do contrato, regulado no n.º 1 do art.º 40.º da LTFP. Quanto a este requisito de forma, convergem os Autores em considerá-lo como requisito *ad substantiam*¹⁸ em concordância com o estabelecido no Código Civil, afastando-se, no entanto, do regime previsto no Código do Trabalho, que admite no art.º 11.º o princípio da liberdade de forma da celebração do contrato de trabalho.

Leia-se o Ac. Tribunal da Relação do Porto de 7/11/2016, p. 89/14.5TTMAI.P1, sobre a invalidade de um contrato de trabalho em funções públicas não reduzido a escrito¹⁹.

Podem no entanto, ser estabelecidos modelos de contrato de trabalho em funções públicas desmaterializados ou informatizados, de acordo com o previsto no n.º 5 do art.º 40.º da LTFP. Tal como para o contrato, também nas situações de nomeação previstas nos artigos 41.º a 44.º da LTFP se exige a forma escrita para o despacho de nomeação e para a correspondente aceitação.

¹⁵ Almeida, Mário Aroso de. Teoria Geral do Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 2016. pp. 269. ISBN.978-972-4069-03-6.

¹⁶ Acessível em:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/5cca923d6ee48ee680257fdb0050a5be?OpenDocument&ExpandSection=1>.

¹⁷ Acessível em:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/fa5861e308ec00f680257fb7005a7890?OpenDocument&Highlight=0,emprego,publico>.

¹⁸ Moura, Paulo Veiga; Arrimar, Cátia. Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ob. cit. pp. 220 Nunes, Cláudia Sofia Henriques. O Contrato de Trabalho em Funções Públicas Face à Lei Geral do Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. pp. 47. ISBN.978-972-32-2282-1.

¹⁹ Acessível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/42e09746cd147a3a8025806e0040086b?OpenDocument&Highlight=0,invalidade,contrato,trabalho>.

4. Efeitos da invalidez do vínculo de emprego público

Regra geral um ato nulo não produz efeitos jurídicos desde a data da prática do facto. O mesmo é dizer que tem efeitos *ex tunc*. A LTFP tem um regime especial que se afasta desta regra geral, à semelhança do direito laboral privado.

Deste modo, regula de forma especial no art.º 53.º os efeitos da invalidez do vínculo de emprego público. No seu n.º 1, o legislador reconhece a possibilidade de se atribuírem certos efeitos jurídicos ao ato nulo por força do decurso do tempo. A mesma solução consagra o Código do Procedimento Administrativo no n.º 3 do art.º 162.º, quando admite “a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos, de harmonia com os princípios da boa-fé, da proteção da confiança e da proporcionalidade ou outros princípios jurídicos constitucionais, designadamente associados ao decurso do tempo”²⁰.

Veja-se sobre a nulidade de um contrato de trabalho em funções públicas o Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, de 19/10/2016, p. 2413/12.6TTLSB.L2-4,²¹ e ainda o Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, de 14/09/2016, p. 329/06.4TTALM.L1-4,²².

A interpretação proposta para o n.º 1 do art.º 53.º da LTFP, será a de que o vínculo de emprego público produz efeitos como válido até ao momento em que seja declarada a sua invalidez.

No n.º 2 estabelece-se a mesma solução do n.º 1, mas para as situações em que apenas se verifica um ato modificativo do vínculo contratual. A título de exemplo, pense-se na colocação de um trabalhador no regime de mobilidade, ou num procedimento concursal em que o trabalhador passa a desempenhar funções no regime de nomeação quando até aí estava contratado a termo. Se o ato que determinou essa alteração do vínculo for considerado inválido, os seus efeitos operam *ex nunc* desde que não afete as garantias dos trabalhadores em funções públicas previstas, tal como previsto no art.º 72.º. Já se esse ato afetar as garantias dos trabalhadores, então a sua invalidez opera *ex tunc*, não podendo por isso ter produzido efeito algum²³.

A este propósito veja-se o Ac. TCA SUL P.12237/15, de 11/02/2016, no qual se discute uma questão de reclassificação profissional²⁴.

²⁰ Neste sentido veja-se Moura, Paulo Veiga e Arrimar, Cátia, obra citada, p. 247 a 249.

²¹ Acessível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2d1cd73c29c798c280258075004f43f9?OpenDocument&Highlight=0,invalidade,contrato,trabalho>.

²² Acessível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/885d8105b72afe7e80258042005127df?OpenDocument&Highlight=0,invalidade,contrato,trabalho>.

²³ Moura, Paulo Veiga e Arrimar, Cátia, obra citada, p. 249.

²⁴ Neste sentido veja-se o Ac. TCA Sul, de 11/01/2016, p. 12237/15 acessível em:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/ae67a9e92e6e88be80257f6300467ac2?OpenDocument&Highlight=0,mobilidade>.

Situação diferente será verificar-se uma invalidez parcial, nesse caso a interpretação doutrinária vai no sentido de se aceitar uma redução do vínculo de emprego público, nos termos do art.º 292.º do Código Civil idêntica à prevista para a redução dos negócios jurídicos²⁵.

Estabelece o n.º 3 deste artigo que caso seja declarada uma invalidez parcial, não invalida totalmente o vínculo constituído, salvo quando se mostre que este não teria sido constituído sem essa parte viciada.

O n.º 4 do art.º 53.º estatui uma substituição automática de conteúdo do ato inválido, caso a parte do ato declarada inválida viole normas imperativas²⁶. Coloca-se a questão que tipo de normas imperativas serão estas, a norma refere-se naturalmente à lei e às normas constantes das convenções coletivas de trabalho.

Outra questão que aqui se coloca será a de saber se há uma verdadeira autonomia das partes na contratualização, poderá haver alguma flexibilidade na fase de negociação do contrato mas não há uma verdadeira autonomia, até porque o contrato de trabalho tem em grande medida o seu conteúdo definido por normas imperativas²⁷. Veja-se, por exemplo, as regras relativas à fixação da remuneração constantes do art.º 38.º da LTFP, regras relativas à duração do período experimental, nas quais não se verifica uma verdadeira autonomia, havendo tão só um bloco normativo que não pode ser violado sob pena de a lei as considerar automaticamente excluídas do contrato celerado.

No caso da nomeação, a parte que aceita a nomeação não tem também capacidade para fazer qualquer negociação pois não pode propor quaisquer alterações, dizendo-se que há uma mera adesão.

Conclui-se assim que não existe uma verdadeira autonomia das partes no processo de contratualização do vínculo laboral. Neste sentido, também se encontra a doutrina qualificando como “...um regime de cariz fortemente unilateral e é na sua maioria um verdadeiro contrato de adesão a um regime decorrente da lei.”²⁸.

O n.º 1 do artigo 54.º estatui que se ocorrer uma extinção do posto trabalho e posteriormente esse mesmo vínculo venha a ser declarado inválido, a extinção é regulada pelas regras que lhe deram origem nos termos do art.º 288.º da LTFP. Ou seja, ficciona-se aqui uma validade de um vínculo já declarado inválido por qualquer outro motivo, o que significa que caso o particular queira impugnar o ato, deverá fazê-lo relativamente ao primeiro ato extintivo do vínculo laboral e não impugnar o ato superveniente que declarou inválido esse vínculo.

²⁵ Moura, Paulo Veiga e Arrimar, Cátia, obra citada, p. 247,

²⁶ Moura, Paulo Veiga; Arrimar, Cátia. ob.pp. 49. Nunes, Cláudia Sofia Henriques. ob. pp.249.

²⁷ Cadilha, Carlos. Direitos Adquiridos na Relação Laboral Pública e Privada, acessível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/V_Coloquio/carlos_cadilha.pdf. pp. 6.

²⁸ Moura, Paulo Veiga; Arrimar, Cátia, ob. cit. pp. 135.

Quer isto dizer, que os factos extintivos da relação jurídica laboral previstos no art.º 289.º da LTFP, seguem o seu regime próprio até à declaração da nulidade ou anulação. A indemnização a atribuir é a prevista nos artigos 300.º e 301.º.

O n.º 2 do art.º 54.º regula a extinção do vínculo de emprego público de natureza precária e a superveniente declaração de invalidez, impondo-se como limite à indemnização a atribuir o estabelecido na al. a) do n.º 2 do art.º 302.º, não se reconhecendo qualquer acréscimo a esta indemnização por força deste efeito invalidatório superveniente ²⁹.

O regime da má-fé previsto no n.º 3 do artigo 54.º, refere-se a uma situação em que o vínculo é inválido, contudo não foi declarada essa invalidez e uma das partes, empregador ou trabalhador, estando de má-fé e a outra parte de boa-fé, invoca essa mesma invalidez para fazer cessar o vínculo. A norma estatui que nesse caso a indemnização a atribuir vai variar conforme a causa seja o despedimento ilícito ou a denúncia sem aviso prévio, o que vai ter repercussões na indemnização a atribuir nos termos dos artigos 300.º e 305.º.

O artigo 55.º estatui a possibilidade de convalidação da relação laboral quando a causa invalidante cesse durante a execução do contrato. Essa convalidação opera desde o início do contrato e se este ainda estiver em execução, não é necessária a intervenção das partes para que este efeito se produza.

5. O problema dos atos consequentes por extinção inválida do vínculo de emprego público

Embora esta matéria não tenha diretamente a ver com a invalidez do vínculo contratual e só se repercute na relação laboral indiretamente, o disposto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos relativamente à fase de execução de sentença, regula especificamente no n.º 3 do art.º 173.º, a posição dos beneficiários de boa-fé com situações constituídas há mais de um ano face aos atos nulos ou anulados o citado preceito. Determina que a nulidade ou anulabilidade da cessação de um vínculo de emprego público não afeta a posição de um terceiro que veio ocupar o lugar do trabalhador que viu extinto o seu contrato de trabalho ilegalmente. A este propósito, diz o CPTA que o ato de constituição do vínculo de emprego público do terceiro, produz os seus efeitos em relação ao beneficiário de atos consequentes quando exista um dano de difícil ou impossível reparação e for manifesta a desproporção da situação e o interesse na execução da sentença anulatória.

O n.º 4 do mesmo artigo vem estabelecer que a reintegração ou recolocação do autor que obtém a anulação do ato de despedimento ilegal, havendo um terceiro com direito incompatível ao do autor – o que se poderá considerar alguém que se encontre na situação prevista nos termos do n.º 3 – deve fazer-se em lugar ou categoria correspondente à sua ou, não sendo possível, na primeira vaga que venha surgir, ficando este a exercer transitoriamente funções fora do quadro. ³⁰

²⁹ Moura, Paulo Veiga; Arrimar, Cátia, ob. cit. pp. 252.

³⁰ Cadilha; Carlos; Almeida, Mário Aroso de. Comentários ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos Coimbra: Almedina, 2010, 3.ª ed., ISBN.978-972-40-4211-4, pp. 1120.

Em idêntico sentido dispõe também o atual art.º 172.º do novo CPA quanto às consequências da anulação administrativa.

Conclusão

Vigora o princípio da necessidade do concurso público para a constituição do vínculo laboral público nos termos do disposto no art.º 47.º da CRP.

As principais causas de invalidade de constituição do vínculo contratual público são as que se verificam na fase “pré-procedimental” ou na fase procedimental do concurso propriamente dito, derivam do procedimento administrativo e repercutem-se no ato final do procedimento.

A par destas, verifica-se a importância para ambas as partes do direito à informação que poderá originar situações de responsabilidade pré-contratual.

Salienta-se ainda a força invalidatória da forma escrita do contrato.

Quanto às consequências desta invalidade, o legislador consagrou um regime especial, no qual se salienta a validade do contrato de trabalho até ao momento da sua declaração de nulidade ou invalidade. Um regime de convalidação que opera automaticamente caso cesse a causa invalidante durante a execução do contrato.

No que respeita aos atos consequentes por extinção inválida do vínculo de emprego público, refira-se a especial proteção de terceiros na fase de execução de sentenças, cujo vínculo dificilmente será afetado.

Bibliografia

Almeida, Mário Aroso de Almeida. *Teoria Geral do Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2016.

Bessa, António José Mendonça. *Acesso (efetivo) ao emprego público – Garantias (inefetivas) dos candidatos*, Braga: Universidade do Minho, 2013, (Tese de Mestrado), disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/24500>.

Cadilha, Carlos e Almeida. *Direitos adquiridos na relação laboral pública e privada*, V Colóquio sobre Direito do Trabalho, Lisboa: 2012, disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/V_Coloquio/carlos_cadilha.pdf.

Cadilha, Carlos e Almeida; Almeida, Mário Aroso de. *Comentários ao Código Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010.

Moura, Paulo Veiga; **Arrimar**, Cátia. *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

Neves, Ana Fernandes. *O Recrutamento do Trabalhador Público*, Lisboa: Provedor de Justiça – Divisão de Documentação, 2013, disponível em:

[www.provedorjus.pt/site/public/.../O Recrutamento de Trabalhador Publico.pdf](http://www.provedorjus.pt/site/public/.../O_Recrutamento_de_Trabalhador_Publico.pdf).

Nunes, Cláudia Sofia Henriques. *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas Face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

Salgado, Ana Catarina Sá Gomes de Melo Matos. *Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2015 (Tese de Doutoramento), disponível em:

http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/25141/1/ulsd729635_td_Ana_Salgado.pdf

http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/25141/1/ulsd729635_td_Ana_Salgado.pdf.

Santos, Lígia Maria Costa. *A Fase Pré-contratual da relação de trabalho e o Direito à mentira*, Braga: Universidade do Minho, 2014 (Tese de Mestrado), disponível em:

<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/35129/1/L%C3%ADgia%20Maria%20Costa%20Santos.pdf>.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

15. Reconstituição da situação jus laboral em caso de invalidez da extinção do vínculo de emprego público

Carlos Batista da Costa

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

RECONSTITUIÇÃO DA SITUAÇÃO JUS LABORAL EM CASO DE INVALIDADE DA EXTINÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO PÚBLICO*

Carlos Batista da Costa

1. Introdução
 2. O instituto da reintegração no direito laboral privado
 3. A invalidade do vínculo de emprego público
 4. A invalidade consequente dos atos constitutivos dos vínculos de emprego público
 5. Das consequências da anulação administrativa: artigo 172.º CPA
 6. A execução de sentenças de anulação de atos administrativos: artigo 173.º CPTA
 7. Conclusões gerais
- Referências bibliográficas
Jurisprudência

Palavras-chave: reintegração, invalidade consequente, extinção do vínculo de emprego público, anulação administrativa, execução de sentenças de anulação de atos administrativos

1. Introdução

O presente trabalho tem como objeto a problemática da reconstituição da situação jus laboral em caso de invalidade da extinção do vínculo de emprego público. Ora, será curial afirmar, desde já, que esta temática encerra em si mesma diversas questões que merecem ser dissecadas e que poderão revelar-se assaz pertinentes para a sua melhor compreensão.

Num primeiro momento, para um melhor discernimento da natureza da reconstituição da situação jus laboral no âmbito dos vínculos de emprego público, convirá proceder à abordagem da figura da reintegração do trabalhador no direito laboral privado, mais concretamente, previsto no CT. Esta análise, ainda que sintética, relativa ao instituto da reintegração do direito laboral privado pretende traçar o seu quadro geral e perscrutar de um eventual paralelismo no tocante ao conceito de reconstituição da situação jus laboral no âmbito dos vínculos de emprego público.

De seguida, merecerá um breve comentário a questão da invalidade do vínculo de emprego público, nomeadamente, as normas constantes da LTFP respeitantes às causas específicas de invalidade, os efeitos da invalidade e por fim, da invalidade e cessação do vínculo.

* A primeira citação de todas as obras e de todos os artigos consultados é feita em nota de rodapé e é identificada pelo nome do autor, título, edição, local de publicação, data e página (s), ou seja, conforme referência completa que consta na lista de bibliografia final, ordenada por ordem alfabética. Por sua vez, nas referências subsequentes é indicado apenas o autor, título e página (s) da obra, título substituído, todavia, pela sigla *op. cit.* ou título abreviado com a indicação de citado (cit.) no caso de se mencionarem na dissertação outras obras do (s) mesmo (s) autor (es). A jurisprudência nacional é citada através da identificação do tribunal, da data da decisão e com o número de processo, podendo, no entanto, ser incluída informação adicional na eventualidade de se revelar pertinente. Mais se acresce que a listagem completa da jurisprudência consultada consta da bibliografia final. Para efeitos da presente investigação, considera-se a legislação, a doutrina e demais documentação publicada e acessível até 1 de janeiro de 2017.

Por sua vez, igualmente nuclear para a investigação em apreço é a problemática da invalidade dos atos consequentes e o seu reflexo nas relações de emprego público, nomeadamente quanto às consequências em sede de invalidade consequente de atos constitutivos da relação de emprego público.

Maia ainda procurar-se-á relevar para a análise da temática em apreço o regime substantivo constante do artigo 172.º, do CPA respeitante às consequências da anulação administrativa e, por outro lado, destacar a pertinência do regime processual (e, em abono da verdade, também substantivo) ínsito no artigo 173.º, do CPTA no que concerne, em particular, o dever de executar, em sede de execução das sentenças de anulação de atos administrativos.

Por último, nas conclusões procurar-se-á fazer um balanço final acerca das questões levantadas no âmbito da problemática da reconstituição da situação jus laboral em caso de invalidade da extinção do vínculo de emprego público e, quiçá, aventando eventuais caminhos de solução para questões específicas que possam ter surgido no decorrer da análise efetuada a todos os seus componentes.

2. O instituto da reintegração no direito laboral privado

Na Subseção II, com a epígrafe “*Ilícitude do despedimento*”, da Seção IV do Capítulo VII, respeitante à cessação de contrato de trabalho do CT, estão previstos os efeitos da ilicitude de despedimento, mais precisamente, no art. 389.º que dispõe o seguinte: “1. Sendo o despedimento declarado ilícito, o empregador é condenado:

a) A indemnizar o trabalhador por todos os danos causados, patrimoniais e não patrimoniais;

b) Na reintegração do trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade, salvo nos casos previstos nos artigos 391.º e 392.º.

2. (...)

3. (...)”

Os casos referidos na parte final da alínea b) do n.º 1 do artigo 389.º dizem respeito, respetivamente à indemnização em substituição de reintegração a pedido do trabalhador (art. 391.º) e à indemnização em substituição de reintegração a pedido do empregador (art. 392.º).

Como aponta MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹ “o princípio geral em matéria de *ilícitude do despedimento* é o da *reintegração do trabalhador*, uma vez que é a reintegração que assegura plenamente a reposição da situação que existia antes do despedimento ilícito. Neste sentido, o art. 389.º, n.º 1, alínea b), prevê a condenação do empregador, que praticou um despedimento ilícito, a reintegrar o trabalhador, exigindo que a reintegração seja feita no

¹ cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO – Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais, 6.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2016, pp. 856.

estabelecimento onde o trabalhador prestava serviço anteriormente e sem prejuízo da sua categoria e dos direitos decorrentes da antiguidade.

O direito à reintegração é estabelecido pela lei em alternativa ao direito à indemnização [previsto no artigo 389.º, n.º 1, alínea a)], pelo que, se o trabalhador não pretender ser reintegrado, tem que manifestar a sua vontade no sentido de ser indemnizado até ao termo da audiência final de julgamento.”

Nesta decorrência, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO² assevera que “neste ponto, o atual Código é mais explícito quanto ao estabelecimento da reintegração como o efeito comum da ilicitude do despedimento, uma vez que, se o trabalhador nada disser, será, reintegrado. Pelo contrário, no âmbito do Código anterior, o trabalhador tinha que manifestar a sua opção no sentido da reintegração (art. 438.º do CT de 2003).”

Por sua vez, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER³ expõe “a lei que a reintegração se faz sem prejuízo da categoria e da antiguidade, o que envolve que o empregador é obrigado a computar na antiguidade o período de pendência da ação (o que é simples), sendo ainda sustentável que deve reconstituir a carreira do trabalhador (o que é, sem dúvida, mais complicado). Assim, por exemplo, se entre o despedimento e a sentença que declarou a ilicitude decorreu um ano, deve esse tempo ser contabilizado na antiguidade do trabalhador. Se no caso existisse um sistema de promoções automáticas por antiguidade, no momento da reintegração o trabalhador seria classificado na categoria profissional a que tem direito em função da antiguidade, contando-se também o ano que decorreu entre o despedimento e a sentença do tribunal. É claro que não parece possível assegurar-lhe as promoções por mérito de que eventualmente poderia ter beneficiado se tivesse permanecido a serviço. Por isso dizemos que se afigura mais complicado reconstruir a carreira profissional. Preferível será considerar que os eventuais danos na carreira devem ser indemnizados nos termos em geral consignados [«todos os danos causados, patrimoniais e não patrimoniais» - artigo 389.º, 1, a)], havendo agora doutrina sobre a chamada «perda de chance».”

Mais acrescenta BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER⁴ que “deve notar-se que a reintegração não equivale à consagração de um direito de trabalhar. Reintegrar um trabalhador despedido não significa obrigar a entidade empregadora a dar-lhe trabalho para executar, mas simplesmente obrigá-la a cumprir todos os deveres que do contrato de trabalho resultam para ela. Pensamos que, de facto, o problema da ocupação efetiva não tem autonomia no caso dos despedimentos ilícitos: existirá ou não, conforme se entenda existir em geral esse dever [sendo a nossa opinião negativa, como já por mais de uma vez dissemos, na nossa interpretação do art. 129.º I, b)]. Em suma, pode dizer-se que os trabalhadores despedidos ilicitamente não têm nem mais nem menos direitos do que aqueles que o não foram: tem exatamente os mesmos. (...) Pensamos que o prejudicado pelo despedimento ilícito tem nesse

² cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *op. cit.*, p. 856.

³ cf. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER – Manual de Direito do Trabalho, 2.ª Edição Revista e Atualizada. Lisboa, Verbo, 2014, pp. 880-881.

⁴ cf. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *op. cit.*, p. 881.

sentido direito a ser *reintegrado*, isto é, a ser contado e tratado como trabalhador da empresa. (...)”

Por fim, nesta sede, PEDRO FURTADO MARTINS⁵, quanto ao conteúdo da reintegração começa por afirmar “que importa saber em que consiste a condenação do empregador na «reintegração do trabalhador, no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade» [artigo 389.º, 1, b)]. Sustentamos há já algum tempo que o direito à reintegração significa a manutenção do vínculo entre as partes. A solução que a lei segue para definir os efeitos do despedimento ilícito no período posterior à anulação do mesmo assenta na dicotomia entre duas soluções: o vínculo jurídico-laboral subsiste como se jamais tivesse sido interrompido ou extingue-se por vontade do trabalhador ou decisão do tribunal.

A regra de que a lei parte é o contrato manter-se na plenitude dos seus efeitos, tal como decorre da anulação do despedimento. Neste caso o trabalhador tem direito à reintegração «sem prejuízo da sua categoria e antiguidade», isto é, tem direito à manutenção da relação de trabalho, com todas as consequências que daí derivam.

Por isso temos defendido que a reintegração consiste na manutenção ou subsistência do vínculo jurídico entre as partes, consequência da anulação do ato extintivo indevidamente declarado pelo empregador. Quando encarada do ponto de vista do trabalhador, ela traduz-se no direito à conservação do vínculo laboral e na salvaguarda da sua posição contratual. Vista pelo prisma do empregador, a reintegração significa que ele terá de cumprir todas as obrigações que decorrem do contrato e das normas que o regem, respeitando os direitos e garantias do trabalhador.”

Aqui chegados, estamos perante um arrazoado doutrinal consolidado acerca do instituto da reintegração no âmbito do direito laboral privado que já nos permite antever as dissimilaridades existentes entre o regime legal previsto no artigo 389.º do CT e o normativo legal constante do art. 300.º, da LTFP, respeitante à invalidade do despedimento ou da demissão. Em bom rigor, o artigo 300.º, da LTFP será uma causa de invalidade específica, isto é, da invalidade da sanção de despedimento ou de demissão. Mais ainda, resulta claramente que inexistente uma identidade concetual e normativa perfeita entre a figura jurídica da reintegração prevista no CT e o que dispõe a alínea b) do n.º 1 do artigo 300.º, da LTFP. Esta evidência poderá ser melhor apreendida à medida que formos comentando alguns arestos dos tribunais superiores que abordam a figura da reconstituição da situação jurídico-funcional atual hipotética do trabalhador.

Vejamos o que dispõe o normativo legal da LTFP em questão:

“1 - Sendo anulada ou declarada nula a sanção de despedimento disciplinar ou de demissão, o órgão ou serviço é condenado:

a) (...)

⁵ cf. PEDRO FURTADO MARTINS – Cessação do Contrato de Trabalho, 3.ª Edição, Revista e Atualizada. Parede, Principia, 2012, pp. 457-458.

b) *A reconstituir a situação jurídico-funcional atual hipotética do trabalhador.*”

No entanto, em forma de antecipação, já se poderá adiantar, ainda que perfunctoriamente acerca do entendimento jurisprudencial relativamente uniforme do conteúdo do conceito da reconstituição da situação jurídico-funcional atual hipotética do trabalhador. Vejamos o Ac. STA, do Pleno da Seção do CA, de 16/11/2011, Proc. N.º 035/10 onde se sumaria o seguinte:

“I - O recurso para uniformização de jurisprudência pressupõe que, no domínio do mesmo quadro normativo e perante idêntica realidade factual, o Acórdão recorrido e o Acórdão fundamento perfilhem soluções opostas quanto à mesma questão fundamental de direito, contradição essa que se tem de referir a decisões expressas e não a julgamentos implícitos e, por isso, que a mesma tenha resultado apenas de divergente interpretação jurídica.

II - No âmbito da execução de sentenças a Administração deve procurar reconstituir a situação atual hipotética, isto é, deve repor a situação que existiria se o ato ilegal não tivesse sido praticado, o que passa pela reparação de todos os danos sofridos em resultado da prática daquele ato. (negrito e itálico nossos) *E, porque assim, a execução do julgado só pode considerar-se concluída quando hajam sido cumpridas todas as operações necessárias à colocação do Exequente na posição em que se encontraria não fora a prática do ato.*

III - Estando em causa a prestação de quantias pecuniárias essa execução passa não só pelo pagamento dos montantes devidos como pelo pagamento dos juros moratórios que lhe correspondem, visto só dessa maneira se garantir que o ato violador da legalidade não deixa rastro. Juros esses que são devidos desde o momento em que as diferenças salariais a que o Exequente tem direito deveriam ter sido pagas.

IV - A tal não obsta o facto da sentença exequenda ter sido proferida numa ação de reconhecimento de direito e ter sido omissa no tocante aos juros de mora visto o âmbito da atividade reconstitutiva que se impõe fazer não é inteiramente definido pela sentença declarativa.”

O aresto, ora convocado, no seu ponto 3 da sua fundamentação de direito discorre do seguinte modo, a saber:

“3. Este Tribunal tem, repetidamente, afirmado que no âmbito da execução de sentenças anulatórias a Administração está obrigada a reconstituir a situação atual hipotética, isto é, está obrigada a repor a situação que existiria se o ato anulado não tivesse sido praticado e que tal passa pela reintegração da ordem jurídica violada, isto é, pela reparação de todos os danos sofridos em resultado da prática do ato ilegal. O que implica praticar os atos jurídicos e as operações materiais necessárias à eliminação da ordem jurídica de todos os efeitos positivos ou negativos que contrariem a legalidade. Pode, assim, afirmar-se que a execução do julgado anulatório só está concluída quando hajam sido cumpridas as operações indispensáveis à colocação do Exequente na posição em que se encontraria não fora a prática do ato ilegal. (negrito e itálico nossos) - *Vd. Art.º 6.º do DL 256-A/77, de 17/06, (agora art.º 173.º do CPTA), F. do Amaral, A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos,*

pg.s 45 e seg.s, V. Andrade, Justiça Administrativa, 8.ª ed., pg.s 419 e seg.s e Acórdãos do Pleno deste Tribunal de 13/03/2003 e de 2/06/2004 (rec.s. n.ºs 44140-A e 41169) e da Seção de 20/2/2001 (rec. n.º 46 818), de 22/5/2001 (rec. 46 716), de 24/5/2001 (rec. 47 205) de 11/10/2001 (rec. 47 927), de 15/03/2003 (proc. 38575-A) e de 3/03/2005 (rec. 41.794-A) e numerosa jurisprudência neles citada.”

3. A invalidade do vínculo de emprego público

A matéria das invalidades do vínculo de emprego está interligada com a problemática das consequências da anulação administrativa prevista no artigo 172.º, do CPA, bem como em sede de execução de sentenças de anulação de atos administrativos, mais concretamente, nos termos do disposto no artigo 173.º, do CPTA.

O artigo 52.º, da LTFP, com a epígrafe “Causas específicas de invalidade do vínculo de emprego público” dispõe o seguinte:

Para além das causas comuns, são causas específicas de invalidade total ou parcial do vínculo de emprego público as seguintes:

- a) Declaração de nulidade ou anulação da decisão final do procedimento concursal que deu origem à constituição do vínculo;*
- b) Declaração de nulidade ou anulação da decisão final do procedimento concursal que deu origem à ocupação de novo posto de trabalho pelo trabalhador.”*

Nas palavras de MIGUEL LUCAS PIRES⁶ consagra-se, nas alíneas a) e b), a denominada invalidade consequential, ou seja, o efeito de contágio, para o contrato, da invalidade do procedimento conducente à sua celebração. O Autor acrescenta asseverando, contudo, que a declaração de nulidade ou a anulação de um contrato, com fundamento na ilicitude do procedimento que conduziu à sua celebração já era possível, no âmbito dos poderes anulatórios conferidos aos tribunais administrativos, nomeadamente em sede de execução de decisões anulatórias (art. 173.º e segs. do CPTA). Por fim, MIGUEL LUCAS PIRES remata afirmando que o art. 52.º não tem paralelo procedimento na lei laboral privada, resultando as causas nele previstas da especificidade do procedimento de contratação no âmbito do emprego público.

No entanto, destaca-se que a nulidade ou a anulação parcial do vínculo de emprego público, mais concretamente, do contrato de trabalho em funções públicas, não determina a sua invalidade total. Isto resulta diretamente do disposto no n.º 3 do artigo 53.º onde se refere que “A nulidade ou a anulação parcial não determina a invalidade de todo o vínculo, salvo quando se mostre que este não teria sido constituído sem a parte viciada.”

⁶ Cf. MIGUEL LUCAS PIRES, Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Anotada e Comentada, 2.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2016, pp. 114-115.

Mais se acresce que o n.º 3 do atual artigo 53.º corresponde ao n.º 1 do artigo 83.º do RCTFP, portanto, não se tendo operado qualquer alteração normativa nesta sede.

Como afirma CLÁUDIA HENRIQUES NUNES⁷ esta norma, que reproduz a solução contida no n.º 1 do art. 121.º, do CT, reflete a regra da redução dos negócios jurídicos no art. 292.º, do Código Civil, pautada pela ideia de conservação dos mesmos.

Todavia, como salientam PIRES LIMA e ANTUNES VARELA⁸, esta solução cede perante a manifestação de vontade das partes contrária à conservação parcial do negócio, podendo, porém, ser imposta por lei em termos de não ceder perante a vontade oposta dos interessados.

CLÁUDIA HENRIQUES NUNES acrescenta, ainda, que “a grande especificidade relativamente ao regime comum dos negócios jurídicos deriva do disposto no n.º 4 do art. 53.º da LTFP que à semelhança do previsto no n.º 2 do art. 121.º do CT, estabelece que parte do conteúdo do vínculo de emprego público que viole normas imperativas considera-se substituída por estas.

Assim, o vínculo mantém-se em vigor, regendo-se pelas normas legais imperativas até aí violadas, que automaticamente substituem as disposições inválidas. Neste caso, a vontade hipotética das partes contrária às normas imperativas é irrelevante, não produzindo efeitos jurídicos.

Por sua vez, a Autora refere que “por força do n.º 1 do art. 53.º da LTFP, o vínculo de emprego público, apesar de declarado nulo ou anulado, produz efeitos como se fosse válido em relação ao tempo durante o qual esteve em execução. Desta forma, ainda que inválido, o vínculo produzirá os seus efeitos, como se fosse perfeitamente válido, até à sua declaração da sua nulidade ou anulação.”

A Autora prossegue o seu raciocínio assegurando que “esta regra também vigente no direito laboral privado, afasta-se do regime geral das invalidades dos negócios jurídicos, facto que tem vindo a ser justificado pela doutrina juslaboralista com base na dificuldade que a destruição retroativa dos efeitos do contrato acarretaria. Com efeito, em regra, perante um contrato nulo, devem as partes restituir tudo o que tiver sido prestado. Assim, o empregador de restituir o equivalente à atividade desenvolvida pelo trabalhador, o que materialmente se revela impossível, e este teria de devolver as remunerações pagas por aquele.”

⁷ Cf. CLÁUDIA SOFIA HENRIQUES NUNES – O Contrato de Trabalho em Funções Públicas face à Lei Geral do Trabalho. 1.ª Edição. Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 48-49.

⁸ *Apud* CLÁUDIA SOFIA HENRIQUES NUNES, *op. cit.*, p. 49.

4. A invalidade consequente dos atos constitutivos dos vínculos de emprego público

Nesta sede, ANDRÉ SALGADO DE MATOS⁹, vem invocar que “a LTFP não foi insensível à problemática da invalidade consequente dos atos constitutivos dos vínculos de emprego público. Assim, o art. 52.º LTFP, ao regular as causas específicas de invalidade daqueles atos (e não, ao contrário do que erradamente nele se afirma, dos próprios vínculos, que são relações jurídicas, como tal insuscetíveis de constituírem objetos de juízos de validade ou invalidade), determina que «além das causas comuns, são causas específicas de invalidade total ou parcial» a «declaração de nulidade ou anulação da decisão final do procedimento concursal que deu origem à constituição do vínculo» e a «declaração de nulidade ou anulação da decisão final do procedimento concursal que deu origem à ocupação de novo posto de trabalho pelo trabalhador» (n.ºs 1 e 2). Sendo o contrato de trabalho em funções públicas, como se viu, um dos tipos de factos constitutivos do vínculo de emprego público (art. 6.º, n.º 1, LTFP) são-lhe aplicáveis de pleno aquelas disposições. Ora, a invalidade nelas prevista, é precisamente uma invalidade consequente, uma vez que resulta da invalidade de atos administrativos antecedentes – as decisões finais dos procedimentos concursais que deram origem à constituição do vínculo ou à ocupação de novo posto de trabalho pelo trabalhador.”

O Autor¹⁰ vai mais longe e afirma que a formulação legal na disposição em causa poderá induzir o entendimento que inclua apenas diretamente a invalidade das decisões finais dos procedimentos concursais que deram origem à constituição do vínculo ou à ocupação de novo posto de trabalho do trabalhador. No entanto, e outras situações, tais como:

– *A invalidade do contrato em consequência da invalidade de quaisquer outros atos administrativos, incluindo atos interlocutórios praticados no decurso dos mesmos procedimentos previamente às decisões finais* (por ex. decisões de admissão e exclusão de candidaturas ou que tenham indevidamente discriminado candidatos em benefício do trabalhador contratado);

– *Atos administrativos não praticados nos mesmos procedimentos em virtude dos quais os atos administrativos finais de tais procedimentos tenham sido praticados* (por ex., decisões das quais tenha resultado a abertura da vaga em que foi provido o trabalhador contratado, como sejam aquelas que tenham determinado a demissão ou o despedimento ilegal do trabalhador que antes a ocupava). (itálico nosso)

ANDRÉ SALGADO DE MATOS remata, afirmando que “o alcance da disposição em causa é mais amplo do que aparenta”. Aliás, posição da qual comungamos inteiramente. “Com efeito, nos termos gerais acima explicitados, sendo as decisões finais dos procedimentos em questão verdadeiros atos administrativos no sentido do artigo 148.º CPA, a sua invalidade pode, naturalmente, ser ela própria consequente da invalidade de outros atos administrativos, que podem, por sua vez, incluir-se em qualquer dos grupos acima identificados.”

⁹ Cf. ANDRÉ SALGADO DE MATOS – A invalidade de contratos de trabalho em funções públicas consequente de invalidade de actos administrativos no novo paradigma da constituição de relações de emprego público, in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Vol. I. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 195-196.

¹⁰ Cf. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, p. 196.

No entanto, será mesmo assim quanto a estes atos? Serão estes atos verdadeiros atos administrativos nos termos do conceito legal previsto no atual artigo 148.º (artigo 120.º do anterior CPA) e, conseqüentemente, para o efeito ora pretendido?

Confiamos que sim e encontramos guarida precisamente na explanação dada por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA¹¹, ou seja, “para que um ato jurídico possa ser qualificado como um ato administrativo, é, assim, necessário que ele possua um conteúdo decisório, exprimindo uma resolução que determine o rumo de acontecimento ou o sentido de condutas a adotar, e não se esgote na expressão de uma declaração de ciência, um juízo de valor ou uma opinião, como sucede com a generalidade dos atos preparatórios dos procedimentos administrativos, como é o caso dos pareceres (não vinculativos), das informações e das propostas.”

Mais aduz MÁRIO AROSO DE ALMEIDA que “não têm só conteúdo decisório os atos finais dos procedimentos administrativos, mas também os atos praticados ao longo dos procedimentos que, ainda que parcialmente, definam situações jurídicas dos interessados, determinando o direito aplicável a determinada questão ou a determinado aspeto de uma questão, em termos que já não possam ser objeto de reapreciação em momento ulterior do procedimento – podendo, nesse sentido, dizer-se que se trata de *decisões interlocutórias* que formam *caso decidido formal* no âmbito do procedimento.

Possuem, neste sentido, conteúdo decisório, os atos que, ao longo de procedimentos administrativos escalonados ou faseados, contêm verdadeiras pré-decisões, sejam elas decisões prévias (que decidem em termos definitivos questões prévias àquela que tem de ser decidida no termo do procedimento) ou decisões parcelares (que decidem em termos definitivos uma parte das questões a decidir no termo do procedimento)”.

Por fim, ANDRÉ SALGADO DE MATOS¹², conclui, que “embora de forma indireta, o art. 52.º LTFP aplica-se, portanto, a todas as concebíveis relações de consequentialidade entre actos administrativos e contratos de trabalho em funções públicas”. No entanto, sem deixar de realçar as dificuldades interpretativas que possam decorrer da leitura e do entendimento quanto ao âmbito de aplicação do art. 52.º, precisamente porque ao contrário do regime geral da invalidade conseqüente de atos e contratos administrativos, o contrato de trabalho em funções públicas se tornar conseqüentemente inválido não em virtude da mera invalidade do ato administrativo antecedente ou da possibilidade temporal da sua efetivação, mas apenas de efetiva declaração de nulidade ou anulação da decisão final do procedimento concursal que deu origem à constituição do vínculo ou à ocupação de novo posto de trabalho pelo trabalhador. [art. 52.º, a), b), LTFP].

¹¹ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo. 3.ª Edição. Reimpressão. Coimbra. Almedina, 2016, pp. 189-190.

¹² Cf. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, p. 196.

5. Das consequências da anulação administrativa: artigo 172.º, do CPA

Com efeito, no sentido de se apurar os termos em que se alicerça o dever de reconstituição da situação atual hipotética em que a Administração fica constituída na sequência da anulação necessitamos de dissecar o regime substantivo contido no art. 172.º, do CPA. Ora, como MÁRIO AROSO DE ALMEIDA¹³ explicita, “a anulação administrativa é uma manifestação de administração de controlo, que pressupõe a verificação da legalidade do ato sobre o qual ela vai projetar os seus efeitos e, portanto, a desconformidade da definição que aquele ato tinha introduzido com as exigências que o ordenamento jurídico impunha. Tem por fim reintegrar a legalidade, eliminando um ato anulável da ordem jurídica. Trata-se, pois, de um ato de anulação. Tal como sucede com a anulação jurisdicional, ela produz, por isso, regra, efeitos retroativos, que têm o alcance de destruir, *ab initio*, os efeitos ilegalmente produzidos pelo ato sobre o qual se projeta (cfr. artigo 165.º, n.º 2, do CPA), embora nos termos do n.º 3 do artigo 171.º possa ser admitido que a anulação administrativa possa ser praticada apenas com eficácia para o futuro, quando o ato se tenha tornado inimpugnável por via jurisdicional.”

Em abono da verdade, estamos perante uma figura nova que não tinha correspondência direta no normativo legal do anterior CPA. Agora aqui chegados, como se projeta o regime legal ínsito no artigo 172.º, do CPA na reconstituição jus laboral em caso de invalidade da extinção do vínculo de emprego público?

Os n.ºs 3 e 4 do atual artigo 172.º, do CPA têm correspondência com os n.ºs 3 e 4 do artigo 173.º, do CPTA, sendo que existe uma sintonia normativa no que concerne o regime de proteção dos beneficiários dos atos consequentes. Assim sendo, resulta deste regime que, por regra, os beneficiários de atos consequentes apenas têm direito a ser indemnizados pelos danos que sofram em consequência da anulação. A situação jurídica constituída em seu benefício só não pode ser posta em causa se isso lhes causar «danos de difícil ou impossível reparação e for manifesta a desproporção existente entre o seu interesse na manutenção da sua situação e o dos interessados na concretização dos efeitos da anulação».

No entanto, como afirma MÁRIO AROSO DE ALMEIDA¹⁴, só são objeto de proteção os beneficiários de atos consequentes praticados há mais de um ano, de harmonia com o regime de proteção dos atos constitutivos de direitos, que faz apelo ao prazo geral de um ano, contado desde a data da prática do ato, no n.º 2 do artigo 168.º; e os beneficiários de boa fé, parecendo de entender que o preceito faz, neste contexto, apelo ao conceito de *boa fé objetiva*, a exemplo do que sucede no n.º 6 do artigo 167.º, nos termos do qual se consideram de boa fé “os beneficiários que, à data da prática do ato revogado, desconheciam sem culpa a existência de fundamentos passíveis de determinar a revogação do ato.” A proteção da confiança pressupõe, com efeito, que o beneficiário tenha usufruído da situação que em seu benefício foi constituída sem razoavelmente poder contar que ela pudesse vir a ser posta em causa.

¹³ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 323.

¹⁴ Cf. FAUSTO QUADROS [et al] – Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo. Coimbra, Almedina, 2016, pp. 378-379.

Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA¹⁵ já aludia, especialmente no domínio das relações que envolvem o funcionalismo público, que “o princípio da estabilidade dos serviços públicos e a necessidade de minorar a complexidade dos movimentos de pessoal que a execução de uma sentença de anulação, tantas vezes proferida longos anos após a emissão do ato anulado, certamente exigiria, **aconselham a que nos domínios do funcionalismo público se procurem soluções que, sem prejudicar o funcionário que obteve a anulação e cujos interesses devem ser devidamente acautelados, dêem prevalência à manutenção, tanto quanto possível, das situações entretanto constituídas, designadamente em favor de terceiros de boa-fé.**” (negrito nosso)

Esta posição parece encontrar ressonância no disposto no n.º 4 do artigo 172.º, do CPA, senão vejamos o teor do normativo legal, a saber:

“4 – Quando à reintegração ou recolocação de um trabalhador que tenha obtido a anulação de um ato administrativo se oponha a existência de terceiros com interesse legítimo na manutenção de situações incompatíveis, constituídas em seu favor por ato administrativo praticado há mais de um ano, o trabalhador que obteve a anulação tem direito a ser provido em lugar ou posto de trabalho vago e na categoria igual ou equivalente àquele em que deveria ter sido colocado, ou, não sendo isso imediatamente possível, em lugar ou posto de trabalho a criar no quadro ou mapa de pessoal da entidade onde exercerá funções”.

A este propósito, LUIZ S. CABRAL DE MONCADA¹⁶ instrui no sentido de que o n.º 4. do artigo 172.º dispõe sobre um caso especial. Melhor concretizando, “se a anulação de um ato administrativo tem como consequência a *reintegração ou recolocação* de um trabalhador, afastado em consequência de uma pena disciplinar ilegal, p. ex., a presença de terceiros com interesses incompatíveis constituídos há mais de um ano por ato administrativo (terceiros já providos no lugar disponível) dá, não obstante, ao trabalhador que obteve vencimento o direito de ser *provido em lugar ou posto de trabalho vago e em categoria igual ou equivalente àquele em que deveria ter sido colocado* ou, não sendo isso *imediatamente* possível, em lugar ou posto de trabalho *a criar* no mapa de pessoal da entidade onde exercerá funções.

A Administração pode ficar, assim, constituída num dever jurídico positivo de criação de um lugar ou posto de modo a dar satisfação aos direitos do trabalhador. A omissão deste dever ou o atraso no respetivo cumprimento são passíveis de tutela graciosa e jurisdicional”.

A este respeito, convém não olvidar a alteração operada por via do artigo 161.º do CPA (artigo 133.º do anterior CPA), ou seja, a eliminação de um dos casos de nulidade aí previstos: o dos atos consequentes de atos anulados ou nulos. Aliás, a consagração doutrinária desta figura, ainda que em moldes diferentes dos atuais, já remonta à lição de MARCELLO CAETANO¹⁷ que prelecionava quanto ao melindroso problema dos atos consequentes de ato anulado, no

¹⁵ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA – Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes. Coleção Teses. Almedina, 2002, p. 408.

¹⁶ Cf. LUIZ. S. CABRAL DE MONCADA – Novo Código do Procedimento Administrativo. Anotado. Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 621-622.

¹⁷ cf. MARCELLO CAETANO – Manuel de Direito Administrativo, Vol. II, 10.ª Edição, 3.ª Reimpressão, Revista e Atualizada. Coimbra, Almedina, p. 1217.

sentido de que quando a Administração praticou um ato no qual se alicerçam outros: anulado o primeiro, qual a sorte dos seguintes? A resposta não pode ser senão uma: a anulação do ato antecedente implica a eliminação dos atos consequentes e dos respetivos efeitos, pois sem ela não ficará completa a reintegração da ordem jurídica violada, não terão sido apagados todos os vestígios da ilegalidade cometida.

Então o que implicará esta eliminação do elenco de atos nulos? Para JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE¹⁸ a eliminação justifica-se, desde logo, pela ressalva que acompanhava a determinação (desde que não houvesse contra-interessados com interesse legítimo na manutenção do ato consequente), que, embora bem-intencionada, para conseguir a necessária harmonização dos interesses em presença, causou grande incerteza e levou a decisões consideradas menos adequadas, para além de alguma dissonância como o disposto na lei processual a propósito de execução de sentenças anulatórias. Mais o Autor aduz que embora se mantenha o problema da delimitação do conceito de ato consequente, parece adequado que a questão seja resolvida normativamente a propósito das consequências da anulação, judicial ou administrativa.

Acresce, por fim, que é o que acontece agora, através do regime constante do artigo 172.º, n.º 2 (em concordância com o disposto na lei processual): os atos consequentes passam a ser anuláveis, mas, para efeitos, de reconstituição da situação hipotética atual, podem ser anulados mesmo que se tenham tornado inimpugnáveis – é essa a razão de ser da figura dos atos consequentes, que visa dispensar os interessados de impugnarem todas as decisões fundadas no ato que impugnam.

Em termos jurisprudenciais, é deveras esclarecedor o sentido do Acórdão do STA, de 15/03/2016, Proc. N.º 0905/15, no tocante aos atos consequentes, ainda que proferido à luz do anterior CPA, mas, ainda assim, de extrema pertinência para a análise ora aqui feita neste âmbito. Vejamos:

I - A nomeação para um determinado lugar num concurso aberto para o seu preenchimento é um ato consequente do despacho homologatório da lista de classificação final, pelo que anulado este ato homologatório aquela nomeação é nula *ope legis*; anulada a lista de classificação final, por violação de lei, todos os atos consequentes são nulos, incluindo o ato de nomeação da recorrente, o que só não ocorreria se houvesse contra interessados com interesse legítimo na manutenção do ato.

II - A restrição/exceção enunciada na segunda parte da al. i), do n.º 2, do art.º 133.º do CPA, não abarca os contra interessados que foram parte na ação impugnatória interposta do ato anulado.

III - Tendo a recorrente sido parte [contra interessada] na ação judicial que anulou o ato de homologação da lista de classificação final, não é terceiro para efeitos do n.º 4 do art.º 173.º do CPTA, não tendo por isso interesse legítimo na manutenção do ato consequente, que se

¹⁸ cf. FAUSTO QUADROS [et al] – Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo. Coimbra, Almedina, 2016, p. 326.

oponha ao dever de executar, imposto pelo n.º 2 do mesmo artigo; e, não se lhe aplica igualmente o n.º 3 dado que neste apenas se refere «...os beneficiários de actos consequentes praticados há mais de um ano que desconheciam sem culpa a precariedade da sua situação têm direito a ser indemnizados...».

IV - O art.º 83.º, n.º 1 da Lei n.º 59/2008 de 11/09 que aprovou o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, previa uma ficção legal de validade, ficção esta que já se mostrava consagrada no art.º 115.º do Código do Trabalho então em vigor e, atualmente no art.º 53.º da LGTFP «O vínculo de emprego público declarado nulo ou anulado produz efeitos como válido em relação ao tempo em que seja executado» e art.º 122.º do Código do Trabalho. Trata-se, pois, de uma nulidade que, apesar de subsistir enquanto se prolongar a prestação de trabalho, não impede que o contrato de trabalho produza os seus efeitos como se fosse válido enquanto o vício não for decretado e a prestação de trabalho não cessar. E esta solução, pese embora, parecer estar em divergência dogmática com o regime regra da nulidade [art.º 134.º], acaba por ser a única que responde aos princípios da justiça e da proporcionalidade, e ancora-se de alguma forma no disposto no art.º 133º, n.º 3 do CPA que prevê a possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos, por força do simples decurso do tempo de harmonia com os princípios gerais do direito.

V - O trabalhador, nestes casos, tem direito às prestações correspondentes ao tempo em que o contrato esteve em execução; ou seja, o trabalho prestado, por imposição da Administração, ao abrigo de um título inválido, deve ser compensado de forma equitativa ao que seria devido a um trabalhador investido no cargo com título válido.”

6. A execução de sentenças de anulação de atos administrativos: artigo 173.º, do CPTA

O artigo 173.º, do CPTA, como discorre MÁRIO AROSA DE ALMEIDA¹⁹ “estabelece os parâmetros pelos quais se deve reger a atuação que a Administração deve desenvolver quando um dos seus atos administrativos tenha sido anulado (ou declarado nulo ou inexistente).”

Note-se, que tivemos a ocasião de afirmar no ponto 5 que existe uma correspondência entre os n.ºs 3 e 4 do atual artigo 172.º, do CPA e os n.ºs 3 e 4 do atual artigo 173.º, do CPTA, ou seja, a aludida sintonia normativa relativamente ao regime de proteção dos beneficiários dos atos consequentes. Então, o que deverá ser retirado deste normativo legal? Melhor ainda, qual o conteúdo que comporta o n.º 1 do artigo 173.º? Ora, nas palavras de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA²⁰ “são os deveres em que a Administração fica constituída na sequência da procedência do processo impugnatório de um ato administrativo que podem situar-se em três planos, a saber:

¹⁹ cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA – Manual de Processo Administrativo. 2.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2016, p. 492.

²⁰ cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 493.

- (a) Reconstituição da situação que existiria se o ato ilegal não tivesse sido praticado;
- (b) Cumprimento tardio dos deveres que a Administração não cumpriu durante a vigência do ato ilegal, porque este ato disso a dispensava;
- (c) Eventual substituição do ato ilegal, sem reincidir nas ilegalidades anteriormente cometidas (...).”

Antes de avançarmos, porém, é de lembrar que o denominado *princípio da reconstituição da situação atual hipotética* remonta ao enquadramento histórico mencionado por MARCELLO CAETANO em que este Autor referencia DIOGO FREITAS DO AMARAL²¹. Ora, foi precisamente no seu livro sobre “A execução das sentenças dos tribunais administrativos” em que avançou com a defesa de que «para apagar inteiramente os vestígios da ilegalidade cometida» não pode aceitar-se a ideia de que «o recorrente ao pedir a anulação do ato não pretende outra coisa senão ser restituído à situação em que se encontrava antes da prática do ato ilegal» mas **«antes se faz mister aplicar o critério a que podemos chamar da reconstituição da situação atual hipotética: importa, na verdade, considerar o espaço de tempo que medeou entre a prática do ato ilegal e o momento em que se reintegra a ordem jurídica, e reconstruir, na medida do possível, a situação que neste último momento existiria se o ato ilegal não tivesse sido praticado e se, portanto, o curso dos acontecimentos nesse espaço de tempo se tivesse apoiado sobre uma base legal»**. (negrito e sublinhado nossos)

Voltando à análise do normativo legal em apreço e a propósito do n.º 4 do artigo 173.º do CPTA, vejamos as considerações tecidas por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA²² no sentido de que ao contrário da solução legal propugnada no n.º 3, aqui o interesse da estabilidade dos serviços públicos determina que, por regra, a reintegração ou recolocação do funcionário deva ter lugar “em lugar de categoria igual ou equivalente àquela em que [ele] deveria ser colocado, ou, não sendo isso possível, à primeira vaga que venha a surgir na categoria correspondente”, cabendo-lhe exercer transitoriamente funções fora do quadro até à integração neste.”

Sucedee, porém, que neste particular, ANDRÉ SALGADO DE MATOS²³ coloca uma questão pertinente e que advém precisamente da diferenciação da natureza dos atos constitutivos dos vínculos de emprego público. Vejamos o teor do normativo legal do 6.º da LTFP:

“Noção e modalidades

1 - O trabalho em funções públicas pode ser prestado mediante vínculo de emprego público ou contrato de prestação de serviço, nos termos da presente lei.

2 - O vínculo de emprego público é aquele pelo qual uma pessoa singular presta a sua atividade a um empregador público, de forma subordinada e mediante remuneração.

²¹ Apud MARCELLO CAETANO, *op. cit.*, p. 1215.

²² cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA – Manual de Processo Administrativo. 2.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2016, p. 494.

²³ cf. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, p. 198.

3 - O vínculo de emprego público reveste as seguintes modalidades:

- a) Contrato de trabalho em funções públicas;**
- b) Nomeação;**
- c) Comissão de serviço.**

4 - O vínculo de emprego público pode ser constituído por tempo indeterminado ou a termo resolutivo”.

Melhor concretizando, a nomeação e a comissão de serviço são, precisamente, constituídas mediante ato administrativo. Parece ser pacificamente aceite que o contrato de trabalho em funções públicas é um contrato administrativo. A sua densificação concetual poderá entroncar no conceito de contrato, tal como estava previsto no n.º 3 da do art. 9.º da LVCR, diploma legal entretanto revogado pela LTFP. Ora, a LTFP não reproduziu esta noção legal. No entanto, inexistente qualquer razão ponderosa no sentido de se concluir que tenha sofrido, entretanto uma alteração substancial. Veja-se:

1 – A relação jurídica de emprego público constitui-se por nomeação ou por contrato de trabalho em funções públicas, doravante designado por contrato.

2 – A nomeação é o ato unilateral da entidade empregadora pública cuja eficácia depende da aceitação do nomeado.

3 – O contrato é o ato bilateral celebrado entre uma entidade empregadora pública, com ou sem personalidade jurídica, agindo em nome e em representação do Estado, e um particular, nos termos do qual se constitui uma relação de trabalho subordinado de natureza administrativa”. (negrito nosso)

4 – (...)

Dito isto, como fica a posição do beneficiário que não seja de ato administrativo de nomeação ou constitutivo de comissão de serviço inválido? Segundo ANDRÉ SALGADO DE MATOS²⁴ é que a posição do beneficiário de ato administrativo de nomeação, ou constitutivo de comissão de serviço inválido, fica protegida pela proteção legal concedida pelo n.º 3 do artigo 173.º, do CPTA. Mais ainda o Autor aduz que “a posição do interessado na anulação dos mesmos atos é protegida pelo 173.º, n.º 4, do CPTA, de acordo com o qual a eventual manutenção da situação do contra-interessado nunca pode pôr em causa a situação do primeiro, que fica, na pior das hipóteses, com o direito a ser provido em lugar de categoria igual ou equivalente àquela em que deveria ser colocado, ou, não sendo isso possível, à primeira vaga que venha a surgir na categoria correspondente, exercendo transitoriamente funções fora do quadro até à integração neste.”

ANDRÉ SALGADO DE MATOS conclui dizendo que com efeito, conforme dele decorre explicitamente, o artigo 173.º, n.º 4, do CPTA, não é aplicável a contratos administrativos, mas

²⁴cf. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, pp. 198-199.

apenas a *atos administrativos* consequentemente inválidos. Os mecanismos de equilíbrio das posições dos interessados na destruição e na manutenção do ato consequente não podem, portanto, aplicar-se aos contratos de trabalho em funções públicas.

É, no fundo, esta desproteção injustificada que o Autor considera descabida e faz com que a manutenção do contrato de trabalho em funções públicas celebrado só poderia, portanto, manter-se por determinação de alguma disposição legal que afastasse a relevância anulatória da invalidade consequente, que simplesmente inexistente.

ANDRÉ SALGADO DE MATOS²⁵ apresenta, por sua vez, a situação do “trabalhador que celebrou o contrato de trabalho em funções públicas consequentemente inválido que tem a seu favor a salvaguarda dos efeitos pretéritos do contrato consequentemente inválido, nos termos do artigo 53.º, n.º 1, da LTFP, mas não tem qualquer pretensão à estabilidade futura da sua situação jurídico-funcional, que ficará, assim, condenada a terminar. A sua situação é, portanto, muito mais desfavorável do que seria caso o seu vínculo tivesse sido constituído por ato administrativo, caso em que, como se viu acima, nos termos do artigo 173.º, n.º 3, do CPTA, poderia manter-se para o futuro caso os danos resultantes da sua destruição fossem de difícil ou impossível reparação e houvesse manifesta desproporção entre o interesse na manutenção da situação e os interesses na execução da sentença anulatória.”

Em síntese, o Autor convoca para aqui a inconstitucionalidade da desproteção dos trabalhadores vinculados por contrato de trabalho em funções públicas perante a invalidade consequente desse contrato por via da violação do princípio da igualdade previsto no artigo 13.º da CRP. Na verdade, e em face do arrazoado argumentativo aduzido, acompanhamos ANDRÉ SALGADO DE MATOS nesta sua asserção.

Mais ainda, comungamos da sua apreciação quando defende a posição de superação da referida inconstitucionalidade através da aplicação analógica quer do n.º 3 do artigo 173.º do CPTA, bem como do seu n.º 4, neste caso, por forma a obviar simétrica inconstitucionalidade quanto à desproteção do lesado pelo ato administrativo antecedente ilegal, fundada na absoluta identidade substancial das situações em apreço.

Em suma, apesar das soluções normativas que ANDRÉ SALGADO DE MATOS defende dentro do quadro normativo existente, não deixa de apelar à necessidade da conveniência de uma solução legal. Ora, o problema coloca-se com alguma acuidade precisamente por causa da identidade de soluções legais plasmadas quer no artigo 172.º, n.º 3 e 4, do CPA, quer no artigo 173.º, n.ºs 3 e 4, do CPTA.

Por último, e acreditamos pertinentemente, o Autor faz uma referência final à proposta do normativo legal avançado por MÁRIO AROSA DE ALMEIDA²⁶ na sua tese de doutoramento e que pretendia regular especificamente as «consequências da anulação de atos praticados no

²⁵ Cf. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, pp. 199-200.

²⁶ Cf. MÁRIO AROSA DE ALMEIDA – Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes. Coleção Teses. Almedina, 2002, p. 554.

âmbito da função pública», obra, aliás, já previamente citada. Eis o inciso normativo relevante do novo artigo (com cinco números no total) a incluir no CPTA, a saber:

“Epígrafe: Consequências da anulação de atos praticados no âmbito da função pública

3. Quando à satisfação do direito referido no número anterior se opuser o dever de respeitar o legítimo interesse de terceiros na manutenção de situações (nota importante: englobando-se todas as situações independentemente da sua constituição ter operado ou não mediante ato administrativo) constituídas em seu favor, há mais de um ano, e que desconheciam, sem culpa, a precariedade das mesmas, o funcionário terá direito a ser provido em lugar da categoria igual ou equivalente ou, não sendo isso possível, à primeira vaga que venha a surgir na categoria correspondente, exercendo transitoriamente funções fora do quadro até à sua integração neste. Se for caso disso, o funcionário terá direito, nesta última circunstância, a um complemento remuneratório que lhe permita auferir o vencimento que lhe corresponderia se tivesse sido, desde logo, colocado no lugar devido.” (negrito, itálico e sublinhado nossos).

7. Conclusões gerais

Em primeiro lugar, a conclusão fundamental a retirar deste trabalho reside na relativa complexidade das diversas questões que foram surgindo no decurso da sua realização e que apontam seguramente para a não linearidade das soluções legais relativamente à temática da reconstituição da situação jus laboral em caso de invalidade da extinção do vínculo de emprego público, analisada nas suas diversas vertentes.

Importa, tanto quanto possível, evitar a tentação da recondução pura simples do instituto da reintegração em sede de direito laboral privado em caso de despedimento ilícito do trabalhador ao princípio da reconstituição da situação atual hipotética enquanto efeito direto da execução de sentenças anulatórias de atos administrativos. Pese embora, existirem evidentemente pontos de contato entre as duas figuras, subsistem elementos diferenciadores que os separam na sua configuração jurídica e extensão dos seus efeitos legais que convém não olvidar, sob pena de gerar eventual confusão acerca do verdadeiro alcance dos seus distintos campos de aplicação.

Por sua vez, considera-se que a fácil apreensão dos pressupostos dogmáticos essenciais relativos à problemática da invalidade consequente dos atos constitutivos dos vínculos de emprego público não afastam necessariamente algumas dificuldades interpretativas quanto ao alcance do normativo legal constante do artigo 52.º, da LTFP, ou seja, qual a sua efetiva abrangência normativa, conforme tivemos oportunidade de frisar e aprofundar no ponto 4.

Indispensável é também a compreensão de que a correspondência normativa entre os incisos legais constantes dos n.ºs 3 e 4 do atual artigo 172.º, do CPA e os n.ºs 3 e 4 do atual artigo 173.º, do CPTA, embora aparentemente apelativo e desejável do ponto de vista da harmonização das soluções legais entre os dois códigos, não deixou de colocar sérias dúvidas

acerca da sua aplicação ou não a contratos administrativos consequentemente inválidos, leia-se, para o nosso interesse imediato, contratos de trabalho em funções públicas.

Por último, impõe-se, também revisitar a possibilidade de criação de um regime legal capaz de assegurar a proteção jurídica adequada dos trabalhadores vinculados por contrato de trabalho em funções públicas perante a invalidade consequente desse contrato como alvitrado por ANDRÉ SALGADO DE MATOS e na esteira da solução normativa no âmbito do CPTA, já antes avançada por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA na sua tese de doutoramento e que versava as consequências da anulação de atos administrativos na função pública, conforme apresentada na parte final do ponto 6.

Referências bibliográficas

Doutrina

ALMEIDA, Mário Aroso de Almeida – *Regime jurídico dos actos consequentes de actos administrativos anulados*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 28, Julho/Agosto 2001, Braga, 2001.

- *Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*. Colecção Teses. Coimbra, Almedina, 2002.

- *Manual de Processo Administrativo*. 2.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2016.

- *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*. 3.ª Edição. Reimpressão. Coimbra, Almedina, 2016.

ALVES, Raquel – *A Cessação da Relação Jurídica de Emprego Público*. Vila Nova de Famalicão, Nova Causa Edições Jurídicas, 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade – *A Justiça Administrativa, Lições*, 15.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2016.

ANTUNES, Vera Lúcia Santos – *O Contrato de Trabalho na Administração Pública – Evolução, reflexos e tendências para o emprego público*. Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

CAETANO, Marcello – *Manuel de Direito Administrativo, Vol. II, 10.ª Edição, 3.ª Reimpressão, Revista e Actualizada*. Coimbra, Almedina, 1990.

CORREIA, Jorge Alves e ISENBERG, Andreas – *Lei Alemã do Procedimento Administrativo. Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) – Guia de Leitura e Anotações*. Coimbra, Almedina, 2016.

FALCÃO, David e TOMÁS, Sérgio Terneiro – *Notas sobre a Ilícitude do Despedimento. Questões Laborais, Ano XXII, N.º 47*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 312-328.

LOPES, Sandra Pinto Lopes – *Cessação do Vínculo de Emprego Público, A Conjuntura Jurídica dos Contratados*. Coimbra, Almedina, 2016.

MARTINS, Pedro Furtado – *Cessação do Contrato de Trabalho, 3.ª Edição, Revista e Actualizada*. Parede, Principia, 2012.

MATOS, André Salgado de – A invalidade de contratos de trabalho em funções públicas consequente de invalidade de actos administrativos no novo paradigma da constituição de relações de emprego público, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pp. 189-202.

MONCADA, Luiz S. Cabral de – *Novo Código do Procedimento Administrativo. Anotado*. Coimbra, Coimbra Editora, 2015.

MOURA, Paulo Veiga e ARRIMAR, Cátia – *Os novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública. Comentário à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro. 2.ª Edição*. Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

NUNES, Cláudia Sofia Henriques – *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas face à Lei Geral do Trabalho. 1.ª Edição*. Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

PIRES, Miguel Lucas – *Os regimes de vinculação e a extinção das relações jurídicas dos trabalhadores da Administração Pública, Como e em que termos são lícitos os denominados “despedimentos na função pública”*. Coimbra, Almedina, 2013.

- *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Anotada e Comentada, 2.ª Edição*. Coimbra, Almedina, 2016.

QUADROS, Fausto [et al] – *Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*. Coimbra, Almedina, 2016.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais, 6.ª Edição*. Coimbra, Almedina, 2016.

SOUSA, Marcelo Rebelo e Matos, André Salgado de – *Direito Administrativo Geral – Actividade Administrativa. Tomo III. 2.ª Edição*. Reimpressão. Alfragide, Dom Quixote, 2006.

- *Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral. Tomo III*. Lisboa, Dom Quixote, 2008.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – *Manuel de Direito do Trabalho, 2.ª Edição Revista e Actualizada*. Lisboa, Verbo, 2014.

Jurisprudência

Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo

Ac. STA, de 07/07/1994 (Edmundo da Silva), Proc. N.º 030612

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/debf8c98b8cc09ce802568fc003909dc?OpenDocument>

Ac. STA, de 11/07/1996 (Santos Botelho), Proc. N.º

038292 URL:<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/3b9f6fe7ad750e80802568fc0039eb79?OpenDocument>

Ac. STA, de 23/03/2006 (Freitas Carvalho), Proc. N.º 01057/04

URL:<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c0009afedeb4627480257147004a7b35?OpenDocument>

Ac. STA, de 01/06/2006 (Cândido de Pinho), Proc. N.º

030655A URL:http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/272a5491e7cf9930802571870049dc97?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1

Ac. STA, de 30/01/2007 (Pires Esteves), Proc. N.º 040201A

URL:<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/f44cfde75f139e828025727d00561e5d?OpenDocument>

Ac. STA, de 14/10/2010, Pleno da Seção do CA (Rui Botelho), Proc. N.º

0941A/05 URL:<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/9cd3b3288ac4fba6802577c200541820?OpenDocument&ExpandSection=1>

Ac. STA, Pleno da Seção do CA, de 16/11/2011 (Costa Reis), Proc. N.º

035/10 URL:<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/878f54662fb9c35b80257956003788c6?OpenDocument&ExpandSection=1>

Ac. STA, de 04/12/12 (Fernanda Xavier), Proc. N.º

0198/12 URL:<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/f5872021299a28f680257ad300336099?OpenDocument>

Ac. STA, de 17/01/2013 (Costa Reis), Proc. N.º

01438C/03 URL:<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/2f05b0cbb2ccf4ed80257b11004e4c98?OpenDocument&ExpandSection=1>

Ac. STA, de 21/11/2013 (Rui Botelho), Proc. N.º 0605/13

URL:http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ebf3112a99a7e7b580257c31005098e3?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1

Ac. STA, de 29/01/15 (José Veloso), Proc. N.º
0295/14 [URL:http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/5fee81b94d47e8f880257de10041727f?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1](http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/5fee81b94d47e8f880257de10041727f?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1)

Ac. STA, de 07/05/2015 (Carlos Carvalho), Proc. N.º
047307A [URL:http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b9535880d21b0ebd80257e45003be1fa?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b9535880d21b0ebd80257e45003be1fa?OpenDocument)

Ac. STA, de 03/03/2016 (Maria do Céu Neves), Proc. N.º 0905/15
[URL:http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/7c9e275b0725501d80257f70004329b3?OpenDocument&ExpandSection=1](http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/7c9e275b0725501d80257f70004329b3?OpenDocument&ExpandSection=1)

Ac. STA, de 14/04/2016 (Costa Reis), Proc. N.º 01448/15
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/8fac30319cd582bc80257f9a0048bef0?OpenDocument&ExpandSection=1>

Jurisprudência do Tribunal Central Administrativo do Norte

Ac. TCAN, de 23/10/2010 (Carlos L. M. de Carvalho) Proc. N.º 00618/07.0BEBRG-A
[URL:http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/d2165f07148685a5802577af003a6a3e?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/d2165f07148685a5802577af003a6a3e?OpenDocument)

Ac. TCAN, de 26/09/2013 (José Augusto Araújo Veloso), Proc. N.º 00057-A/2002 Coimbra
[URL:http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/86d67292e9005cee80257c0100576662?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/86d67292e9005cee80257c0100576662?OpenDocument)

Ac. TCAN, de 08/05/2015 (Frederico Macedo Branco), Proc. N.º 00315/08.0BEBRG-A
[URL:http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/ec8980174267974480257ec9004d6af5?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/ec8980174267974480257ec9004d6af5?OpenDocument)

Jurisprudência do Tribunal Central Administrativo do Sul

Ac. TCAS, de 18/12/2014 (Cristina Santos), Proc. N.º
06811/10 [URL:http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/127f7b00790edafe80257dc600538cdf?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/127f7b00790edafe80257dc600538cdf?OpenDocument)

Ac. TCAS, de 12/03/2015 (Catarina Jarmela), Proc. N.º
05144/09 [URL:http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/a344a79746800fd380257e0c0056e18d?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/a344a79746800fd380257e0c0056e18d?OpenDocument)

Ac. TCAS, de 16/04/2015 (Pedro Marchão Marques), Proc. N.º
09905/13 [URL:http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/d5b6c96166635a1c80257e2f004c820a?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/d5b6c96166635a1c80257e2f004c820a?OpenDocument)

Ac. TCAS, de 14/07/2016 (Helena Canelas), Proc. N.º 13254/16

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/96ff830fac0bf68780257ff400502187?OpenDocument>

Ac. TCAS, de 20/10/2016 (Cristina dos Santos), Proc. N.º 013654/16

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/72d6e2eede9795b6802580650034d25e?OpenDocument>

16. Extinção do vínculo de emprego público

Ana Paula Correia

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

EXTINÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO PÚBLICO

Ana Paula Correia

Introdução

I. As formas de extinção do vínculo de emprego público

II. Causas de extinção comuns (caducidade; acordo; motivos disciplinares; com aviso prévio e com justa causa)

III. Causas específicas de extinção (reorganização de serviços e racionalização de efetivos; denúncia na comissão de serviço)

IV. O caso especial de extinção no decurso do período experimental

Conclusão

Bibliografia

Jurisprudência

“O tempo de trabalho profissional dá o seu sentido aos outros momentos da vida”

Dominique Schnapper, “Contra o fim do trabalho”, Terramar, Lisboa, 1998, pp. 18-19 apud Sandra Lopes, “Cessação do Vínculo de Emprego Público”, A conjuntura jurídica dos contratados”, Almedina, 2016

Palavras-chave: Extinção do vínculo de emprego público. Aproximação do direito laboral público ao direito laboral privado.

Introdução

O objeto do presente trabalho consiste na análise das formas de extinção do vínculo de emprego público, matéria que se reveste de primacial importância no âmbito do direito das relações laborais da Administração Pública, pois que *“envolve interesses múltiplos do trabalhador, do empregador e da comunidade em geral e relaciona-se com os princípios da liberdade de desvinculação, por um lado, e da estabilidade do emprego, por outro”*¹.

Efetivamente, a Constituição da República Portuguesa consagra, no seu artigo 53.º – *preceito que encabeça um bloco normativo regulador/ordenador das relações laborais* –, o direito à segurança no emprego, *“sem o qual todos os restantes direitos dos trabalhadores ficariam comprometidos”*². Tal direito desdobra-se em dois vetores: a garantia da segurança no emprego dos trabalhadores, de um lado, e a proibição dos despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos, do outro³.

Do citado preceito constitucional, poderá, ainda, extrair-se o carácter preferencial da relação por tempo indeterminado, por contraposição com a excecionalidade da contratação laboral a termo, *“porque potencialmente idónea a colidir com o ideal de segurança no emprego”*⁴.

¹ Sandra Leite, *“Cessação do Vínculo de Emprego Público - a conjuntura jurídica dos contratados”*, Almedina, 2016, pp. 83.

² Sandra Leite, *op. cit.*, pp. 77.

³ O artigo 288.º da *“Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas”* consagra a proibição do despedimento ou demissão sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.

⁴ Sandra Leite, *op. cit.*, pp. 82.

Ora, o conhecimento das situações em que é possível, nos termos da lei, restringir-se o direito à segurança no emprego, fazendo-se cessar a relação laboral pública, assume, pois, especial interesse, quer da perspectiva do trabalhador, a quem é garantida, por via constitucional e infraconstitucional, como veremos, a segurança no emprego, quer da perspectiva do empregador, ao qual se mostra necessário assegurar alguma flexibilidade na gestão dos seus recursos humanos, para adaptação a mudanças de variadas índoles (estruturais, tecnológicas, económicas e outras) que possam surgir e que exijam, eventualmente, uma redução do número de trabalhadores da entidade.

Até porque, apesar de a relação jurídica laboral de emprego público – preferencial, como se viu, relativamente à contratação a termo – ter “*vocação para perdurar*”⁵, esta “*não é imutável nem eterna, ocorrendo no seu decurso vicissitudes várias, umas que geram a sua suspensão, outras que, no extremo, colocam um fim ao seu ciclo vital.*”⁶

As causas extintivas da relação jurídica de emprego público e respetivos regimes legais encontram-se taxativamente previstas na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho (na versão introduzida pela Lei n.º 18/2016, de 20 de junho) e abreviadamente designada, doravante, por LGTFP, num capítulo inteiramente dedicado a essa matéria – o capítulo IX – composto pelos artigos 288.º e ss..

Como sucede, de resto, no direito laboral privado, tais causas poderão ser divididas em três grupos: um em que a vontade das partes não releva para a ocorrência da cessação (onde caberá a caducidade); outro em que a cessação ocorre por vontade de ambas as partes (onde se integra a extinção por mútuo acordo ou revogação) e, finalmente, um último, em que a iniciativa de cessação cabe apenas a uma das partes (onde se incluem a cessação no período experimental, o despedimento por motivos disciplinares e a extinção pelo trabalhador com aviso prévio ou justa causa).

Há, não obstante, quem divida as diferentes causas de cessação do contrato de trabalho apenas em dois grupos, necessariamente mais abrangentes: um correspondente às formas involuntárias de cessação, em que figura somente a causa da caducidade; e outro correspondente às formas voluntárias, que poderão ser bilaterais (revogação ou cessação por acordo) ou unilaterais (cessação por iniciativa do trabalhador e cessação por iniciativa do empregador)⁷.

Independentemente da “arrumação” concetual ou estrutural que se faça das causas ou formas de extinção do vínculo de emprego público, é certo que estas são apenas aquelas que se encontram expressamente previstas na lei, concretamente no artigo 289.º da LGTFP, a saber:

⁵ António Monteiro Fernandes, “Direito do Trabalho”, 17.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 162.

⁶ Sandra Leite, *op. cit.*, pp. 83.

⁷ Pedro Furtado Martins, “Cessaçãõ do Contrato de Trabalho”, 3.ª Edição, revista e atualizada segundo o Código do Trabalho 2012, Principia, Cascais, 2012, pp. 39.

- i) Como *causas comuns*, aplicáveis a todos os tipos de vínculo, a caducidade, a revogação ou acordo, a extinção por motivos disciplinares, a extinção, pelo trabalhador, com aviso prévio, e a extinção pelo trabalhador com justa causa;
- ii) Como *causas específicas*, a extinção na sequência de requalificação (especificamente aplicável aos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas por facto não imputável ao trabalhador) e a extinção por denúncia do trabalhador ou do empregador na situação da comissão de serviço.

Deve sublinhar-se que “*não obstante a aproximação ao direito laboral comum e a semelhança de parte do regime jurídico com o dos trabalhadores com contrato de trabalho, o regime dos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas oferece, comparativamente, maior estabilidade e segurança ao trabalhador.*”⁸⁹.

Uma última nota para referir que, sem prejuízo de situações pontuais em que se afigure útil a comparação com os regimes legais anteriores ou a sua enunciação, a presente análise versará sobre o regime de extinção do vínculo de emprego público atualmente vigente e previsto pela LGTFP.

De salientar, como refere Sandra Lopes, que a publicação da LGTFP relançou o tema da cessação do vínculo do emprego público pelas novidades que trouxe a este propósito¹⁰, entre as quais se destaca, designadamente, o afastamento, no contexto das relações laborais públicas, do despedimento coletivo, do despedimento por extinção do posto de trabalho e do despedimento por inadaptação¹¹.

I. As formas de extinção do vínculo de emprego público

Contrariamente ao que sucedia na legislação precedente, em que a matéria da cessação do vínculo do emprego público se encontrava dispersa em alguns diplomas, atualmente, está regulada num só diploma, a LGTFP, e condensada num único capítulo¹², o que é enaltecido pela doutrina¹³.

⁸ Ana Fernanda Neves, “*O Direito da Função Pública*”, in “*Tratado de Direito Administrativo Especial*”, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 538.

⁹ Demonstrativo da aproximação do direito laboral da função pública ao direito laboral privado é a circunstância de a extinção do vínculo de emprego pública não constar do elenco de matérias indicadas no artigo 4.º da LGTFP como sujeitas à aplicação subsidiária do Código de Trabalho, pois que os dois regimes já são bastante próximos e naquilo em que diferem não se pretenderá, de facto, a aplicação do Direito do Trabalho, sem prejuízo, naturalmente, nas soluções lacunosas em que tal se justifique.

¹⁰ Sandra Leite, *op. cit.*, pág. 23.

¹¹ No mesmo sentido, vide Paulo Almeida, “*A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Comentário às principais alterações*”, “*Direito e Justiça*”, volume especial n.º 3 (2015), *Estudos dedicados ao Prof. Bernardo da Gama Lobo Xavier*, pp. 94.

¹² Ressalva feita para a cessação no período experimental, a abordar adiante, cuja operacionalização não deixa de ser subsumível às figuras-tipo previstas no capítulo da extinção do vínculo.

¹³ Sandra Lopes, *op cit*, pp. 88.

O regime de extinção do vínculo de emprego público encontra-se, assim, consagrado no Capítulo IX da LGTFP, estando subdividido em três secções:

- i) Disposições gerais;
- ii) Causas de extinção comuns, e
- iii) Cessação do contrato de trabalho em funções públicas na sequência de processo de reorganização de serviç os e racionalização de efetivos.

Vejamos em que consiste e como é regulada cada uma dessas figuras.

a. Causas de extinção comuns

i. Caducidade do vínculo de emprego público

A caducidade consiste numa forma de extinção que opera *ope legis*, pela ocorrência de um facto jurídico   qual a lei atribui esse efeito extintivo, não concorrendo a vontade das partes para o efeito.

Tal circunstância não obsta, no entanto, a que, em determinadas situações de caducidade, haja obrigações de comunicaç o¹⁴, como sucede, por exemplo, no caso de invalidez definitiva do trabalhador, em que   exigível a apresentação de declaração a comprovar esse facto.

As situações de caducidade do vínculo de emprego público encontram-se previstas no artigo 291.é da LGTFP, o qual preceitua que o vínculo de emprego público caduca:

- Com a verificação do seu termo [al. a)];
- Em caso de impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar o seu trabalho [al. b)] e com a reforma ou aposentação do trabalhador, por velhice ou invalidez, ou, em qualquer caso, quando o trabalhador completar 70 anos de idade [al. c)].

A primeira das situações ocorrerá quando o contrato estiver sujeito a um **termo** resolutivo, certo (artigo 293.é da LGTFP) ou incerto (artigo 294.é da LGTFP), o qual caducará, assim, na data prevista ou com a ocorrência do evento ou acontecimento estipulado, respetivamente.

Diversamente do regime previsto no Código de Trabalho, no âmbito das relações laborais públicas, a não comunicação, por qualquer das partes, por escrito, até 30 dias antes do fim do prazo de vigência do contrato a termo certo, f -lo-  caducar, automaticamente, conforme decorre do disposto no artigo 293.é, n.  1, da LGTFP. Dito de outro modo, o silêncio das partes valerá, no caso do contrato a termo certo, como intenção de não renovaç o¹⁵.

¹⁴ Por essa razão, determinados autores consideram que não é rigoroso falar-se no caráter automático da caducidade – António Monteiro Fernandes, *op cit.*, pp. 489.

¹⁵ O contrato a termo certo não se renova automaticamente (artigo 61.é, n.  1, da LGTFP).

De referir que se o empregador público comunicar a vontade de renovar o contrato nos termos descritos, presumir-se-á, em conformidade com o n.º 2 do mesmo artigo, o acordo do trabalhador, se este, no prazo de sete dias úteis, não manifestar, por escrito, vontade em contrário.

Já no caso do contrato a termo incerto, dispõe o artigo 294.º, n.º 1, da LGTFP que aquele caduca *“quando, prevendo-se a ocorrência do termo, o empregador público comunique ao trabalhador a data da cessação do contrato, com a antecedência mínima de sete, 30 ou 60 dias, conforme o contrato tenha durado até seis meses, de seis meses até dois anos ou por período superior, respetivamente”*.

Nos termos do disposto no n.º 2 desse preceito, se o motivo da contratação tiver sido o desenvolvimento de projetos não inseridos nas atividades normais dos órgãos ou serviços, dando assim lugar à contratação de vários trabalhadores, a comunicação da cessação do contrato deve ser feita, sucessivamente, a partir da verificação da diminuição gradual da respetiva ocupação, com a aproximação da conclusão do projeto para o desenvolvimento do qual foram contratados os trabalhadores.

Na modalidade de contratação a termo incerto, portanto, prevê-se que, para que a caducidade opere, haja uma comunicação prévia do empregador, ao trabalhador.

Não obstante, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, a inobservância desta comunicação, por inexistência ou intempetividade¹⁶, não impede a caducidade do contrato, apenas impondo o pagamento, pelo empregador, da remuneração correspondente ao período de aviso prévio em falta.

Em ambas as modalidades de contratação a termo, certo ou incerto, de acordo com os artigos 293.º, n.º 3 e 294.º, n.º 4, da LGTFP, operada a caducidade do contrato por ocorrência do respetivo termo, o trabalhador terá direito a uma compensação, calculada nos termos previstos no Código do Trabalho para o tipo de contrato respetivo, exceto, no caso do contrato a termo certo, quando a caducidade decorra da sua vontade de não renovação.

Questão a realçar, nesta matéria, prende-se com a discutida (in)existência do direito à compensação no caso de contratos de trabalho a termo certo em que já não exista possibilidade de renovação (por estipulação contratual ou impossibilidade legal)^{17 18}, sobre a qual foi prolatado o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 17 de abril de 2015, no

¹⁶ A letra da lei apenas refere a falta de comunicação mas, por maioria de razão, entende-se que será de considerar igualmente a situação de intempetividade.

¹⁷ A propósito do direito à compensação pela caducidade no âmbito da relação de emprego público, veja-se o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 79/2004, de 15.05.2007, disponível em:

<http://dre.tretas.org/dre/211939>, no qual se consignou que *“a caducidade do contrato de trabalho a termo certo celebrado por pessoas colectivas públicas, desde que não decorra de declaração do trabalhador, confere a este o direito a uma compensação, nos termos do artigo 388.º, n.º 2, do CT, aplicável por força da norma remissiva contida no artigo 2.º, n.º 1, da Lei 23/2004, de 22 de Junho.”* Veja-se, ainda, uma recomendação do Provedor de Justiça no sentido da revisão do então artigo 252º, nº 3, do RCTFP, esclarecendo-se que o direito à compensação se verifica sempre que a caducidade do contrato a termo não decorra da vontade do trabalhador, disponível em <http://www.provedor-jus.pt/?action=5&idc=67&idi=15064>.

¹⁸ No âmbito do direito laboral privado, a questão não é, igualmente, consensual.

âmbito do processo n.º 01473/14 (disponível em www.dgsi.pt), que uniformizou jurisprudência no sentido de que *“no domínio da redação inicial do art. 252.º, n.º 3, do RCTFP, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11/9, a caducidade de um contrato de trabalho a termo certo cuja renovação já fosse impossível não conferia ao trabalhador o direito à compensação referida nessa norma.”*

Pese embora o referido aresto tenha tido subjacente a análise do artigo 252.º, n.º 3, do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP), na sua redação inicial, faz uma incursão na versão desse artigo introduzida pela Lei n.º 66/2012, de 31/12, tendo, nesse âmbito, considerado que, com tal alteração legislativa, o preceito em causa passou a prever que a caducidade do contrato a termo certo confere sempre ao trabalhador o direito àquela compensação, salvo se a caducidade decorrer da vontade dele e tendo concluído, nessa medida, que *“as condições de que dependia o surgimento do direito à compensação não tinham, in initio”* (na redação inicial do artigo 252.º, n.º 3, do RCTFP), a amplitude que só vieram a receber com a aludida mudança legislativa.

Dada a similitude existente entre o artigo 252.º, n.º 3, do RCTFP, na redação introduzida pela Lei n.º 66/2012, de 31.12, e o artigo 293.º, n.º 3, da LGTFP¹⁹, e ainda que o Acórdão referido não uniformize jurisprudência quanto à redação do artigo 252.º, n.º 3, nessa versão, mas sim na inicial, não se vislumbram razões para que não se mantenha idêntico entendimento, isto é, que a única situação excludente do direito à compensação na cessação do contrato a termo certo, na LGTFP, é a de esta decorrer da vontade do próprio²⁰. O mesmo se diga em relação à cessação do contrato a termo incerto, cuja previsão normativa é ainda mais abrangente quanto ao direito à compensação, ao ditar, sem quaisquer reservas, que *“a caducidade do contrato confere ao trabalhador o direito a uma compensação calculada nos termos previstos no Código do Trabalho para os contratos a termo incerto”* (cfr. artigo 294.º, n.º 4, da LGTFP)²¹.

A segunda das situações previstas que determina a caducidade do vínculo de emprego público é a **impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar o seu trabalho**, contemplada na alínea b) do artigo 291.º da LGTFP.

¹⁹ O artigo 252.º, n.º 3, RCTFP na redação introduzida pela Lei n.º 66/2012, previa *“A caducidade do contrato a termo certo confere ao trabalhador o direito a uma compensação, exceto quando aquela decorra da vontade do trabalhador.”*; O artigo 293.º, n.º 3, da LGTFP estabelecia: *“Exceto quando decorra da vontade do trabalhador, a caducidade do contrato a termo certo confere ao trabalhador o direito a uma compensação, calculada nos termos previstos no Código do Trabalho para os contratos a termo certo”*.

²⁰ E, eventualmente, no caso de previsão contratual nesse sentido, uma vez que deriva da vontade de ambas partes, sem prejuízo de se poder questionar a existência de verdadeira margem de negociação do trabalhador no início da relação contratual.

²¹ Posicionando-se no sentido de que a *ratio* da norma é compensar o trabalhador pela precariedade do vínculo laboral, veja-se Sandra Lopes, *op.cit.*, pp. 94 e 95: *“...justifica-se a existência de compensação no caso de caducidade do contrato a termo incerto, de caducidade do contrato a termo resultante do silêncio do empregador, mas também no caso de caducidade resultante de cláusula de irrenovabilidade inserta no contrato e, até, nos casos de caducidade do contrato a termo certo por decurso do prazo máximo legal de duração e do número máximo de renovações. Esta visão apenas não fundamenta a atribuição de compensação nos casos em que a caducidade deriva de declaração do trabalhador, o que é perfeitamente compreensível pois, mais do que uma perda de emprego, o que está em causa é uma verdadeira renúncia do trabalhador ao emprego que possui.”*. Ressalva, no entanto, a autora a situação em que, após a caducidade do contrato, se constitua uma relação por tempo indeterminado com o mesmo trabalhador, caso em que não se mostrará justificada a compensação, em virtude de a perda de emprego não acarretar prejuízos.

Não é, pois, qualquer impossibilidade de prestação de trabalho que conduz à caducidade do contrato, mas sim uma impossibilidade que “*surja depois de firmada a relação de trabalho, de forma subitânea e inesperada, não podendo ser originária à cessação do vínculo*”, que “*dure por um período de tempo demasiado longo, não sendo exigível ao empregador a espera*” e que “*afete de tal maneira a forma de o trabalhador prestar adequadamente o seu trabalho, não sendo obrigatório ao empregador recebê-lo*”²².

Terão, portanto, de estar verificados estes três requisitos cumulativos para que se considere haver impossibilidade geradora de caducidade de um contrato, sendo de realçar que a impossibilidade, surgida, necessariamente, depois de estabelecido um vínculo de emprego público válido, não pode ter carácter temporário, como ocorreria numa situação de suspensão do vínculo, e não pode constituir uma mera dificuldade mas antes uma circunstância que torna a prestação de trabalho verdadeiramente impossível.

Uma das questões mais prementes que se coloca quanto a esta forma de extinção diz respeito àquelas situações em que o carácter absoluto da impossibilidade é discutível, como sucederá quando o trabalhador estiver impossibilitado para prestar a atividade para o qual foi contratado mas não impossibilitado, *in totum*, para o exercício de outras tarefas não abrangidas por essa atividade. A questão que se coloca é, assim, saber se se poderá considerar existir verdadeira impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva que importe a caducidade do contrato ou se existirá obrigação do empregador em manter o trabalhador em funções, cometendo-o ao exercício de outras atividades não integradas na categoria que ocupa.

A resposta dada a esta questão, pela doutrina, não é, contudo, unânime. A posição maioritária vai no sentido de que a impossibilidade terá efeito extintivo quando fique demonstrada uma incapacidade total para todo e qualquer trabalho e, nessa perspetiva, subsistindo capacidade do trabalhador para o para o exercício de outras funções, o vínculo laboral só caducará se houver recusa ilegítima deste no desempenho de alguma das alternativas encontradas pelo empregador.

Em sentido divergente, parte da doutrina entende que, exceto quando tal decorra da lei, não existe dever de modificação do contrato no sentido de acomodar o exercício de novas tarefas pelo trabalhador²³.

A problemática é, de facto, pertinente e coloca em tensão direitos contrapostos cujo equilíbrio não é fácil, sendo que a adoção de um ou outro entendimento importará, necessariamente, o sacrifício de algum desses interesses ou direitos. É que se, por um lado, há o direito do trabalhador à segurança no emprego e à proteção na doença, que justificará a tentativa de manutenção do seu vínculo laboral, por outro lado, há o direito do empregador a ter asseguradas as funções para as quais contratou tal trabalhador, interessando-lhe “*o negócio*”

²² Sandra Lopes, *op. cit.*, pp. 95 e 96.

²³ Pedro Furtado Martins, “*Cessação do Contrato de Trabalho*”, *op. cit.*, pp. 76 ss e Miguel Lucas Pires, “*Os regimes de vinculação e a extinção das relações jurídicas dos trabalhadores da Administração Pública: Como e em que termos são lícitos os denominados “despedimentos na Função Pública”*”, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 158 e 159.

na medida em que pode dispor da força de trabalho correspondente a uma certa posição, a uma função”, pelo que, não se verificando tais condições, em virtude da impossibilidade do trabalhador, “a prossecução da relação negocial deixará de lhe interessar”²⁴.

A terceira das causas de caducidade do vínculo de emprego público, prevista, na alínea c) do artigo 291.º da LGTFP, é a **reforma ou aposentação do trabalhador**, que poderá ocorrer, nos termos do n.º 1 do artigo 292.º da LGTFP, por velhice ou invalidez ou, em qualquer dos casos, quando o trabalhador completar 70 anos de idade. A aludida caducidade não é, nestes casos, automática, sendo necessário, na primeira situação, que o trabalhador requeira a passagem à reforma ou aposentação e que esta lhe seja concedida e, na segunda, que a incapacidade seja reconhecida e que seja concedida a reforma ou aposentação por esse motivo. A caducidade por limite de idade verifica-se na data em que o trabalhador completa 70 anos ou invalidez.

De acordo com o preceituado no n.º 2 do mesmo artigo, a caducidade do vínculo verificar-se-á, decorridos 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as partes, da reforma ou aposentação do trabalhador por velhice.

ii. Extinção por acordo

O artigo 295.º da LGTFP prevê a possibilidade de o vínculo de emprego público cessar por acordo entre o trabalhador e o empregador público. Trata-se de uma forma de extinção do vínculo laboral comum ao direito privado, mas sujeita, no âmbito do emprego público, a um regime mais exigente, pois que não depende apenas da vontade das partes.

A possibilidade de cessação por acordo depende, como estabelecido no n.º 1 do preceito, da demonstração dos seguintes requisitos: a comprovada obtenção de ganhos de eficiência e a redução permanente de despesa para o empregador público, designadamente pela demonstração de que o trabalhador não requer substituição e a demonstração da existência de disponibilidade orçamental, no ano da cessação, para suportar a despesa inerente à compensação a atribuir ao trabalhador.

A celebração de acordo de cessação depende, ainda, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, de prévia autorização dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública e do membro do Governo que exerça poderes de direção, superintendência ou tutela sobre o empregador público, exceto no caso de trabalhador integrado na carreira de assistente operacional ou de assistente técnico, observados que estejam os requisitos enunciados no n.º 1 do preceito (cfr. n.º 4 do artigo 295.º da LGTFP).

A extinção do vínculo por acordo entre empregador e trabalhador dá lugar ao pagamento de uma compensação, tal como previsto no artigo 296.º, n.º 2 da LGTFP, a qual, salvo regime especial, corresponde, no máximo, a 20 dias de remuneração base por cada ano completo de antiguidade e é calculada nos termos expressamente enunciados nesse preceito²⁵.

²⁴ Pedro Furtado Martins, “Cessação do Contrato de Trabalho”, *op. cit.*, pp. 79.

²⁵ Nos termos do n.º 2 do artigo 296.º, da LGTFP, a compensação será calculada do seguinte modo:

O n.º 1 do mesmo artigo exige que o acordo de cessação discrimine as quantias pagas a título de compensação pela extinção do vínculo e, sendo caso disso, as decorrentes de créditos já vencidos ou exigíveis em virtude dessa extinção.

De acordo com o preceituado no artigo 296.º, n.º 4, da LGTFP, a celebração de acordo de extinção obsta a que o trabalhador constitua outro vínculo de trabalho em funções públicas, em qualquer modalidade, com os órgãos e serviços da administração direta e indireta do Estado, da administração regional e da administração autárquica, incluindo as respetivas entidades públicas empresariais, e com os outros órgãos do Estado, pelo período correspondente ao quádruplo dos meses da compensação percebida por força da cessação do vínculo, calculado com aproximação por excesso. Além deste período de “nojo”, digamos assim, que impede a constituição de outro vínculo em funções públicas *tout court*, qualquer que seja a entidade empregadora pública, o artigo 72.º, n.º 1, al. j), da LGTFP impede, ainda, que o empregador cesse o vínculo e readmita o trabalhador, mesmo com o seu acordo, com o propósito de o prejudicar em direitos ou garantias decorrentes da antiguidade.

Finalmente, prevê o artigo 296.º, n.º 5, da LGTFP a possibilidade de, por portaria, serem regulamentados programas sectoriais de redução de efetivos, por recurso à celebração de acordo de cessação de contrato, de que são exemplos, entre outras, a Portaria n.º 221-A/2013, de 8 de julho (programa de redução de efetivos a realizar no âmbito dos órgãos e serviços da Administração Central do Estado durante o ano de 2013, designado por Programa de Rescisões por Mútuo Acordo), e a Portaria n.º 8-A/2014, de 15 de janeiro (programa de rescisões por mútuo acordo de técnicos superiores a realizar no âmbito da administração direta e indireta do Estado).

iii. Extinção por motivos disciplinares

O despedimento por motivos disciplinares poderá ocorrer quando se verifique a prática de uma infração disciplinar que inviabilize a manutenção do vínculo de emprego público (cfr. artigos 187.º e 297.º da LGTFP).

A extinção do vínculo com tal fundamento materializar-se-á mediante despedimento ou demissão, consoante esteja em causa, respetivamente, um vínculo decorrente de um contrato de trabalho em funções públicas ou de nomeação.

O artigo 298.º, n.º 2, da LGTFP contempla um elenco exemplificativo de comportamentos que constituem infração disciplinar que inviabiliza a manutenção do vínculo, como sendo,

-
- a) O valor diário de remuneração base é o resultante da divisão por 30 da remuneração base mensal auferida pelo trabalhador;
 - b) Em caso de fração de ano, o montante da compensação é calculado proporcionalmente;
 - c) O montante global da compensação não pode ser superior a 100 vezes a RMMG, sem prejuízo do previsto nos números seguintes;
 - d) O montante global da compensação não pode ser superior ao montante das remunerações base a auferir pelo trabalhador até à idade legal de reforma ou aposentação.

nomeadamente, a agressão, injúria ou desrespeito grave do superior hierárquico, colega, subordinado ou terceiro, em serviço ou nos locais de serviço, a prática de atos de grave insubordinação ou indisciplina ou incitação à sua prática; cinco faltas seguidas ou 10 interpoladas, ao serviço, sem justificação, entre outros.

A determinação da existência ou não de inviabilização da manutenção do vínculo de emprego público, como conceito indeterminado que é, dependerá, forçosamente, de uma análise casuística, em face da qual se concluirá ou não pelo respetivo preenchimento. A decisão de despedimento, tem, assim, sempre de passar pelo crivo da inexigibilidade da manutenção da relação, estando subjacente a esse juízo a existência de um comportamento do trabalhador ilícito, culposo e de gravidade tal que inviabiliza a manutenção do vínculo (equivale ao conceito de justa causa subjetiva de despedimento do Código de Trabalho).

O despedimento ou demissão por motivos disciplinares, como não poderia deixar de ser, e conforme prescrito no artigo 298.º da LGTFP, é precedido de um procedimento disciplinar prévio, como garantia de uma maior ponderação da decisão e de um controlo escrupuloso da legalidade e regularidade do despedimento.

A decisão de despedimento ou demissão será sindicável através de ação de impugnação judicial a ser proposta, nos termos do artigo 299.º da LGTFP, no prazo de um ano sobre a data de produção de efeitos da extinção do vínculo e da qual poderá resultar a anulação ou declaração de nulidade da sanção, com a consequente obrigação de indemnização do trabalhador por todos os danos, patrimoniais e não patrimoniais, causados, reconstituição da situação jurídico-funcional atual hipotética do trabalhador – ou, em alternativa, no pagamento de indemnização, por opção do trabalhador – e direito ao recebimento da remuneração não auferida desde a data de produção de efeitos do ato de aplicação da sanção até ao trânsito em julgado da decisão judicial (cfr. artigos 300.º a 302.º da LGTFP, este último prevendo regras específicas para os contratos a termo).

iv. Extinção, pelo trabalhador, com aviso prévio

O artigo 303.º da LGTFP prevê que a extinção do vínculo de emprego público possa ocorrer por iniciativa do trabalhador, com aviso prévio, sendo designada por denúncia, no contrato de trabalho em funções públicas, e por exoneração no caso da nomeação²⁶.

O aviso prévio, de acordo com o disposto no artigo 304.º da LGTFP, deve ser apresentado com a antecedência mínima de 30 ou 60 dias seguidos, consoante a antiguidade do trabalhador no órgão ou serviço seja, respetivamente, inferior ou superior a 2 anos.

²⁶ “O aviso prévio, vulgarmente conhecido por prazo de antecipação, é aquele no qual uma das partes dá a conhecer à outra a intenção de cessar o vínculo laboral. Existe no intuito de preparar as partes para uma futura extinção, de modo a que estas prematuramente procurem novo posto de trabalho (se a cessação for da iniciativa do empregador) ou procurem novo trabalhador para a vaga deixada pelo antigo (se a extinção partir do trabalhador). Compreende-se, por isso, que nas situações em que este não seja cumprido recaia sobre o incumpridor uma obrigação de pagamento de indemnização à parte contrária” – Sandra Lopes, *op cit.*, pp. 105, nota 254.

Se se tratar de contrato a termo certo, o aviso prévio deve ser apresentado com uma antecedência mínima de 30 dias, se o contrato tiver uma duração mínima de 6 meses ou com uma antecedência de 15 dias se o contrato tiver uma duração inferior. Esta antecedência é igualmente aplicável ao contrato a termo incerto, sendo em relação à sua duração efetiva que será aferido o prazo de aviso prévio necessário.

No caso de nomeação definitiva, a exoneração produz efeitos a partir do 30.º dia a contar da data da apresentação do pedido escrito pelo trabalhador, exceto se acordado prazo diverso entre o trabalhador e o empregador público.

O incumprimento total ou parcial dos prazos de denúncia ou exoneração obriga o trabalhador, nos termos do artigo 306.º da LTFP, a pagar ao empregador público uma indemnização de montante igual à remuneração base do período de aviso prévio em falta, sem prejuízo da responsabilidade civil pelos danos eventualmente causados.

v. Extinção, pelo trabalhador, com justa causa

Outra das formas de cessação do vínculo de emprego público, de iniciativa do trabalhador encontra-se prevista no artigo 307.º da LGTFP e consiste na chamada extinção por justa causa, em que, por ocorrência de determinados comportamentos do empregador²⁷, se justifica a resolução imediata do vínculo pelo trabalhador.

Algumas das situações que poderão constituir justa causa estão elencadas, exemplificativamente, nos n.ºs 2 e 3 do referido artigo, como sendo a falta culposa de pagamento pontual da remuneração, a violação culposa das garantias legais ou convencionais do trabalhador, a aplicação de sanção ilegal, entre outras.

Para apreciação da justa causa, prescreve o n.º 4 do mesmo artigo, que deverá atender-se ao grau de lesão dos interesses do trabalhador e às demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes.

O procedimento a que o exercício desta forma de extinção está sujeito encontra-se regulado no artigo 308.º da LGTFP, o qual impõe que a declaração de extinção seja feita por escrito, com indicação sucinta dos factos que a justificam, nos 30 dias subsequentes ao conhecimento desses factos e, no caso de o fundamento da extinção ser o da alínea a) do n.º 3 do artigo 307.º da LGTFP – necessidade de cumprimento de obrigações legais incompatíveis com a continuação do vínculo –, que a notificação do empregador público seja efetuada logo que possível.

²⁷ Excetuando-se a necessidade de cumprimento de obrigações legais incompatíveis com a continuação do vínculo prevista na alínea a) do n.º 3 do artigo 307.º da LGTFP que diz respeito ao próprio trabalhador.

Nos termos do artigo 309.º da LGTFP, a extinção do vínculo com fundamento nos factos previstos no n.º 2 do artigo 307.º da LGTFP²⁸ confere ao trabalhador o direito a uma indemnização, a determinar entre 30 e 60 dias de remuneração base auferida por cada ano completo de antiguidade (ou, proporcionalmente, por cada fração) no exercício de funções públicas, nunca podendo ser, de qualquer modo, inferior a três meses de remuneração base, ou, no caso de contrato a termo, à quantia correspondente às remunerações vincendas.

A extinção do vínculo por justa causa poderá, ao abrigo do disposto no artigo 310.º da LGTFP, ser impugnada judicialmente, pelo empregador, no prazo de um ano, a contar da data da respetiva declaração, sendo que, em caso de procedência, por inexistência de justa causa, o empregador público tem direito a indemnização pelos prejuízos causados, não inferior ao montante calculado nos termos do artigo 306.º da LGTFP.

b. Causas específicas

i. Cessação do contrato de trabalho em funções públicas na sequência de processo de reorganização de serviços e racionalização de efetivos

A única causa objetiva de extinção do vínculo de emprego público atualmente permitida pela LGTFP é a cessação do contrato de trabalho em funções públicas na sequência de processo de reorganização de serviços e racionalização de efetivos, prevista no artigo 311.º e ss da LGTFP.

Prescreve, assim, o aludido preceito que o contrato de trabalho em funções públicas cessa, na sequência de processo de reorganização de serviços ou de racionalização de efetivos, se, após o decurso da primeira fase do processo de requalificação, o trabalhador não abrangido pela segunda fase não tiver reiniciado funções em órgão ou serviço.

Verificada tal circunstância, o trabalhador é, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, notificado da declaração emitida pela entidade gestora do sistema de requalificação da inexistência de outros postos de trabalho compatíveis com a sua categoria ou qualificação profissional, cessando o contrato de trabalho no prazo de 30 dias, a contar dessa notificação.

Esta forma de cessação confere ao trabalhador o direito a uma compensação calculada nos termos do Código do Trabalho, com base na remuneração base do trabalhador auferida antes da redução imposta pela situação de requalificação (cfr. artigos 311.º e 312.º da LGTFP).

O ato pelo qual é declarada a cessação do contrato de trabalho em funções públicas na sequência de processo de requalificação é sindicável judicialmente nos mesmos termos previstos para o despedimento ou demissão.

²⁸ *A contrario*, não haverá direito de indemnização se os fundamentos de justa causa invocados forem os do n.º 3 do artigo 307.º da LGTFP.

ii. Comissão de serviço

Relativamente à comissão de serviço, prevê-se especificamente, no artigo 289.º, n.ºs 3 e 4, da LGTFP, a denúncia pelo trabalhador ou pelo empregador, que, na falta de disposição legal em contrário, poderá ter lugar com a antecedência mínima de 30 dias.

Cessada a comissão de serviço, o trabalhador regressa à situação jurídico-funcional de que era titular, quando constituída e consolidada por tempo indeterminado, ou cessa o vínculo de emprego público, havendo lugar ao pagamento de indemnização quando prevista em lei especial, conforme consagrado no artigo 290.º, n.º 5, da LGTFP.

c. O caso especial de extinção no decurso do período experimental

O artigo 45.º, n.º 3, da LGTFP estabelece que, concluído, sem sucesso, o período experimental²⁹ do vínculo – “*etapa inaugural de execução do vínculo laboral*”³⁰ –, este cessa os seus efeitos automaticamente, sem direito a qualquer indemnização ou compensação, contemplando, destarte, mais uma situação de extinção do vínculo de emprego público. No caso de trabalhador que já detivesse vínculo de emprego público anterior, a conclusão do período experimental de “função”, como é legalmente designado, acarreta o seu regresso à situação jurídico-funcional que detinha anteriormente.

Ao abrigo do n.º 5 do mesmo preceito é, ainda, possível que, por ato fundamentado da entidade competente, o período experimental possa ser feito cessar antes do respetivo termo, quando o trabalhador manifestamente revele não possuir as competências exigidas pelo posto de trabalho que ocupa. Por seu turno, o artigo 47.º da LGTFP consagra a possibilidade de denúncia do contrato, por parte do trabalhador, durante o período experimental, sem aviso prévio nem necessidade de invocação de justa causa, não havendo direito a indemnização.

Conclusão

Como refere Paulo Almeida, “*a LGTFP é um diploma legal que veio permitir uma arrumação das principais matérias que regulamentavam o vínculo laboral de emprego público*”, harmonizando sucessivas alterações legislativas, e a matéria de extinção do vínculo de emprego público não é exceção.³¹

As formas de extinção do vínculo de emprego público, vindas de analisar em detalhe, encontram-se, assim, hoje, bem delimitadas e detalhadamente reguladas, sendo de realçar, no tratamento jurídico que mereceram do legislador, uma evidente aproximação, ao direito laboral privado, aplaudida por uns, atacada por outros.

²⁹ Aplicável nas modalidades de contrato de trabalho em funções públicas e de nomeação.

³⁰ Sandra Lopes, *op. cit.*, pp. 102.

³¹ Almeida, Paulo, *op. cit.*, pp. 106.

Consideramos, a este respeito, acompanhando Vera Antunes, que “*uma coisa é exigir um regime específico, outra é exigir que esse regime seja regulado pelo Direito Administrativo ou que não se aproxime do Direito do Trabalho*”, sendo que “*a subordinação ao interesse público*”, que, naturalmente, se impõe, “*não impede que a Administração recorra a um regime semelhante ao do Direito do Trabalho, com as devidas adaptações à relação de emprego público.*”³².

Não nos parece, como tal, que, pelo facto de a relação de emprego público apresentar uma “*diversidade ontológica em face do mundo laboral*”, seja “*contra-natura recorrer-se ao direito laboral como arquétipo quando constitucionalmente é imposto um regime que não pode deixar de se diferenciar do regime que regula a comum das relações de emprego*”³³. Isto porque apesar da inegável aproximação feita pelo direito de emprego público ao direito laboral privado, é certo que aquele continua a acautelar especificidades de regulação que visam, precisamente, salvaguardar os direitos dos trabalhadores públicos, por um lado, e assegurar a prossecução do interesse público, por outro. Exemplo disso mesmo é, nomeadamente, a circunstância de a LGTFP ter deixado de prever o despedimento coletivo, por extinção do posto de trabalho e por inadaptação, mantendo como única causa objetiva de extinção do vínculo de emprego público a cessação do contrato de trabalho em funções públicas na sequência de processo de reorganização de serviços e racionalização de efetivos.

Bibliografia

Monografias/artigos

ALMEIDA, Paulo, *A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Comentário às principais alterações*, “Direito e Justiça”, volume especial n.º 3 (2015), Estudos dedicados ao Prof. Bernardo da Gama Lobo Xavier, pp. 79-107.

FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 17.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014.

LOPES, Sandra, *A Cessação do Vínculo do Emprego Público – a conjuntura jurídica dos contratados*, Almedina, 2016.

MARTINS, Pedro Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.ª Edição, revista e atualizada segundo o Código do Trabalho 2012, Principia, Cascais, 2012.

NEVES, Ana Fernanda, *A Diretiva 2001/23/CE como limite ao despedimento de trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas*, *Questões Laborais*, n.º 45, Ano XXI — Julho/Dezembro 2014, pp. 247.

³² Vera Lúcia Santos Antunes, “*O Contrato de Trabalho na Administração Pública. Evolução, reflexos e tendências para o emprego público*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.75 *apud* Sandra Lopes, *op. cit.*, pp. 23.

³³ Paulo Veiga e Moura, “*Crise e Direito ou direitos em crise?*”, in *Crise(s) e Direito(s) da Relação de Emprego Público, Actas da II Jornadas de Direito de Emprego Público*, Isabel Celeste Fonseca (coord.), Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte, 2014, pp. 12 e 14, *apud* Sandra Lopes, *op. cit.*, pp. 22.

NEVES, Ana Fernanda, *O Direito da Função Pública*, in Tratado de Direito Administrativo Especial, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2010.

PIRES, Miguel Lucas, *Os regimes de vinculação e a extinção das relações jurídicas dos trabalhadores da Administração Pública: Como e em que termos são lícitos os denominados “despedimentos na Função Pública”*, Almedina, Coimbra, 2013.

SCHNAPPER, Dominique, *Contra o fim do trabalho*, Terramar, Lisboa, 1998.

Outros

- Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 79/2004, de 15.05.2007, disponível em <http://dre.tretas.org/dre/211939> (consultado em 2.1.2017).
- Recomendação do Provedor de Justiça, Proc. P 8/12, *Assunto: Compensação por caducidade de contrato a termo certo*, disponível em <http://www.provedor-jus.pt/?action=5&idc=67&idi=15064> (consultado em 2.1.2017).

Jurisprudência

- Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do STA 17/04/2015 (Madeira dos Santos), Processo n.º 01473/14, disponível em www.dgsi.pt [consultado em 2.1.2017].

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

17. Acordos de limitação da liberdade de trabalho

Filipe Amaro

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

ACORDOS DE LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE TRABALHO

Filipe Amaro

1. Introdução
2. Liberdade de trabalho - Compatibilidade Constitucional
3. Limitação da liberdade de trabalho no Código do Trabalho e na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas
4. Pacto de não Concorrência
5. Pacto de Permanência
6. Conclusão
7. Bibliografia



1. Introdução

O presente estudo versa sobre a limitação da liberdade de trabalho regulada pela Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas, Lei 35/2014 de 20 de Junho.

Consagra a mencionada lei o pacto de não concorrência e o pacto de permanência nos seus artigos 77º e 78º, institutos essencialmente debatidos na doutrina laboral privada e na jurisprudência dos Tribunais comuns.

Porque as figuras jurídicas analisadas têm a sua génese no direito privado, não deixaremos de percorrer as linhas estruturantes que nesse domínio se mostram estabelecidas, importando, todavia, fazer o enquadramento do empregador e do trabalhador público, com as divergências de regime consideradas aplicáveis.

Também se tentará evidenciar o entendimento da jurisprudência sobre a temática em mérito e a sua aplicação ao vínculo de emprego público e suas especificidades.

2. Liberdade de trabalho – Compatibilidade Constitucional

O art.º 47º da CRP consagra o princípio da liberdade de escolha de profissão e do género de trabalho *“salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”*^{1,2}

Tal princípio é, por força do art.º 18º, nº 1 do mesmo compêndio normativo, de aplicabilidade directa, sendo que as eventuais restrições que se apresentem imprescindíveis para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente tutelados deverão, nos termos do art.º 18º, nº 2 da CRP, limitar-se ao estritamente necessário.

Também o art.º 58º da CRP estatui o direito ao trabalho, impondo ao Estado a promoção de *“execução de políticas de pleno emprego”, a “igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho” e a “formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores”*.

Como o anotam MÁRIO PINTO, PEDRO MARTINS, ANTÓNIO CARVALHO, em Comentário às Leis do Trabalho, Vol. I, pág. 173 *“é através da liberdade de trabalho que se concretiza o direito ao trabalho”*, o que resulta do entrecruzar entre os dois princípios constitucionais referenciados.

O Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 256/2004³ de 14 de Abril de 2004, no âmbito da apreciação da inconstitucionalidade do art.º 36º, nº 2, da LCT, consignou a não inconstitucionalidade das cláusulas restritivas da liberdade de trabalho, embora incidindo a sua análise ao pacto de não concorrência.

¹ Nas palavras de JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos pactos de limitação à liberdade de trabalho*, Edições Almedina, págs. 58 *“o seu sentido primeiro consiste na possibilidade dos cidadãos decidirem livremente desenvolver ou não um trabalho – traduzindo o trabalho como o resultado de uma decisão livre e consciente, ante a dimensão pessoalíssima da actividade implicada – e na correlativa proibição de trabalho obrigatório ou forçado”. Para este Autor “a liberdade de trabalho em sentido amplo compreende a liberdade de escolha e de exercício de qualquer género ou modo de trabalho que não seja considerado ilícito pela lei penal, possua ou não esse trabalho carácter profissional ou não profissional, seja típico ou atípico, permanente ou temporário, independente ou subordinado, esteja estatutariamente definido ou não, imbrincando-se, por isso, a espaços, com a liberdade de iniciativa económica”*.

² Para GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 653, *“a liberdade de profissão é uma componente da liberdade de trabalho, que, embora, sem estar explicitamente consagrada de forma autónoma na Constituição, decorre indiscutivelmente do princípio do Estado de direito democrático. A liberdade de trabalho inclui, obviamente a liberdade de escolha do género de trabalho, expressamente consagrada no artigo 47.º/1 da CRP, não se esgotando, todavia, aí: liberdade de não trabalhar, proibição de trabalho forçado, etc.”*.

³ Consultável em www.tribunalconstitucional.pt

No entendimento do Tribunal Constitucional, tendo presente as dúvidas referentes à admissibilidade deste tipo de cláusulas⁴, *“a norma do n.º 2 do artigo 36.º da LCT permite uma restrição à liberdade de trabalho, cuja conformidade constitucional depende da emissão de um juízo de proporcionalidade, adequação e necessidade, o que passa pela ponderação dos interesses conflituantes em presença”*.

Mais salientou o Tribunal, após reflexão sobre a posição da doutrina sobre tal matéria, *“que a regulação legal dos pactos de não concorrência contida na norma questionada não pode ser considerada como restringindo de forma constitucionalmente intolerável a liberdade de trabalho”*.

Tal restrição, na óptica do Tribunal Constitucional, *“não resulta de imposição do legislador, mas antes de acordo de vontades das partes, assentando, assim, em último termo, na autonomia do trabalhador”*, sendo que *“a imposição de forma escrita, como formalidade ad substantiam, assegura a assunção consciente da restrição e delimita o seu âmbito de aplicação”*.

O Tribunal Constitucional atribui especial relevância à *“existência de risco efectivo de prejuízos para o ex-empregador, entendidos estes limitadamente como sendo apenas os derivados directamente da colocação ao serviço de empresas concorrentes dos segredos e conhecimentos especificamente adquiridos ao serviço da antiga empresa. Não basta o prejuízo comum de o empregador perder um seu trabalhador de qualidade para outra empresa concorrente. Há-de estar em causa o risco daquilo que a doutrina designa por “concorrência diferencial”, isto é, a especificidade da concorrência que um ex-trabalhador está em condições de realizar relativamente ao seu antigo empregador, por ter trabalhado para ele”, tornando-se imperioso a “estipulação de uma adequada compensação monetária, que terá de ser justa, isto é, suficiente para compensar o trabalhador da perda de rendimentos derivada da restrição da sua actividade”*.

Por fim, considerou o Tribunal que *“o trabalhador não fica, em rigor, absolutamente privado do seu direito ao trabalho. A limitação voluntária ao exercício desse direito é sempre revogável (artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil) e o incumprimento do pacto, através da celebração de contrato de trabalho com empresa concorrente do antigo empregador, não gera, em princípio, a invalidade deste contrato, mas eventualmente mera obrigação de indemnização. E se tiver sido estabelecida “cláusula penal”, que a doutrina justifica como meio de obviar à dificuldade de prova e de quantificação dos danos sofridos pelo antigo empregador (isto é, como liquidação antecipada desses prejuízos), existirá sempre a possibilidade da sua redução pelo tribunal de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva (artigo 812.º, n.º 1, do Código Civil)”*⁵.

⁴ Para a síntese das dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais e a pacificação decorrente do Acórdão do Tribunal Constitucional 256/2004, veja-se a exemplar exposição de SOFIA SILVA E SOUSA, Obrigação de não concorrência com efeitos *post contractum finitum*, págs. 32 e seguintes.

⁵ Como o anota SOFIA SILVA E SOUSA, op. cit., pág. 37 *“esta decisão do TC foi fundamental para a pacificação da discussão, entre nós, da constitucionalidade dos pactos de não concorrência sendo que, após 2004, os Tribunais Superiores têm vindo a reiterar de forma expressa a constitucionalidade das normas laborais que consagram o pacto*

De referir que não obstante o Acórdão mencionado tenha especialmente incidido no Pacto de Não Concorrência, tais conclusões são extensíveis e aplicáveis ao Pacto de Permanência⁶.

Isto é, não obstante o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 256/2004 ter consignado a conformidade constitucional da cláusula de não concorrência, as coordenadas conclusivas que dali resultaram são igualmente aplicáveis ao pacto de permanência.

3. Limitação da liberdade de trabalho no Código do Trabalho e na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas

O Código do Trabalho (CT), aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, estabelece como cláusulas de limitação da liberdade de trabalho, no artigo 136º, o pacto de não concorrência, no artigo 137º, o pacto de permanência e no artigo 138º, a limitação da liberdade de trabalho.

Por seu turno, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LGTFP), aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, prevê nos artigos 77º o pacto de não concorrência e 78º o pacto de permanência.

De notar que quer o artigo 77º quer o artigo 78º da LGTFP são uma sobreposição dos artigos 136º e 137º do CT, com pequenas especificidades decorrentes da natureza de empregador público, o que inculca o aproximar do regime laboral público ao regime laboral comum.

Nesta sede impõe-se a apreciação das cláusulas de limitação de liberdade de trabalho constantes dos artigos 77º e 78º da LGTFP, não olvidando, todavia, o contributo doutrinal e jurisprudencial subtraído das cláusulas similares constantes do CT, que lhe estão na génese.

4. Pacto de não Concorrência

O pacto de não concorrência poderá definir-se como *“um acordo expresse de vontades, de natureza sinalagmática e onerosa, de duração limitada, celebrado entre empregador e trabalhador, pelo qual se visa limitar a actividade deste último após a cessação do contrato de trabalho com vista a impedir que concorra com o ex- empregador”*⁷.

O pacto de não concorrência *“é o meio legalmente previsto para produzir uma extensão da obrigação de não concorrência a um estágio ulterior à cessação da situação laboral”*⁸.

Consiste, portanto, na introdução de uma cláusula pela qual a entidade empregadora restringe a liberdade de trabalho do trabalhador, permitindo, por essa via e por tempo determinado, o

de não concorrência”, o que aliás resulta da jurisprudência que também identifica, mormente Acórdãos do STJ, de 10.12.2009, processo 09S0625 e do TRL, de 10.12.2009, processo 376-06.6TTSNT.L1-4.

⁶ Assim se concordando com MARIA CAROLINA BONINA CARIANO, Pacto de Permanência: Algumas questões, pág. 21.

⁷ Definição proposta por SOFIA SILVA E SOUSA op. cit., pág. 39.

⁸ JOÃO ZENHA MARTINS, op. cit., pág. 574.

acautelar do risco decorrente da *concorrência diferencial*⁹ que um ex-trabalhador pode realizar em relação à sua anterior entidade empregadora.

Trata-se, na verdade, do ajustar de uma cláusula que delimita o conjunto de actividades que o trabalhador não pode exercer após a cessação do vínculo contratual, um acordo que se projecta após o termo das relações contratuais.

Em sede de execução do contrato de trabalho não pode o trabalhador “*negociar por contra própria ou alheia em concorrência com o empregador*”¹⁰, à luz do dever de lealdade previsto no art.º 128º, n.º 1, alínea f), do CT e 73º, n.º 2, alínea g), da LGTFP¹¹.

Após a cessação da relação contratual a entidade empregadora pode pretender que o trabalhador não utilize os conhecimentos adquiridos na pendência do contrato de trabalho, “*com vista a salvaguardar o empregador do risco de utilização por aquele (ou por terceiro a quem aquele o faculte) de elementos de vária ordem (contactos, know-how, informações e conhecimentos sobre mercados ou processos de produção, promoção e comercialização) a que teve acesso no desempenho das suas funções*”¹².

Para CLÁUDIA SOFIA HENRIQUES NUNES “*tal pacto apenas se justificará nos casos em que o trabalhador disponha de conhecimentos, informações ou de uma grande preparação técnica susceptíveis de causar ao empregador prejuízos graves através do exercício de uma actividade concorrente após a cessação da relação laboral. A admissibilidade do pacto de permanência depende, assim de uma justificação objectiva, devendo ser temporalmente e geograficamente limitado*”¹³.

Nos termos dos art.ºs 136.º, n.º 1, do CT e 77º, n.º 1, da LGTFP estas cláusulas de limitação da liberdade de trabalho são, por princípio, nulas, sendo no entanto admissíveis desde que estejam cumulativamente preenchidos os vários requisitos previstos no n.º 2 daqueles normativos.

Assim, os pressupostos legalmente previstos para a válida celebração do pacto de não concorrência são, abreviadamente, a estipulação de um limite máximo de inactividade, isto é, a limitação temporal do pacto (n.º 2 e n.º 5 do artigo 136.º do CT e n.º 2 e n.º 5 do art.º 77º da LGTFP); a observância de forma escrita (alínea a) do n.º 2 artigo do 136.º do CT e alínea a) do n.º 2 do art.º 77º da LGTFP); a possibilidade de a actividade a desenvolver pelo ex-trabalhador poder causar prejuízo ao empregador (alínea b) do n.º 2 artigo do 136.º do CT e alínea b) do

⁹ No conceito do Tribunal da Relação de Lisboa, concorrência diferencial é “*a especificidade da concorrência que um ex-trabalhador está em condições de realizar relativamente ao seu antigo empregador, por ter trabalhado para ele*”, vide Acórdão de 20-10-2010, recurso 4883/07.5TTLSB.L1-4.

¹⁰ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, 2014, 17ª Edição, Editora Almedina, pág. 583.

¹¹ JOÃO ZENHA MARTINS, op. cit. pág. 553, refere, a este propósito, que “*o dever de não concorrência, em função dos conhecimentos técnicos e de mercado e dos contactos com clientes e fornecedores que o trabalhador detenha, existe no decurso do contrato de trabalho, aparecendo filiado no dever de lealdade*”.

¹² GUILHERME MACHADO DRAY, PEDRO ROMANO MARTINEZ, PEDRO MADEIRA DE BRITO, JOANA VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL MONTEIRO E LUÍS GONÇALVES DA SILVA *Código do Trabalho – Anotado*, 10ª Edição, pág. 362.

¹³ CLÁUDIA SOFIA HENRIQUES NUNES, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra Editora, págs. 289.

n.º 2 do art.º 77º da LGTFP); a atribuição pela entidade empregadora ao ex-trabalhador de uma compensação durante a limitação da actividade (alínea c) do n.º 2 artigo do 136.º do CT e alínea c) do n.º 2 do art.º 77º da LGTFP).

Dependendo a licitude da cláusula de não concorrência da verificação cumulativa dos pressupostos enunciados a falta de qualquer deles tem como consequência a nulidade do pacto de não concorrência, *“com uma única excepção: a duração do período de inactividade, cuja não fixação ou excesso face ao limite máximo legalmente estabelecido determina a aplicação deste, conforme prescrito no artigo 121º, n.º 2, do CT”*¹⁴.

Idêntico raciocínio se aplica, quanto a nós, ao pacto de não concorrência previsto no art.º 77º da LGTFP, em face do disposto no artigo 53º, n.º 4, deste diploma legal.

A razão de ser da lei impor o preenchimento dos pressupostos vindos de enunciar prende-se com o facto de estarmos perante um verdadeiro conflito de interesses entre os legítimos interesses da entidade empregadora e a liberdade de trabalho do trabalhador, pelo que qualquer resolução deste conflito deverá passar pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade para equilíbrio e conciliação dos interesses em presença.

Verificados os pressupostos legais para a lícita celebração do pacto de não concorrência, dentro do quadro normativo referenciado, o incumprimento contratual daquele faz incorrer a parte em responsabilidade pelo incumprimento de uma cláusula contratual, nos termos do artigo 798º do Código Civil.

Tal verifica-se em relação ao incumprimento do pacto de não concorrência validamente celebrado nos termos do art.º 77º da LGTFP¹⁵.

A limitação da liberdade de trabalho prevista no art.º 77º da LGTFP tem em vista a protecção do interesse público (objectivo último da Administração Pública, nos termos do art.º 266º, n.º 1 da CRP), qual seja o do interesse do organismo ou entidade a que o trabalhador se encontrava contratualmente vinculado e que, por via dessa relação contratual, possibilitou o acesso a conhecimento de informação, experiência ou conhecimento relevante cuja transmissão ou difusão a entidade pública pretenda acautelar.

Nessa situação, é conferido ao empregador público, tal qual ao empregador privado, a possibilidade de acordar com o ex-trabalhador as condições para a limitação da actividade deste último, durante um determinado período de tempo após a cessação do vínculo

¹⁴ GUILHERME MACHADO DRAY, PEDRO ROMANO MARTINEZ, PEDRO MADEIRA DE BRITO, JOANA VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL MONTEIRO E LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *op. cit.*, pág. 363.

¹⁵ Como o anotam PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, em Comentários à lei geral do trabalho em funções públicas – volume I, Coimbra Editora, págs. 319, o pacto de não concorrência e o pacto de permanência *“consagram duas restrições ao direito à liberdade de trabalho dos trabalhadores públicos, legitimando que estes se vinculem a restringir a sua actividade profissional no pós-emprego público ou a permanecerem durante determinado período de tempo ao serviço do seu empregador, sem prejuízo desta limitação não ser sequer absoluta, pois, apesar de terem subscrito um pacto de não concorrência e de permanência, a verdade é que mesmo assim, a liberdade de trabalho sempre prevalecerá, podendo o trabalhador não cumprir os pactos celebrados, sem prejuízo de ficar constituído em responsabilidade pelo incumprimento de uma cláusula contratual”*.

contratual, assim o limitando no exercício de uma actividade concorrente com a desempenhada pelo empregador público.

Entende-se, porém, com PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR¹⁶, que a entidade pública apenas poderá limitar o exercício da actividade do ex-trabalhador “*quando a actividade em causa, a ser exercida posteriormente, seja efectivamente susceptível de causar prejuízo significativo ao interesse público e desde que aceite subscrever o acordo escrito onde conste tal pacto de não concorrência e seja ressarcido pela limitação à liberdade de trabalho a que se vincula*”.

Assim, para que o empregador público possa limitar a liberdade de trabalho do trabalhador público impõe-se a demonstração do prejuízo efectivo para o interesse público, e bem assim do empregador público que o prossegue, no exercício de uma actividade concorrente com aquela que desempenhava na Administração Pública – veja-se o exemplo clássico de um trabalhador público de uma entidade reguladora cessar funções no empregador público e imediatamente ir desempenhar funções numa entidade regulada privada.

Quanto a nós, esta alínea b) do n.º 2 do art.º 77º da LGTFP é mais exigente em correlação à alínea b) do n.º 2 do art.º 136º do CT, o que resulta designadamente do elemento literal da norma, com a necessidade de demonstração efectiva e não potencial ou latente do prejuízo para o empregador público da actividade a exercer pelo ex-trabalhador e que tem subjacente o interesse público no exercício da actividade do empregador público.

A alínea c) do n.º 2 do art.º 77º da LGTFP impõe, sob pena de nulidade¹⁷, a atribuição de uma compensação durante o período de limitação da actividade do trabalhador, o que confere um carácter sinalagmático ao pacto de não concorrência.

Relativamente ao montante da compensação nem a lei laboral privada nem a LGTFP estipulam um *quantum determinado*, nem tão pouco por referência ao limite mínimo ou máximo admissível a suportar pela entidade empregadora em função do pacto de não concorrência, ao contrário do que ocorre noutros países¹⁸.

Não obstante a inexistência do limiar mínimo quanto à compensação a atribuir pelo empregador ao trabalhador impõe-se que do acordo seja possível retirar os critérios subjacentes à sua determinação¹⁹.

¹⁶ PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, op. cit., págs. 319.

¹⁷ Vejam-se os Acórdãos da Relação de Lisboa 16-03-2011 e de 20-02-2013, recursos, respectivamente 5227/07.1TTLSB.L1-4 e 10300/10.6T2SNT.L1-4.

¹⁸ Veja-se o exemplo referido por JOÃO ZENHA MARTINS, op. cit. págs. 702, do “*quadro legal germânico em que o limite mínimo da compensação a satisfazer cifra-se em 50% do montante da média das retribuições auferidas pelo trabalhador no ano antecedente ao terminus do contrato de trabalho, numa base periódica mensal*”, Sobre o exemplo germânico veja-se também JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho, Revista do Ministério Público 127, Julho: Setembro 2011, págs. 78.

¹⁹ Neste sentido vejam-se os Arestos do Tribunal da Relação de Lisboa de 14-01-2009 e de 10-12-2009, processos, respectivamente, 9374/2008-4 e 376-06.6TTSNT.L1-4.

JOÃO ZENHA MARTINS afirma que *“é entre nós hoje claro que, face á possibilidade de elevação da compensação até ao limite da retribuição-base, o montante pode ser inferior à retribuição-base auferida pelo trabalhador à data da cessação do trabalho. Esta opção encontra sustento, de acordo com um juízo proporcional, no facto de o trabalhador dispor de margens de actividade laboral após a cessação do contrato, que precludem um sacrifício à liberdade de trabalho caracterizável pela absolutidade”*²⁰.

Com efeito, o pacto de não concorrência impede um comportamento concorrencial do trabalhador com a entidade empregadora, mas não significa que o trabalhador não possa exercer uma actividade diferente da que lhe origina a limitação, pois *“o trabalhador pode realizar outras actividades remuneradas ou receber o subsídio de desemprego”*²¹, isto é, *“não obstante a estipulação de um pacto desta natureza, o trabalhador pode exercer qualquer outra actividade profissional, desde que não concorrente”*.²²

Por outro lado, importa sublinhar que, em termos de quantitativo da compensação, a atribuição de um montante compensatório exíguo ou diminuto determina, por violação dos princípios da proporcionalidade, da adequação e da necessidade, a invalidade da cláusula de não concorrência²³.

Neste prisma, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 256/2004, atrás referenciado, considerou que a compensação quantitativa da cláusula de não concorrência deverá ser *“suficiente para compensar o trabalhador da perda de rendimentos derivada da restrição da sua actividade”*, impondo uma ideia de justiça e proporcionalidade compensatória.

Quanto ao limite máximo, afirmam PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR que *“deverá ter-se presente que essa compensação funciona como correspectivo económico de um trabalho que o trabalhador fica privado de prestar, pelo que nos parece de todo inaceitável que ela possa ser fixada em montante superior ao que seria devido se o trabalhador em causa tivesse continuado a trabalhar para o Estado durante o período que se clausulou para durar o pacto de não concorrência. Julgamos mesmo que a redacção do n.º 3 do presente artigo aponta nesse sentido, determinando que, em caso de cessação ilícita ou com justa causa, a compensação será equivalente ao valor correspondente à remuneração auferida no momento da cessação do vínculo, o que denota que a compensação pode ser estabelecida com base num valor inferior mas nunca superior à remuneração que mensalmente auferia o trabalhador ao serviço do Estado”*²⁴.

²⁰ JOÃO ZENHA MARTINS, *op. cit.*, págs. 705.

²¹ JÚLIO VIEIRA GOMES, *As Cláusulas de Não Concorrência no Direito do Trabalho*, 1998, págs. 947.

²² CLÁUDIA SOFIA HENRIQUES NUNES, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra Editora, págs. 290.

²³ Neste sentido, veja-se o Acórdão da Relação de Lisboa de 16-03-2011, processo 5227/07.1TTLSB.L14, cujo sumário, pela sua relevância para a temática abordada, se transcreve: *“À luz dos princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade, é de considerar nulo o pacto de não concorrência, em que o montante da compensação fixada ao trabalhador não salvaguarda verdadeiramente os seus interesses no período em que se encontra claramente limitado no acesso ao mercado de trabalho, com a consequente perda de rendimentos, numa área em que a sua experiência e saber lhe poderiam proporcionar consideráveis proventos, e em que a dita compensação seria apenas recebível após o decurso do prazo de um ano, ficando o mesmo desprovido de qualquer rendimento àquele título (na vigência do referido pacto), numa altura em mais precária dele”*.

²⁴ PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *op. cit.*, págs. 320.

Tal é imposto por força do princípio da igualdade, legalidade e prossecução do interesse público, princípios vinculantes do empregador público e que o diferenciam, neste ponto, do empregador privado que poderá acordar com o trabalhador o montante a atribuir sem tais limitações.

De referir que o montante compensatório poderá “*sofrer redução equitativa*” em virtude das despesas que o “*empregador público houver despendido com a sua formação profissional*”, cfr. 2ª parte da alínea c) do n.º 2 do art.º 77º da LGTFP.

Todavia, essa “*redução equitativa só faz sentido quando o pacto de permanência tenha sido subscrito no início do contrato, uma vez que, se o for no acordo de extinção do vínculo, naturalmente que só se alcançará esse acordo se houver consenso sobre todos os aspectos do mesmo, incluindo o montante da compensação. Porém, quando seja subscrito no início da relação de emprego, consideramos que o valor da compensação já deve constar desse mesmo acordo, sem prejuízo de no final do vínculo poder o montante ali estipulado sofrer uma redução de acordo com as regras da equidade e em função dos gastos despendidos pela entidade empregadora na formação profissional do trabalhador*”²⁵.

Importa, contudo, ressaltar que “*a redução se pauta por juízos de equidade (o que denota que, por princípio, não será possível reduzir todas as despesas com a referida formação e que se deve ter em conta as vantagens colhidas pelo empregador em consequência da formação ministrada) e que só podem ser consideradas pela entidade empregadora despesas extraordinárias, ou seja, despesas com formação que vão para além da formação mínima indispensável para a correcta execução das funções (e que a entidade empregadora sempre teria que despende por força do dever que lhe é assinalado pela alínea d) do n.º 1 do artigo 71º da LGTFP)*”²⁶.

Nos termos do n.º 3 deste art.º 77º da LGTFP o montante da compensação é “*elevado até ao equivalente à remuneração base devida no momento da cessação do vínculo*” em caso de “*despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em ato ilícito do empregador público*”.

“*Nestes casos, a cessação do vínculo implica que a compensação seja elevada até ao equivalente à remuneração base que o trabalhador auferia à data da cessação do mesmo. A este montante serão deduzidas as importâncias recebidas pelo trabalhador no exercício de qualquer actividade profissional iniciada após a cessação do vínculo até ao montante estabelecido caso a cessação tivesse como fundamento outra causa que não o despedimento ilícito ou a resolução por iniciativa do trabalhador com justa causa baseada num acto ilícito do empregador público*”²⁷ – o que resulta do n.º 4 do art.º 77º da LGTFP.

²⁵ PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *op. cit.*, págs. 320.

²⁶ PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *op. cit.*, págs. 320.

²⁷ CLÁUDIA SOFIA HENRIQUES NUNES, *op. cit.*, págs. 290/291.

Finalmente, considera-se que o pacto de não concorrência poderá ser livremente revogado, por acordo entre o empregador público e o trabalhador, sendo aplicável a inadmissibilidade da renúncia pelo empregador ao pacto de não concorrência²⁸.

5. Pacto de Permanência

Poder-se-á definir o Pacto de Permanência como *“o acordo celebrado entre as partes, através do qual o trabalhador se compromete a não denunciar o contrato de trabalho pelo prazo acordado, como forma de compensar o empregador por custear despesas avultadas com a sua formação”*²⁹.

*“Quando tal acordo seja firmado, podendo-o ser tanto no início como no decurso da relação de emprego, o trabalhador auto-limita a sua liberdade de trabalho, comprometendo-se a permanecer ao serviço da entidade empregadora e a não deixar de executar o posto de trabalho para que foi contratado ou nomeado durante o prazo acordado”*³⁰.

Assim, o pacto de permanência envolve *“a renúncia temporária pelo trabalhador ao seu direito de denunciar o contrato de trabalho e a conseqüente estabilização deste por um período ajustado com o empregador que haja incorrido em significativas despesas com a sua formação profissional, com vista a possibilitar a este o retorno de tal investimento, através do proveito que retira do desempenho daquele, valorizado pelos novos conhecimentos e/ou competências”*³¹.

Ao contrário do pacto de não concorrência o pacto de permanência *“actua na vigência do contrato e destina-se a garantir que ele dure o suficiente para que certas despesas importantes do empregador fiquem compensadas”*³².

Com a cláusula em mérito a lei possibilita a limitação da liberdade do trabalho em virtude do investimento «avultado» (art.º 137º do CT) ou «extraordinário» (art.º 78º LGTFP) do empregador na formação profissional do trabalhador, visando, por essa via, salvaguardar a posição do empregador que investiu quantias avultadas/extraordinárias na formação profissional do seu trabalhador e possibilitar o acesso ao trabalhador de formação profissional, cujos custos não suportará, embora condicionado à manutenção da relação laboral por determinado período de tempo.

Ponderando os interesses do empregador e do trabalhador a lei considera que, em razão do que representa para o empregador o investimento realizado em determinada formação, se justifica o interesse do empregador na limitação da actividade do trabalhador³³.

²⁸ Neste sentido veja-se o Acórdão do STJ de 30-04-2014, recurso 2525/11.3TTLSB.L1.S1, no qual se consignou que *“na ausência de disposição legal que o consinta, não pode deixar de concluir-se no sentido da impossibilidade de subtrair os pactos de não concorrência do princípio segundo o qual os contratos livremente celebrados devem ser pontualmente cumpridos e só por acordo dos contraentes podem modificar-se (art.º 406.º, n.º 1 do CC)”*.

²⁹ MARIA CAROLINA BONINA CARIANO, *Pacto de Permanência: Algumas questões*, pág. 9.

³⁰ PAULO VEIGA e MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *op. cit.*, págs. 321.

³¹ GUILHERME MACHADO DRAY, PEDRO ROMANO MARTINEZ, PEDRO MADEIRA DE BRITO, JOANA VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL MONTEIRO E LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *op. cit.*, pág. 367.

³² ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho (2014)*, cit., 586.

É, portanto, condição para o pacto de permanência a realização de despesas avultadas ou extraordinárias pela entidade empregadora na formação profissional do trabalhador.

Reportando-se o n.º 1 do art.º 78º da LGTFP a “*despesas extraordinárias comprovadamente feitas*”, o preceito terá como objecto as despesas de elevado montante, com características de anormalidade ou não usualmente incorridas pela entidade e que, por esse modo, se distinguem das «*normais*» despesas de formação mínima indispensável para a correcta execução das funções, que a entidade empregadora sempre teria que despende nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 71º da LGTFP^{34 35}.

PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR³⁶ retiram do n.º 1 do art.º 78º da LGTFP o objecto do pacto de permanência, como sendo o de “*assegurar a manutenção do vínculo por um período temporal mínimo*”; o fim justificativo da sua celebração, qual seja o de “*compensar despesas extraordinárias feitas pelo empregador*”; e os efeitos decorrentes do mesmo, isto é, “*permanência do trabalhador ao serviço durante o tempo acordado sem diminuição de remuneração, sob pena de ter de indemnizar o empregador*”.

Para estes Autores, “*daqui resulta que se não ocorrer o fim que justificava a celebração do pacto, se este perdurar para além do permitido ou envolver uma diminuição de remuneração durante o período de permanência, a celebração do pacto será ilícita e o trabalhador pode não cumprir o mesmo sem ficar constituído na obrigação de ter que restituir ao empregador quaisquer despesas extraordinárias que este tenha efectuado com a sua formação*”.

A única questão, quanto a nós, prender-se-á com a imposição de um limite máximo superior ao previsto na lei para o pacto de permanência (3 anos, nos termos do n.º 1 do art.º 78º da LGTFP), situação em que, tal qual acima se aludiu quanto ao pacto de não concorrência, a estipulação de um prazo superior ao legalmente previsto não gerar a invalidade do pacto de permanência, importando, em face do disposto no artigo 53º, n.º 4, da LGTFP, a substituição *ipso iure* pelo prazo máximo de três anos indicado no art.º 78º, LGTFP³⁷.

³³ Como o anota RITA ALVES FERREIRA SOUSA CONCEIÇÃO SEARA, em Reflexões sobre o pacto de permanência na empresa, págs. 24 “*se assim não fosse, nenhum empregador se arriscaria a despende quantias avultadas na formação dos trabalhadores, quando, em qualquer momento, poderia ver o seu investimento frustrado sem a garantia de uma compensação*”.

³⁴ Para CLÁUDIA SOFIA HENRIQUES NUNES, op. cit., págs. 291 “*tratam-se de despesas de carácter extraordinário que não fazem parte do processo de formação do trabalhador e que, pelo valor que assumem, podem fundamentar a estipulação de uma cláusula, de acordo com a qual o trabalhador se obriga a permanecer ao serviço do empregador público por um período a fixar, não superior a três anos*”.

³⁵ Como se consignou no Acórdão da Relação de Lisboa, de 16 de Maio de 2007, Colectânea de Jurisprudência, n.º 199, ano XXXII, Tomo III/2007, Coimbra, 2007, págs. 152/153, referenciado por CLÁUDIA SOFIA HENRIQUES NUNES, op. cit. págs. 291, nota 307, “*o pacto de permanência apenas é admissível caso o empregador tenha realizado despesas extraordinárias com a formação do trabalhador. Não tendo aquele suportado tais despesas, a cláusula que estipule o pagamento de uma indemnização, em caso de denúncia do contrato, durante o período acordado, não assume carácter de cláusula de permanência, mas sim de cláusula penal*”.

³⁶ PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, op. cit., pág. 321.

³⁷ Neste sentido, embora por referência aos art.ºs 137º e 121º n.º 2 do CT, veja-se GUILHERME MACHADO DRAY, PEDRO ROMANO MARTINEZ, PEDRO MADEIRA DE BRITO, JOANA VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL MONTEIRO E LUÍS GONÇALVES DA SILVA, op. cit., pág. 367.

Com relevância prática e forte probabilidade de verificação, atendendo, designadamente aos sucessivos cortes e reduções remuneratórias ocorridos nos últimos anos, com especial enfoque nos trabalhadores com vínculos de emprego público, PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR entendem que *“se após a celebração do pacto de permanência, ocorrer uma diminuição da remuneração do trabalhador, ainda que fundada em disposição legal, estar-se-á perante uma alteração superveniente das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de outorgar o pacto de permanência, pelo que, se o mesmo não for cumprido integralmente pelo trabalhador, não tem este de restituir quaisquer despesas extraordinárias que com ele tenha feito o empregador público”*; pelo que em tal circunstância a entidade empregadora pública, não obstante ter suportado despesas extraordinárias com a formação do trabalhador não poderá impor a este o pacto de permanência ou a restituição do valor da formação.

Ao contrário do que sucede quanto ao pacto de não concorrência, a lei (art.ºs 137º CT e 78º LGTFP) não faz depender a licitude do pacto de permanência da sua redução a escrito, reconhecendo-se que *“a obrigatoriedade de observar uma determinada forma só existe quando a lei imponha expressamente, pelo que a celebração e conteúdo do pacto de permanência poderá ser comprovado por qualquer um dos meios de prova legalmente admitidos”*^{38 39}.

Como se retira da parte final do n.º 1 do art.º 77º da LGTFP o trabalhador pode desvincular-se ou desobrigar-se do pacto de permanência mediante a restituição das importâncias «*extraordinárias*» que o empregador público comprovadamente tenha despendido com a sua formação.

Só não será assim *“se a extinção se fundamentar em justa causa invocada pelo trabalhador, numa impossibilidade absoluta de continuar a trabalhar ou decorrer de uma decisão unilateral do empregador, seja ela lícita (v.g. a colocação do trabalhador numa situação de requalificação) ou ilícita (despedimento com justa causa julgado improcedente)”*⁴⁰.

O n.º 2 do art.º 78º da LGTFP estatui que, em caso de extinção do vínculo pelo trabalhador com justa causa ou em caso de despedimento ilícito e o trabalhador não opte pela reintegração, o trabalhador não está obrigado a restituir ao empregador público o montante por este despendido na formação daquele. O que já não se verifica em caso de despedimento com justa causa do empregador público considerado lícito, podendo exigir do trabalhador os montantes despendidos na sua formação.

PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR⁴¹ consideram *“mais complicado saber se nas situações em que o trabalhador se desvincula do seu empregador por ter vencido um*

³⁸ PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *op. cit.*, págs. 322.

³⁹ Também JOÃO ZENHA MARTINS, *op. cit.* págs. 296, após considerar haver boas razões para a exigência de um acordo por escrito entende que *“de acordo com o direito constituído, o art. 219.º do CC é, todavia, inultrapassável: trata-se de um contrato consensual, uma vez que “a validade da declaração negocial, não depende de observância de forma especial, salvo quando a lei o exigir” e as regras formais impõe-se nos precisos termos em que sejam prescritas, não comportando aplicação analógica”*.

⁴⁰ PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *op. cit.*, pág. 322.

⁴¹ PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *op. cit.*, pág. 322.

procedimento concursal para o mapa de pessoal de outro empregador público tem ou não de restituir as despesas extraordinárias que o primitivo empregador público com ele efectuou em formação, hipótese essa que igualmente se poderá colocar sempre que o trabalhador seja colocado em mobilidade num outro serviço público sem necessidade de consentimento do empregador público de origem com o qual celebrara o pacto de permanência (o que pode suceder por força do disposto no art. 96º). Embora se admita que nessas situações possa haver fundamento para este empregador público poder reclamar a restituição das despesas extraordinárias, parece-nos que o princípio da continuidade de funções consagrado no art.º 11º legitimará que, nessas hipóteses, não esteja o trabalhador vinculado a tal restituição”.

Quanto a nós, não obstante se conceder na bondade do argumento utilizado, entende-se estar perante uma situação duvidosa, de fronteira, na medida em que tendo o trabalhador acordado (assumido o compromisso) no limite temporal do pacto de permanência, usufruído das despesas extraordinárias de formação por parte daquele empregador público e conhecimento da forma de desvinculação do acordo, um procedimento concursal ou uma transferência de serviço público, por impulso do trabalhador, embora legítimo e lícito, consubstancia uma afronta aos interesses do empregador público que o pacto de permanência visa salvaguardar.

Finalmente, quanto a esta cláusula, importa realçar, com ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES⁴² que *“a existência de pacto de permanência é requisito essencial para que o empregador possa reclamar a restituição de importâncias gastas com a formação do trabalhador”*, pelo que o empregador apenas poderá exigir do trabalhador as despesas extraordinárias referentes à sua formação se tiver celebrado pacto de permanência. De igual modo, o Insigne Autor afirma que o montante a restituir *“não pode deixar de medir-se pela proporção do tempo em falta relativamente à duração do contrato que foi garantida pelo pacto”*⁴³. (...) *Se a duração estipulada não é cumprida a restituição deve, assim, limitar-se à proporção do tempo em falta”*⁴⁴.

Também, neste sentido, PAULO VEIGA E MOURA E CÁTIA ARRIMAR⁴⁵ consideram que *“se a formação que justificou o pacto ainda não se realizou, não há despesas extraordinárias a ressarcir, pelo que se o vínculo de emprego se extinguiu nada terá o trabalhador a restituir ao empregador. Se, porém, já se realizaram despesas extraordinárias com formação na data em que é extinto o vínculo, então as quantias a restituir terão de ser calculadas de uma forma proporcional ao período de permanência que ficou por cumprir, não tendo o trabalhador que restituir a totalidade das despesas efectuadas pelo empregador (que já beneficiou da permanência durante um determinado período de tempo) mas apenas o montante*

⁴² ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 2014, 17ª Edição, Editora Almedina, pág. 587.

⁴³ Neste sentido, vejam-se os Acórdãos do STJ de 24-02-2010, recurso 556/07.7TTALM.S1, e da Relação de Lisboa de 20-11-2013, recurso 593/09.TTSLB.L1-4, mencionados pelo Autor na nota 3.

⁴⁴ Para GUILHERME MACHADO DRAY, PEDRO ROMANO MARTINEZ, PEDRO MADEIRA DE BRITO, JOANA VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL MONTEIRO E LUÍS GONÇALVES DA SILVA o montante a pagar ao empregador será *“proporcional à parte cumprida do período de estabilização ajustado, como proporcional ao tempo em falta será a frustração das «legítimas expectativas» do empregador decorrente da revogação pelo trabalhador do pacto de permanência, com base na ideia de que a vantagem que aquele deste retira – traduzida na estabilização do vínculo que lhe torna possível beneficiar, através da prestação de actividade, da maior qualificação obtida pelo trabalhador –, se vai produzindo à medida que se completa o prazo nele fixado”*.

⁴⁵ PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *op. cit.*, págs. 323.

correspondente ao período temporal de permanência em falta, o que pressupõe que as despesas a restituir vão diminuindo à medida que aumenta o período de permanência cumprido”.

6. Conclusão

Pretendeu-se com a análise da temática abordada, necessariamente sumária, a demonstração dos traços essenciais dos acordos de limitação da liberdade de trabalho estabelecidos na LGTFP, nos seus artigos 77º e 78º, tendo como referência comparativa os congéneres do Código de Trabalho.

Do estudo efectuado resultou manifesto o aproximar do regime laboral público ao regime laboral privado, do que, entre outros, se constata relativamente ao pacto de não concorrência e ao pacto de permanência.

Nessa medida, a LGTFP acolheu a regulação daqueles no Código do Trabalho, enxertando-os com determinadas características derivadas da natureza pública do empregador e da prossecução do interesse público, da legalidade e da igualdade que aquele cumpre promover.

Porque as figuras jurídicas em apreço se mostram estudadas, com maior pormenor e profundidade, no âmbito da doutrina laboral privada e na jurisdição dos Tribunais comuns, importa não menosprezar o contributo que nessa sede tem sido fornecido, com o conseqüente aproveitamento, via LGTFP – e os litígios que com base nela se instaurem –, para a jurisdição administrativa e fiscal, salvaguardadas as divergências de regime atinentes às características próprias do empregador público.

Para o que se deixaram umas breves coordenadas.

7. Bibliografia

- CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada” Volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007;
- CARIANO, Maria Carolina Bonina, “Pacto de Permanência: Algumas questões”, Mestrado Forense, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito de Lisboa;
- CARVALHO, A. Nunes de, PINTO, Mário, MARTINS, P. Furtado, “Comentário às leis do trabalho”, Vol. I, Lex, Lisboa, 1994;
- FERNANDES, António Monteiro (2006), “Direito do Trabalho”, 2014, 17ª Edição, Editora Almedina;

- GOMES, Júlio Manuel Vieira (1998), “As cláusulas de não concorrência no direito do trabalho (Algumas questões)” in Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XXXX (XIII da 2ª Série), republicado com aditamentos em Juriset De Jure – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto: Universidade Católica Portuguesa;
- GOMES, Júlio Manuel Vieira, “Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho”, Revista do Ministério Público 127, Julho: Setembro 2011;
- MARTINEZ, Pedro Romano, MONTEIRO, Luís Miguel, VASCONCELOS, Joana, BRITO, Pedro Madeira de, DRAY Guilherme, SILVA, Luís Gonçalves da, 2016, “Código do Trabalho - Anotado”, 10ª Edição, Editora Almedina;
- MARTINS, João Zenha, “Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho”, 2016. Coleção Teses de Doutoramento, Editora Almedina;
- MOURA, Paulo Veiga e, ARRIMAR, Cátia, “Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas”, 2014, Coimbra Editora;
- NUNES, Cláudia Sofia Henriques, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas - Face à Lei Geral do Trabalho”, 2014, Coimbra Editora;
- PIRES, Miguel Lucas, “Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - Anotada e Comentada”, 2016, Editora Almedina;
- SEARA, Rita Alves Ferreira Sousa Conceição, “Reflexões sobre o pacto de permanência na empresa”, mestrado forense, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito de Lisboa;
- SOUSA, Sofia Silva e, “Obrigação de não concorrência com efeitos post contractum finitum”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012;
- VASCONCELOS, Joana (2012), “Pacto de permanência, Liberdade de Trabalho e Desvinculação do Trabalhador”, in Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Volume II, Almedina;
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, “Manual de Direito do Trabalho”, 2ª Edição, 2014, Editora Verbo.

Websites

www.dgsi.pt

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

18. Direitos e deveres do Empregador Público

Telmo Tavares dos Santos

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

DIREITOS E DEVERES DO EMPREGADOR PÚBLICO

Telmo Tavares dos Santos

1. Notas prévias
 2. Definição de Empregador Público
 3. Deveres gerais do empregador público e do trabalhador
 4. Deveres do empregador público
 5. Poderes do Empregador Público
 - 5.1. Poder de direcção
 - 5.2. Poder regulamentar
 - 5.3. Poder disciplinar
 6. O Código de Conduta da Autoridade Tributária – breve análise
 7. Conclusões Finais
- Bibliografia

Palavras-chave: Emprego público, Deveres, Poderes, Código de Conduta

1. Notas prévias

No âmbito da disciplina “Direito das Relações Laborais na Administração Pública”, integrada no IV Curso de Formação de Magistrados para os Tribunais Administrativos e Fiscais, foi-nos solicitada a elaboração de um trabalho, a ser tido em conta na avaliação final. Coube-nos o tema da posição do empregador público na relação laboral, designadamente os seus direitos e deveres, matéria cujo regime, resumidamente, abordaremos.

Sem o ensejo de o fazer de forma definitiva, começaremos por enquadrar quem é este “empregador público”, para depois nos atermos aos seus deveres, gerais e especiais, e aos seus direitos (ou melhor, poderes), nomeadamente ao poder de direcção, ao poder regulamentar e ao poder disciplinar.

Finalizaremos com uma análise, necessariamente perfunctória, do caso particular da Autoridade Tributária e do Código de Conduta aplicável aos seus funcionários.

Refere-se ainda que se considera que o Acordo Ortográfico, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 26/91, não se encontra em vigor, com carácter de obrigatoriedade, pelo que será utilizada a ortografia anterior àquele normativo.

2. O empregador público

Nos termos do disposto no artigo 25.º da LGTFP “*O empregador público é o Estado ou outra pessoa colectiva pública que constitui vínculos de emprego público nos termos da presente lei.*”

São pessoas colectivas públicas, além do Estado, as:

- Autarquias locais;
- Regiões autónomas;
- Institutos públicos;
- Entidades públicas empresariais;
- Associações públicas e outras corporações públicas;
- Entidades administrativas independentes.

Temos então que o conceito de empregador público não se circunscreve ao Estado, na sua administração directa (o que está consentâneo com as disposições do número 2 do artigo 1.º e do artigo 27.º, ambos da LGTFP), mas abrange também outras pessoas colectivas públicas – que se podem definir como sendo pessoas colectivas criadas por iniciativa pública, para assegurar a prossecução de interesses públicos e dotadas de prerrogativas de autoridade (poderes e deveres públicos) – desde que exista a constituição de vínculo de emprego público, isto é, *“aquele pelo qual uma pessoa singular presta a sua actividade a um empregador público, de forma subordinada e mediante remuneração.”*¹

Existindo, assim, uma multiplicidade de empregadores públicos, suscita-se a questão da possibilidade de celebração de contractos de trabalho em regime da pluralidade de empregadores, situação permitida pelo artigo 26.º da LGTFP, considerando-se sempre os empregadores públicos em relação de colaboração e aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 101.º do CT.

3. Deveres gerais do empregador público e do trabalhador

O Capítulo I do Título IV da LGTFP, atinente aos *“Direitos, deveres e garantias do trabalhador e do empregador público”* e objecto de análise neste trabalho, começa com o artigo 70.º, em cujo número 1 se institui a obrigação da actuação de boa-fé na relação laboral, tanto da parte do empregador público – à qual já estava obrigado pelo número 2 do artigo 266.º da CRP e pelo artigo 10.º do CPA – como do trabalhador, no exercício dos direitos e deveres de cada um.

Prevê-se ainda, no número 2 daquele normativo, que ambas as partes colaborem para um aumento da produtividade e da qualidade do serviço prestado pela Administração – vislumbrando-se aqui mais um afloramento do princípio da boa administração previsto no artigo 5.º do CPA – bem como pela melhoria humana, profissional e social do trabalhador.

¹ Número 2 do artigo 6.º da LGTFP.

Tais previsões já constavam do artigo 86.º do RCTFP e do artigo 126.º do CT, sendo um singelo exemplo da aproximação entre os regimes público e privado que, apesar de, a nosso ver, se mostrar perfeitamente defensável neste caso, não é sempre vista como algo bom.²

Ainda que não referido no artigo 70.º, não podemos deixar de referir como geral, no sentido de aplicável quer ao empregador público como ao trabalhador, o dever da prossecução do interesse público – uma vez que se encontra previsto, para aquele, no artigo 4.º do CPA, e para este, na alínea a) do número 2 do artigo 73.º da LGTFP.

4. Deveres do empregador público

Após termos visto os deveres comuns, iremos abordar os específicos do empregador público.

Tais deveres encontram-se previstos no artigo 71.º da LGTFP e consubstanciam-se em:

- Respeitar e tratar com urbanidade e probidade o trabalhador;
- Pagar pontualmente a remuneração, que deve ser justa e adequada ao trabalho;
- Proporcionar boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como moral;
- Contribuir para a elevação do nível de produtividade do trabalhador, nomeadamente proporcionando-lhe formação profissional;
- Respeitar a autonomia técnica do trabalhador que exerça actividades cuja regulamentação profissional a exija;
- Possibilitar o exercício de cargos em organizações representativas dos trabalhadores;
- Prevenir riscos e doenças profissionais, tendo em conta a protecção da segurança e saúde do trabalhador, devendo indemnizá-lo dos prejuízos resultantes de acidentes de trabalho;

² Nesse sentido SALGADO, Ana Catarina Sá Gomes de Melo Matos - O Contrato De Trabalho Em Funções Públicas, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015. Dissertação de doutoramento, pág. 57 – *“Com efeito, o artigo 4.º da LTFP veio prever a aplicação ao vínculo de emprego público o disposto no Código do Trabalho e respectiva legislação complementar, com as excepções legalmente previstas nomeadamente em matéria de relação entre a lei e os instrumentos de regulamentação colectiva e entre aquelas fontes e o contrato de trabalho em funções públicas, de direitos de personalidade, de igualdade e não discriminação, de parentalidade, matéria relativa ao trabalhador com capacidade reduzida e trabalhadores com deficiência ou doença crónica, ao trabalhador estudante, matéria de organização e tempo de trabalho, de tempos de não trabalho, de promoção da segurança e saúde no trabalho, incluindo a prevenção, no que concerne às comissões de trabalhadores, associações sindicais e representantes dos trabalhadores em matéria de segurança e saúde no trabalho, aos mecanismos de resolução pacífica de conflitos colectivos, e à greve e lock-out. Ora, (...), os princípios específicos aplicáveis à Administração Pública, bem como a natureza das actividades desempenhadas em funções públicas, sempre direccionadas para a satisfação das necessidades colectivas em detrimento dos interesses pessoais, impõem um regime específico para a relação laboral de emprego público, diferenciado da relação laboral privada”*

- Adoptar, no que se refere à higiene, segurança e saúde no trabalho, as medidas que decorram, para o órgão ou serviço ou actividade, da aplicação das prescrições legais e convencionais vigentes;
- Fornecer ao trabalhador a informação e a formação adequadas à prevenção de riscos de acidente e doença;
- Manter permanentemente actualizado o registo do pessoal em cada um dos seus órgãos ou serviços, com indicação dos nomes, datas de nascimento e admissão, modalidades dos contractos, categorias, promoções, remunerações, datas de início e termo das férias e faltas que impliquem perda da remuneração ou diminuição dos dias de férias;
- Proporcionar ao trabalhador acções de formação profissional adequadas à sua qualificação.

A análise deste normativo permite retirar duas conclusões:

- O conjunto de deveres do empregador público é igual ao do empregador privado – o artigo 71.º da LGTFP é um decalque quase perfeito do artigo 127.º do CT – mostrando mais um ponto de aproximação entre o domínio público e o domínio privado;
- Os deveres do empregador público não sofreram grandes alterações com a nova Lei – o número 1 do artigo 87.º do RCTFP é igual ao número 1 do artigo 71.º da LGTFP, correspondendo o número 2 deste artigo ao número 1 do artigo 90.º do RCTFP.

Constituem ainda deveres do empregador público, *a contrario sensu*, os elencados no artigo 72.º da LGTFP, que indica as garantias dos trabalhadores, proibindo o empregador público de:

- Opor-se a que o trabalhador exerça os seus direitos, bem como aplicar-lhe sanções disciplinares ou tratá-lo desfavoravelmente por causa desse exercício;
- Obstar, injustificadamente, à prestação efectiva do trabalho;
- Exercer pressão sobre o trabalhador para que influencie desfavoravelmente nas condições de trabalho próprias ou dos colegas;
- Diminuir a remuneração, salvo nos casos previstos na lei;
- Baixar a categoria do trabalhador, salvo nos casos previstos na lei;
- Sujeitar o trabalhador a mobilidade, salvo nos casos previstos na lei;
- Ceder trabalhadores do mapa de pessoal próprio para utilização de terceiros que sobre esses trabalhadores exerçam os poderes de autoridade e direcção próprios do empregador público ou por pessoa por ela indicada, salvo nos casos especialmente previstos;

- Obrigar o trabalhador a adquirir bens ou a utilizar serviços fornecidos pelo empregador público ou por pessoa por ele indicada;
- Explorar, com fins lucrativos, quaisquer cantinas, refeitórios, economatos ou outros estabelecimentos directamente relacionados com o trabalho, para fornecimento de bens ou prestação de serviços aos trabalhadores;
- Fazer cessar o vínculo e readmitir o trabalhador, mesmo com o seu acordo, havendo o propósito de o prejudicar em direitos ou garantias decorrentes da antiguidade.

Mais se refere que, nos termos do número 2 do artigo 307.º da LGTFP, a falta culposa de pagamento pontual da remuneração, a violação culposa das garantias legais ou convencionais do trabalhador, a aplicação de sanção ilegal, a falta culposa de condições de segurança, higiene e saúde no trabalho, a lesão culposa de interesses patrimoniais sérios do trabalhador, ou ofensas à integridade física ou moral, liberdade, honra ou dignidade do trabalhador, puníveis por lei, praticadas pelo empregador público ou seu representante legítimo, isto é, comportamentos que redundem em violações dos deveres acima referidos, constituem justa causa de extinção do vínculo de emprego público pelo trabalhador, com direito a uma indemnização, a determinar entre 30 e 60 dias de remuneração base auferida pelo trabalhador por cada ano completo de antiguidade no exercício de funções públicas, mas nunca podendo ser inferior a três meses de remuneração base, nos termos do número 1 do artigo 309.º da LGTFP.

5. Poderes do Empregador Público

Vistos que estão os deveres do empregador público, passaremos a abordar os seus direitos ou, como previsto na Lei, os seus poderes no âmbito da relação laboral pública. Estes encontram-se na Secção II do Capítulo I do Título IV da LGTFP, que compreende os artigos 74.º a 76.º, consistindo no poder de direcção, no poder regulamentar e no poder disciplinar.

No entanto, não deixa de ser concebível a figura dos direitos do empregador público, por oposição aos deveres gerais dos trabalhadores³, elencados no número 2 do artigo 73.º da LGTFP.

Assim, tem o empregador público direito a que os seus trabalhadores desempenhem as suas funções:

- No respeito pela Constituição, pelas leis e pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos;

³ Nos quais se inclui o dever de frequentar acções de formação previsto no número 12 do artigo 73.º - nesse sentido CARVALHO, Raquel, Os deveres funcionais dos trabalhadores em funções públicas. Direito e Justiça. ISSN 0871-0336. Vol. III “Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes” (2015), p. 283-302.

- Sem retirar vantagens, directas ou indirectas, pecuniárias ou outras, para si ou para terceiro, das funções que exerce;
- Com equidistância relativamente aos interesses com que seja confrontado, sem discriminar positiva ou negativamente qualquer deles, na perspectiva do respeito pela igualdade dos cidadãos;
- Prestando ao cidadão, nos termos legais, a informação que seja solicitada, com ressalva daquela que, naqueles termos, não deva ser divulgada;
- Conhecendo e aplicando as normas legais e regulamentares e as ordens e instruções dos superiores hierárquicos, de acordo com os objectivos que tenham sido fixados e utilizando as competências que tenham sido consideradas adequadas;
- Acatando e cumprindo as ordens dos legítimos superiores hierárquicos, dadas em objecto de serviço e com a forma legal;
- Com subordinação aos objectivos do órgão ou serviço;
- Tratando com respeito os utentes dos órgãos ou serviços e os restantes trabalhadores e superiores hierárquicos;
- Comparecendo ao serviço regular e continuamente e nas horas que estejam designadas.

5.1. Poder de direcção

O poder de direcção vem previsto no artigo 74.º da LGTFP e consiste na faculdade que assiste ao empregador público de, de acordo com os limites legais e contratuais, determinar o modo como deve ser prestado o trabalho.

Consiste, portanto, na virtualidade de determinar o conteúdo funcional da prestação de trabalho, quer quanto ao modo, como ao momento, quanto ao local de prestação do trabalho, o que o torna essencial para uma administração que se pretende célere, organizada e eficiente.

Este poder pode ser exercido através de ordens, instruções ou directrizes ao trabalhador.

No entanto, este não é um poder absoluto – como já referido, deverá obedecer aos limites legais e contratuais. Quando assim não seja, o trabalhador, considerando ilegal a ordem ou instrução recebidas, deve fazer expressamente menção desse facto ao reclamar ou ao pedir a sua transmissão ou confirmação por escrito para, nos termos do artigo 177.º da LGTFP e 271.º da CRP, ficar excluído de responsabilidade disciplinar, cessando o dever de obediência caso o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime.

Sobre esta matéria veja-se, entre outros, o Acórdão do TCA Norte do dia 18 de Março de 2016, proferido no processo 02776/13.6BEPRT, onde foi decidido que, não estando cumpridas as condições legais para a realização de um teste de alcoolemia, *“a recusa o trabalhador em sujeitar-se a tal teste não integra infracção disciplinar por violação do dever de obediência.”*⁴

5.2. Poder regulamentar

O poder regulamentar encontra-se previsto no artigo 75.º da LGTFP, estabelecendo o número 1 daquele artigo que o “empregador público elabora regulamentos internos do órgão ou serviço contendo normas de organização e disciplina do trabalho”.

Estamos perante mais uma forma de conformação da prestação de trabalho, mais abrangente que a ordem ou instrução prevista no poder de direcção, uma vez que se aplica à generalidade dos trabalhadores daquele empregador público e perdura no tempo.

Aquando da elaboração destes regulamentos deverá, nos termos do número 2 do artigo 75.º, ser ouvida a comissão de trabalhadores ou estrutura sindical aplicável.

Estando este pronto, deverá ser afixado na sede do órgão ou serviço em causa e nos locais de trabalho, de forma a permitir o seu conhecimentos pelos trabalhadores, devendo ainda ser publicado nas páginas electrónicas do organismo.

E como criam obrigações para os trabalhadores, têm associadas sanções pelo seu incumprimento – o que nos leva ao poder disciplinar, que abordaremos em seguida, bem como o caso particular da Autoridade Tributária e do seu Código de Conduta.

5.3. Poder disciplinar

O poder disciplinar é *“o poder do empregador público fundado na relação jurídica de emprego público ordenado à garantia do cumprimento, por parte do trabalhador, da prestação laboral (e complexo obrigacional associado), no quadro da relação jurídica de emprego público.”*⁵ e consiste na possibilidade de este sujeitar o trabalhador à disciplina laboral pública, aplicando-lhe sanções em caso de incumprimento dos seus deveres. É, portanto, um poder unilateral porque apenas pode ser exercido num sentido, do empregador público para o trabalhador.

Está previsto no artigo 76.º da LGTFP, devendo ser conjugado com o regime do exercício do poder disciplinar, que consta do artigo 176.º e seguintes.

Prevê-se neste artigo a sua abrangência a todos os trabalhadores ao serviço, incluindo os titulares dos órgãos dirigentes dos serviços da administração directa e indirecta do Estado,

⁴ Disponível em www.dgsi.pt.

⁵ NEVES, Ana Fernanda - O Direito Disciplinar Da Função Pública, volume II Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007. Dissertação de doutoramento, pág. 747.

iniciando-se essa sujeição com a constituição do vínculo de emprego público, em qualquer das suas modalidades, e mantendo-se enquanto este vigorar. No entanto, a alteração da situação funcional do trabalhador – através de uma comissão de serviço, por ex. – não impede a punição por infrações cometidas no exercício das funções anteriores. A cessação da relação jurídica de emprego público passou a ser motivo para fazer cessar o poder disciplinar do empregador público sobre o trabalhador, ainda que se trate de uma infração que tenha sido cometida durante o tempo em que o vínculo de emprego público existia.

O poder disciplinar baseia-se, pois, na necessidade de disciplina, de rigor e de controlo no que respeita ao cumprimento dos deveres dos trabalhadores, operando ainda como que um garante contra a insegurança e o livre arbítrio da Administração, assegurando ao trabalhador um conjunto de regras segundo as quais ele poderá pautar-se e defender-se.⁶

Nos termos do artigo 183.º da LTFP, constitui infração disciplinar *“o comportamento do trabalhador, por acção ou omissão, ainda que meramente culposo, que viole deveres gerais ou especiais inerentes à função que exerce.”*, ficando sujeito às sanções previstas no artigo 180.º e 188.º. No entanto, poderá o trabalhador eximir-se de responsabilidade disciplinar se, como já referido, houver reclamado de ordens ou instruções emanadas pelo seu superior hierárquico em matéria de serviço ou exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito, nos termos do artigo 177.º da LGTFP.

Analisadas as sanções aplicáveis, verifica-se que se reportam ao incumprimento de deveres funcionais. No entanto, a jurisprudência tem considerado vários comportamentos como relevantes para aferir do cumprimento dos deveres dos trabalhadores, ocorram os mesmos dentro ou fora do tempo e local de trabalho como seja a actividade sexual no local de trabalho ou o abuso de bebidas alcoólicas.⁷⁸

Veja-se, nesse sentido, o Acórdão do STA de 16 de Junho de 2011, proferido no processo 1106/09, em que estava em causa a frequência, por um Magistrado do Ministério Público, de um bar de alterne, e o Acórdão do STA, datado de 18 de Março de 2010, relativo ao processo n.º 0105/10, a propósito de uma Magistrada do Ministério Público que se apropriou de artigos de vestuários expostos num estabelecimento comercial, praticando um crime de furto.

Para que seja aplicada uma sanção de multa ou superior, sempre será necessário o apuramento dos factos em procedimento disciplinar, nos termos do artigo 194.º, que seguirá os trâmites previstos nos artigos 195.º e seguintes, sendo a decisão notificada ao trabalhador nos termos do artigo 222.º, momento a partir do qual este poderá lançar mão dos meios impugnatórios previstos no artigo 224.º, isto é, a impugnação hierárquica ou tutelar, nos termos do Código do Procedimento Administrativo, ou jurisdicional.

⁶ SALGADO, Ana Catarina Sá Gomes de Melo Matos - O Contrato De Trabalho Em Funções Públicas, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015. Dissertação de doutoramento, pág. 250.

⁷ CARVALHO, Raquel- Os deveres funcionais dos trabalhadores em funções públicas. Direito e Justiça. ISSN 0871-0336. Vol. III “Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes” (2015), pág. 294.

⁸ Nesse sentido, veja-se o Acórdão do STJ de dia 12 de Março de 2014, proferido no processo 590/12.5TTLRA.C1.S1.

Caso a decisão atrás referida seja a de demissão, poderá o trabalhador, ao abrigo do artigo 299.º da LGTFP, apresentar acção de impugnação do despedimento ou demissão no prazo de um ano. Caso esta seja procedente, sendo anulada ou declarada nula a sanção de despedimento ou demissão, o empregador público é condenado a indemnizar o trabalhador por todos os danos, patrimoniais e não patrimoniais causados e a reconstituir a situação jurídico-funcional actual hipotética do trabalhador.

6. O Código de Conduta da Autoridade Tributária⁹

A 23 de Julho de 2015, o Conselho de Administração da Autoridade Tributária e Aduaneira aprovou o Código de Conduta daquela organização, documento que visava, em conjunto com a Carta Ética da Administração Pública, a *“afirmação dos princípios e valores comuns de serviço público, juntando-lhes referências éticas de conduta profissional e pública que respeitam especificamente à atividade dos trabalhadores da AT.”* Isto porque, *“A intervenção da AT realiza-se num âmbito da maior importância para a vida dos cidadãos e para a atividade económica em geral, bem como para a segurança e proteção da sociedade e, por isso, deve subordinar-se a padrões que resistam ao mais rigoroso escrutínio público.”* *“Com efeito, a informação recolhida pela AT na prossecução das suas atribuições, aliada ao elevado grau de informatização da sua atividade, impõe uma conduta rigorosa aos trabalhadores na estrita observância do dever de sigilo profissional e fiscal e do princípio da finalidade que legitima o tratamento de dados pessoais pela AT, incluindo a sua recolha, acesso e guarda. A proteção devida aos dados pessoais, bem como a outra informação abrangida pelo dever de confidencialidade constitui, assim, verdadeiro valor profissional dos trabalhadores da AT.”* *“Em suma, um Código de Conduta, ao sublinhar o que se deve fazer e o que convém evitar, não só consolida a imagem pública da AT e a dos seus trabalhadores, como é um instrumento capaz de promover a coesão e a autorregulação.”*

Apesar dos nobres objectivos supra mencionados, o certo é que tal Código de Conduta não veio apresentar grandes inovações face à legislação já existente, aplicável aos trabalhadores em causa, apenas repisando e apresentando exemplos práticos dos deveres dos trabalhadores já antes referidos (ao que também não será estranho o período algo conturbado pelo que passava aquele organismo).

Com efeito, o Código de Conduta da AT apresenta 9 princípios (Serviço público, Legalidade, Hierarquia, Imparcialidade, Igualdade, Proporcionalidade, Colaboração, Qualidade e Integridade), 11 valores profissionais e 19 valores éticos que já decorriam do corpo legislativo aplicável aos funcionários da AT – razão que, crê-se, motivou a junção a este Código de excertos da CRP, Lei de Protecção de Dados Pessoais, Lei Geral Tributária, Código Aduaneiro Comunitário, Código do Procedimento Administrativo, LGTFP (designadamente os abordados artigos 70.º, 71.º, 73.º, 176.º, 177.º e 183), Estatuto do Pessoal Dirigente dos Serviços e Organismos da Administração Central, Regional e Local do Estado, Regime Jurídico de Incompatibilidades e Impedimentos dos Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos, Código de Procedimento e de Processo Tributário, Lei Orgânica da DGCI, Lei Orgânica da

⁹ Disponível em www.portaldasfinancas.gov.pt.

Direcção-Geral da Alfândegas, Regime Complementar do Procedimento de Inspecção Tributária, Código Penal e Regime Geral das Infracções Tributárias.

Ora, não apresentando inovações, afigura-se-nos que o Código de Conduta foi uma empresa falhada, tendo visto o seu intuito gorado, na medida em que pouco impacto teve na modificação dos comportamentos dos trabalhadores. Isto é, o bom serviço prestado pela AT com certeza se manteve, não tendo o menos bom, por ventura, logrado atalhar caminho por via deste regulamento. No entanto, não deixa de ser um contributo mais na determinação dos valores a respeitar pelos trabalhadores daquela Autoridade, o que sempre se considerará positivo.

7. Conclusões finais

- O empregador público é uma pessoa colectiva pública que constitui vínculos de emprego público;
- No âmbito desse vínculo, ambas as partes devem proceder de boa-fé e pugnar pelo aumento da produtividade e da qualidade do serviço prestado;
- O conjunto de deveres do empregador público tem perdurado no tempo e é muito similar ao do empregador privado;
- O empregador público tem sobre os trabalhadores os poderes de direcção, regulamentação e disciplina, sendo este o mais relevante;
- A AT instituiu um Código de Conduta para os seus trabalhadores mas este não apresenta inovações face à legislação existente à data.

Bibliografia

- ALMEIDA, Paulo – A Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas – Comentário às Principais Alterações, *in* Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Volume III, Universidade Católica Editora, 2015.
- CARVALHO, Raquel – Os deveres funcionais dos trabalhadores em funções públicas. Direito e Justiça. ISSN 0871-0336. Vol. III “Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes” (2015), p. 283-302).
- NEVES, Ana Fernanda – O Direito Disciplinar Da Função Pública, volume II Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007. Dissertação de doutoramento.

- SALGADO, Ana Catarina Sá Gomes de Melo Matos – O Contrato De Trabalho Em Funções Públicas, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015. Dissertação de doutoramento.
- FERREIRA, Isabel Azevedo – Do despedimento do trabalhador em funções públicas: processo e defesa, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2013. Dissertação de Mestrado.

Acórdãos

- Acórdão do STA de 18 de Março de 2010, processo n.º 0105/10.
- Acórdão do STA de 16 de Junho de 2011, processo 1106/09.
- Acórdão do STJ de dia 12 de Março de 2014, processo 590/12.5TTLRA.C1.S1.
- Acórdão do TCA Norte de 18 de Março de 2016, processo 02776/13.6BEPRT.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

19. Os direitos e deveres do trabalhador público

Feliciano Santinho

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

OS DIREITOS E DEVERES DO TRABALHADOR PÚBLICO

Feliciano Santinho

Introdução

1. O trabalhador público – uma aproximação ao conceito
 - 1.1. A nomeação
 - 1.2. A comissão de serviço
 - 1.3. O contrato de trabalho em funções públicas
 2. Os Direitos do Trabalhador Público
 - 2.1. Direito à remuneração
 - 2.2. Direito à ocupação efectiva e à prestação efectiva de trabalho
 - 2.3. Direito à progressão no posto de trabalho (ou direito à carreira)
 3. Os deveres do trabalhador público
 - 3.1. Os deveres gerais do trabalhador público
 - 3.1.1. O dever de prossecução do interesse público
 - 3.1.2. O dever de isenção
 - 3.1.3. O dever de imparcialidade
 - 3.1.4. O dever de Informação
 - 3.1.5. O dever de zelo
 - 3.1.6. O dever de obediência
 - 3.1.7. O dever de lealdade
 - 3.1.8. O dever de correcção
 - 3.1.9. O dever de assiduidade e o dever de pontualidade
 - 3.2. Os deveres especiais do trabalhador público
 4. Considerações finais
- Bibliografia

Sumário: Perspectivar, de forma compartimentada e ordenada, os direitos e os deveres que, face ao ordenamento jurídico actual, são aplicáveis aos trabalhadores públicos, com contrato, nomeados ou em comissão de serviço, tomando em consideração, igualmente, as posições doutrinárias e as decisões jurisprudenciais.

ABSTRACT: To prospect in a compartmentalized and orderly manner, the rights and obligations that, in the view of the actual jurisdiction, shall apply to the public workers, with a contract, appointed or seconded officials, taking into account, equally, doctrinal positions and jurisprudential decisions.

Palavras-chave: Trabalhador público; vínculo de emprego público; nomeação; comissão de serviço; contrato de Trabalho em Funções Públicas; direitos do trabalhador público; deveres gerais do trabalhador público, deveres especiais do trabalhador público; remuneração; ocupação efectiva e à prestação efectiva de trabalho; progressão no posto de trabalho ou direito à carreira; prossecução do interesse público; isenção; imparcialidade; Informação; zelo; obediência; lealdade; correcção; assiduidade; pontualidade.

Key-Words: Public worker, public employment bond, appointment, seconded officials, labour contract for public service, rights of the public worker, general duties of the public worker, special duties of the public worker, remuneration, effective occupation and actual work, job progression or career advancement, pursuit the public interest, exemption, impartiality, information, zeal, obedience, loyalty, correction, assiduity, punctuality.

Introdução

O presente trabalho, realizado no âmbito do Direito das Relações Laborais da Função Pública, versa sobre os direitos e deveres do trabalhador público, tema que pela sua abrangência será tratado, dada a exiguidade do meio, quase na inversa proporcionalidade da sua importância.

Na verdade, assumir, para cerca de 650.000 pessoas¹ crucial importância saberem quais os direitos que advêm da sua condição de trabalhador público, e, certamente, quais os deveres que lhe serão exigíveis e que deverão observar por força dessa mesma condição profissional. Procurará dar-se uma visão abrangente e tão quanto possível, completa, ainda que necessariamente esquemática, desses direitos e desse deveres, com mais ênfase nestes últimos, por força da sua condição motivadora de efeitos disciplinares, *rectius*, de eventuais efeitos disciplinares, conjugando a letra da lei com, sempre que possível, jurisprudência existente em relação a cada um deles.

A abordagem, que se procurará mais inclusiva que minuciosa, como se referiu, começará pela definição do próprio conceito trabalhador público, o sujeito desses deveres e direitos, ou seja, a quem os mesmos se direccionam, com uma abordagem breve às formas possíveis de constituição da condição de trabalhador público, e, posteriormente, ao suporte legal dos direitos e deveres focados, com uma abordagem mais detalhada de cada um, sem esquecer um breve excuro jurisprudencial, sempre que se mostre necessário ou justificado.

1. O trabalhador público – uma aproximação ao conceito

Com a publicação e entrada em vigor da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Lei 35/2014, de 20 de Junho, (doravante identificada apenas como LTFP), esta tornou-se o instrumento legal privilegiado para a regulação do direito do trabalho em funções públicas, ou seja, na relação laboral pública.

A LTFP veio, de forma evidente, aproximar o regime laboral público do regime laboral privado, nomeada e principalmente ao regime do Código de Trabalho, aprovado pela Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro. A LTFP assume expressamente essa aproximação, na sua exposição de motivos, e de forma mais concretizada no seu artigo 4.º, com a ampla remissão aí feita para o Código do Trabalho, ainda que essa remissão seja feita “(s)em prejuízo do disposto na presente lei e com as necessárias adaptações).

Mantém-se, no entanto, e apesar dessa aproximação, constante e gradual de regimes (sendo uns e outros, públicos ou privados, trabalhadores que exercem uma actividade remunerada por conta de outrem, de forma subordinada), um núcleo de especificidades próprias ao conceito de trabalhador público, desde logo, derivado da prossecução do interesse público que

¹ Número aproximado de funcionários públicos em 2015. Fonte PORDATA, disponível em: <http://www.pordata.pt/Portugal/Emprego+nas+Administra%C3%A7%C3%B5es+P%C3%BAlicas+Central++Regional++Local++Fundos+da+Seguran%C3%A7a+Social-497>.

incumbe à Administração Pública², por força do imperativo constitucional do artigo 266.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, e de forma exclusiva, acrescenta o artigo 269.º, n.º 1, do mesmo diploma fundamental.

A LTFP não tem uma noção expressa de trabalhador público, ou trabalhador em funções públicas. Este conceito é, na LTFP, trabalhado com base nas formas em que o trabalho em funções públicas pode ser prestado.

Interessa assim saber como se constitui ou como se adquire, actualmente, essa condição de trabalhador público, a quem compete o desenvolvimento das diversas tarefas e incumbências da administração pública na prossecução do interesse público, sendo que, do texto constitucional se retira desde logo uma ressalva perante o regime laboral privado (ainda que não uma diferença opositiva): a tendencial limitação do acesso à categoria de trabalhador público, plasmada no artigo 47.º, n.º 2, da Constituição (ainda que essa limitação seja perfeitamente compatível com o direito de igualdade de acesso à via concursal de acesso para todos).

De acordo com o artigo 6.º da LTFP, as modalidades da constituição da relação jurídica de emprego público são actualmente a nomeação, a comissão de serviço e o contrato de trabalho em funções públicas. Vejamos, de forma breve, cada uma delas.

1.1. A Nomeação

O vínculo de nomeação, que constituía a regra nos regimes legais anteriores, sendo a forma de constituição do vínculo de emprego público por excelência e o regime modelo (em contraste ao contrato administrativo de provimento ou contrato de trabalho a termo) no regime anterior à Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, está actualmente previsto no artigo 8.º da LTFP, sendo de aplicação restrita aos trabalhadores inseridos em carreiras especiais, a quem compete as atribuições, competências e actividades respeitantes a missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes, representação externa do Estado, informações de segurança, investigação criminal, Segurança pública, quer em meio livre quer em meio institucional e inspecção.

Parece existir, assim, uma restrição do vínculo de nomeação às carreiras relacionadas com o poder de autoridade do Estado, sendo essas funções desenvolvidas no âmbito de carreiras especiais (cfr. o n.º 2 do artigo 8.º da LTFP).

A nomeação, constituída por acto administrativo, pode ser definitiva quando efectuada por tempo indeterminado, sem prejuízo do período experimental, ou transitória, quando efectuada por tempo determinado ou determinável.

² Entendida para efeitos da presente matéria a Administração Pública sujeita ao âmbito de aplicação e exclusão dos artigos 1.º e 2.º da LTFP, podem constituir vínculos de emprego público. Vide igualmente o artigo 25.º da LTFP.

A nomeação reveste, em regra, a forma legal de despacho, e, está dependente da aceitação da mesma pelo nomeado (artigo 42.º da LTFP), a qual determina o início de funções para todos os efeitos legais.

1.2. A comissão de serviço

A figura da comissão de serviço, enquanto modalidade de constituição do vínculo de emprego público está prevista no artigo 9.º da LTFP e ocorre:

- a) Em cargos não inseridos em carreiras, nomeadamente cargos dirigentes, e
- b) Funções exercidas com vista à aquisição de formação específica, habilitação académica ou título profissional por trabalhador com vínculo de emprego público por tempo indeterminado.

A comissão de serviço está, desta forma, relacionada com situações de especial confiança na relação estabelecida (desde logo evidente na possibilidade de cessação unilateral por qualquer das partes – sem justa causa pelo empregador, ao arrepio da regra geral), delimitada por um âmbito muito específico, o qual se encontra taxativamente enunciado no artigo 9.º, n.º 1, da LTFP.

A comissão de serviço terá 2 regimes supletivos de aplicação aplicável, como se extrai do n.º 2 do artigo 9.º da LTFP. Se o trabalhador designado em comissão de serviço possuir vínculo jurídico de emprego público constituído por nomeação, será este o regime que lhe é aplicado. Caso o vínculo de emprego público for constituído por contrato (figura que se verá infra) ou não possua qualquer vínculo de emprego público, ser-lhe-á aplicado o regime do contrato supletivamente. Pelo exposto, verifica-se que a prestação de trabalho em funções públicas, pelo regime de comissão de serviço, pode ser feita derivada de um anterior relação de trabalho com vínculo público ou independentemente dela, para exercício em comissão de serviço de forma totalmente inovadora como forma de constituição de vínculo de emprego público.

1.3. O contrato de trabalho em funções públicas

O regime do contrato de trabalho em funções públicas é, atendendo ao regime legal da LTFP, o “regime geral” que actualmente predomina na relação laboral de emprego público. Neste sentido e de forma inequívoca, refere o artigo 7.º da LTFP: “O vínculo de emprego público constitui-se, em regra, por contrato de trabalho em funções públicas”. Não se pretendendo, neste concreto tema do contrato, mais do que enfatizar a sua predominância em relação às outras formas, mais auxiliares, de constituição do vínculo de emprego público - a nomeação e a comissão de serviço (pois como regra, toda a relação jurídica pública laboral, desde a sua constituição até ao seu término passa a estar assente na figura do contrato de trabalho em funções públicas), há que realçar um ponto: embora a figura do contrato seja essencialmente uma figura bilateral, negociada, discutida entre as partes contratantes, no contrato de

trabalho em funções públicas, a reduzida margem negocial do empregador público, torna-o predominantemente um contrato de adesão, ou seja, um contrato em que, por força da especial relação administrativista estabelecida, o conteúdo negocial do mesmo encontra-se bastante limitado ou, ao inverso, desde logo, com conteúdo legalmente estabelecido e fora do âmbito de negociação directa entre as partes.

Para finalizar, uma referência ao artigo 12.º da LTFP, que estabelece como jurisdição materialmente competente para dirimir os litígios emergentes do vínculo de emprego público, os Tribunais Administrativos e Fiscais.

Essa competência, em razão da matéria, dos Tribunais Administrativos e Fiscais, está, por exemplo, reconhecida no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25-06-2015, processo 422/14.0TTLRA.C1, relator Felizardo Paiva³, que tinha como sumário:

“I – A competência material do tribunal afere-se pelos termos em que a acção é proposta e pela forma como o autor estrutura o pedido e os respectivos fundamentos. Por isso, para se aferir da competência material do tribunal importa apenas atender aos factos articulados pelo autor na petição inicial e à pretensão jurídica por ele apresentada, ou seja à causa de pedir invocada e aos pedidos formulados.

II – A jurisdição administrativa tem competência para a apreciação dos litígios com origem na administração pública lato sensu e envolvem a aplicação de normas de direito administrativo ou fiscal ou a prática de actos a coberto do direito administrativo.

III – Assente que a relação jurídica estabelecida entre as partes, tal como é configurada pelo autor, deve ser caracterizada como de emprego público, nunca tendo estado sujeita à lei laboral comum, são os tribunais da jurisdição administrativa os competentes para apreciar os litígios dela emergentes.”

2. Os Direitos do Trabalhador Público

Centrando a nossa atenção no âmbito mais específico da temática solicitada para a elaboração deste trabalho, vejamos agora a questão dos direitos do trabalhador público.

Não existindo um catálogo específico dos direitos comuns do trabalhador público, enquanto normativo que elenque ou liste os mesmos, estes poder-se-ão retirar, na LTFP, do confronto dos artigos 70.º, 71.º e 72.º deste diploma, os quais consagram os deveres gerais do empregador público (e do trabalhador), os deveres do empregador público e as garantias do trabalhador.

³ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/e31518370f1d807b80257e7a004d7f04?OpenDocument>.

Assim, relevam do confronto dessas normas legais, os seguintes direitos do trabalhador público:

- Direito à Remuneração;
- Direito à ocupação efectiva e à prestação efectiva de trabalho;
- Direito à progressão no posto de trabalho (ou direito à carreira).

Estes direitos serão os que no âmbito deste trabalho serão realçados, em detrimento de outros direitos de natureza mais colectiva ou indiferenciada, (como, e.g., o direito à greve) ou os outros direitos que correspondem à vertente impositiva dos relacionados deveres do trabalhador público, e que se abordarão de forma detalhada posteriormente, no âmbito da análise dos deveres do trabalhador.

2.1. Direito à remuneração

O direito à remuneração pelo trabalhador, derivado desde logo do carácter oneroso do vínculo estabelecido, como contrapartida pelo seu dever de prestar trabalho, assenta, em termos constitucionais, no artigo 59.º, n.º 1, alínea a), aplicável independentemente da natureza pública ou privada do vínculo constituído. Na LTFP o direito à remuneração será, eventualmente, o mais relevante na esfera dos direitos do trabalhador. Está consagrado no artigo 71.º, n.º 1, alínea b), que nos diz que o empregador se obriga a pagar pontualmente a remuneração, que deve ser justa e adequada ao trabalho.

Esse carácter de justeza e adequação, obviamente, terá de compatibilizado com o princípio da legalidade. Na verdade, a remuneração dos trabalhadores públicos encontra-se fixada por lei, só podendo o trabalhador público auferir a retribuição fixada pela lei para a sua situação concreta. Sem prejuízo, claro, da possibilidade prevista no artigo 350.º, n.º 1, alínea c), da LTFP, de negociação colectiva da remuneração e outras prestações pecuniárias, incluindo a alteração dos níveis remuneratórios e do montante pecuniário de cada nível remuneratório, no seguimento do direito de participação dos trabalhadores na legislação do trabalho, por força do artigo 15.º, n.º 2, alínea e), da LTFP.

Interessa agora saber, em que consiste, como se define a remuneração dos trabalhadores públicos.

A determinação do valor da remuneração deve ser feita considerando a quantidade, a natureza, a qualidade do trabalho, e, a observância do princípio de a “trabalho igual, salário igual”, nos termos constitucionais previstos nos artigos 13.º e 59.º da Constituição da República Portuguesa.

Na LTFP as regras gerais do regime das remunerações dos trabalhadores públicos encontram-se previstas nos artigos 144.º a 168.º.

No artigo 146.º, da LTFP, define-se expressamente as 3 componentes da remuneração. São elas:

- a) A remuneração base;
- b) Os suplementos remuneratórios;
- c) Os prémios de desempenho.

Vejamos mais especificadamente cada uma destas componentes da remuneração (cuja periodicidade se prevê mensal – artigo 145.º, n.º 2, da LTFP).

a) A remuneração base

A remuneração base é “o montante pecuniário correspondente ao nível remuneratório da posição remuneratória onde o trabalhador se encontra na categoria de que é titular ou do cargo exercido em comissão de serviço – artigo 150.º, n.º 1, da LTFP. O n.º 2 do artigo vem concretizar que a remuneração base anual é paga em 14 mensalidades, correspondendo uma delas ao subsídio de Natal (artigo 151.º da LTFP) e outra ao subsídio de férias (artigo 152.º da LTFP).

O nível remuneratório que serve de referência para o cálculo da remuneração constará, em cada caso concreto, da posição do trabalhador na tabela remuneratória única prevista no artigo 147.º da LTFP⁴, sendo que, por força do artigo 148.º, não podem ser definidos níveis remuneratórios inferiores ao da retribuição mínima mensal do Código do Trabalho.

b) Suplementos remuneratórios;

Os suplementos remuneratórios são legalmente definidos como “os acréscimos remuneratórios devidos pelo exercício de funções em postos de trabalho que apresentam condições mais exigentes relativamente a outros postos de trabalho caracterizados por idêntico cargo ou por idênticas carreira e categoria” – artigo 159.º, n.º 1, da LTFP.

Os suplementos remuneratórios serão percebidos apenas no exercício efectivo de funções e por causa de condições de trabalho mais exigentes, como, por exemplo, trabalho nocturno, arriscado, insalubre ou penoso.

Os suplementos remuneratórios são criados por lei (n.º 6 do artigo 159.º da LTFP), podendo ser regulamentados por instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

c) Prémios de desempenho;

⁴ Aprovada pela Portaria 1553-C/2008, de 31 de Dezembro.

Os prémios de desempenho não possuem uma definição legal na LTFP, correspondendo a um híbrido de reconhecimento e estímulo aos trabalhadores, para desempenhos tendencialmente excepcionais, objectivamente avaliados num determinado período de tempo, ao abrigo do Sistema Integrado de Avaliação e Desempenho da Administração Pública (SIADAP – Lei 66-B/2007, de 28 de Dezembro) – 167.º, n.º 5 da LTFP. A avaliação de desempenho, nos termos deste diploma, será condição, para permitir, além de uma eventual alteração da posição remuneratória do trabalhador público, a atribuição a este de prémios de desempenho.

Os artigos 166.º a 168.º da LTFP integram os prémios de desempenho num sistema mais vasto de recompensas, pelo que os mesmos em si também serão, como defendemos, uma recompensa, já que, em regra, dependem da atribuição, ao trabalhador público, da menção máxima ou a imediatamente inferior a ela, funcionando como incentivo a desempenhos excepcionais, ou tendencialmente excepcionais, por parte dos trabalhadores públicos.

De referir que se considera que a intangibilidade do direito à remuneração foi casuisticamente colocada em causa para os trabalhadores colocados no regime da mobilidade especial/requalificação, no âmbito do actual artigo 18.º da Lei 12/2016, de 28 de Abril, que alterou a Lei 80/2013, de 28 de Novembro.

2.2. Direito à ocupação efectiva e à prestação efectiva de trabalho

O direito à ocupação efectiva, ainda que um direito do trabalhador, também é concomitante um dever seu, o da prestação da sua actividade laboral. Não é assim de estranhar que esteja previsto na LTFP, no artigo 78.º, n.º 1, alínea b), de certa forma pela negativa, encontrando-se proibido ao empregador público “Obstar, injustificadamente, à prestação efectiva do trabalho”, pelo trabalhador. Comparativamente ao Código do Trabalho, resulta igual teor no artigo 129.º, n.º 1, alínea b), deste diploma legal.

O direito do trabalhador à prestação efectiva do trabalho resulta desde logo do corolário constitucional do reconhecimento da dignificação laboral, em que, nas palavras de JORGE LEITE, o “*direito à ocupação efectiva como meio de satisfação do interesse próprio e autónomo do trabalhador em exercer a sua actividade profissional, o que só com esse exercício efectivo pode ser satisfeito com plenitude*”⁵.

Muitas vezes associado a condutas retaliatórias ou sancionatórias pela entidade patronal, com os consequentes efeitos perniciosos daí derivados, a violação desse direito do trabalhador tanto pode passar pela não atribuição de quaisquer tarefas, cometimentos, ordens de serviços ou afins, como pela atribuição de tarefas injustificadas (ainda que atribuídas num âmbito gestor, alargado, de decisão do empregador em termos de mobilidade funcional), bem como as que se revelem totalmente irrelevantes em termos laborais. Quanto a esta questão, temos por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09-05-2007, processo 1254/2007-a, Relatora Maria João Romba, com o seguinte sumário:

⁵ Jorge Leite, Revista do MP, volume 47, pág. 9 a 34.

I - Actualmente previsto como garantia do trabalhador no artigo 122º al. B) do CT, já antes da entrada em vigor deste diploma, apesar de não estar expressamente previsto em nenhuma disposição legal, o direito à ocupação efectiva era, de um modo geral, reconhecido na nossa ordem jurídico-laboral, de certo modo por imposição da jurisprudência formada nas últimas décadas.

II - Tal direito só deverá ceder quando a desocupação se mostre objectivamente fundada, em situações pontuais em que pode ser do interesse do empregador deixar o trabalhador temporariamente inactivo, sem que isso seja ilegítimo.

III - A ilicitude de uma situação prolongada de indefinição e de não ocupação efectiva – a que acresce o facto de o gerente da R. ter deixado progressivamente de falar com o A., limitando-se a cumprimenta-lo, de o A. Não ter visto actualizada a respectiva retribuição, ao contrário do que sucedeu com os demais trabalhadores, de ter sido retirada da recepção a cadeira que o A. Ocupava e este proibido de ali permanecer – é apta a criar no trabalhador (com 27 anos de casa e que até 2002 vira reconhecido pela R. a sua abnegação, competência e mérito) sofrimento moral, angústia, perda da auto-estima, ferindo a sua dignidade como trabalhador e mesmo como pessoa.

IV - Aquilo que caracteriza o mobbing ou assédio moral são “três facetas: a prática de determinados comportamentos hostis – nomeadamente qualquer conduta abusiva manifestada por palavras (designadamente graçolas), gestos ou escritos - a sua duração – carácter repetitivo desses comportamentos – e as consequências destes, nomeadamente sobre a saúde física e psíquica da vítima e sobre o seu emprego.

V - A decisão da R. de 20/10/2003 (reafirmada em 28/10/2003), de atribuir ao A. Como local de trabalho o gabinete no 6º piso e de lhe atribuir como tarefas a realização dos estudos que formalmente se enquadram no descritivo funcional da categoria de assistente de direcção, mas que, por o A. Não possuir qualificações académicas e profissionais para efectuar pelo menos parte dos mencionados estudos, não poderiam, em rigor, ser-lhe exigidas, é precisamente daquelas medidas que isoladamente apreciadas até poderiam parecer lícitas ou pouco significantes, mas inseridas no procedimento global que se arrastava havia meses, integra o assédio moral através do qual a R. visava levar o trabalhador a fazer cessar o contrato de trabalho, como acabou por suceder.⁶

2.3. Direito à progressão no posto de trabalho (ou direito à carreira)

O direito de progressão no posto de trabalho (ou direito à carreira) traduz a possibilidade conferida aos trabalhadores com vínculo de emprego público (definitivo ou sem termo), de progredirem ou ascenderem nas respectivas categorias e/ou atingirem posições remuneratórias superiores, atendendo ao seu mérito e ao seu tempo de serviço. O direito de

⁶ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d05b9dbcf9737170802572e5003409fb?OpenDocument>.

progressão no posto de trabalho está previsto na alínea e) do n.º 1 do artigo 79.º da LTFP e do n.º 4 do artigo 82.º do mesmo diploma. Assume, assim, um carácter fundamental, a possibilidade de os trabalhadores incrementarem as suas condições laborais, que se traduzirão em efeitos económicos positivos, como potencial estímulo a um melhor desempenho individual, medido pelo mérito evidenciado e pela prestação de um tempo de serviço mínimo na posição remuneratória imediatamente inferior (artigos 156.º e 157.º da LTFP e Lei 66-B72007, de 28 de Dezembro – SIADAP, que condiciona, pelo sistema de quotas de mérito instituído, o regime de progressão).

Actualmente, a LTFP prevê a existência de carreiras gerais, as *“cujos conteúdos funcionais caracterizam postos de trabalho de que a generalidade dos órgãos ou serviços carece para o desenvolvimento das respectivas actividades”* e carreiras especiais, que serão *“as carreiras cujos conteúdos funcionais caracterizam postos de trabalho de que apenas um ou alguns órgãos ou serviços carecem para o desenvolvimento das respectivas actividades”* – artigo 84.º da LTFP.

Nos termos do artigo 87.º da LTFP, a progressão na carreira far-se-á, nas carreiras unicategoriais (cf. artigo 85.º, n.º1, da LTFP) e pluricategoriais, no sentido crescente de posições remuneratórias de cada categoria de uma carreira, ou nas próprias categorias de cada carreira.

Será esta progressão, ou melhor a possibilidade desta progressão, que atendendo aos condicionalismos dos artigos 156.º e 157.º da LTFP (e às vicissitudes de cabimento orçamental) que constitui um direito do trabalhador público, ainda que sem carácter absoluto, pois tal como consta do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 355/99, de 15 de Junho de 1999, disponível in www.tribunalconstitucional.pt, *“[a] protecção constitucional da carreira como factor de valorização profissional do trabalhador não impede que o legislador proceda a reajustamentos, maiores ou menores, na estrutura das carreiras do funcionalismo público, de acordo com as exigências do interesse público”*.

3. Os deveres do trabalhador público

Numa primeira análise aos deveres que incumbem ao trabalhador público, podemos desde logo, proceder à sua separação, em deveres funcionais gerais ou principais, e em deveres funcionais específicos ou acessórios, sendo que o primeiro e principal dever do trabalhador será o de prestar o seu trabalho.

3.1. Os deveres gerais dos trabalhadores públicos

A LTFP veio a consagrar, quase na totalidade, os deveres gerais dos trabalhadores públicos. Regulou, igualmente, as questões disciplinares e sancionatórias, em caso de verificação do incumprimento desses deveres, assegurando, assim, uma maior segurança e certeza jurídica, ao ter procedido à integração, neste diploma legal, do anterior Estatuto disciplinar dos

trabalhadores que exercem funções públicas – Lei 58/2008, de 9 de Setembro (cf. artigo 76.º da LTFP).

O exercício do poder disciplinar encontra-se previsto, como prerrogativa do empregador público, nos artigos 176.º e seguintes da LTFP, sendo que no artigo 183.º se define infracção disciplinar como o *“comportamento do trabalhador, por acção ou omissão, ainda que meramente culposo, que viole deveres gerais ou especiais inerentes à função que exerce”*.

Os deveres, gerais ou especiais, vinculam o trabalhador público, cuja violação o podem fazer cair em alçada disciplinar. Para se verificar cometida uma infracção disciplinar pelo trabalhador público, terá de se verificar, em concreto, a violação de um dever geral, ou especial, relacionado com a função exercida em concreto.

Nos termos do artigo 73.º da LTFP serão deveres gerais dos trabalhadores aqueles que recaiam sobre todo e qualquer trabalhador que exerça funções públicas, sendo deveres comuns à generalidade dos trabalhadores públicos. Serão deveres especiais os que resultem de um conteúdo funcional directa e exclusivamente característico do serviço público concreto a que o trabalhador público se encontra adstrito.

O artigo 73.º, n.º 2, da LTFP, enuncia os deveres gerais dos trabalhadores públicos, delineando-os, de, forma breve, nos n.º 3 a 11 do mesmo artigo.

O artigo 73.º, LTFP acrescenta, nos n.º 11 e 12, duas situações específicas de deveres dos trabalhadores públicos, uma, nos casos de formação e aperfeiçoamento, tendo os mesmos dever de frequentar essas acções, salvo motivo atendível, e outra, para a situação dos trabalhadores em requalificação, que devem observar os deveres gerais inerentes a essa situação.

Voltando aos deveres gerais, o artigo 72.º da LTFP, enuncia os seguintes:

- O dever de prossecução do interesse público.
- O dever de isenção.
- O dever de imparcialidade.
- O dever de informação.
- O dever de zelo.
- O dever de obediência.
- O dever de lealdade.
- O dever de correcção.

- O dever de assiduidade.
- O dever de pontualidade.

E, como se viu, acrescenta ainda no n.º 11, o dever de frequentar acções de formação e aperfeiçoamento profissional na actividade em que desempenha funções.

Vejamos em que consiste cada um:

3.1.1. O dever de prossecução do interesse público

O dever de prossecução do interesse público consiste na defesa deste interesse, no respeito pela Constituição, pelas leis e pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” – artigo 73.º, n.º 2, alínea a) e n.º 3, da LTFP.

Este dever decorre do próprio interesse público como o interesse exclusivo a que se encontram vinculados os trabalhadores públicos, em dedicação única, e em respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Em rigor, o dever de prossecução do interesse público, mais que um dever em sentido estrito do trabalhador, tem de ser entendido como um princípio geral a ser observado pelos trabalhadores e pelos serviços públicos, generalizadamente, como regulador da actividade pública na sua plenitude.

Na sua actividade, os trabalhadores públicos estão exclusivamente obrigados à prossecução do interesse público, do qual decorre o correspondente e identificado dever de não apoiar e patrocinar interesses particulares, de não intervir em assuntos em que possam ter interesses directos ou indirectos e de não prosseguir interesses próprios que conflituem, ou possam conflitar, com os interesses públicos que devem defender e realizar.

A prossecução de quaisquer outros interesses, em desrespeito ao definido na Constituição e na Lei, nomeadamente interesses privados, fará, em última análise, incorrer o trabalhador em responsabilidade criminal.

3.1.2. O dever de isenção

O dever de isenção “*consiste em não retirar vantagens, directas ou indirectas, pecuniárias ou outras, para si ou para terceiro, das funções que exerce*” – artigo 73.º, n.º 2, alínea b) e n.º 4, da LTFP.

Este dever relaciona-se com a necessária independência do trabalhador público, devendo o mesmo não procurar obter, nem receber, quaisquer vantagens, ou benefícios ilícitos, numa perspectiva marcadamente patrimonial, e ainda numa perspectiva negativa, não permitindo quaisquer pressões ou imposições de terceiros que condicionem a melhor prossecução do interesse público a que está vinculado. Quanto a este dever do trabalhador público, diz-nos o

acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 10/02/2012, processo 239/09.3 BPRT, relatora Maria do Céu Dias Rosa Neves.⁷, que: *“Pese embora o tribunal a quo ter concluído pela verificação de uma única infração disciplinar, tal não significa, que a sanção a aplicar tenha de ser diferente da que foi aplicada, se já constar do relatório final, que foi desde logo considerado que à violação do dever de isenção correspondia a pena de demissão, por força do disposto no artigo 26º, nº 4, al. B) do então Estatuto Disciplinar, vigente à data dos factos [DL nº 24/84 de 16/01], ou seja, por “em resultado do lugar que ocupam, solicitarem ou aceitarem, directa ou indirectamente, dádivas, gratificações, participações em lucros ou outras vantagens patrimoniais, ainda que sem o fim de acelerar ou retardar qualquer serviço ou expediente”.*

3.1.3. O dever de imparcialidade

Com um cariz muito similar ao dever de isenção, o dever de imparcialidade *“consiste em desempenhar as funções com equidistância relativamente aos interesses com que seja confrontado, sem discriminar positiva ou negativamente qualquer deles, na perspectiva do respeito pela igualdade dos cidadãos”* – artigo 73.º, n.º 2, alínea c) e n.º 5, da LTFP.

Impõe-se ao trabalhador público o exercício funcional sem qualquer discriminação, com respeito pela exigência constitucional da igualdade entre todos os cidadãos, nomeadamente com um tratamento ou uma postura desconforme do estatuído no artigo 13.º da Constituição. Como forma de garantir a imparcialidade do trabalhador público (e a sua isenção), existe um conjunto de meios e disposições legais que visam assegurar essa imparcialidade e isenção dos trabalhadores no exercício de funções públicas, de entre os quais de destacam, e a título de exemplos, o regime regra de exclusividade no exercício de funções públicas, o regime de exercício de outras funções em acumulação, sejam públicas ou privadas, o regime de conflito de interesses, o regime de impedimentos e o regime de escusa e suspeição.

Como se referiu, um dos claros afloramentos deste princípio reside nas especiais condições – restritivas, em que o trabalhador público pode exercer qualquer outra actividade profissional, ou em que lhe é permitido esse exercício (cf. artigo 22.º, n.º 1, da LTFP), que se entenderia como condicionante da necessária imparcialidade, profissional e até pessoal do trabalhador, no exercício das suas funções públicas. Recorrendo à jurisprudência, o acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 21/04/2016, processo 230/05.9 BEMDL⁸:

“I - O conceito de “dirigente máximo do serviço” não se reporta ao superior hierárquico imediato do infractor disciplinar, mas sim ao dirigente colocado no topo da hierarquia. No âmbito de uma Direcção-Geral o dirigente máximo do serviço é o Director-Geral.

⁷ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/badf94da65130211802579aa003718d9?OpenDocument>.

⁸ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/5b0f12bdcd84771280257fb60050d6f5?OpenDocument>.

II - O recorrente, como trabalhador do Estado na Direcção-Geral dos Impostos e, em segundo lugar, como Dirigente desse mesmo serviço na área da inspecção tributária, sabia, ou tinha obrigação de saber, dos deveres decorrentes do exercício da sua profissão, nomeadamente quanto a incompatibilidades.

III - Ao Tribunal apenas cabe apreciar a medida concreta da pena em casos de erro grosseiro e manifesto na sua aplicação, uma vez que esta é uma tarefa da Administração inserida na chamada discricionariedade técnica ou administrativa.”

3.1.4. O dever de Informação

Também decorrente de norma constitucional, o dever de informação “*consiste em prestar ao cidadão, nos termos legais, a informação que seja solicitada, com ressalva daquela que, naqueles termos, não deva ser divulgada*” – artigo 73.º, n.º 2, alínea d) e n.º 6, da LTFP.

Em verdade, constituirá o contraponto do direito constitucional previsto no artigo 268.º, n.º 1 e 2 da Constituição à informação e acesso aos elementos administrativos (cf. Lei 26/2016, de 22 de Agosto – que regula o acesso aos documentos administrativos).

O dever de informar dependerá de solicitação do interessado, a apreciar e valorar casuisticamente se existe mesmo esse direito do interessado a ser informado, atendendo à matéria em causa, à legitimidade do requerente, e nos casos em que se exija, à respectiva fundamentação do pedido, pois essa violação do dever pode ocorrer nos casos em que a informação não é prestada mas igualmente no caso em que é disponibilizada informação indevidamente pelo trabalhador público.

3.1.5. O dever de zelo

O dever de zelo contém, em si, duas obrigações constantes e regulares do trabalhador público. O dever de zelo “*consiste em conhecer e aplicar as normas legais e regulamentares e as ordens e instruções dos superiores hierárquicos, bem como exercer as funções de acordo com os objectivos que tenham sido fixados e utilizando as competências que tenham sido consideradas adequadas*” – artigo 73.º, n.º 2, alínea e) e n.º 7, da LTFP.

Assim, o trabalhador deve actuar com zelo e dedicação, procurando manter-se permanente actualizado ao nível do seus conhecimentos legais, regulamentares e de instruções superiores, numa perspectiva de eficiência, sendo o seu desconhecimento negligente uma possível violação desse mesmo dever de zelo.

Impõe-se, igualmente, que não se verifique uma questão de incompetência profissional, como segunda vertente do dever de zelo, no cumprimento dos objectivos fixados (que lhe devem ser comunicados no início de cada período de avaliação).

Numa perspectiva modeladora desse aperfeiçoamento, necessário e constante para desempenho com zelo das funções respectivas, o artigo 73.º, n.º 12, da LTFP, estabelece o dever do trabalhador frequentar acções de formação e aperfeiçoamento profissional na actividade em que exerce funções, das quais apenas pode ser dispensado por motivo atendível, como se referiu infra. Recorrendo à jurisprudência, o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 25/11/2003, processo 1857/02, relator São Pedro⁹, explicita no seu sumário que:

“I - O dever de zelo consiste em conhecer as normas legais e regulamentares e as instruções dos seus superiores hierárquicos, bem como possuir e aperfeiçoar os seus conhecimentos técnicos e métodos de trabalho de modo a exercer as suas funções com eficiência e correcção.

II - O dever de lealdade consiste em desempenhar as suas funções com subordinação aos objectivos do serviço e na perspectiva da prossecução do interesse público. Trata-se, assim, de um dever que coloca o funcionário obrigado a prosseguir a sua actividade para além de um estrito cumprimento, criando-lhe deveres acessórios de “bom cumprimento”, ou cumprimento tendo em vista os objectivos concretos do serviço.

III - O médico que findo o seu horário de trabalho abandona a urgência de um Centro de Saúde, sabendo que durante algumas horas não iria ficar no serviço de urgência qualquer outro médico, viola o dever de lealdade.

IV - Tal violação é cometida com negligência grave, e com grave desinteresse pelo cumprimento do dever de lealdade, na medida em que a permanência do único médico num serviço de urgência, configura um dever funcional tão elementar, que só com grave desinteresse pelos objectivos do serviço e do interesse público por eles prosseguido, pode ser ignorado.

3.1.6. O dever de obediência

Nos termos do artigo 73.º, n.º 2, alínea f) e n.º 8, da LTFP “o dever de obediência consiste em acatar e cumprir as ordens dos legítimos superiores hierárquicos, dadas em objecto de serviço e com a forma legal”.

Numa estrutura de natureza hierarquizada, como é a administração pública, o dever de obediência a respeitar pelos inferiores hierárquicos traduz uma aquiescência (e uma consequência) natural dessa estrutura.

Para existir violação do dever de obediência pelo trabalhador público, em regra, terão de estar reunidos 4 pressupostos:

⁹ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/8c489e3157adebb380256df8003c69d1?OpenDocument&ExpandSection=1>.

- 1) A existência de uma ordem,
- 2) Dada pelo legítimo superior hierárquico,
- 3) Em objecto de serviço
- 4) E na forma legal.

O artigo 176.º da LTFP vem enquadrar situações em que a violação do dever de obediência, pelo trabalhador público, assume ou pode assumir carácter legítimo: uma, desde logo quando o cumprimento do comando emanado superiormente consubstancie a prática de um crime; outra, quando, mais do que excluindo o dever de obediência, considerando as ordens ilegais, o trabalhador tenha delas reclamado ou exigido a sua conformação por escrito, caso, em se exclui a sua responsabilidade disciplinar por ter cumprido e sejam as mesmas comprovadamente ilegais. O artigo 176.º da LTFP impõe ao trabalhador público a prevalência o dever de obediência no cumprimento de ordens ilegais, mesmo que delas reclame (excepto no caso de constituírem crime), considerando-se, assim, o dever de obediência prevalecente ao cumprimento eventualmente estrito da legalidade (ainda que, *prima facie*, apenas reconhecida liminarmente pelo trabalhador).

3.1.7. O dever de lealdade

O dever de lealdade “*consiste em desempenhar as funções com subordinação aos objectivos do órgão ou serviço*” – artigo 73.º, n.º 2, alínea g) e n.º 9, da LTFP.

A lealdade aqui plasmada relaciona-se com o compromisso do trabalhador público na obtenção dos objectivos do órgão ou do serviço, não só se abstendo de comportamentos que os façam perigar, mas de, forma activa, procurando o seu cumprimento, considerando que em última análise, que será sempre o interesse público que será melhor servido. Relembre-se aqui, por exemplo, o compromisso de honra, previsto no 42.º, n.º 3, da LTFP, para o acto de aceitação de nomeação.

3.1.8. O dever de correcção

O dever de *correcção* “*consiste em tratar com respeito os utentes dos órgãos ou serviços e os restantes trabalhadores e superiores hierárquicos*” – artigo 73.º, n.º 2, alínea h) e n.º 10, da LTFP.

Decorrente das regras de urbanidade e educação, o dever de correcção vincula o trabalhador público, enquanto manifestação pessoal e imediata da administração pública no seu relacionamento com todos os utentes desse órgão ou serviço. O dever de correcção do trabalhador público, além dos utentes, deve ser observado de forma generalizada com todos aqueles com que o trabalhador público se relacione, derivado do exercício das suas funções,

como os restantes trabalhadores e os seus superiores. Trata-se, assim, de “legalizar” regras básicas do relacionamento humano em sociedade, colocando em letra da lei um dever de cidadania geral.

3.1.9. O dever de assiduidade e o dever de pontualidade

Previstos nas alíneas i) e j) do n.º 2 do artigo 73.º e igualmente no seu n.º 11, correspondem aos deveres de comparência do trabalhador “*ao serviço regular e continuamente e nas horas que estejam designadas.*”

A violação destes deveres constituirá, salvos nos casos previstos na lei, uma ausência injustificada ao serviço, materializada previamente em falta injustificada ao serviço. Assim, as faltas ao serviço podem ser consideradas faltas justificadas (como por exemplo, por casamento, falecimento do cônjuge ou por doença – cfr. artigo 133.º da LTFP) e faltas injustificadas. As faltas injustificadas é que constituem violação do dever de assiduidade. As faltas ao serviço, para serem consideradas injustificadas, devem integrar por parte do trabalhador público, uma conduta culposa, no seu cometimento.

Assim, e como exemplo da jurisprudência, decidiu o STA no seu acórdão de 24 de Março de 2004, no processo 757/03, com o seguinte sumário:

“I - A aplicação da pena de demissão por faltas injustificadas, ao abrigo do art. 26º, nº 1, al. h), do Estatuto Disciplinar, não decorre automaticamente como o resultado inevitável da existência de um dado número de faltas injustificadas, sendo indispensável que se prove, no processo disciplinar, a culpa do agente, a qual resulta da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta, face às circunstâncias concretas que rodearam a sua ausência do serviço.

II - A apresentação tardia de atestado médico comprovando a doença do funcionário, muito embora não consiga excluir a injustificação da falta, afasta o requisito da culpa relativamente à infracção disciplinar por falta de assiduidade, pelo que não pode servir de suporte àquela punição.

III - Os atrasos do funcionário na chegada ao serviço constituem violações do dever de pontualidade e não de assiduidade, pelo que não podem ter a mesma incidência e valoração para efeitos disciplinares.

IV - O órgão com competência disciplinar tem de ponderar, para efeitos daquela al. h), se as circunstâncias concretas do caso concreto (seja pela gravidade dos factos, pelo reflexo no serviço, pela personalidade do arguido ou por outro elemento atendível) indiciam, num juízo de prognose, que a relação funcional se tornou inviável.”

3.2. Os deveres especiais do trabalhador público

Como se referiu, os deveres especiais dos trabalhadores públicos estão directamente relacionados com características concretas do serviço público a que o trabalhador se encontra afecto, como nos casos das carreiras especiais da inspecção – cfr. Decreto-Lei 170/2009, de 3 de Agosto.

Os deveres especiais regulam aspectos de determinado serviço e/ou determinada actividade profissional (e.g., a área da Saúde e demais áreas profissionais, com deveres específicos, determinados pelas respectivas Ordens Profissionais) e a sua violação, implica, em regra, também a violação de um ou de vários deveres gerais – artigo 73.º, n.º 13, da LTFP

Sendo os deveres especiais, específicos de determinadas categorias, carreiras ou grupos profissionais, encontram-se disseminados em legislação avulsa, maioritariamente leis orgânicas dos variados serviços.

Como exemplo de um dever especial temos o dever de sigilo, que não consta expressamente como dever no elenco da LTFP, ainda que do n.º 6, *in fine*, do artigo 73.º, exista uma referência, implícita, a esse dever.

O dever de sigilo, por exemplo e quanto aos funcionários da Autoridade Tributária e Aduaneira, consta do parágrafo 2.º do n.º 9 do ponto 3 do Código de Conduta dos Trabalhadores da Autoridade Tributária e Aduaneira, que ainda que não revestindo forma de Lei, consigna que“(…) § 2º O acesso, alteração e utilização de dados de natureza pessoal dos contribuintes e de informação protegida por dever de confidencialidade profissional ou fiscal deve ser rigorosamente subordinado ao âmbito de procedimentos de natureza tributária ou aduaneira em curso e realizar-se apenas na medida necessária ao exercício de funções.”¹⁰

Outro exemplo, o artigo 13.º, do Decreto-Lei 243/2015, de 19 de Outubro (estatuto profissional do pessoal com funções policiais da Polícia de Segurança Pública), consagra os deveres especiais dos polícias.

4. Considerações finais

Aqui chegados, deixa-se, como resumo, algumas notas:

1) O vínculo de emprego público pode ser constituído através de nomeação, comissão de serviço ou de contrato de trabalho em funções públicas, sendo este o regime regra.

¹⁰ Disponível em:

http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/11EFD90F-1B8A-487B-A83F-5DCFA209918C/0/Codigo_de_conduta_AT.pdf.

- 2) Independente da forma de constituição do vínculo, os trabalhadores públicos estão, em exclusivo, sujeitados à prossecução do interesse público no desempenho das suas diferentes tarefas e funções.
- 3) Os trabalhadores públicos têm em contrapartida da sua prestação laboral o direito à remuneração, à ocupação efectiva e à prestação efectiva de trabalho e à progressão no posto de trabalho.
- 4) E encontram-se vinculados ao cumprimento dos deveres gerais de prossecução do interesse público, de isenção, de imparcialidade, de informação, de zelo, de obediência, de lealdade, de correcção, de assiduidade, de pontualidade, de dever de frequentar acções de formação e aperfeiçoamento profissional na actividade em que desempenha funções.
- 5) Existindo legalmente previstos outros deveres, denominados especiais, dos trabalhadores públicos, relacionados com características concretas do serviço público a que o trabalhador se encontra afecto.

Bibliografia

- Carvalho, Raquel – **Comentário ao Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas**, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012;
- Pires, Miguel Lucas – **Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas Anotada e Comentada**, Coimbra, Almedina, 2014;
- Moura, Paulo Veiga e – **Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública Anotado**, Coimbra Editora, 2009;
- Pimentel, Francisco – **Direitos e Deveres dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas**, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015;
- Ventura, André – **A Nova Administração Pública, Princípios Fundamentais e Normas Reguladoras**, Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, 2014;
- Neves, Ana Fernanda – **Relação Jurídica de Emprego Público, Movimentos Fractais Diferença e Repetição**, Coimbra Editora, 1999;
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito do Trabalho**, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2014.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

20. Princípio do tratamento mais favorável v. normas de direito público

Ana Patrícia Marques

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

PRINCÍPIO DO TRATAMENTO MAIS FAVORÁVEL V. NORMAS DE DIREITO PÚBLICO

Ana Patrícia Marques

- I. Considerações introdutórias
- II. Princípio do tratamento mais favorável
 - 1. O artigo 4.º do Código do Trabalho de 2003
 - 2. O artigo 3.º do Código do Trabalho de 2009
- III. Normas de direito público
 - 1. A tendência de aproximação ao direito laboral privado
 - 2. A negociação coletiva na Administração Pública
- IV. Considerações finais

Palavras-chave: direito administrativo; direito das relações laborais na administração pública; direito do trabalho; interpretação e aplicação de normas; relação entre fontes; princípio do tratamento mais favorável; princípio da hierarquia; princípio *pro operario*; princípio da norma mínima; bloco constitucional do trabalho; direitos fundamentais dos trabalhadores; contratação coletiva; instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho; normas de direito público; trabalhadores da administração pública; privatização do direito da função pública; contrato de trabalho em funções públicas; interesse público.

I. Considerações introdutórias

A presente exposição, subordinada ao tema *Princípio do tratamento mais favorável v. normas de direito público*, foi elaborada no âmbito da disciplina de Direito das Relações Laborais na Administração Pública, inserida no programa do 4.º Curso de Formação de Magistrados para os Tribunais Administrativos e Fiscais, lecionado durante o ano letivo de 2016/2017.

Transcreve-se, para servir de mote a estas breves considerações iniciais, uma frase de ANA FERNANDA NEVES¹, que definia, em 2010, e durante a vigência do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas², um sentido comum do conceito de função pública como sendo “o conjunto dos trabalhadores da Administração Pública cujas relações de emprego são disciplinadas por um específico regime jurídico de Direito administrativo, de natureza estatutária, distanciado do regime laboral do sector privado e fundamentalmente definido por lei e por regulamento, com escassa relevância jurídica da autonomia coletiva”. Referia-se a autora à existência de um regime jurídico distanciado do regime laboral jusprivatístico, numa altura em que o regime da função pública vinha percorrendo já um caminho de aproximação a esse mesmo conjunto de regras de direito privado, pelo menos desde a entrada em vigor da Lei n.º 23/2004, de 22 de junho, cujo artigo 2.º mandava aplicar aos trabalhadores da Administração Pública o regime constante do Código do Trabalho³. Essa remissão foi, é certo, abandonada pelo RCTFP, mas parece ter sido retomada, ainda que apenas em parte, pelo

¹ NEVES, Ana Fernanda, “O Direito da Função Pública” in *Tratado de Direito Administrativo Especial – Volume IV*, Coordenação de Paulo Otero / Pedro Gonçalves, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 359.

² Doravante, RCTFP, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro.

³ Doravante, CT. À altura da publicação da Lei n.º 23/2004, tratava-se do CT de 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto.

artigo 4.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas⁴, que remete também a disciplina de um conjunto de matérias relativas às relações de emprego público para o disposto no CT⁵. É justamente a al. a) do n.º 1 deste artigo 4.º da LTFP que ordena a aplicação ao vínculo de emprego público daquilo que se encontra disposto no CT no que às relações entre as várias fontes de regulação das relações laborais diz respeito⁶. Ora, é tradicionalmente apontado pela doutrina laboral privatística, enquanto importante elemento a ter em conta na articulação entre as várias fontes reguladoras das relações laborais, o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador.

Se assim é, ou seja, se a LTFP remete diretamente para o artigo 3.º do CT no que toca às relações entre as fontes de regulação dos vínculos de emprego público, seria expectável que este princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador pudesse ter aplicação, também, em sede das relações laborais na Administração Pública.

Porém, há que ter em conta que é o próprio n.º 1 deste artigo 4.º da LTFP a afirmar que o disposto no CT se aplicará aos vínculos de emprego público “*sem prejuízo do disposto na presente lei e com as necessárias adaptações*”. De facto, não pode perder-se de vista que as relações de trabalho na Administração Pública se rodeiam de exigências e condicionalismos específicos, até de índole constitucional, diretamente relacionados com a necessária prossecução do interesse público. Estas exigências, por seu turno, são dirigidas não só às entidades públicas que compõem a Administração como um todo, mas também a todo e cada um dos seus trabalhadores, o que bem é demonstrado pelo facto de o “*dever de prossecução do interesse público*” surgir à cabeça do elenco de deveres que devem ser respeitados pelos funcionários públicos, previsto no n.º 2 do artigo 73.º da LTFP.

Além disso, não pode também encarar-se o princípio do tratamento mais favorável como um princípio estanque e imutável nas relações entre as fontes de regulação das relações laborais ou na interpretação da própria legislação laboral. Pelo contrário, há mais de uma década que a doutrina juslaboral privatística vem prevenindo que não pode entender-se o princípio do tratamento mais favorável da forma como o mesmo era entendido antes do surgimento da primeira verdadeira codificação laboral⁷, chamando a atenção para o facto de este princípio estar mais fragilizado e posto em causa pelas redações dadas tanto ao hoje revogado artigo 4.º do CT de 2003, como ao atual artigo 3.º do CT de 2009⁸.

Tendo estabelecido estas premissas, será natural que se coloque uma série de questões – como deve, então, ser entendido hoje o princípio do tratamento mais favorável? Poderá enquadrar-se, tal como é compreendido no direito do trabalho, na regulação das relações

⁴ Doravante, LTFP, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.

⁵ Atualmente, o CT de 2009, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

⁶ O que significa que remete para o disposto, concretamente, no artigo 3.º do CT de 2009, cuja epígrafe é precisamente “*relações entre fontes de regulação*”.

⁷ O CT de 2003.

⁸ Este princípio pode ser chamado à colação em diversas formas de relacionamento entre as fontes de direito do trabalho – entre instrumentos de regulamentação coletiva e normas legais, entre instrumentos de regulamentação coletiva e contratos de trabalho, entre portarias de condições de trabalho e contratos de trabalho, entre muitas outras. A presente exposição concentra-se unicamente na primeira forma de relacionamento, ou seja, nas relações entre os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e as normas legais que disciplinam as relações laborais, por nos parecer a manifestação do princípio do tratamento mais favorável que mais interesse suscita, e por ser de todo impossível tratar adequadamente todas as suas vertentes em tão curto espaço.

laborais na Administração Pública? Sendo dada uma resposta negativa a esta última questão, que restrições ou adaptações deverão ser feitas a este princípio na sua aplicação aos vínculos de emprego público? São estas as interrogações fundamentais de que nos ocuparemos e a que pretendemos dar resposta nas linhas que se seguem.

II. Princípio do tratamento mais favorável

É sabido que, apesar de o direito civil deter o estatuto de direito privado comum, ao longo dos tempos surgiram vários ramos de direito que dele se foram autonomizando por especialização, sendo um desses ramos, justamente, o direito do trabalho⁹. A especificidade do direito do trabalho relativamente ao direito privado geral reside no facto de se pretender disciplinar uma relação jurídica instituída por um contrato de trabalho ao qual está, inevitavelmente, associada uma nota de subordinação jurídica do trabalhador em relação ao empregador, o que torna a situação regulada no contrato de trabalho muito particular. Ao contrário do que usualmente sucede no direito civil, em que as partes contratam livremente e em pé de igualdade, no pleno exercício da sua liberdade contratual, o empregador tem, necessariamente, um ascendente sobre o trabalhador. É natural, portanto, que o direito do trabalho assuma uma veste protetora da parte que, nesta relação inevitavelmente desigual, surge subordinada – o trabalhador. Esta nota é a razão de se apontar ao direito do trabalho uma função tutelar ou tuitiva do trabalhador¹⁰. Na verdade, e em virtude de este ramo do direito se autonomizar como “*direito da desigualdade*”¹¹, as suas regras tiveram, “*desde o início, a intenção assumida de firmar, na maioria dos casos, soluções mais favoráveis para os trabalhadores*”¹².

É na função historicamente protecionista da parte mais fraca da relação laboral que tem de procurar-se o sentido do princípio do tratamento mais favorável. De facto, como afirma ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, o princípio do tratamento mais favorável tem de ser entendido como um instrumento dirigido à solução de um conflito hierárquico entre fontes do direito do trabalho. Este conflito será o “*provocado pela presença de várias fontes hierarquicamente diferentes e de igual âmbito de competência, isto é, vocacionadas para regular os mesmos problemas*”¹³. Uma definição deste princípio correspondente à que aqui descrevemos podia encontrar-se, no ordenamento jurídico português, antes da entrada em vigor do CT de 2003, mais concretamente no artigo 13.º da hoje revogada Lei do Contrato de Trabalho¹⁴, onde podia ler-se que as fontes de direito do trabalho hierarquicamente superiores prevaleceriam sobre as fontes inferiores, salvo quando estas, sem oposição das primeiras, estabelecessem

⁹ Acerca das relações entre o direito civil e o direito do trabalho, bem como das necessidades que foram levando ao surgimento de novos ramos de direito por especialização relativamente ao direito civil, v. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.ª Edição, 2005, págs. 47 a 51.

¹⁰ Mais detalhadamente acerca da génese do direito do trabalho e da sua função protetora da parte mais fraca da relação laboral, AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 3.ª Edição, 2011, págs. 18 a 25.

¹¹ V. ROUXINOL, Milena Silva, “O princípio do tratamento mais favorável nas relações entre a lei e a convenção coletiva de trabalho” in *Questões Laborais*, N.º 28, Ano 13 (2006), pág. 159.

¹² V. CORDEIRO, António Menezes, “O princípio do tratamento mais favorável no direito do trabalho atual” in *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas de Lisboa*, Volume 3 (em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira), 1987/1988, pág. 112.

¹³ V. CORDEIRO, António Menezes, *ob. cit.*, pág. 114.

¹⁴ Doravante, LCT, aprovada pelo DL 49 408, de 24 de novembro de 1969.

para os trabalhadores um regime mais favorável¹⁵. Este preceito era complementado pelo artigo 6.º do DL n.º 519-C/79, de 29 de dezembro¹⁶, em cuja al. b) podia ler-se que os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho não poderiam contrariar normas legais imperativas, acrescentando ainda a al. c) que não poderiam também incluir disposições que importassem para os trabalhadores um tratamento menos favorável do que o estabelecido pela lei. A conjugação destas duas disposições fazia com que, à data, pudesse com segurança afirmar-se que vigorava o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, podendo concluir-se que, “*havendo concorrência de normas de grau hierárquico diferente, se deveria aplicar aquela que estabelecesse um regime mais favorável ao trabalhador, mesmo quando contida em fonte hierarquicamente inferior*”¹⁷. Esta regra de princípio era afastada apenas quando a referida norma de grau hierárquico superior não admitisse alteração em nenhum sentido, fosse ele mais ou menos favorável ao trabalhador – ou seja, quando estivessemos perante uma norma absolutamente imperativa¹⁸.

Deste modo, e seguindo os ensinamentos de MILENA SILVA ROUXINOL¹⁹, podemos identificar três formas de relacionamento entre a lei e a convenção coletiva de trabalho:

- a) A norma legal é uma norma supletiva, que permite o seu afastamento por instrumentos de regulamentação coletiva independentemente do sentido que esse afastamento tome;
- b) A norma legal determina condições fixas, sendo absolutamente imperativa, o que significa que não admite oposição em qualquer sentido por uma fonte hierarquicamente inferior;
- c) A norma legal fixa um patamar mínimo de proteção, permitindo apenas o seu afastamento por uma fonte hierarquicamente inferior quando a mesma defina um regime mais vantajoso para o trabalhador.

Ora, tendo por base estas três formas de relacionamento entre as leis e os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, tem sido afirmado que o princípio do tratamento mais favorável nada acrescenta ao princípio da hierarquia. Na verdade, no caso definido na al. a), é a própria lei que admite o seu afastamento em qualquer sentido, pelo que não chega a haver verdadeiro conflito de normas de diferentes hierarquias. Já no que diz respeito ao caso definido na al. b), vale o princípio da hierarquia na sua plenitude, na medida em que nenhuma

¹⁵ É difícil compreender abstratamente este princípio sem saber quais são exatamente as fontes laborais que podem entrar num concurso ou conflito que justifique que se recorra ao princípio do tratamento mais favorável. Deste modo, ainda que não seja o tema da presente exposição, sempre diremos, genericamente, que as relações laborais são disciplinadas pela Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), pelas fontes internacionais e de direito europeu, pelo CT e outra legislação laboral avulsa, pelos costumes e usos laborais, pela jurisprudência e pela doutrina, e pelos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, como sejam as convenções coletivas, que aqui particularmente nos interessam. Para uma análise aprofundada de todas estas fontes, v. RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, Almedina, Coimbra, 3.ª Edição, 2012, págs. 161 a 272.

¹⁶ Também chamado de Lei dos Instrumentos de Regulamentação Coletiva de Trabalho – doravante, LIRCT.

¹⁷ V. LEITE, Jorge, *Direito do Trabalho – Vol. I, Serviços de Ação Social da Universidade de Coimbra – Serviço de Textos*, Coimbra, 2004, pág. 73.

¹⁸ Poderá perguntar-se como deve ser feita a comparação entre as fontes, e como se afere aquela que representa um tratamento mais favorável ao trabalhador, tendo a doutrina vindo a identificar as teorias do cúmulo, da conglobação simples, e da conglobação limitada. V. RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado...*, *ob. cit.*, págs. 280 e 281.

¹⁹ V. ROUXINOL, Milena Silva, *ob. cit.*, págs. 164 a 172.

fonte hierarquicamente inferior poderá afastar aquilo que se encontra previsto na norma legal. Por último, na situação das normas relativamente imperativas, definidas na al. c), também a mesma solução resultaria do princípio da hierarquia, dado que as normas de hierarquia inferior apenas poderão aplicar-se se e na medida em que a norma legal o permitir.

Posto isto, poderá legitimamente perguntar-se qual será, afinal, a autonomia ou a relevância do princípio do tratamento mais favorável em direito do trabalho, relativamente ao princípio geral da hierarquia das fontes de direito. A autonomia e importância do princípio do tratamento mais favorável²⁰ residem, verdadeiramente, no seu funcionamento como regra de princípio de acordo com a qual se presume que, se as normas juslaborais nada disserem, serão normas relativamente imperativas. Nas palavras da já mencionada autora, a previsão do princípio do tratamento mais favorável “*só poderia ter o sentido útil de fazer presumir a imperatividade unidirecional, isto é, a ausência de oposição, quando o texto legal não fosse claro quanto à natureza da norma: seria necessário que o texto legal se opusesse, assim ilidindo a presunção, à prevalência de fonte hierarquicamente inferior mais favorável para que esta última cedesse*”²¹. O princípio do tratamento mais favorável tem, assim, aplicação enquanto regra de princípio, enquanto presunção de que as normas juslaborais são relativamente ou unidirecionalmente imperativas, que será ilidida quando a própria lei disponha em sentido diferente, seja no sentido da supletividade ou da absoluta imperatividade.

Tendo definido desta forma o princípio do tratamento mais favorável, é importante que não o confundamos com um importante princípio de interpretação da legislação laboral, vulgarmente designado como princípio *pro operario*, ou como princípio *in dubio pro laborator*²². De facto, este é um princípio que deve nortear a interpretação das normas juslaborais, de acordo com o qual o intérprete deve optar pelo sentido da norma que seja mais vantajoso para os trabalhadores. Assim, a atuação do princípio do tratamento mais favorável situa-se em momento cronologicamente anterior à atuação do princípio *pro operario*, na medida em que aquele primeiro princípio deve orientar a escolha da norma concretamente aplicável ao caso, atuando ao nível da aplicação do direito, enquanto o princípio *in dubio pro laborator* atua ao nível da interpretação do preceito que, concretamente, se decidiu aplicar.

1. O artigo 4.º do Código do Trabalho de 2003

²⁰ Tal como anteriormente previsto nos artigos 13.º da LCT e 6.º da LIRCT.

²¹ V. ROUXINOL, Milena Silva, *ob. cit.*, págs. 170 e 171.

²² Esta distinção é claramente feita por ARAÚJO, António, “Princípio «pro operario» e interpretação de normas juslaborais” in *Revista Jurídica*, N.º 15, janeiro/junho de 1991, págs. 32 e 33. O texto do autor faz uma distinção precisa entre os princípios do tratamento mais favorável e *pro operario*, referindo-se igualmente ao princípio genérico da proteção do trabalhador enquanto “*elemento caracterizador do sistema juslaboral*” no seu todo. A distinção surge também a nível jurisprudencial – basta ver, a título exemplificativo, o Acórdão do STJ de 28 de maio de 2014, Proc. n.º 1051/11.5TTSTB.E1.S1, disponível em www.dgsi.pt. Contudo, advertimos também para o facto de a distinção não ser feita por todos os autores – veja-se, por exemplo, o recente artigo de MARTINEZ, Pedro Romano, “Interpretação e aplicação de normas laborais (Revisitação do «favor laboratoris»: ativismo jurídico «versus» segurança jurídica)” in *Direito e Justiça: Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Volume 3, 2015, págs. 227 a 254, em que o autor parece falar indistintamente de um princípio do *favor laboratoris*, tanto como princípio geral de direito do trabalho, e como princípio atuante aos níveis da interpretação e da aplicação das normas juslaborais.

O CT de 2003, primeira verdadeira codificação laboral do ordenamento jurídico português, veio alterar de forma significativa as relações entre as várias fontes de regulação das relações de trabalho que acima deixámos descritas. Na verdade, o seu artigo 4.º, apesar da epígrafe “*princípio do tratamento mais favorável*”, veio afastar por completo esta regra de resolução de conflitos de normas, afirmando que as normas legais constantes do CT podiam “*ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário*”. Assim, abandonou-se a regra de princípio acima indicada, de acordo com a qual as normas juslaborais seriam, à falta de indicação em contrário, relativamente imperativas, admitindo apenas o seu afastamento em sentido mais favorável ao trabalhador. Pelo contrário, as normas legais de direito do trabalho passaram, com a entrada em vigor do CT de 2003, a poder ser afastadas em qualquer sentido pelos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, passando a assumir um carácter facultativo ou supletivo²³.

Ora, é certo que uma mudança como esta dificilmente se compatibiliza com a função histórica do direito do trabalho, isto é, com a sua função protetora ou tuitiva da parte mais débil da relação que nasce do contrato de trabalho. Porém, é também certo que vivemos atualmente tempos muito diferentes daqueles que se viviam quando o direito do trabalho começou a especializar-se relativamente ao direito civil, pelo que é natural que este ramo de direito, hoje com diferente maturidade, se vá também flexibilizando e adaptando ao longo dos tempos. Questão diferente é a de saber se a CRP permite que desapareça totalmente este princípio do tratamento mais favorável ou se, pelo contrário, a Lei Fundamental impõe ao legislador que assuma, ele próprio, uma função de tutela mínima dos trabalhadores²⁴. A verdade é que vários autores têm afirmado que este princípio da norma mínima está implícito numa série de preceitos da CRP, podendo retirar-se, em geral, do “*bloco constitucional do trabalho*”²⁵. De acordo com JORGE LEITE, o princípio constitucional da norma mínima retira-se da “*ideia de que ao Estado cabe definir e garantir um programa, mais ou menos extenso, de que os destinatários só dispõem para o melhorar e não para o piorar, sentido confortado, designadamente, pelo disposto no art.º 2.º, nas alíneas b) e c) do art.º 9.º, nos vários artigos sobre direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, nos arts. 58.º e 59.º sobre direito ao trabalho e direitos dos trabalhadores e nas alíneas a) e b) do art.º 81.º*”, o que leva à conclusão de que incumbe ao Estado “*estabelecer standards sociais mínimos*”²⁶. Sendo assim, admitindo que este princípio da norma mínima é um princípio constitucional implícito, que pode retirar-se de um conjunto de normas da Lei Fundamental, dificilmente se poderá compatibilizar o total desaparecimento do princípio do tratamento mais favorável com essas mesmas normas constitucionais, podendo legitimamente questionar-se se a CRP permite a tendencial supletividade das normas de direito do trabalho²⁷.

²³ V. AMADO, João Leal, *ob. cit.*, pág. 46.

²⁴ V. ROUXINOL, Milena Silva, *ob. cit.*, pág. 171.

²⁵ V. AMADO, João Leal, *ob. cit.*, pág. 49.

²⁶ V. LEITE, Jorge “Código do Trabalho – Algumas questões de (in)constitucionalidade” in *Questões Laborais*, N.º 22, 2003, pág. 273.

²⁷ Esta parece ser, igualmente, a posição que se retira dos votos de vencido das ex-conselheiras do Tribunal Constitucional (doravante, TC) Helena Brito e Maria Fernanda Palma no Acórdão do TC n.º 306/2003, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>. É certo que não estava em causa a apreciação do princípio do tratamento mais favorável e sua conformidade com a CRP, mas pode ler-se no voto da ex-conselheira Helena Brito que o “*afastamento de normas do Código através de instrumentos de regulamentação*”

A eventual inconstitucionalidade deste artigo 4.º do CT de 2003 poderá ainda, de acordo com alguns autores, partir de uma violação do direito à contratação coletiva, tal como o mesmo se encontra previsto no artigo 56.º da CRP. Na verdade, considera JOÃO REIS que a CRP não toma a convenção coletiva como um instrumento contratual neutro, do qual possam dispor livremente os seus sujeitos, afirmando que *“a convenção coletiva não é uma «técnica contratual neutra», uma espécie de contrato cuja liberdade de conformação dependa totalmente da vontade das partes, mas antes um direito fundamental dos trabalhadores”*, o que parece justificado pelo facto de o mesmo direito não estar garantido constitucionalmente aos empregadores. Assim, ao contrário de o direito à contratação coletiva se considerar uma manifestação da autonomia privada ou da liberdade contratual dos sujeitos envolvidos, deve considerar-se como um instrumento de *“melhoria das condições de trabalho e de vida”*, tendo em vista *“a promoção do progresso social”*²⁸. Também esta conceção do direito à contratação coletiva faz com que seja de constitucionalidade duvidosa a opção tomada pelo legislador ao redigir o artigo 4.º do CT de 2003.

2. O artigo 3.º do Código do Trabalho de 2009

A Lei n.º 7/2009, que aprovou o CT de 2009, veio inserir algumas alterações à matéria da relação entre as fontes de direito do trabalho, ainda que essas mudanças não se reflitam na regra de princípio aplicável na escolha da norma concretamente aplicável. Na verdade, continua a dispor o n.º 1 do artigo 3.º do CT de 2009 que *“as normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”*, o que significa que se mantém a regra da supletividade das normas legais de direito do trabalho, a menos que elas mesmas disponham no sentido da sua imperatividade absoluta.

Porém, é o n.º 3 do artigo 3.º que vem introduzir algumas mudanças nas relações entre as fontes de regulação das relações laborais, afirmando que existem determinadas matérias nas quais a legislação laboral volta a assumir uma função de norma mínima, ou seja, volta a ter uma natureza relativamente ou unidirecionalmente imperativa, o que significa que apenas poderá ser afastada por disposições de instrumento de regulamentação coletiva que introduzam um regime de tratamento mais favorável para o trabalhador. No elenco previsto nas várias alíneas do n.º 3 encontramos as matérias que mais exigem que a lei institua um regime de proteção do trabalhador, as mais das vezes diretamente relacionadas com os seus direitos fundamentais, como sejam os direitos de personalidade, igualdade e não discriminação ou a proteção na parentalidade.

coletiva menos favoráveis” é uma “violação do princípio do tratamento mais favorável do trabalhador, inerente ao princípio do Estado social (...), um elemento estruturante da Constituição laboral portuguesa”, e no voto da ex-conselheira Maria Fernanda Palma, mais centrado no direito à contratação coletiva, que esse mesmo direito é uma expressão do estado social, pertencendo aos trabalhadores e não aos empregadores, pelo que não poderá ser tido em conta no mesmo plano que a autonomia privada ou a liberdade contratual dos empregadores.

²⁸ V. REIS, João, *“Princípio do tratamento mais favorável e da norma mínima” in Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais, Vol. I*, coordenação de João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha, Coimbra Editora, Coimbra, 1.ª Edição, 2014, pág. 859.

Ainda que alguns autores revelem posições críticas relativamente ao facto de se manter a regra de princípio da supletividade das normas legais²⁹, a verdade é que outros se mostram mais positivos, afirmando ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES que se repôs a “*prevalência do tratamento mais favorável relativamente a um largo elenco de matérias*”, o que considera tratar-se “*de uma solução de compromisso*”³⁰. No mesmo sentido vai MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, falando também numa solução de compromisso³¹. Também o Tribunal Constitucional teve já oportunidade de se pronunciar acerca da conformidade com a CRP do artigo 3.º do CT de 2009, não tendo declarado a sua inconstitucionalidade. Considerou ainda o referido Tribunal que, apesar de da Lei Fundamental se poder retirar um princípio da norma mínima, de acordo com o qual se justifica que seja estabelecido, pelo legislador, um estatuto de proteção dos trabalhadores, esse mesmo princípio terá de ser condicionado ou limitado por outros princípios relevantes, como sejam, desde logo, a autonomia coletiva ou o direito à contratação coletiva³².

Tendo em conta o já exposto, e apesar termos inicialmente compreendido o princípio do tratamento mais favorável não só enquanto regra de resolução de conflitos de normas de graus hierárquicos diferentes, mas também enquanto presunção de que, à falta de indicação em contrário, as normas juslaborais seriam relativamente imperativas, permitindo o seu afastamento em sentido mais favorável ao trabalhador, podemos concluir que não é este o entendimento que vigora hoje no ordenamento jurídico português. Ao invés, temos uma regra de princípio de acordo com a qual a norma juslaboral é uma norma legal supletiva, podendo ser afastada por disposições de instrumentos de regulamentação coletiva, independentemente de estas preverem regimes mais ou menos favoráveis para os trabalhadores relativamente às primeiras. Esta regra de princípio é mitigada, no entanto, pelo disposto no n.º 3 do artigo 3.º do CT, que prevê um conjunto de matérias nas quais deve vigorar o princípio do tratamento mais favorável tal como acima o descrevemos, o que significa que as normas legais que disponham sobre as matérias aí elencadas serão unidirecionalmente imperativas, ou seja, apenas admitem o seu afastamento por disposições de convenções coletivas de trabalho que prevejam um regime mais favorável para os trabalhadores.

²⁹ V. AMADO, João Leal, *ob. cit.*, pág. 54, que chega mesmo a afirmar que “*algo mudou, mas, ao que parece, só para que o essencial ficasse na mesma*”. V. ainda REIS, João, *ob. cit.*, págs. 878 a 881, que aponta algumas incongruências à solução do CT de 2009, alertando também para o facto de o mesmo poder levar a uma “*difícil e casuística interpretação de normas, fomentando um estado prolongado de dúvidas, o qual afetará o próprio processo de negociação coletiva*”.

³⁰ V. FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 7.ª Edição, 2014, pág. 111.

³¹ V. RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 288. A mesma autora já se referia, na legislação anterior ao CT de 2003, à possibilidade de o princípio do tratamento mais favorável inserir efeitos perversos na aplicação do direito do trabalho, apontando o facto de o contexto em que surgiram as normas laborais ter evoluído favoravelmente, mas também o facto de não se justificar que o princípio do tratamento mais favorável se aplicasse da mesma forma nas relações com a convenção coletiva de trabalho e com o contrato de trabalho – v. págs. 284 e 285.

³² A reflexão surge no Acórdão do TC n.º 338/2010, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100338.html>, no qual foi requerido ao TC que se pronunciasse acerca de uma série de soluções previstas no CT de 2009, entre as quais a constante do artigo 3.º. Convém precisar, como bem alerta REIS, João, *ob. cit.*, pág. 863 que este Tribunal apenas parece ter perfilhado este entendimento partindo do pressuposto de que o direito à contratação coletiva “*é, globalmente, exercido em benefício dos trabalhadores*”.

III. Normas de direito público

Ao mesmo tempo que a legislação juslaboral atravessava as mutações de que acima demos conta, sofria igualmente alterações a regulação do direito da função pública. Fazendo referência apenas às mudanças que, para a presente exposição, se revelam especialmente relevantes, não podemos deixar de apontar uma tendência para a aproximação do direito das relações laborais na Administração Pública ao direito laboral privado, mas também, e em consonância com essa mesma aproximação, um alargamento do direito dos trabalhadores da Administração Pública à negociação e contratação coletivas, não só no que diz respeito à própria natureza dos acordos que na negociação coletiva se tornou possível alcançar, mas também no que toca ao conteúdo desses mesmos acordos, sendo notório um alargamento das matérias que podem ser objeto de negociação coletiva. Ambas as mudanças no regime do direito da função pública implicam, como facilmente se depreende, que cada vez mais faça sentido abordar o assunto do relacionamento entre as várias fontes de regulação das relações laborais na Administração Pública.

1. A tendência de aproximação ao direito laboral privado

Como bem afirma MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “o fenómeno da privatização do regime jurídico do emprego público tem um fundamento direto na Constituição de 1976 e, designadamente, na consagração dos direitos fundamentais dos trabalhadores em termos gerais – ou seja, sem distinguir entre a sua inserção no sector privado ou no sector público”³³.

Na verdade, a Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, que consagra a I Revisão Constitucional, dispunha no seu artigo 201.º que “a expressão «funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas» é substituída pela expressão «trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas»”, o que vai no sentido de uma equiparação entre os funcionários da Administração Pública e os trabalhadores sujeitos a um regime juslaboral privado³⁴, desde logo para efeitos de aplicação

³³ V. RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “Interseção entre o regime da função pública e o regime laboral – Breves notas” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62 (2002), N.º 2, pág. 453.

³⁴ Não entraremos aqui em pormenores acerca das várias categorias de trabalhador da Administração Pública, não só por não ser esse o tema da exposição, mas também por manifesta impossibilidade de o tratar convenientemente em tão breves linhas. Diremos apenas que funcionário público era o “trabalhador parte numa relação jurídica de emprego de natureza estatutária, dotada de particular estabilidade”, em que tradicionalmente se destaca “a nota da profissionalidade como a sua nota distintiva”, cf. NEVES, Ana Fernanda, “O Direito...”, *ob. cit.*, pág. 479. Já o agente administrativo era, tradicionalmente, aquele cuja ligação à Administração Pública tinha sido operada através de um contrato administrativo de provimento, ao contrário do que sucedia com o funcionário público, ligado à Administração através de um vínculo de nomeação. A distinção tradicional constava do DL n.º 184/89, de 2 de junho. Ainda acerca desta distinção, v. MOURA, Paulo Veiga, *Função Pública: Regime jurídico, direitos e deveres dos funcionários e agentes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2.ª Edição, 2001, págs. 27 e ss.. Atualmente, esta divisão fará menos sentido, não só porque a própria CRP não a faz, mas também porque a mesma não surge na LTFP, que veio impor que o vínculo de emprego público se estabeleça por uma de duas formas – a prestação de serviços, que diz respeito ao trabalho autónomo com fins de interesse público, ou o vínculo de emprego público, que poderá ser constituído por contrato de trabalho em funções públicas, nomeação ou comissão de serviço. V. BRITO, Pedro

dos direitos fundamentais da generalidade dos trabalhadores, como sejam a liberdade sindical, o direito à greve, ou o direito à negociação coletiva.

É natural, porém, que esta equiparação encontre alguns obstáculos e seja mesmo dificilmente aplicável na prática. De facto, o emprego público é rodeado de uma série de especificidades, que justificam que seja a própria CRP a admitir restrições e limitações ao exercício de determinados direitos por parte dos trabalhadores da Administração Pública³⁵. É preciso ainda não esquecer que, em matéria de direito da função pública, é de suma importância referir o disposto na al. t) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP, de acordo com o qual faz parte da reserva relativa da Assembleia da República a definição das bases do regime e âmbito da função pública, o que significa que *“o estatuto próprio da função pública como organização e como relação de emprego específica”*, bem como *“a demarcação das áreas em que os organismos e os servidores do Estado estão sujeitos àquele regime”*³⁶ devem ser definidos através de diploma legislativo da Assembleia da República, sem prejuízo da eventual autorização que seja dada ao Governo para legislar acerca da matéria^{37 38}.

A exigência constitucional é compreensível se tivermos em conta os especiais condicionalismos que rodeiam toda a matéria de emprego público, que dizem respeito, justamente, às tarefas que se encontram cometidas à Administração Pública. Na verdade, impõe-se-lhe *“como meta única e exclusiva a prossecução do interesse público, a alcançar com respeito por determinados princípios e pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados”*³⁹, o que significa que ao seu corpo de trabalhadores está também naturalmente cometido o alcance desta meta, sendo que *“a participação dos funcionários no desenvolvimento da atividade administrativa faz com que estes sejam um elemento essencial do aparelho administrativo estadual”*, sem prejuízo do necessário respeito pelo princípio da proporcionalidade, que

Madeira, “O reconhecimento legal do direito à contratação coletiva dos trabalhadores da Administração Pública: da negação à consolidação” in *Questões Laborais*, Ano 21 (2014), N.º 45, págs. 341 e 342.

³⁵ O que pode encontrar-se, desde logo, no artigo 270.º da CRP, que deixa na disponibilidade do legislador ordinário a restrição de direitos como os de reunião e manifestação a determinadas categorias de trabalhadores da Administração, no respeito do princípio da proporcionalidade. Além disso, é preciso não esquecer o regime específico de responsabilidade ao qual se encontram sujeitos os funcionários do Estado, de acordo com o artigo 271.º da CRP, e regulamentado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

³⁶ V. CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume II, Artigos 108º a 296º*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.ª Edição Revista (Reimpressão), 2014, pág. 333.

³⁷ Autorização que deverá respeitar os requisitos explicitados por CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, págs. 336 a 341.

³⁸ Esta previsão constitucional leva autores como MOURA, Paulo Veiga / ARRIMAR, Cátia a afirmar, a propósito da aplicação do princípio do tratamento mais favorável, que no direito da função pública a *“lei é um ponto de chegada, que não pode ser modificada nem pelos instrumentos de regulamentação coletiva nem pelas disposições do contrato”*, e não um ponto de partida, tal como sucede no direito laboral privado, cf. *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – 1.º Volume, Artigos 1.º a 240.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 1.ª Edição, 2014, pág. 96. Não assumimos uma posição tão rígida, desde logo porque a CRP ordena apenas a definição através de diploma legislativo das bases do regime, o que deixa alguma margem de atuação aos instrumentos de regulamentação coletiva, desde logo nas matérias constantes do artigo 355.º da LTFP. Além disso, é hoje certo, como adiante se verá, que esta previsão constitucional não aniquila por completo a negociação entre os empregadores públicos e as associações representativas dos trabalhadores, ainda que a mesma não tenha como objetivo a emissão ou outorga de uma verdadeira convenção coletiva de trabalho, cf. artigo 350.º da LTFP. Neste mesmo sentido vai RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “Intersecção...”, *ob. cit.*, pág. 461.

³⁹ MOURA, Paulo Veiga, *A Privatização da Função Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 61.

impedirá sacrifícios abusivos dos interesses individuais e, designadamente, dos próprios funcionários públicos, em prol do interesse coletivo⁴⁰.

Apesar dos vários condicionalismos e exigências especiais que rodeiam o emprego público, a verdade é que o caminho de aproximação ao direito laboral privado foi sendo percorrido. Dispunha expressamente o artigo 2.º, da Lei n.º 23/2004, de 22 de junho, que seria aplicável aos contratos de trabalho celebrados pela Administração Pública o regime constante do CT, sempre com as especificidades que decorressem da aplicação do referido diploma legal, não sendo possível essa aplicação nas situações em que “*as normas têm um substrato impossível de transpor, sem mais, para o âmbito das pessoas coletivas públicas*”, ou em que “*as normas não ponderam ou acautelam suficientemente o interesse público subjacente à atividade das pessoas coletivas públicas*”⁴¹. Era, assim, possível a celebração de contratos de trabalho em moldes idênticos aos do direito do trabalho privado também na Administração Pública, contratos aos quais se iria aplicar o regime constante do CT e de outra legislação laboral específica. Apesar de o n.º 2 deste artigo 2.º implicar que a celebração de um contrato de trabalho não conferia ao trabalhador a qualidade de funcionário público ou agente administrativo, aos quais, deste modo, não se aplicava o regime do CT, a verdade é que também para estas categorias de trabalhadores da Administração Pública havia uma série de matérias regulamentadas através de remissão para os regimes juslaborais privados, como as relativas ao estatuto de trabalhador estudante, ou à proteção na maternidade e na paternidade⁴².

A entrada em vigor do RCTFP e da Lei dos Regimes de Vinculação, Carreiras e Remunerações⁴³ veio aprofundar a aproximação ao regime do direito do trabalho privado, normalizando também o recurso ao contrato de trabalho em funções públicas enquanto instrumento primordial de constituição da relação jurídica de emprego público. Além do contrato de trabalho, mantêm-se a nomeação e a comissão de serviço também como formas de constituição de relação de emprego público, nos termos do artigo 9.º da LVCR⁴⁴. Apesar de não existir uma remissão em bloco para o regime do CT, tal como existia no artigo 2.º, da Lei n.º 23/2004, a verdade é que, no que diz respeito ao próprio conteúdo do RCTFP, é notória a tentativa de aproximação ao direito do trabalho, o que é revelado desde logo pela sistematização daquele diploma legal, muito semelhante à do CT. Além disso, mantêm-se a tradicional disciplina de determinadas matérias através de remissão para a sua regulamentação em sede juslaboral^{45 46}.

⁴⁰ MOURA, Paulo Veiga, *A Privatização...*, *ob. cit.*, págs. 62 e 63.

⁴¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma / BRITO, Pedro Madeira, *Contrato de Trabalho na Administração Pública – Anotação à Lei n.º 23/2004, de 22 de junho*, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 13.

⁴² Matérias historicamente regulamentadas através de remissão para as normas juslaborais, tendência que se manteve não só no RCTFP mas também na LTFP, através da remissão feita no seu já mencionado artigo 4.º. Para uma enumeração de matérias em que esta remissão se verificava, v. RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “Intersecção...”, *ob. cit.*, pág. 443.

⁴³ Doravante, LVCR, aprovada pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro.

⁴⁴ Esta mudança nas formas de constituição das relações jurídicas de emprego público foi levada a cabo através de uma série de conversões automáticas, descritas nas várias disposições transitórias da LVCR, *maxime* nos seus artigos 88.º e seguintes.

⁴⁵ O que continua a suceder, paradigmaticamente, com os estatutos de trabalhador estudante e de proteção na paternidade e na maternidade, cf. artigos 8.º-B e 22.º, da Lei n.º 59/2008.

Seguindo esta linha de orientação, a LTFP surge como uma tentativa de sistematização e organização dos vários instrumentos que disciplinavam, até então, o direito da função pública⁴⁷. Mais uma vez, e tal como sucedia no RCTFP, a organização do diploma legislativo segue de perto a do CT, sendo também notória a aproximação de ambos os regimes⁴⁸. Porém, e de acordo com a tentativa de sistematização do regime aplicável aos trabalhadores da Administração Pública, abandona-se a regulamentação excessiva de matérias que já se encontram disciplinadas pelo direito do trabalho, o que bem é demonstrado pelo facto de se ter retomado a técnica da remissão para determinados regimes do CT, no artigo 4.º da LTFP⁴⁹. É na al. a) do n.º 1 deste artigo 4.º que se encontra a remissão para o regime do CT de relações entre as várias fontes de regulação das relações laborais, e que traz à colação a possibilidade de se aplicar, também nas relações laborais da Administração Pública, o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, já não na sua plenitude, como o deixámos descrito no início do texto, mas tal como ele se encontra previsto no artigo 3.º do atual CT. Restará indagar, neste ponto, se poderá aplicar-se no emprego público esta forma de organização das fontes de regulação das relações laborais, o que não será possível sem uma adequada compreensão do sistema de negociação e contratação coletivas na Administração Pública que, como veremos, difere substancialmente daquele que se encontra consagrado para as relações juslaborais privatísticas.

2. A negociação coletiva na Administração Pública

Os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho são uma fonte de direito de trabalho como tal tradicionalmente reconhecidos, baseados na autonomia coletiva, o que “*permite uma grande especialização, instituindo-se regimes laborais mais adaptados às diversas situações*”⁵⁰. Porém, o mesmo não se passa no direito da função pública, na medida em que, durante muito tempo, não foi reconhecido aos trabalhadores da Administração Pública um verdadeiro direito à contratação coletiva, pelo menos até à entrada em vigor do RCTFP. Na verdade, a Lei n.º

⁴⁶ Ainda que estejamos propositadamente, nesta altura, a deixar de lado menções à negociação coletiva, que nos ocuparão em momento posterior, não podemos deixar de referir que o RCTFP trouxe grandes novidades no que toca ao direito de contratação coletiva. Talvez pelas novidades trazidas se tenha introduzido, no artigo 4.º do RCTFP, o princípio do tratamento mais favorável tal como o definimos no início do texto, quando o mesmo não estava em vigor no direito do trabalho, de acordo com o disposto no artigo 4.º do CT de 2003. Referindo, a este propósito, uma “*dificuldade em entender o legislador português em matéria do princípio do tratamento mais favorável*”, v. REIS, João, “Princípio...”, *ob. cit.*, pág. 881. Estas considerações serão retomadas e aprofundadas no ponto seguinte da exposição.

⁴⁷ Basta ver que se incorporam, por exemplo, as normas relativas ao Estatuto Disciplinar dos trabalhadores da Administração, constante até aí de diploma próprio (o DL n.º 24/84, de 16 de janeiro), revogando-se também definitivamente a Lei n.º 23/98, de 26 de maio, integrando agora a LTFP toda a matéria relativa à negociação e à contratação coletivas na Administração Pública.

⁴⁸ Objetivos claramente assumidos na exposição de motivos da proposta de lei n.º 184/XII, que daria origem à LTFP.

⁴⁹ A aproximação cada vez mais aprofundada ao regime privatístico do direito do trabalho faz com que comece a questionar-se se existe uma verdadeira diferença entre o estatuto do trabalhador privado e o estatuto do trabalhador da Administração Pública, e se faz sentido separar dois regimes dentro de uma mesma realidade – o trabalho subordinado. Neste sentido, refutando as notas tradicionalmente apontadas para distinguir o emprego público, v. FERNANDES, Pedro de Melo, “A situação jurídica de emprego público: à procura do novo paradigma” *in Questões Laborais*, N.º 47, julho/dezembro de 2015, Ano 22, págs. 339 a 350. Em sentido divergente, e defendendo a pertinência da distinção, v. NEVES, Ana Fernanda, “Os «desassossegos» de regime da função pública” *in Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, N.º 41, 2000, págs. 55 a 60.

⁵⁰ V. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2.ª Edição, 2010, pág. 625.

23/98, de 26 de maio, garantia aos funcionários públicos o direito à negociação coletiva, respeitando o artigo 56º da CRP, mas aquilo que era garantido era “o direito das associações sindicais negociarem com a Administração acordos que o Governo se comprometia a transpor para a ordem jurídica”, pelo que “não havia propriamente um direito à contratação coletiva, mas antes um direito a celebrar acordos de compromisso com vista à implementação de medidas por parte do Governo”⁵¹. Compreende-se que assim tenha sido, tendo em conta tudo aquilo que já foi considerado relativamente aos especiais condicionalismos a que se encontra sujeito o emprego público, e às necessidades que cabe à Administração Pública satisfazer. Deste modo, é certa a afirmação de PEDRO MADEIRA DE BRITO de acordo com a qual a “contratação coletiva com o empregador público tem inscrito no seu ADN um código feito da palavra limite”⁵².

Foi com a entrada em vigor do RCTFP e da LVCR que os instrumentos de regulamentação coletiva passaram a figurar como verdadeiras fontes específicas dos contratos de trabalho em funções públicas, nos termos dos artigos 1.º e 2.º do RCTFP⁵³. Tínhamos, assim, e por um lado, um regime de negociação coletiva, previsto na Lei n.º 23/98, que se manteve em vigor e, por outro lado, um regime de contratação coletiva, previsto no RCTFP e na LVCR, cujo artigo 81.º dispunha, nas várias alíneas do seu n.º 2, as matérias em que tais instrumentos de regulamentação coletiva poderiam incidir⁵⁴. Apesar de o núcleo de matérias definido no artigo 81.º da LVCR ser muito reduzido, e a margem deixada à contratação coletiva ser diminuta, especialmente quando se procura fazer uma comparação com o regime do direito do trabalho, a verdade é que a introdução dos instrumentos de regulamentação coletiva como fontes das relações laborais na Administração Pública representou um significativo avanço relativamente ao sistema de mera negociação de que até aí poderiam beneficiar os trabalhadores em funções públicas, indo de encontro ao direito consagrado no artigo 56.º da CRP e aí reconhecido a todos os trabalhadores, independentemente da natureza jurídica da entidade empregadora⁵⁵.

O culminar deste alargamento do âmbito do direito à negociação e contratação coletivas na Administração Pública surge com a entrada em vigor da LTFP, cujas intenções de sistematização e consolidação vieram revelar-se também na regulamentação desses mesmos institutos. De facto, o artigo 42.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, que aprovou a LTFP, veio revogar a Lei n.º 23/98⁵⁶, sendo a sua disciplina incorporada na própria LTFP, que integra

⁵¹ V. CORREIA, André de Oliveira, “Os (não tão) novos horários de trabalho dos trabalhadores das carreiras gerais: perdidos entre a lei e instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho”, in *Questões Laborais*, N.º 45, Ano 21 (2014), pág. 365.

⁵² V. BRITO, Pedro Madeira, *ob. cit.*, pág. 330.

⁵³ Convém não esquecer que, tal como já apontámos, o RCTFP divergiu substancialmente do CT de 2003 ao implementar o princípio do tratamento mais favorável nas relações entre as fontes de regulação das relações laborais da Administração Pública em toda a sua plenitude, no seu artigo 4.º.

⁵⁴ O núcleo de matérias que podiam ser reguladas através da contratação coletiva era extremamente reduzido, incluindo apenas suplementos remuneratórios, outros sistemas de recompensa do desempenho, e sistemas adaptados e específicos de avaliação de desempenho.

⁵⁵ Há que precisar que, ainda assim, este direito de contratação coletiva era reconhecido apenas aos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas, de acordo com o disposto no artigo 81.º da LVCR, não sendo reconhecido aos trabalhadores com vínculos de nomeação ou comissão de serviço. Estes trabalhadores gozavam, no entanto, do direito à negociação, tal como acima a definimos, garantido pela Lei n.º 23/98 à generalidade dos trabalhadores da Administração Pública. V. BRITO, Pedro Madeira, *ob. cit.*, págs. 340 e 341.

⁵⁶ Cf. al. a) do n.º 1 do artigo 42.º.

também o direito à contratação coletiva, previsto pela primeira vez no ordenamento jurídico português para os trabalhadores da Administração Pública pelo RCTFP e pela LVCR. Deste modo, o n.º 3 do artigo 347.º da LTFP inclui hoje estas duas dimensões do direito à negociação coletiva em sentido amplo – por um lado, a obtenção de *“um acordo sobre as matérias que integram o estatuto dos trabalhadores em funções públicas, a incluir em atos legislativos ou regulamentos administrativos aplicáveis a estes trabalhadores”*, que corresponde à dimensão anteriormente definida na Lei n.º 23/98, e hoje prevista nos artigos 350.º e ss. da LTFP; por outro lado, a celebração *“de um instrumento de regulamentação coletiva convencional aplicável a trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas”*, correspondente à dimensão definida de forma inovatória pelo RCTFP e pela LVCR, e hoje prevista nos artigos 355.º e ss. da LTFP⁵⁷. O elenco de matérias que podem ser objeto de negociação coletiva encontra-se previsto no artigo 350.º da LTFP e, recuperando a tradição que já vinha sendo mantida desde a Lei n.º 23/98⁵⁸, prevê-se um elenco muito alargado de matérias que podem ser objeto de negociação tendo em vista a obtenção de um acordo quanto ao estatuto dos trabalhadores com vínculo de emprego público. Pelo contrário, mantém-se a tradicional limitação de matérias que podem ser objeto de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, independentemente da sua natureza, tendo o artigo 355.º da LTFP herdado do artigo 81.º da LVCR as matérias dos suplementos remuneratórios, dos sistemas de recompensa de desempenho, e dos sistemas adaptados e específicos de avaliação do desempenho. Acrescentam-se agora os regimes de duração e organização do tempo de trabalho, os regimes de mobilidade, e os regimes da ação social complementar.

Restará apenas, neste momento, compreender a forma como se inserem os instrumentos de regulamentação coletiva no sistema de fontes do direito das relações laborais na Administração Pública, e de que modo poderá aplicar-se nas relações entre essas mesmas fontes o princípio do tratamento mais favorável.

IV. Considerações finais

A primeira precisão que deve fazer-se é a de que é o próprio artigo 355.º da LTFP que, na al. a) do seu n.º 2, dispõe que o instrumento de regulamentação coletiva não pode contrariar norma legal imperativa, pelo que se encontra aqui reproduzido pelo menos parte do conteúdo do n.º 1 do artigo 3.º do CT, de acordo com o qual o instrumento de regulamentação coletiva não pode alterar em qualquer sentido uma norma legal que não o permita.

Em segundo lugar, há que voltar atrás na exposição e no próprio diploma legal para lembrar que a al. a) do n.º 1 do artigo 4.º da LTFP ordena a aplicação de todo o regime de relações entre fontes de regulação de relações laborais que se encontra previsto no CT, o que significa que essa remissão vai para além da mera reprodução da regra definida no parágrafo anterior relativamente às normas legais imperativas. Na verdade, a remissão feita na al. a) do n.º 1 do

⁵⁷ Neste sentido, v. BRITO, Pedro Madeira, *ob. cit.*, págs. 342 e 343. Chama ainda o autor a atenção para o facto de este direito à negociação coletiva, em sentido amplo, estar previsto apenas para os trabalhadores com vínculo de emprego público, excluindo os prestadores de serviços.

⁵⁸ *Maxime*, no artigo 6.º da Lei n.º 23/98.

artigo 4.º implica importar do regime laboral privado a regra de princípio da supletividade das normas legais que não disponham o contrário, temperada pelo princípio do tratamento mais favorável⁵⁹ em determinadas matérias mais relevantes nas relações de trabalho.

Em terceiro lugar, certo será também que este regime do CT apenas deverá ser importado quando falarmos de instrumentos de regulamentação coletiva e de direito à contratação coletiva *proprio sensu*, e não quando esteja em causa o direito à negociação coletiva previsto hoje nos artigos 350.º e ss. da LTFP, dado que daqui não resulta um verdadeiro instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que implique aferir da forma de relacionamento entre fontes, mas apenas um acordo que deve ser transposto para um diploma normativo nos termos do artigo 354.º da LTFP. Deste modo, o regime do artigo 3.º do CT apenas poderá ser aplicado em sede de emprego público quando estejamos perante verdadeiro um verdadeiro instrumento de regulamentação coletiva, resultante de um procedimento de contratação, tal como previsto nos artigos 355.º e ss. da LTFP.

Em consequência, a aplicabilidade do regime resultante do artigo 3.º do CT às relações entre as fontes de regulação das relações laborais na Administração Pública terá um âmbito muito reduzido, não só porque a contratação coletiva tem menor expressão no emprego público do que no emprego privado, mas também porque o núcleo de matérias sobre as quais os acordos coletivos de trabalho podem dispor é também muito diminuto. Significa isto que, naturalmente, as indagações que inicialmente fizemos acerca da bondade do regime previsto no artigo 3.º do CT bem como, inclusivamente, da sua constitucionalidade, terão aqui menor importância do que aquela que assumem nas relações juslaborais privadas.

O que não significa, claro está, que esta seja uma questão despicienda. Poderemos sempre questionar-nos acerca do que terá levado o legislador a consagrar para as relações laborais da Administração o mesmo regime que se encontra previsto no CT para as relações laborais privadas, ou seja, se fará sentido consagrar uma regra de princípio de acordo com a qual as normas legais serão, em princípio, supletivas ou facultativas. De facto, e em primeiro lugar, é de difícil compreensão a consagração de uma regra deste tipo quando, como vimos já, a margem deixada à contratação coletiva é de tal maneira diminuta, pelo que, até pelo reduzido conteúdo do n.º 1 do artigo 355.º da LTFP, sempre as normas legais disciplinadoras das relações laborais na Administração terão de assumir um papel não facultativo, mas imperativo. Desde logo, é a própria lei que impede a supletividade das restantes normas legais ao vedar por completo a contratação coletiva na esmagadora maioria dos aspetos das relações laborais públicas. Em segundo lugar, e mesmo que o conteúdo deixado à disposição da contratação coletiva fosse substancialmente maior, continuaria a ser difícil compreender uma regra de supletividade das normas relativas ao emprego público, não necessariamente porque as bases do regime são, como vimos, constitucionalmente reservadas à legislação da Assembleia da República, sem prejuízo de eventual autorização ao Governo, mas porque as exigências de prossecução do interesse público e de satisfação das necessidades da coletividade de que acima já demos nota ordenam que as normas legais assumam um carácter de imperatividade e não de supletividade. Deste modo, entendemos que o legislador poderá não ter feito a melhor

⁵⁹ Que, recorde-se, desapareceu na LTFP, apesar de estar plenamente consagrado no artigo 4.º do RCTFP.

opção em matéria de relação entre fontes de regulação das relações laborais na Administração Pública, sendo este um dos campos em que talvez fosse indicado introduzir normas e exigências específicas que o regulassem de forma distinta relativamente ao que sucede no direito do trabalho, no sentido de, em sede de emprego público, prever uma regra de princípio de acordo com a qual as normas legais assumem carácter imperativo, deixando a margem de liberdade possível à contratação coletiva nas matérias contidas no elenco do n.º 1 do artigo 355.º da LTFP.

O que vem sendo dito não significa que o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, não só num sistema assim idealizado, mas também no sistema atualmente em vigor na LTFP, não possa ter também uma palavra a dizer, desde logo nas matérias que se encontram previstas no n.º 3 do artigo 3.º do CT. É certo que será menos fácil que este princípio opere nas matérias relevantes das relações laborais na Administração Pública se tivermos em conta o reduzido campo de aplicação aqui deixado aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, sendo talvez difícil encontrar uma matéria que contenda, por exemplo, com direitos de personalidade ou com a não discriminação dos trabalhadores em matéria de suplementos remuneratórios, mas já não será difícil que tal aconteça em regimes específicos e adaptados de avaliação de desempenho, ou em situações de mobilidade. Deste modo, em matérias que contendam com os direitos e institutos previstos no n.º 3 do artigo 3.º do CT, parece-nos perfeitamente aplicável o princípio do tratamento mais favorável tal como ele aí se encontra previsto.

21. Direito à igualdade no trabalho e ocupação efectiva

José António Oliveira de Jesus Pires

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

DIREITO À IGUALDADE NO TRABALHO E OCUPAÇÃO EFECTIVA

José António Oliveira de Jesus Pires

Nota introdutória

Parte I – Direito à igualdade no trabalho

1. Igualdade e proibição da discriminação
2. O assédio;
3. Igualdade retributiva
4. Igualdade e não discriminação em função do sexo
5. Direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho
- 5.1. Em geral

5.2 Direito à igualdade no acesso a emprego público

6. Diferenciação de tratamento. Admissibilidade e consequências

Parte II – Ocupação efectiva

1. A ocupação efectiva. Enquadramento geral
2. Situações que obstam ao cumprimento do dever de ocupação efectiva
3. Cumprimento e incumprimento do dever de ocupação efectiva

Parte III – Direito à igualdade no trabalho e ocupação efectiva

1. Direito à igualdade no trabalho e ocupação efectiva. Enquadramento geral
2. A igualdade no trabalho e o dever de ocupação efectiva (situações específicas)

Bibliografia

Resumo: O presente trabalho começa por um estudo da igualdade no trabalho, focando, em particular, os principais factores de discriminação existentes no quadro da relação laboral. De seguida, caracteriza-se o dever de ocupação efectiva. Dando especial importância à utilização de exemplos recolhidos na doutrina e na jurisprudência, ao longo de todo o estudo, sem se prescindir do devido enquadramento normativo, procura-se, a final, desenvolver e encontrar pontos de contacto entre as duas matérias.

Palavras-chave: Princípio da igualdade, igualdade no trabalho, dever de ocupação efectiva.

Nota introdutória

O trabalho que agora se publica foi apresentado em 4 de Janeiro de 2017, na componente da especialidade do 4.º curso de formação teórico-prático para magistrados dos tribunais administrativos e fiscais, no âmbito da matéria **Direito das Relações Laborais da Administração Pública**. Para efeitos de publicação, tiveram em conta as alterações legislativas posteriores (Leis n.º 93/2017, 23.8, n.º 73/2017, de 16.8, n.º 54/2017, de 14.7, e n.º 25/2017, de 30.5), procedendo-se a um pequeno desenvolvimento do estudo com exemplos jurisprudenciais.

*

Os dois subtemas – (i) direito à igualdade no trabalho e (ii) dever de ocupação efectiva – objecto deste estudo estão presentes nas obras portuguesas de referência do Direito Laboral de forma separada. Nem sempre é patente (ou latente) a ligação entre ambos.

Nesse pressuposto, cumpre estudar globalmente o regime da igualdade no trabalho, para que, em certa medida, se possam descobrir os pontos de contacto. Começar-se-á, então, por estudar a igualdade no trabalho. Sabe-se que esta reflecte uma importância assinalável no Direito e conserva uma ligação indissociável à ideia de Justiça, à luta contra privilégios e à dignidade da pessoa humana. Tem-se em conta que a ideia de igualdade jurídica não é constante, tendo vindo a registar uma evolução que se nota também no domínio laboral: partiu-se da proibição de quaisquer discriminações para chegar à chamada promoção da igualdade (v.g., introdução de quotas). Hoje, em vez da igualdade formal (*todos são iguais perante a lei*), fala-se de igualdade material traduzida, no lema sempre repetido: *tratamento igual do que é igual e tratamento desigual daquilo que é desigual*. Esta igualdade requer um equilíbrio entre a proibição da discriminação e a promoção da igualdade, que, amiúde, é facticamente difícil de concretizar. Daí que se releve o papel do juiz no plano do controlo casuístico do cumprimento do princípio da igualdade. Nesse sentido, aponta REIS NOVAIS¹: «Uma concepção constitucional de igualdade material conduz inevitavelmente a um padrão de controlo da sua observância em que o julgador é invariavelmente remetido para juízos de valoração que incidem sobre os fundamentos ou os critérios que pretendem justificar, em caso de desigualdade de tratamento, a distinção ou discriminação (...), em caso de igualdade, a equiparação ou indiferenciação produzida.»

Na segunda parte, analisar-se-á o dever de ocupação efectiva. Nos fins do séc. XIX e no início do séc. XX², as circunstâncias penosas em que o trabalho era executado³ contribuíam para que a inactividade fosse encarada como um privilégio, situação que hoje claramente não se coloca. A consagração legal deste dever é o culminar de uma longa caminhada, traçada pelo assinalável papel da jurisprudência (v. *infra* nota de rodapé n.º 50), de construção de uma visão de relação laboral *pós-marxista*⁴. Hodiernamente, reconhece-se que o trabalhador subordinado emprenha e compromete a sua pessoa no cumprimento do contrato e que a relação de emprego tem, portanto, também um conteúdo pessoal, não se reduzindo ao mero intercâmbio de valores patrimoniais⁵⁻⁶. E como ensinava GALVÃO TELLES⁷, «(...) o Direito brota da realidade. Por isso, é de elementar prudência que o jurista, aquele que tem como objecto primacial das suas preocupações o Direito, não esqueça a Sociedade e as suas manifestações.». Nesse sentido, é possível concluir que a actual norma legal vem na esteira da nova visão da relação laboral que já tinha expressa consagração na nossa Lei Fundamental – cfr. Ac. do Tribunal Constitucional (TC) n.º 951/96⁸: «[a Constituição da República Portuguesa (CRP) estabelece] o direito de o trabalhador realizar o pleno desenvolvimento da sua personalidade

¹ NOVAIS, Jorge Reis, *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 111. Acompanha-se de perto este A. nesta nota introdutória.

² KASKEL em 1922 defende a existência de um dever de ocupação efectiva – cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho*, p. 552, nota de rodapé n.º 1410.

³ A palavra trabalho deriva do latim *tripalium*, que era, *inter alia*, um instrumento para tortura humana.

⁴ Na visão marxista, subjaz à relação laboral uma mera conexão económica, sendo o conteúdo e o escopo daquela estritamente a troca de trabalho pelo salário – cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira, *op. cit.*, p. 552.

⁵ Cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira, *op. cit.*, p. 551.

⁶ SEIXAS, José Luís Pereira, «Ocupação Efectiva e Trabalhador Desportivo», pp 160, destaca a influência da Doutrina Social da Igreja, patente na encíclica *Laborem Exercens*: «O trabalho é um bem do homem – é um bem da sua humanidade – porque, mediante o trabalho, o homem não somente transforma a natureza, adaptando-a às suas necessidades, mas realiza-se também a si mesmo como homem e até, em certo sentido 'se torna mais homem'».

⁷ TELLES, Inocência Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 39.

⁸ Todos os arestos do TC foram consultados em www.tribunalconstitucional.pt.

pela forma socialmente mais dignificante, que é, indubitavelmente, (...) exercendo a prestação pessoal e profissional para que foi contratado.».

Por seu turno, neste quadro, também o cumprimento do dever de ocupação efectiva requer um controlo casuístico, sobretudo quando analisado à luz de uma violação do princípio da igualdade e do equilíbrio entre, por um lado, os direitos do trabalhador e, por outro, o princípio da autonomia privada (art. 61.º da CRP) e a prossecução do interesse público, onde se alicerçam os poderes dos empregadores.

Parte-se, portanto, do estudo separado dos dois subtemas para concluir, na terceira parte do trabalho, com uma análise dos pontos de contactos.

Por forma a reforçar a componente teórico-prática, dar-se-á especial importância à utilização de exemplos recolhidos na doutrina e na jurisprudência.

Parte I – DIREITO À IGUALDADE NO TRABALHO

1. Igualdade e proibição da discriminação

O direito a igual tratamento, no sentido de não dever existir qualquer tipo de discriminação entre trabalhadores, tem ampla consagração no direito positivo: art. 13.º da CRP, com especificação no art. 59.º, n.º 1; no art. 23.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem; na Convenção da Organização Internacional do Trabalho n.º 111, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, de 1958; na Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27.11; e nos artigos 23.º a 32.º e 540.º do Código do Trabalho (CT), aplicáveis aos trabalhadores em funções públicas, por força da al. c) do n.º 1 do art. 4.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20.6 (LTFP)⁹.

Todavia, o conhecimento empírico permite-nos dizer que as entidades empregadoras são realidades heterogéneas, tanto entre si, como *per se*. Com efeito, são variados os fins das pessoas colectivas públicas e os objectos sociais das empresas privadas, em vários domínios (saúde, educação, distribuição, transportes, construção civil, etc.). Consequentemente, não causará qualquer estranheza que haja trabalhadores¹⁰ cujo estatuto seja diferente, em função das diferentes prestações de trabalho. Daí que se distinga, p. ex., o trabalho subordinado do autónomo equiparado, a que alude o art. 10.º do CT, o trabalhador do sector privado, cuja

⁹ Não obstante a utilização de diferentes instrumentos de contratação – públicos e privados –, o âmbito de aplicação do direito à igualdade na Administração é máximo, *i.e.*, abrange todos os trabalhadores, na medida em que a toda a actividade daquela está submetida ao princípio da igualdade – cfr. artigos 13.º, 18.º, n.º 1, 266.º, n.º 2, da CRP, e 2.º, n.º 3, e 6.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Em rigor, o princípio da igualdade tem também como destinatários os próprios particulares nas relações entre si – cfr. art. 18.º, n.º 1, da CRP. E relativamente ao objecto do presente estudo, não se suscitam dúvidas, porquanto, designadamente, o art. 59.º, n.º 1, que proíbe quaisquer discriminações entre os trabalhadores, goza de eficácia imediata nas relações entre particulares. Neste sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 347, e FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, p. 469, com exemplos jurisprudenciais. Neste sentido também o art. 3.º da Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27.11.

¹⁰ Aqui e ao longo do presente estudo, utilizar-se-á, frequentemente, o conceito de trabalhador em sentido amplo.

relação laboral é regulada pelo CT, do que presta serviço no sector público, a quem se aplica a LTFP e os diplomas reguladores das carreiras especiais¹¹, assim como o trabalhador especializado, em particular o que ocupa cargos de chefia, direcção, do trabalhador indiferenciado.

Assim, não obstante o legislador constitucional, no art. 13.º, n.º 2, e ordinário, no CT, (re)afirmar o princípio geral da igualdade, na vertente de proibição de discriminação, este não significa uma exigência de igualdade absoluta, mas apenas a inadmissibilidade de disparidade de tratamento materialmente infundadas – *i. e.*, veda-se as diferenciações quando:

(a) Não se baseiem numa distinção objectiva das situações,

(b) Se fundamentem, nomeadamente, na ascendência, idade, sexo, origem étnica¹², raça, língua, estado civil, situação familiar, origem territorial, religião¹³, convicções políticas ou

¹¹ A existência de carreiras especiais é, por si mesmo, um sinal da existência de diferentes papéis que conduzem, inexoravelmente, a estatutos profissionais adequados a cada função. A título exemplificativo, aos médicos aplica-se o regime da carreira especial médica, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 177/2009, de 4.8, aos militares das Forças Armadas e da Guarda Nacional Republicana aplicam-se, respectivamente, os diplomas estatutários aprovados pelos Decretos-Leis n.ºs 90/2015, de 29.5, e 297/2009, de 14.10, e aos diplomatas aplica-se o Estatuto da Carreira Diplomática, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 40-A/98, de 27.2. Salienta-se, nestes estatutos, as necessidades acrescidas de disponibilidade (p. ex., médicos) ou de mobilidade (p. ex., diplomatas), incompatíveis com o regime laboral comum. Também no sector privado existem leis especiais: p. ex., para contrato de trabalho do serviço doméstico – regime jurídico foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 235/92, de 24.10 – e para os profissionais do desporto e de espectáculos – regime jurídicos aprovados, respectivamente, pelas Leis n.ºs 54/2017, de 14.7, e 4/2008, de 7.2.

¹² Cumpre referir, neste domínio, a Lei n.º 93/2017, de 23.8, que estabelece o regime da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem. Segundo GOMES, Júlio Manuel Vieira, *op. cit.*, pp 392 e 393, para além do que apontou a *House of Lords* em *Mandala v Lee* – uma longa História partilhada, uma tradição cultural própria e uma consciência da sua identidade – , importa, para definir um grupo étnico, a origem geográfica comum, a linguagem e a religião, diferentes das dos vizinhos ou da comunidade em geral. São conceitos que se podem entrecruzar – p. ex., judeus.

¹³ Nem sempre é fácil a conciliação da vida profissional com o culto religioso. NUNES, Cláudia Sofia Henriques, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas face à Lei geral do Trabalho*, p. 126, notas n.ºs 123 e 124, destaca, neste âmbito, alguma jurisprudência do TC. O Ac. n.º 545/2014, que veio no seguimento da decisão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) que, no Ac. de 6.12.12, p. 58/12 (COSTA REIS) – toda a jurisprudência dos tribunais nacionais, salvo indicação concreta em contrário, foi consultada em www.dgsi.pt – entendeu que os magistrados do Ministério Público estão sujeitos aos horários de funcionamento dos serviços e não beneficiam do regime de flexibilidade de horário, para efeitos da Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22.6). Ademais, o aresto considerou que a realização de serviço de turno em dias de sábado não representa uma violação da liberdade de escolha de profissão na medida em que essa é uma condicionante do exercício da própria actividade profissional, que a autora não poderia desconhecer no momento em que ingressou na magistratura, e que é justificada por outros valores constitucionais. O TC veio, contudo, entender que o trabalho por turnos, no caso concreto, pode ser enquadrado na figura de trabalho em regime de flexibilidade, o que lhe permitiria, ao abrigo da Lei da Liberdade Religiosa, ter direito de suspender o trabalho no dia de descanso semanal, nos dias das festividades e nos períodos horários que lhes sejam prescritos pela confissão que professam. A isto acrescenta o TC que o Conselho Superior do Ministério Público deveria afectar magistrados «que invoquem a dispensa de serviço por motivo religioso a comarcas relativamente às quais se verifique uma menor incidência de serviço de turno aos sábados, de modo a compatibilizar, na medida do possível, o exercício do direito com o cumprimento dos deveres funcionais.». Na mesma linha, também revogou a decisão da Relação de Lisboa (RL), de 15.12.11, p. 449/10.OTTLSB.L1-4 (RAMALHO PINTO), que considerou lícito o despedimento por a trabalhadora adventista se ausentar do trabalho para culto, pois entende que a flexibilidade de horário ocorre em todas as profissões em que seja possível compatibilizar o cumprimento da duração do trabalho com a dispensa para efeitos de observância dos deveres religiosos – Ac. do TC n.º 544/2014. A A. releva também, neste domínio, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre os artigos 9.º e 14.º (proibição de discriminação) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: caso *Eweida* – a proibição da utilização, por assistente de bordo, de uma cruz, no exercício de funções e de modo visível, viola aqueles artigos; caso *Chaplin* – a proibição de utilização, por enfermeira, de uma cruz, no exercício de funções

ideológicas, filiação sindical, instrução¹⁴, situação económica, condição social, orientação sexual, património genético¹⁵, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica.

(c) Não tenham um fim legítimo segundo o ordenamento jurídico,

(d) Não se revelem necessárias, adequadas e proporcionais¹⁶.

Está vedado ao empregador a concessão de estatuto laboral diferenciado, seja pela atribuição de vantagens ou pela imposição de encargos, sem que haja um motivo justificado.

Nas relações laborais, face ao poder de organização do pessoal – definição da estrutura da empresa, quadro de pessoal, reduções e admissões, movimentação de trabalhadores, atribuição de funções e distribuição de tarefas, o *ius variandi*, gestão do sistema de carreiras e promoções, exercício do poder disciplinar¹⁷ –, justifica-se a preocupação dos legisladores constitucional, internacional e ordinário, tendo em conta a luta histórica contra uma discriminação injusta e a utilização, nas organizações privadas e públicas, de critérios incongruentes de classificação, promoção, remuneração e selecção para recrutamento ou despedimento¹⁸. Em matéria laboral, a CRP realçou a igualdade *salarial* e *sexual* – art. 58.º, n.º 1, al. b), e 59.º, n.º 1, al. a). O CT, por sua vez, começa por concretizar o princípio de igualdade e não discriminação, nos artigos 23.º a 28.º, e relevar a discriminação em função do sexo, nos artigos 30.º a 32.º. Na LTFP, estabelece-se, em especial, a igualdade de tratamento entre trabalhador contratado a termo e trabalhador permanente numa situação comparável – art. 67.º, n.º 1.

e de modo visível, motivada por razões de saúde pública e segurança dos utentes dos hospitais não viola o disposto naquelas disposições; caso *Ladele* – a circunstância de a recusa de funcionária de registo civil em registar uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, com fundamento em objecção de consciência por motivos religiosos, ser considerada infracção disciplinar não configura desrespeito do disposto naqueles preceitos; caso *McFarlane* – a circunstância de um terapeuta de casais se recusar a abordar questões relacionadas com o relacionamento sexual de casais do mesmo sexo que constituem seus pacientes, invocando objecção de consciência por motivos religiosos, ser considerada infracção disciplinar não configura infracção do disposto naqueles artigos.

Em decisão de 14.3.2017, p. C-157/15, no caso *Samira Achbita*, o Tribunal de Justiça (TJ) entendeu que a proibição de usar um lenço islâmico, que decorre de uma regra interna de uma empresa privada que proíbe o uso visível de quaisquer sinais políticos, filosóficos ou religiosos no local de trabalho, não constitui uma discriminação directa em razão da religião ou das convicções. Em contrapartida, segundo o mesmo tribunal, essa regra interna é susceptível de constituir uma discriminação indirecta se se demonstrar que a obrigação, aparentemente neutra, que prevê implica, *de facto*, uma desvantagem específica para as pessoas que seguem uma determinada religião ou determinadas convicções, excepto se for objectivamente justificada por um objectivo legítimo, como a prossecução por parte do empregador, nas suas relações com os seus clientes, de uma política de neutralidade política, filosófica e religiosa, e se os meios para realizar esse objectivo forem adequados e necessários.

¹⁴ No Ac. de 13.10.16, p. 314/15.5T8BRR.L1.S1 (RIBEIRO CARDOSO), o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) considerou que tendo um trabalhador concluído com êxito o 9.º ano de escolaridade e outro o 6.º ano, para efeitos do art. 368.º, n.º 2, al. b), do CT, aquele é detentor de uma habilitação académica superior, ainda que, tendo em consideração a respectiva data de nascimento, ambos sejam detentores da escolaridade mínima obrigatória.

¹⁵ Salvo casos de tutela do trabalhador e da sua saúde – cfr. art. 13.º, n.º 3, da Lei 12/2005, de 26.1 (informação genética pessoal e informação de saúde), está excluída a realização ou exigência de testes genéticos para efeitos de avaliação da capacidade dos candidatos a emprego ou a lugar – cfr. artigos 11.º, n.ºs 1 e 2, e 13.º, n.ºs 1 e 2. Sobre este tema, GUILHERME GRAY, in MARTINEZ, Pedro Romano [et al.], *Código do Trabalho Anotado*, pp 137-140.

¹⁶ Cfr. CANOTILHO, J.J Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 340.

¹⁷ Habitualmente, reparte-se em três poderes: poder de direcção, poder disciplinar e poder regulamentar – cfr., por exemplo, XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *Manual de Direito do Trabalho*, pp 91 e 413-441, e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, pp 389-938.

¹⁸ Cfr. XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *op. cit.*, p. 451.

A discriminação tanto pode ser directa, sempre que em razão de um factor de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa (v. g., opção por trabalhadores de um sexo)¹⁹, como indirecta, sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro (v.g., exigência de teste cultural com conteúdo marcadamente *local*²⁰) seja susceptível de colocar uma pessoa, por motivo de um factor de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários – alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 23.º do CT.

Existe também, segundo a Lei n.º 93/2017, 23.8, a discriminação por associação, que pode ocorrer em razão de relação e ou associação a pessoa ou grupo de pessoas de determinada origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência ou território de origem (cfr. art. 3.º, n.º 1, al. d)), e a discriminação múltipla, resultante de uma combinação de dois ou mais factores de discriminação, devendo, neste caso, a justificação objectiva permitir a verificação em relação a todos os factores em causa (cfr. art. 3.º, n.º 1, al. e)).

2. O assédio

O assédio é o comportamento indesejado, que pode basear-se em factor de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador – art. 29.º, n.º 1, do CT²¹. São três, as formas de assédio:

¹⁹ Um exemplo de discriminação directa esteve em causa no Ac. do TJ de 12.12.12, p. C-267/12, caso *Frédéric Hay*, no qual se entendeu que não estava em conformidade com o Direito Europeu uma disposição que estabelecia que um trabalhador por conta de outrem que celebre um pacto civil de solidariedade com uma pessoa do mesmo sexo é excluído do direito de obter benefícios como dias de licença especial e um prémio salarial, concedidos aos trabalhadores por conta de outrem por ocasião do seu casamento, quando a legislação nacional do Estado-Membro em causa não autoriza o casamento de pessoas do mesmo sexo, na medida em que, tendo em conta o objectivo e os requisitos da concessão desses benefícios, esse trabalhador se encontra numa situação comparável à de um trabalhador que contrai casamento.

²⁰ Um exemplo interessante consiste na regulação que favoreça os trabalhadores mais antigos, em casos em que as mulheres estejam sub-representadas, por razões históricas e sociológicas (v.g., nas Forças Armadas). Esta regulação pode constituir uma discriminação indirecta e só deverá ser admitida se for uma verdadeira necessidade da entidade patronal – cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira, *op. cit.*, p. 403. A inaplicabilidade da segunda fase do extinto procedimento de requalificação aos trabalhadores com contrato em funções públicas (cfr. art. 259.º da LTFP), por serem, tendencialmente, mais jovens, poderia configurar uma situação de discriminação indirecta – cfr. MESTRE, Bruno, «O regime jurídico da reafectação de trabalhadores na Lei n.º 35/2014, de 20/06», pp 302-303.

²¹ A qualificação do assédio como discriminação não é pacífica. Em termos legais, apesar da alteração – o art. 24.º, n.º 1, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27.8, dizia que «*constitui discriminação o assédio*» –, face ao elemento sistemático e ao que resultava da Directiva 2002/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23.9 (que alterou a Directiva 76/207/CEE do Conselho) – v. também a Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27.11 –, o assédio continua a ser inserido na matéria da igualdade e não discriminação. Na doutrina, nesse sentido, MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, p. 346. GOMES, Júlio Manuel Vieira, *op. cit.*, pp 411-412, considera, com propriedade, na esteira do juiz canadiano *Twaddle JA*, que «*o assédio é uma conduta e a discriminação um método de escolha pelo que o assédio é tão diferente da discriminação como o ataque físico a uma pessoa determinada é diferente do ataque a uma vítima escolhida aleatoriamente*». Ou seja, se o autor persegue uma mulher apenas por motivos perversos, nomeadamente por entender que as mulheres são seres inferiores, o assédio será uma discriminação, ao passo que, se persegue porque se sente atraído, não há discriminação, embora haja ilícito grave. Em suma, segundo o referido A., o assédio poderá ser um comportamento discriminatório, mas nem

- Assédio sexual e o assédio com conotação sexual (*sexual harassment*) – comportamento indesejado e com efeitos hostis que assume uma conotação sexual, podendo assumir forma verbal, gestual ou física;
- Assédio moral discriminatório (*discriminatory harassment*) – comportamento indesejado e com efeitos hostis que se baseia em qualquer factor de discriminação que não o sexo; a
- Assédio moral não discriminatório (*mobbing*) – comportamento indesejado que não se baseia em nenhum factor discriminatório, mas, pelo carácter continuado e insidioso que assume, produz efeitos hostis²².

Nestes casos, fica legitimada a desobediência do trabalhador relativamente a ordem ou instrução que surja na sequência ou que se compreenda no âmbito da referida prática²³.

O assédio moral não se confunde com o *stress* (ainda que este possa ser um instrumento de prática daquele), nem com uma relação profissional dura (p. ex., em virtude de uma chefia exigente e pouco cordata, mas que não visa esfacelar a integridade de ninguém), nem com um mero e isolado episódio mais violento (*e.g.*, um incidente ou uma discussão particularmente intensos mas sem sequelas), nem se pode confundir com as decisões legítimas, nomeadamente disciplinares, advenientes da organização do trabalho²⁴. Conquanto que, em regra, seja praticada pelo empregador ou superior hierárquico, pode suceder que o assédio seja perpetrado pelos colegas²⁵. Daí que, o Ac. da RL de 21.3.12, p. 2755/10.5TTLSB.L1-4 (RAMALHO PINTO), tenha entendido que têm legitimidade passiva os superiores hierárquicos e os colegas de uma trabalhadora, numa acção intentada contra a entidade empregadora, em que aquela invoca uma situação de assédio moral, consubstanciada numa prolongada perseguição profissional, de que terão sido mentores os superiores hierárquicos e executantes os colegas de trabalho. De resto, o caso específico do *mobbing* remete-nos para um fenómeno colectivo, que pode envolver superiores hierárquicos e colegas²⁶. O *mobbing* pode ser classificado em:

sempre o será (o que em nada lhe retira ou diminui a gravidade). Já SERQUEIRA, Alexandra, «Do assédio no local de trabalho: um caso de *flirt* legislativo. Exercício de aproximação ao enquadramento jurídico do fenómeno», p. 77, nota de rodapé n.º 4, diz que o assédio é, acima de tudo, um verdadeiro ataque à integridade moral e física da vítima, e não se identifica, necessariamente, com discriminação, embora seja um dos seus instrumentos habituais, nem se identifica, necessariamente, com acumulação excessiva de tarefas ou, pelo contrário, desocupação total, nem com a ameaça ou a injúria.

²² Cfr. NUNES, Cláudia Sofia Henriques, *op. cit.*, p. 134. O *mobbing* caracteriza-se por três facetas – a prática de determinados comportamentos, a sua duração e as consequências, sendo habitual associar-se a intencionalidade persecutória, o seu carácter repetitivo e a verificação de consequências na saúde física e psíquica do trabalhador – cfr. Ac. do STJ de 13.1.10, p. 1466/03.2TTPRT.S1 (SOUSA GRANDÃO).

²³ Cfr. GRAY, Guilherme, *op. cit.*, p. 146.

²⁴ Acórdãos da Relação do Porto (RP) de 26.9.11, p. 540/09.6TTMTS.P1 (JOSÉ RAMOS), e da Relação de Coimbra (RC) de 7.3.13, p. 236/11.9TTCTB.C2 (MANUEL LOUREIRO).

²⁵ Cfr. NUNES, Cláudia Sofia Henriques, *op. cit.*, p. 135. Esta A. nota que o Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho na Administração Pública, aprovado pela Lei n.º 66-B/2007, de 28.12 (SIADAP), ao limitar o reconhecimento de desempenhos relevantes e excelentes, propicia a guerra entre colegas. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 189, admite também que um subordinado seja assediador, quando, p. ex., solicitar favores sexuais para depor a favor de superior em procedimento disciplinar. Admite também o assédio por clientes em cumplicidade com o empregador. Cfr. também GOMES, Júlio Manuel Vieira, *op. cit.*, pp 435 e 436.

²⁶ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, pp 191 e 192 e GOMES, Júlio Manuel Vieira, pp 426,427.e 434. De certo modo, os colegas, ao assistirem como espectadores passivos à conduta hostil (*side mobbers*), contribuem para

(i) *Vertical*, consoante seja realizado ao longo da cadeia hierárquica, *descendente*, se os perseguidores são superiores hierárquicos da vítima, ou *ascendente*, se são subordinados,

(ii) *Horizontal*, se os executores são colegas de trabalho, ou

(iii) *Combinado*, se revestir as duas modalidades²⁷.

São exemplos de assédio moral a privação de WC, de mobiliário ou luz, a exigência gratuita de extremo perfeccionismo, a crítica ao trabalho, aos resultados, à personalidade ou à actuação da vida privada, apenas por perversidade, com sarcasmo e desprezo, a mudança para funções muito superiores à experiência e competência detidas, a atribuição de excesso de trabalho ou o inverso, como seja, a atribuição de tarefas inúteis ou o esvaziamento de funções, a redução do contacto com clientes ou imposição de um isolamento físico, ou ainda alterações sistemáticas no horário ou no local de trabalho²⁸.

Refira-se, por último, que a análise do julgador deve ser global, *i.e.*, há aspectos que isoladamente não são ilícitos, mas quando analisados globalmente, dado o prolongamento no tempo, são susceptíveis de configurar uma situação de assédio – cfr. Ac. da RL de 14.9.11, p. 429/09.9TTLSB.L1-4 (MARIA ROMBA).

A Lei n.º 73/2017, de 16.8, veio reforçar a prevenção da prática de assédio. Nesse sentido, a lei vem, *inter alia*, consagrar: o dever de o empregador adoptar códigos de boa conduta para a prevenção e combate ao assédio no trabalho, sempre que a empresa tenha sete ou mais trabalhadores; o dever de instaurar procedimento disciplinar sempre que tiver conhecimento de alegadas situações de assédio no trabalho (cfr. artigos 127.º, n.º 1, alíneas *k*) e *l*), do CT, e 71.º, n.º 1, al. *k*), da LTFP); a responsabilidade do empregador e da segurança social, ficando esta sub-rogada nos direitos do trabalhador, pela reparação dos danos emergentes de doenças profissionais resultantes da prática de assédio (cfr. art. 283.º, n.ºs 8 e 9, do CT); aplicação expressa aos trabalhadores com vínculo de emprego público do Código do Trabalho em matéria de assédio – al. *d*) do n.º 1 do art. 4.º da LTFP.

3. Igualdade retributiva

A al. *a*) do n.º 1 do art. 59.º da CRP estabelece os princípios a que deve obedecer uma justa retribuição do trabalho. Nela consta a garantia, transposta para os artigos 31.º, n.ºs 1 e 2, e 270.º do CT (também no 31.º, n.º 1) e 144.º, n.º 2, da LTFP, de que, na mesma organização (ou seja, sob as ordens da mesma entidade), a trabalho igual em quantidade (*i.e.*, duração e intensidade), natureza (*i.e.*, dificuldade, penosidade ou perigosidade) e qualidade (*i.e.*,

agravar a lesão da vítima, ou podem, por outro lado, ser meios de um assédio estratégico, utilizando-se as chefias intermédias para praticar o *mobbing*.

²⁷ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 191.

²⁸ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 191, e GOMES, Júlio Manuel Vieira, *op. cit.*, pp. 432 e 433. Por aqui se manifestam, desde já, alguns pontos de ligação com o incumprimento do dever de ocupação efectiva.

exigências de conhecimento, prática e capacidade) deve corresponder salário igual²⁹. Esta garantia não obsta a que se estabeleçam diferenças remuneratórias, assentes em critérios objectivos, em função da categoria e, dentro da mesma categoria, entre trabalhadores, atendendo à diferença de antiguidade³⁰, experiência, habilitação – através de subsídios ou complementos –, mérito ou produtividade – através de prémios (art. 31.º, n.º 3, do CT)³¹. Aliás, segundo os cânones do princípio da igualdade – tratamento desigual para situações desiguais –, trabalho diferente, em quantidade, qualidade ou natureza, não autoriza, impõe diferente remuneração. As licenças, faltas ou dispensas relativas à protecção na parentalidade não podem fundamentar diferenças na retribuição – art. 31.º, n.º 4, do CT.

Na jurisprudência, a RL, no Ac. de 11.7.13, p. 697/12.9TTLSB.L1-4 (JERÓNIMO FREITAS), entendeu que o facto de um trabalhador estar mal qualificado, extravasando as funções que exerce as previstas para a categoria de chefe de serviço, não constitui fundamento para que os colegas que têm atribuída essa mesma categoria passem a auferir a retribuição atribuída àquele. No Ac. de 17.5.17, p. 10032/16.1T8LSB.L1-4, o mesmo tribunal considerou que, coexistindo num hospital E.P.E. (pessoa colectiva de direito público de natureza empresarial) pessoal de enfermagem sujeito ao regime do contrato individual de trabalho comum com outro da mesma profissão sujeito a contrato de trabalho em funções públicas, embora o reposicionamento remuneratório das categorias da carreira especial de enfermagem efectuada pelo Decreto-Lei n.º 122/2010, de 11.11, concluído em 1.1.13, seja aplicável apenas aos enfermeiros com vínculo de emprego público, se assente que o trabalho exercido por uns e por outros ao mesmo empregador é igual em qualidade, natureza e quantidade, impõe-se, por aplicação directa do princípio a trabalho igual, salário igual, que sejam pagas àqueles (sujeitos a contrato de trabalho comum) remunerações idênticas às que são pagas a estes (sujeitos a contrato de trabalho em funções públicas).

Por sua vez, o STJ julgou que o pagamento de trabalho nocturno, de acordo com o estipulado na convenção colectiva de trabalho aplicável aos trabalhadores filiados no sindicato subscritor, em montante superior ao que é pago a outros trabalhadores da mesma empregadora, mas filiados noutra sindicato subscritor de uma outra convenção colectiva de trabalho, não viola, por si só, o princípio constitucional da igualdade – Ac. do STJ de 17.11.16, p. 7388/15.7T8LSB.L1.S1 (FERREIRA PINTO).

Em juízo, cabe ao trabalhador provar a semelhança da prestação (natureza, qualidade e quantidade) face ao qual se diz discriminado, não bastando a prova da mesma categoria profissional – Ac. do STJ de 12.10.11, p. 343/04TTCBL.P1.S1 (FERNANDES DA SILVA).

²⁹ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 772, e FERNANDES, António Monteiro, *op. cit.*, p. 470.

³⁰ À antiguidade corresponde um aumento da experiência profissional e, em regra, uma melhor prestação de trabalho, o que justifica diferenças remuneratórias que para além disso premeiam a permanência e lealdade do trabalhador – cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira, *op. cit.*, p. 404, nota de rodapé n.º 1069.

³¹ Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano, *op. cit.*, p. 347. Como entendeu o TC, no Ac. n.º 313/89, não é irrazoável que professores que, embora não tendo habilitação própria, já tenham cinco anos de serviço, vençam por letra superior à daqueles que, embora com habilitação própria, acabaram de ingressar na subcarreira dos professores «com habilitação própria sem grau superior», uma vez que, àqueles só restaria subir mais uma letra, enquanto que estes estariam a iniciar uma caminhada com maiores possibilidades de progressão. Quanto aos prémios de assiduidade, o STJ, no Ac. do Pleno n.º 16/96, publicado no *Diário da República* n.º 280/1996, Série I-A de 4.12.96, fixou jurisprudência no sentido de que viola o princípio constitucional em causa a prática de «discriminação salarial fundada em “absentismo justificado” por doença do trabalhador».

4. Igualdade e não discriminação em função do sexo

A defesa da não discriminação tem sido mais acentuada, designadamente, em termos legais, no que respeita às situações relacionadas com a diferenciação em função do sexo³². Isto tem subjacente o seguinte: como diz MARIA MARGARIDA MOREIRA³³, «*A igualdade entre homens e mulheres no emprego não será atingida enquanto as mulheres continuarem a assumir maioritariamente as responsabilidades ligadas ao lar*». Na esteira desta A., CLÁUDIA NUNES³⁴ afirma que as mulheres são, em regra, «*vistas como menos produtivas e disponíveis do que os homens*» por se ausentarem, com maior frequência do local de trabalho, por razões de parentalidade, pelo que importa atenuar esse estigma.

Não é lícita, em razão do sexo, a exclusão, preferência ou restrição no acesso de candidato a emprego ou trabalhador a determinada actividade ou à formação profissional exigida para ter acesso a essa actividade – n.º 1 do art. 30.º do CT. Não será lícito, *e.g.*, o aviso de procedimento concursal ou anúncio de oferta de emprego em que se restrinja o acesso às vagas a candidatos de um sexo, mesmo em casos especiais, como são as forças de segurança, os bombeiros ou os trabalhadores domésticos. Também não será lícita qualquer discriminação remuneratória, seja relativa à remuneração fixa ou variável, seja justificada em faltas, licenças ou dispensas relativas à protecção da parentalidade – acentua o art. 31.º, n.ºs 1, 2 e 4, do CT.

Também não será lícita, *p. ex.*, a utilização da esperança de vida diferente de homens e mulheres como critério actuarial para o cálculo do valor da prestação de segurança social, estabelecida por lei, paga em caso de acidente de trabalho, quando o recurso a este critério leva a que o valor da indemnização única paga, a título dessa prestação, a um homem seja inferior ao valor que seria pago a uma mulher da mesma idade que se encontre numa situação semelhante (*cfr.* Ac. do TJ de 3.9.14, p. C-318/13).

Neste domínio, importa destacar, a título exemplificativo, o dever do empregador comunicar à entidade com competência na área da igualdade de oportunidades o motivo de não renovação de contrato a termo de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante – *cfr.* artigos 144.º, n.º 3, do CT e 64.º, n.º 2, da LTFP.

³² No direito interno, nos artigos 58.º, n.º 2, al. *b)*, da CRP, e 30.º a 32.º do CT, e, no direito da UE e internacional, nos artigos 23.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 157.º do TFUE e na Directiva n.º 75/117/CEE do Conselho, de 10.2 (princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e feminino), no art. 7.º, al. *a)*, subal. *i)*, do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais e nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho n.ºs 100, de 1951, sobre igualdade de remuneração entre mãos-de-obra masculina e feminina em trabalho de igual valor, e 156, de 1981, sobre igualdade de oportunidades e de tratamento para os trabalhadores dos dois sexos. Há que salientar que ressuma destes normativos uma notória conexão entre o princípio *a trabalho igual salário igual*, tratado no ponto antecedente, e a não discriminação em função do sexo.

³³ *Apud* NUNES, Cláudia Sofia Henriques, *op. cit.*, p. 136.

³⁴ NUNES, Cláudia Sofia Henriques, *op. cit.*, p. 136.

5. Direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho

5.1. Em geral

Os artigos 58.º, n.º 1, al. b), da CRP e 24.º, n.º 1, do CT estabelecem que todo o trabalhador ou candidato a emprego tem direito à igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não sendo admissível qualquer privilégio, benefício, prejuízo ou privação de qualquer direito ou isenção de qualquer dever em razão dos motivos elencados no n.º 1 do art. 24.º – nomeadamente, da ascendência, sexo, orientação sexual. Segundo o n.º 2 do art. 24.º do CT, o direito à igualdade no acesso ao emprego respeita, designadamente:

- Aos critérios de selecção e às condições de contratação, em qualquer sector de actividade e a todos os níveis hierárquicos;
- Ao acesso a todos os tipos de orientação e formação profissional de qualquer nível, incluindo a aquisição de experiência prática;
- À remuneração e outras prestações patrimoniais, promoções a todos os níveis hierárquicos e aos critérios para a selecção dos trabalhadores a despedir;
- À filiação ou participação em estruturas de representação colectiva ou em qualquer outra organização.

5.2. Direito à igualdade no acesso a emprego público

O direito de acesso à função pública em condições de igualdade merece expressa consagração constitucional – art. 47.º, n.º 2. De acordo com GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA³⁵, este direito consiste principalmente no seguinte:

«(a) Não ser proibido de aceder à função pública em geral, ou a uma determinada função pública em particular (liberdade de candidatura);

(b) Poder candidatar-se aos lugares postos a concurso, desde que preenchidos os requisitos necessários;

(c) Não ser preterido por outrem com condições inferiores;

(d) Não haver escolha discricionária por parte da Administração.». A regra do concurso, como meio de recrutamento e selecção de pessoal, é uma garantia do princípio da igualdade e do próprio direito de acesso, porquanto este não existe se a Administração puder escolher

³⁵ *Op. cit.*, p. 660.

livremente os seus funcionários³⁶. O concurso serve tanto para ingresso, como para acesso e progressão nas carreiras³⁷ e, segundo aqueles AA, consubstancia um verdadeiro *direito a um procedimento justo de recrutamento*, onde se deve cumprir o seguinte: igualdade de condições e oportunidades, liberdade de candidaturas, divulgação atempada dos métodos e provas de selecção, assim como dos programas e sistemas de classificação, aplicação de métodos e critérios objectivos de avaliação, neutralidade da composição do júri e o direito a recurso. Na materialização da igualdade, o concurso destaca-se de outras modalidades, mais suspeitas, e propicia uma garantia de isenção e da escolha dos indivíduos mais adequados, pese embora não deixe de ser, em concreto, susceptível de controlo necessário para verificação do cumprimento das cláusulas *supra* referidas³⁸.

6. Diferenciação de tratamento. Admissibilidade e consequências

O princípio da igualdade não proíbe, em absoluto, toda e qualquer diferenciação de tratamento, desde que razoavelmente fundada e destinada a proteger um valor ou interesse constitucional³⁹. É o que sucede no caso da preferência no recrutamento de deficientes (artigos 71.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 29/2001, de 3.2, 28.º, n.º 1, da Lei n.º 38/2004, de 18.8)⁴⁰, no dever dos empregadores realizarem as adaptações razoáveis, em função das necessidades numa situação concreta, para que uma pessoa deficiente tenha acesso a um emprego (cfr. artigos 5.º da Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27.11, e 86.º, n.º 1, do CT, aplicável aos trabalhadores da Administração, por força da al. e) do n.º 1 do art. 4.º da LTFP – v. g., ajustamentos ao nível do local e das ferramentas de trabalho, trabalho a partir de casa, a reorganização do tempo de trabalho, ou a disponibilização de formação profissional adequada)⁴¹, ou na licença concedida para acompanhamento do cônjuge colocado no

³⁶ Cfr. CANOTILHO, J.J Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 661. O concurso é, igualmente, garantia do interesse público, do cumprimento dos princípios da imparcialidade e da boa administração – cfr. NEVES, Ana Fernanda, *Relação Jurídica de Emprego Público*, p. 148.

³⁷ Assume relevância no âmbito da Administração, os concursos de ingresso, regulados pela LTFP e pela Portaria n.º 83-A/2009, de 22.1 (artigos 33.º a 39.º) e os concursos de acesso aos cargos de direcção superior, conduzidos pela CRESAP, e intermédia – respectivamente, artigos 18.º a 19.º-A e 20.º e 21.º do Estatuto do Pessoal Dirigente dos Serviços e Organismos da Administração Pública, aprovado pela Lei n.º 2/2004, de 15.1.

³⁸ Cfr. NEVES, Ana Fernanda, *op. cit.*, pp 149 e 151.

³⁹ A diferenciação é, aliás, imposta pelo sentido positivo do princípio da igualdade: tratar igual o que é igual e tratar diferente o que é desigual; tratamento das situações como existem e como *devem* existir – Cfr. MIRANDA, Jorge, «Igualdade (Princípio da)», pp 415 e 416. Do sentido negativo, já tratámos no ponto 1.

⁴⁰ O TJUE no Ac. de 11.4.13, processos C-335/11 e C-337/11, caso *Jette Ring*, entendeu que o conceito de «deficiência», consagrado pela Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27.11, deve ser interpretado no sentido de que inclui um estado patológico causado por uma doença clinicamente diagnosticada como curável ou incurável, quando esta doença gera uma limitação, que resulta, designadamente, de lesões físicas, mentais ou psíquicas, cuja interacção com diferentes barreiras pode impedir a participação plena e efectiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores, e de que esta limitação é duradoura. No Ac. de 18.3.14, p. C-363/12, caso Z, o TJUE entendeu que a incapacidade de ter um filho pelos meios convencionais não constitui uma deficiência, por não ser, em princípio, um impedimento a que se tenha acesso a uma actividade profissional, a possa exercer ou nela progredir. Por último, no caso *Kaltoft* (Ac. de 18.12.14, p C-354/13), o TJ considerou que não deixa de existir deficiência nos casos em que a condição do trabalhador advenha de circunstâncias imputáveis ao mesmo, nomeadamente, a obesidade. Sobre esta matéria, V. MOREIRA, Teresa, «Discriminação dos trabalhadores em razão de doença e deficiência – perspectiva europeia e nacional», pp 33-49, e ROUXINOL, Milena Silva, «Revisitando a caducidade do contrato de trabalho devida a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar trabalho (*maxime*, por doença)», pp 140-142.

⁴¹ ROUXINOL, Milena Silva, *op. cit.*, p. 145. Em casos de acidente de trabalho, a Lei n.º 98/2009, de 4.9, prevê o dever de recolocação do trabalhador (artigos 154.º e ss).

estrangeiro (art. 282.º da LTFP). Também se admitem diferenciações em função da nacionalidade – p. ex., estrangeiros não podem exercer funções públicas não predominantemente técnicas (art. 15.º, n.º 2, da CRP)⁴² –, com vista à protecção do património genético, da gravidez, da parentalidade, adopção e outras situações respeitantes à conciliação da actividade profissional com a vida familiar (cfr. artigos 59.º, n.º 1, al. b), *in fine*, e 68.º da CRP, e 27.º e 33.º e ss do CT, aplicáveis aos trabalhadores da Administração por remissão da al. d) do n.º 1 do art. 4.º da LTFP). São também admissíveis, ao abrigo do n.º 2 do art. 25.º do CT, diferenciações em função de requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, em virtude da natureza da actividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo, no entanto, o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional. Não são, necessariamente, ilícitas, *e.g.*, distinções com base na língua, se se pretende um trabalhador que domine a língua portuguesa, nem o recrutamento com base no sexo, para actividades de moda, arte ou desporto, ou restrições à contratação de menores ou deficientes, para protecção da sua capacidade de trabalho⁴³.

São aceitáveis ainda diferenças de tratamento em função da idade, necessárias e apropriadas à realização de um objectivo legítimo, designadamente de política de emprego, mercado de trabalho ou formação profissional. Relevam-se as políticas de emprego jovem: p. ex., programa de estágios na Administração (Decreto-Lei n.º 18/2010, de 19.3). Com efeito, os jovens estão numa posição desvantajosa na procura de emprego, fruto de, findo o percurso académico, não deterem, em regra, qualquer experiência profissional. No que toca aos trabalhadores mais idosos, também são importantes as políticas activas de formação, que permitam a adaptação às mudanças na forma de prestação de trabalho provocadas, p. ex., pela utilização das novas tecnologias⁴⁴. As disposições que estabeleçam as referidas diferenças devem ser avaliadas periodicamente – cfr. n.º 4 do art. 25.º do CT.

Neste domínio, assume particular importância o papel do juiz. Como explica GUILHERME DRAY⁴⁵, «o princípio da igualdade, na aludia vertente de proscricção de comportamentos discriminatórios, deve operar de forma aberta e dinâmica, obedecendo aos elementos materiais fornecidos pelo caso concreto (...). O apuramento da prática discriminatória deve realizar-se casuisticamente, segundo juízos de razoabilidade, atendendo à finalidade e aos motivos que determinam a actuação do empregador e segundo critérios de adequação e proporcionalidade.».

Neste domínio, aquela A. destaca a proximidade entre a extinção do contrato de trabalho devida à incapacidade do trabalhador para o cumprimento da respectiva prestação e o princípio da não discriminação do trabalhador em razão da doença ou deficiência. Em traços gerais, entende-se que uma decisão subjectiva de despedimento pode estar subjacente à cessação do contrato de trabalho por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de o trabalhador prestar o seu trabalho – artigos 343.º, al. b), do CT e 291.º, al. b), da LTFP.

⁴² Segundo CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 358, pretende-se excluir o exercício de funções que incluam poderes públicos internos (directão e chefia) e externos (actos de autoridade).

⁴³ Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano, *op. cit.*, p. 351. Contudo, estas diferenciações têm de ser vistas casuisticamente. GOMES, Júlio Manuel Vieira, *op. cit.*, p. 20, nota de rodapé n.º 1020, dá como exemplo um caso francês em que o empregador recusou duas candidaturas com base no pouco conhecimento do francês, tendo, contudo, recorrido a um holandês com dificuldades no francês pouco tempo antes.

⁴⁴ cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira, *op. cit.*, pp. 401 e 102.

⁴⁵ DRAY, Guilherme, *op. cit.*, p. 143.

Cumpra, portanto, destacar alguma jurisprudência do TJ: Ac. de 13.9.11, p. C-447/09, caso *Reinhard Prigge*, que entendeu que a medida que fixa em 60 anos a idade limite a partir da qual os pilotos deixam de poder exercer as suas actividades profissionais, apesar de as regulamentações nacional e internacional fixarem essa idade em 65 anos, não é uma medida necessária à segurança pública e à protecção da saúde, na acepção do referido art. 2.º, n.º 5, da Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27.11; Ac. de 19.7.17, p. C-143/16, caso *Abercrombie & Fitch Italia Sr*, que considerou que a Directiva 2000/78/CE não se opõe a uma disposição que autoriza um empregador a celebrar um contrato de trabalho intermitente com um trabalhador com idade inferior a 25 anos e a despedir este trabalhador quando este perfaça 25 anos de idade, na medida em que esta disposição prossegue um objectivo legítimo de política de emprego e do mercado de trabalho (favorecer a entrada de jovens no mercado de trabalho) e os meios previstos para a realização deste objectivo são adequados e necessários; Ac. de 10.11.16, p. C-548/15, caso *J. J. de Lange*, entendeu que aquela directiva não se opõe a um regime fiscal que permite às pessoas que não tiverem completado 30 anos de idade deduzir integralmente, em determinadas condições, dos seus rendimentos tributáveis as despesas de formação profissional, ao passo que este direito a dedução está limitado para as pessoas que tiverem completado aquela idade, na medida em que, por um lado, este regime esteja objectiva e razoavelmente justificado por um objectivo legítimo relativo à política de emprego e do mercado de trabalho e, por outro, os meios para realizar esse objectivo sejam apropriados e necessários; Ac. de 15.11.16, p. C-258/15, caso *Gorka Salaberria Sorondo*, entendeu que há que considerar que uma legislação que prevê que os candidatos aos postos de agentes da polícia que não tenham atingido a idade de 35 anos é adequada ao objectivo de assegurar a operacionalidade – através de uma pirâmide de idades satisfatória e garantindo a posse de capacidades físicas – e o bom funcionamento do serviço de polícia em causa e, por outro, não excede o necessário à realização desse objectivo.

No que tange à diferenciação em função da natureza do vínculo laboral (público e privado), o TJ, no Ac. de 9.3.17, p. C-406/15, caso *Petya Milkova*, entendeu que a igualdade de tratamento implica a concessão aos funcionários públicos portadores de deficiência de vantagens idênticas às que os trabalhadores por conta de outrem portadores de deficiência, favorecidos por esse regime, no que diz respeito, nomeadamente, à protecção especial *ex ante* prevista em caso de despedimento e à obrigação, para a entidade empregadora, de solicitar uma autorização prévia da Inspecção do Trabalho antes de pôr termo à relação laboral.

A prática de comportamentos discriminatórios confere o direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais – cfr. art. 28.º do CT.

No que toca à prova da discriminação, quem alega deve indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta num factor de discriminação – n.º 5 do art. 25.º do CT. O legislador consagrou uma inversão do ónus da prova de extrema relevância, com o consequente afastamento do princípio geral estabelecido no art. 342.º, n.º 1, do Código Civil (CCiv), dada a dificuldade para o trabalhador, amiúde intransponível, de provar que a

discriminação teve por base, *v.g.*, o sexo, a ascendência ou a idade⁴⁶. Cumprirá também ao empregador, nos casos de trabalhador com deficiência ou doença crónica, demonstrar que as medidas omitidas implicariam, para si, um encargo desproporcionado⁴⁷.

Parte II – OCUPAÇÃO EFECTIVA

1. A ocupação efectiva. Enquadramento geral

A ocupação efectiva traduz-se, nas palavras de ROMANO MARTINEZ⁴⁸, «*num direito do trabalhador a trabalhar, isto é, que lhe seja dada a oportunidade de executar, realmente, a actividade para a qual foi contratado*»⁴⁹. Aquela não se confunde com o direito ao trabalho: este tem em vista, essencialmente, a ocupação de um posto de trabalho, enquanto que a ocupação efectiva se reporta a um momento posterior, na medida em que o que está em causa é a própria realização pessoal do trabalhador através do exercício da actividade – Ac. STJ de 13.7.11, p. 105/08.0TTSNT.L1.S1 (GONÇALVES DA ROCHA).

Depois de uma longa discussão doutrinal⁵⁰ sobre a sua existência e, *maxime*, sobre a sua fonte normativa, o dever de ocupação efectiva está, *expressis verbis*, consagrado, tanto no âmbito

⁴⁶ Cfr. NUNES, Cláudia Sofia Henriques, *op. cit.*, p. 133. Porém, diz o Ac. do STJ de 22.4.09, p. 08P3040 (VASQUES DINIS), que o trabalhador «*tem (...) de alegar e provar, além dos factos que revelam a diferenciação de tratamento [art. 25.º, n.º 1, com a remissão para o n.º 1 do art. 24.º], também, os factos que integram um daqueles factores característicos da discriminação. VI – Isto significa que a presunção de discriminação não resulta da mera prova dos factos que revelam uma diferença de remuneração entre trabalhadores da mesma categoria profissional, ou seja, da mera diferença de tratamento, pois, exigindo a lei que a pretensa discriminação seja fundamentada com a indicação do trabalhador ou trabalhadores favorecidos (...), naturalmente, tal fundamentação há-de traduzir-se na narração dos factos que, reportados a características, situações e opções dos sujeitos em confronto, de todo alheias ao normal desenvolvimento da relação laboral, atente, directa ou indirectamente, contra o princípio da igual dignidade sócio-laboral (...). V., neste sentido, o Ac. do STJ de 18.12.13, p. 248/10.0TTBRG.P1.S1 (BELO MORGADO). Talvez, por isso, seja mais apropriado falar de *aligeiramento do ónus da prova* em vez de *inversão*, uma vez que quem invoca a discriminação terá sempre que introduzir no processo indícios razoáveis de que a mesma se verificou – cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira, *op. cit.*, pp 396 e 424. No que toca ao ónus da prova numa situação de assédio não discriminatório, RENDINHA, Maria Gomes, «Assédio – uma noção binária?», pp. 131-132, defende uma interpretação extensiva do n.º 5 do art. 25.º, atendendo à proximidade das matérias, evidenciada, de resto, pela sistematização legal.*

⁴⁷ Cfr. ROUXINOL, Milena Silva, *op. cit.*, pp 146-147.

⁴⁸ MARTINEZ, Pedro Romano, *op. cit.*, p. 482.

⁴⁹ Referir-nos-emos indistintamente, consoante o contexto, ao dever de ocupação efectiva, na óptica de que este opera um verdadeiro dever de prestação do empregador, e ao direito da ocupação efectiva, na medida em que ao dever de prestar corresponde o direito de exigir do trabalhador.

⁵⁰ Sobre essa discussão, CARVALHO, António Nunes de, «Sobre o dever de ocupação efectiva do trabalhador», pp 261-281, e MARTINS, Pedro Furtado, *Despedimento ilícito, reintegração na empresa e dever de ocupação*, pp 175-179, com referências de Direito Comparado. Não se diga, porém, que a questão está, inteiramente ultrapassada, uma vez que a LTFP não é aplicável a todos os trabalhadores do Estado. Pense-se, designadamente, nas carreiras especiais – *v. supra* nota n.º 11. Importa salientar o *relevantíssimo* papel jurisprudencial neste campo. Desde a década de 80 que os tribunais reconhecem o dever de ocupação efectiva, com base no acolhimento da visão do trabalho como forma de realização profissional e pessoal. Os trechos de arestos citados por CARVALHO, António Nunes de, *op. cit.*, pp 283-285, patenteiam bem a sensibilidade dos juizes: «*o Homem não é, nem pode ser, equiparado a uma peça que se deita fora, como v.g. um parafuso substitui um parafuso...!* O trabalho prestado e a remuneração recebida não podem ser os únicos elementos da relação laboral... A prestação do trabalho é uma forma de realização pessoal, *ut, CRP*». (...) quando se trata de trabalhadores “altamente qualificados, os tribunais consideram, apenas, que “parece vexatório e atentatório da dignidade profissional de um trabalhador” não lhe entregar trabalho. (...) a fazer caminho, este afastamento do emprego tornava-se a curto prazo num despedimento encapotado, numa forma de levar um trabalhador, por diminuição da sua parte psíquica, a ficar inútil para... o

dos relações jurídico-laborais privadas, como no âmbito dos vínculos de emprego público, respectivamente, nos artigos 129.º, n.º 1, al. b), do CT e 72.º, n.º 1, al. b), da LTFP⁵¹. Hoje, *emprateirar* o trabalhador, inactivando a sua capacidade produtiva, arbitrária e deliberadamente, mesmo com o pagamento do salário, é expressamente proibido por lei. Justifica-se que o empregador, sendo o trabalho uma forma de realização pessoal (cfr. art. 59.º, n.º 1, al. b))⁵², promova essa realização (cfr. art. 126.º, n.ºs 1 e 2, do CT), evitando as consequências negativas da inactividade – *v.g.*, perda de perícia, experiência. São nítidas e sérias as desvantagens profissionais e pessoais desta inactividade em algumas profissões: no sector privado, artistas, jornalistas, desportistas; no sector público, militares e cientistas⁵³.

Este dever assume especial relevância no início da prestação de trabalho, altura em que as competências do trabalhador, nos termos dos artigos 111.º a 114.º do CT e 45.º a 51.º da LTFP, são avaliadas em função da actividade exercida.

2. Situações que obstam ao cumprimento do dever de ocupação efectiva

O direito de o trabalhador exercer efectivamente a actividade estipulada não é absoluto. Há situações que justificam a desocupação do trabalhador – encerramento temporário para reposição de *stocks* ou para obras, quebras conjunturais de encomendas, escassez de matérias-primas, mudança de instalações⁵⁴, suspensão preventiva em procedimento disciplinar, o cumprimento da pena de suspensão sem salário, e outras circunstâncias objectivas que motivem a não ocupação efectiva⁵⁵. No emprego público, tinha especial

trabalho. E daí à cessação do contrato de trabalho com justa causa iria... um pequeno passo...!» – *v.* inúmeros exemplos de jurisprudência dos anos 80 e 90, na obra citada, pp 282-285, em MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 656, em MARTINS, Pedro Furtado, *op. cit.*, p. 179, e em MARTINEZ, Pedro Romano, *op. cit.*, pp. 484-489.

⁵¹ Muito antes da entrada em vigor da LTFP e do CT, NEVES, Ana Fernanda já considerava que impedia sobre o empregador público o dever de ocupação efectiva – *cfr. op. cit.*, p. 143. Não se deve confundir este direito de ocupação efectiva, que consiste na oportunidade de realizar a actividade para que se foi contratado, com o direito ao lugar que confere estabilidade e inamovibilidade ao trabalhador, garantindo-lhe o direito à permanência no vínculo que o une à Administração e o respeito pela carreira e categoria a que pertença – *cfr. Ac. do Tribunal Central Administrativo Sul de 22.2.11*, p. 2184/98 (CÂNDIDO DE PINHO) e CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, pp 758-760. Não são, contudo, duas realidades estanques, sendo verosímil que, na sequência de operação de mobilidade, o trabalhador se depare numa situação de violação de dever de ocupação efectiva – *v. infra* exemplos na nota n.º 66.

⁵² Nesta norma, a CRP acolhe uma visão do trabalho que ultrapassa a mera fonte de rendimento e de meio de subsistência: o trabalho é reconhecido como meio de realização pessoal – *cfr. Ac. do TC n.º 951/96*, CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 764, e FERNANDES, António Monteiro, *op. cit.*, p. 297.

⁵³ Nalgumas destas profissões destaca-se a componente física, que requer prática (militares e desportistas), noutros a necessidade de contacto com o público (artistas e jornalistas) e noutros a necessidade de promoção profissional (como sucede, em regra, nos quadros técnicos intermédios).

⁵⁴ *Ac. da Relação de Guimarães de 30.4.15*, p. 770/13.6TTBRG.G1 (MANUELA FIALHO): é legítimo manter uma trabalhadora num estabelecimento encerrado com o intuito de encaminhar os clientes para as instalações novas.

⁵⁵ O *Ac. do STJ de 25.11.14*, p. 284/11.9TTTVD.L1.S1 (GONÇALVES DA ROCHA) não aceitou que a nacionalização de uma entidade bancária, apesar das dificuldades que gera na absorção de pessoal, fosse justificação para manter um trabalhador qualificado durante três anos inactivo. Já o *Ac. do STJ de 31.5.16*, p. 3715/13.0TTLSB.L1.S1 (ANA GERALDES), considerou que não seria censurável não atribuir tarefas ao trabalhador quando este apresentava atestados médicos sucessivos e ininterruptos, justificativos das ausências, e alegava que a sua saúde não lhe permitia ter uma prestação laboral contínua e útil. No *Ac. de 7.10.04*, p. 04S1003 (FERNANDES CADILHA), o STJ entendeu que não existia violação da ocupação efectiva se a desocupação ocorreu quando o trabalhador regressou ao serviço da empresa, após cerca de seis anos em que se encontrou destacado noutra empresa, a entidade patronal procurou colocar, sem êxito, o trabalhador num posto de trabalho correspondente à sua categoria noutros

importância o procedimento de reorganização de órgãos ou serviços ou racionalização de efectivos (art. 245.º da LTFP), no âmbito do qual se podia proceder à colocação de trabalhadores em situação de requalificação (mecanismo de reforço dos poderes de conformação da relação de trabalho em favor do empregador Estado e demais pessoas colectivas públicas) – artigos 248.º, n.º 5, 257.º e 258.º e ss da LTFP. O trabalhador encontrava-se, numa primeira fase, sujeito a um processo de desenvolvimento profissional (art. 258.º, n.ºs 2 e 3, da LTFP), e, numa segunda fase, findo esse processo, podia ficar sem exercer funções públicas⁵⁶. Este regime foi alterado pela Lei n.º 25/2017, de 30.5, que aprovou o regime da valorização profissional dos trabalhadores com vínculo de emprego público (RVP). Segundo o art. 16.º, n.º 1, daquela lei, nos procedimentos de reorganização de órgão ou serviço e de racionalização de efectivos, os trabalhadores que não ocupem posto de trabalho, por reafecção, no novo mapa de pessoal, são colocados em situação de valorização profissional. Esta situação tem como objectivo o reforço das competências profissionais do trabalhador, com vista à célere integração em novo posto de trabalho, desenvolvendo-se num período máximo de três meses – cfr. art. 18.º, n.º 1, da RVP. Durante este processo, o trabalhador pode reiniciar funções em mobilidade territorial (art. 24.º), na administração local ou regional ou ser colocado na secretaria-geral do ministério de origem (art. 27.º). No âmbito destes processos, o não exercício efectivo das funções para as quais o trabalhador foi contratado justifica-se em função de – *justificadamente* – se proceder, p. ex., à extinção ou reorganização de serviços.

Relativamente aos trabalhadores em comissão de serviço, o Ac. do STJ de 18.12.13, p. 248/10.OTTBRG.P1.S1 (BELO MORGADO), entendeu que, nesse contexto, não pode deixar de reconhecer-se uma ampla margem de actuação ao empregador, na sua interacção com o trabalhador, mormente em matéria de critérios de afectação de tarefas, com base na ponderação de factores tão diversos como a sua competência técnica, o grau de confiança granjeado e a maior ou menor disponibilidade de projectos e actividades estimulantes para atribuir aos diversos quadros superiores.

No controlo dos casos concretos, deverá considerar-se, para além do interesse de realização pessoal do trabalhador, os interesses do empregador, na óptica das necessidades de gestão da empresa e à luz do constitucionalmente reconhecido direito de iniciativa privada (art. 61.º da CRP), que comporta, a liberdade de organização económica e a liberdade de estruturar e dirigir a empresa⁵⁷ e o interesse público. Porém, como diz o Ac. da Relação do Porto de 4.7.11, p. 342/09.OTTBCL.P1 (MACHADO DA SILVA), não obstante ser inquestionável que o empregador, no uso do poder determinativo da função, tem legitimidade para proceder à distribuição de tarefas segundo as necessidades da entidade empregadora e as aptidões dos seus

departamentos e fez ainda diversas tentativas para resolver a situação gerada pelo regresso do trabalhador através da revogação do contrato por mútuo acordo ou da sua passagem à situação de pré-reforma.

⁵⁶ No âmbito da Lei n.º 23/2006, de 7.12.8, que estabelecia o regime comum da mobilidade na Administração Pública (revogada pela Lei n.º 80/2013, de 28.11, que estabelece o regime jurídico da requalificação de trabalhadores em funções públicas), o STA, no Ac. de 25.1.11, p. 538/10 (AUGUSTO OLIVEIRA), considerou que, num procedimento de reestruturação, a lista, aprovada pelo membro do Governo, que estabelece um número de postos de trabalho inferior ao número de efectivos existentes é um acto lesivo dos colocados em mobilidade especial, «*em razão da perda de ocupação efectiva*».

⁵⁷ Cfr. Acórdãos do STJ de 7.10.04, p. 04S1003 (FERNANDES CADILHA) e da RL de 9.2.11, p. 678/03.3TTLSB.L14 (LEOPOLDO SOARES) e, na doutrina, CARVALHO, António Nunes de, *op. cit.*, pp. 304 e 305, e MARTINEZ, Pedro Romano, *op. cit.*, p. 353.

trabalhadores, é ponto assente que o exercício desse poder tem como limites necessários o respeito dos direitos dos trabalhadores decorrentes do vínculo laboral, nos quais se inclui o direito à ocupação efectiva, acrescentando para o empregador os deveres de, na execução contratual, proceder de boa fé e de assegurar a promoção humana e profissional do trabalhador – cfr. art. 126.º, n.ºs 1 e 2, do CT. É indispensável o recurso à boa-fé e objectividade para, casuisticamente, apurar da justificabilidade da inactividade, podendo aceitar-se motivos imputáveis ou não imputáveis ao empregador⁵⁸. Nesse pressuposto, deverá seguir-se, no quadro da dualidade dos interesses em jogo, o critério adoptado por MENEZES CORDEIRO⁵⁹: «no cumprimento desse dever, o empregador deverá actuar com o esforço exigível ao bom empregador, em face das concepções socialmente dominantes e colocado na posição do empregador concreto».

3. Cumprimento e incumprimento do dever de ocupação efectiva

Parece, *prima facie*, que, dos artigos 129.º, n.º 1, al. b), do CT e 72.º, n.º 1, al. b), da LTFP não resulta um dever de acção, que tenha por objecto a criação e manutenção de condições materiais e organizacionais que possibilitem o trabalho efectivo, tratando-se de uma obrigação de abstenção, que tem por objecto a (não) criação de impedimentos ou obstáculos à prestação de trabalho. Contudo, como explica MONTEIRO FERNANDES⁶⁰, «a verdade é que os poderes de organização e direcção do trabalho pertencem ao empregador e uma forma de “oposição” ou “obstaculização” à prestação efectiva de trabalho pode consistir, simplesmente, na privação da função e no esvaziamento do posto de trabalho. A “marginalização” do trabalhador na organização da empresa, a colocação dele “na prateleira” – sem razões objectivas de natureza técnica ou funcional –, sendo acções ao alcance dos poderes de organização do empregador, reconduzem-se à ideia de “oposição” que está traduzida na formulação do art. 129.º».

No quadro das relações laborais privadas, a violação do direito à ocupação efectiva pode determinar o preenchimento de justa causa para a rescisão do contrato de trabalho – cfr. art. 394.º do CT⁶¹ – e a responsabilização do empregador pelos danos patrimoniais e não patrimoniais⁶². No domínio do emprego público⁶³, o trabalhador poderá recorrer à acção de

⁵⁸ Cfr. PEREIRA SEIXAS, *op. cit.*, pp 164 e 165.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 658. Tal como propõe MARTINS, Pedro Furtado, *op. cit.*, p. 190.

⁶⁰ Cfr. FERNANDES, António Monteiro, *op. cit.*, pp 298-299. Em sentido contrário, XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *op. cit.*, p. 455, defende que não se consagrou o dever de ocupar, mas apenas de não obstar e o ónus de apresentar justificação suficiente para o facto de ter obstado à prestação efectiva.

⁶¹ Cfr. Ac. do STJ de 13.7.11, p. 105/08.0TTSNT.L1.S1 (GONÇALVES DA ROCHA).

⁶² Cfr. FERNANDES, António Monteiro, *op. cit.*, pp 296 e 299. É indemnizável o desgaste psicológico, em regra, por se atingir a dignidade, o bom nome e a reputação do trabalhador.

A título exemplificativo, o STJ, em Ac. de 21.4.16 p. 79/13.5TTVCT.G1.S1 (ANA LUÍSA GERALDES), entendeu que, provando-se que, desde Dezembro de 2007, o trabalhador se mantém em situação de absoluta inactividade, sendo transferindo sucessivamente de gabinete, e que apenas em Outubro de 2012 o empregador lhe atribuiu a realização de uma tarefa, durante dois meses, para depois o fazer regressar à situação de inactividade em que previamente se encontrava, e tendo-se demonstrado que todo este circunstancialismo provocou ao empregado intenso e profundo sofrimento emocional, com transtorno do comportamento e reflexos no seu relacionamento familiar e afectivo, mostra-se ajustada a condenação do empregador, por violação do dever de ocupação efectiva, a pagar ao trabalhador uma indemnização por danos não patrimoniais, no valor de € 50 000.

⁶³ O dever de ocupação efectiva coloca-se na relação de trabalho subordinado, em que um dos sujeitos presta o seu trabalho sob autoridade, direcção e disciplina de outro (cfr. art. 6.º, n.º 2, da LTFP). Neste pressuposto, considerando que o prestador não está sujeito à disciplina e direcção do empregador público, entende-se, por

responsabilidade civil⁶⁴, bem como proceder à invocação de justa causa de extinção do vínculo de emprego público, nos termos previstos nos artigos 307.º e 308.º da LTFP. ANA FERNANDA NEVES⁶⁵ defende, igualmente, que a violação deste direito poderá ser arguida junto do superior hierárquico do dirigente responsável, através dos meios administrativos, e através de uma acção de reconhecimento de direito ou interesse juridicamente protegido. O art. 37.º, n.º 1, al. j), do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) faz referência às pretensões dirigidas a obter a realização de prestações de facto. Por a Administração estar constituída numa obrigação, neste caso, o direito a *trabalhar* a que corresponde um dever de *dar trabalho*, decorrentes de uma norma jurídico-administrativa – art. 72.º, n.º 1, al. b), da LTFP, não é necessário a emissão de um acto administrativo⁶⁶. Em ambos os casos, poder-se-á aplicar uma sanção pecuniária compulsória – cfr. artigos 829.º do CCiv e 95.º, n.º 4, e 169.º do CPTA⁶⁷.

Quanto ao ónus da prova, entende-se que cumpre ao trabalhador demonstrar a inactividade (cfr. n.º 1 do art. 342.º do CCiv)⁶⁸, ao passo que cumprirá ao empregador demonstrar que a violação do direito de ocupação efectiva era justificada, na medida em que se trata de um facto impeditivo do direito do trabalhador – cfr. n.º 2 do mesmo artigo⁶⁹. Incumbirá também ao empregador provar que a violação do direito de ocupação efectiva não é culposa, por força da presunção prevista no art. 799.º do CCiv.

consequente, que este não está sujeito ao dever de ocupação efectiva no âmbito dos contratos de prestação de serviço, previstos no art. 10.º da LTFP. Caso se verifique que existe um contrato de trabalho encapotado, opera o reconhecimento da necessidade constituição de um vínculo de emprego público, ao que se segue a alteração do mapa de pessoal ou a publicitação de concurso – art. 32.º, n.º 4.

⁶⁴ O Ac. do STA de 27.5.04, p. 1011/03 (ADÉRITO SANTOS) confirmou uma decisão do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, segundo a qual integra a função administrativa em sentido material, e não a função política, os actos praticados no âmbito dos serviços Ministério dos Negócios Estrangeiros, traduzidos na prolongada manutenção em inactividade de embaixador dos serviços externos, sendo, portanto, da competência dos tribunais administrativos e fiscais a acção de responsabilidade civil por danos emergentes dessa inactividade.

⁶⁵ NEVES, Ana Fernanda, *op. cit.*, p. 143.

⁶⁶ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo*, pp 124-125, e OLIVEIRA, Fernanda Paula, «A acção sobre (alguns) comportamentos: breves considerações», pp 490-492. Pode, no entanto, haver necessidade de impugnar um acto administrativo que subjaz à situação de ocupação efectiva, nomeadamente quando se coloca o trabalhador em lugar diferente, como sucedeu na situação *sub judice* no Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN) de 19.4.13, p. 2697/08.4BEPRT (ANA PORTELA). Neste caso, colocou-se um trabalhador sob dependência de um superior hierárquico que lhe terá dito que não tinha tarefas para lhe atribuir e que ela própria não entendia a sua situação. Refira-se que esse acto deve ser impugnado no prazo de três meses, por configurar um vício gerador de anulabilidade: Cfr. Ac. do TCAN de 8.1.16, p. 1665/10.OBEBRG-A (ALEXANDRA ALENDOURO) – ao determinar que «o Recorrente passasse a exercer as suas funções nas instalações do Estádio Cidade de Barcelos, integrado na Divisão de Museus e Património Histórico e Cultural do Município (“tendo em consideração que esta câmara municipal está a proceder à reorganização de alguns serviços e a fim de os dotar de uma maior eficácia...”), não lhe veda a titularidade do direito ao trabalho consagrado no artigo 58º da Constituição, o qual lhe continua a ser reconhecido e em consequência o respectivo exercício, só que noutra Divisão camarária», pelo que não se pode entender que se «aniquilou» o conteúdo essencial de um direito fundamental. Importa, porém, referir que o conceito de acto administrativo sofreu uma alteração legal que não é de somenos importância, porquanto as ordens hierárquicas de distribuição de trabalho, que podem originar uma situação de inactividade de um trabalhador estão, à partida, excluídas daquele conceito, por não produzirem efeitos externos – cfr. art. 148.º do CPA.

⁶⁷ Cfr. FERNANDES, António Monteiro, *op. cit.*, pp 300, e Ac. da RL de 31.5.95, p. 0094084 (CARLOS HORTA).

⁶⁸ Cfr. Ac. do STJ de 15.2.12, p. 678/03.3TTLSB.L1.S1 (PINTO HESPANHOL).

⁶⁹ Cfr. Ac. da RC de 17.12.14, p. 250/13.0TTGRD.C1 (RAMALHO PINTO). No mesmo sentido, Ac. do STJ de 13.1.11, p. 105/08.0TTSNT.L1.S1 (GONÇALVES DA ROCHA).

Parte III – DIREITO À IGUALDADE NO TRABALHO E OCUPAÇÃO EFECTIVA

1. Direito à igualdade no trabalho e ocupação efectiva. Enquadramento geral

A existência de um princípio da igualdade entre os trabalhadores da mesma organização, que obriga que aqueles estejam num plano de igualdade, não admite que uns estejam ocupados, enquanto outros não⁷⁰. Os trabalhadores da mesma empresa ou da mesma entidade pública, com vínculos públicos ou privados, têm de estar numa situação de igualdade, no que concerne à ocupação e à execução do trabalho.

Contudo, a igualdade de tratamento nunca pode ser tratada univocamente, porquanto, no sector privado, existe, segundo ROMANO MARTINEZ⁷¹, a necessária compatibilidade entre os princípios constitucionais e europeus que apontam, por um lado, para a igualdade e, por outro, para a autonomia privada⁷². O critério de equilíbrio encontra-se, segundo aquele A., na seguinte fórmula: as diferenciações determinadas pela liberdade contratual, desde que assentes em critérios objectivos, não colidem com o princípio da igualdade de tratamento. Ou seja, a pedra-de-toque que permite avaliar as linhas de fronteira da colisão são os *critérios*, que não podem, em caso algum, ser arbitrários ou perversos. No sector público, cumpre conciliar o dever de boa Administração, inerente à prossecução do interesse público, que também é um imperativo constitucional – art. 266.º, n.º 1, da CRP⁷³ – com os interesses do trabalhador.

Não são admissíveis práticas discriminatórias estratégicas, incluindo violações do dever de ocupação efectiva, com o intuito de obter, designadamente, um despedimento encapotado. Se o empregador se defronta com uma situação que requer a alteração da estrutura organizativa ou produtiva que determina uma menor exigência quantitativa, ou mesmo qualitativa, de trabalhadores, resta-lhe recorrer ao mecanismo de resolução do contrato, por via consensual ou, frustrada esta, por via do despedimento por extinção do posto de trabalho – artigos 340.º, alíneas b) e e), 349.º e 267.º do CT⁷⁴. No âmbito do emprego público, resta ao empregador a via da requalificação (hoje, revalorização profissional), *supra* referida, ou a extinção por acordo – artigos 289.º, al. b), e 295.º da LTFP –, observando, naturalmente, os requisitos prescritos na lei.

No quadro laboral, o incumprimento do dever de ocupação efectiva pode constituir uma prática discriminatória. Vejamos no ponto seguinte.

⁷⁰ Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano, *op. cit.*, p. 483.

⁷¹ MARTINEZ, Pedro Romano, *op. cit.*, p. 353.

⁷² V. *supra* nota de rodapé n.º 57.

⁷³ Cfr. Ac. do TC n.º 154/2010. Os servidores do Estado e de outras entidades públicas estão, aliás, exclusivamente ao serviço do interesse público – cfr. art. 269.º, n.º 1, da CRP.

⁷⁴ Cfr. Ac. do STJ de 25.11.14, p. 284/11.9TTTVD.L1.S1 (GONÇALVES DA ROCHA).

2. A igualdade no trabalho e o dever de ocupação efectiva (situações específicas)

Desde logo, quanto ao (i) ganho de *experiência profissional e perícia*, um trabalhador inactivo perde, necessariamente, ou não adquire perícia, experiência, etc., o que, por conseguinte, leva a uma maior propensão para erros e falhas e agrava a desigualdade. E isto é tanto mais grave na medida em que, como ensina JÚLIO GOMES⁷⁵, a consagração legal do direito ao exercício efectivo da prestação é o reconhecimento de que o trabalhador subordinado emprenha e compromete a sua pessoa no cumprimento do contrato e de que a relação laboral tem, portanto, também um conteúdo pessoal, não se reduzindo ao intercâmbio de valores patrimoniais.

Por seu turno, no que concerne à (ii) *avaliação e progressão na carreira*, como trata NUNES DE CARVALHO⁷⁶, a atribuição do direito a usufruir de um tratamento objectivo e de igualdade de oportunidades na promoção, a partir do momento em que esta se encontra submetida a parâmetros bem determinados, implica, quando a selecção ocorra em função do mérito, da experiência ou das aptidões profissionais demonstradas ou adquiridas, que a todos seja dada a oportunidade de demonstrar o seu valor⁷⁷. Segundo aquele A., conferindo-se um peso ao mérito demonstrado, às capacidades profissionais adquiridas e a outros índices do mesmo género, e uma vez que o trabalhador tem o direito de se apresentar perante a entidade patronal em situação de igualdade em relação aos colegas, para que aqueles critérios comportem uma aplicação objectiva e não manipulada, requer-se um cumprimento cabal do dever de ocupação efectiva. Pense-se no caso específico dos trabalhadores com vínculo de emprego público. Neste caso, o empregador encontra-se obrigado a avaliar o mérito dos trabalhadores com base no que dispõe o art. 45.º da Lei 66-B/2007, de 28.12:

“a) «Resultados» obtidos na prossecução de objectivos individuais em articulação com os objectivos da respectiva unidade orgânica;

b) «Competências» que visam avaliar os conhecimentos, capacidades técnicas e comportamentais adequadas ao exercício de uma função”.

Assim, será impossível, nomeadamente por falta de resultados, avaliar um trabalhador a quem se obstou, injustificadamente, a prestação efectiva de trabalho. E note-se que esta avaliação era fulcral, p. ex., no quadro de uma reafecção de trabalhadores ou de colocação em situação de requalificação (cfr. art. 253.º da LTFP)⁷⁸. Hoje, nos processos de reorganização de

⁷⁵ Cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira, *op. cit.*, p. 551.

⁷⁶ *Op. cit.*, pp. 325 e 326.

⁷⁷ Cfr. CARVALHO, António Nunes de, *op. cit.*, p. 325-326. Pense-se no nos militares, cujo estatuto impõe, p. ex., para efeitos de promoção, o exercício de funções de comando de unidades, tempo de navegação (Marinha) ou horas de voo (Força Aérea) – cfr. anexos ao Estatuto dos Militares das Forças Armadas –, ou no caso dos diplomatas, cujo estatuto exige, para efeitos de promoção, exercício de funções nos serviços externos – artigos 19.º, n.º 1, e 20.º, n.º 1, do Estatuto da Carreira Diplomática.

O próprio legislador, no art. 82.º, n.º 1, da LTFP, determina que o empregador público deve procurar colocar o trabalhador no posto de trabalho mais adequado às suas aptidões e qualificação profissional, dentro da carreira e categoria a que pertence ou que serve de referencial para o exercício de funções.

⁷⁸ Sobre esta matéria, numa perspectiva prática, v. SANTOS, Mafalda dos, «O regime da requalificação de trabalhadores na Administração Pública: a reorganização e racionalização de efectivos, fases do processo de requalificação, condições de recrutamento e avaliação dos trabalhadores em requalificação», p. 295 e ss.

serviços ou racionalização de efectivos no sector público, a avaliação de desempenho continua a ser importante – art. 11.º, n.º 1, al. a), do RVP; sem trabalho *dado* ao funcionário de forma equilibrada, essa avaliação pode ser pernicioso, o que potencia o aparecimento de situações discriminatórias⁷⁹. Abre-se, assim, caminho para que a (des)ocupação efectiva seja um instrumento atraente nas relações de emprego público que são, por um lado, campo propício de perseguições pessoais e de limpezas partidárias, e onde, por outro, os despedimentos são mais difíceis⁸⁰.

Também existe proximidade entre os subtemas estudados, quando o empregador utiliza o (iii) *incumprimento do dever de ocupação efectiva como técnica de gestão*, para perpetrar uma prática discriminatória de assédio moral deliberado, vertical, descendente, com vista à exclusão profissional, destruindo-se uma carreira e acabando por colocar em causa o emprego⁸¹. Frequentemente, a violação do dever de ocupação efectiva anda associada à violação do princípio da igualdade: p. ex., findo o encerramento temporário da empresa (*lay off*) ao abrigo dos artigos 298.º e ss do CT, convocam-se todos os trabalhadores menos um, que tinha criticado o encerramento⁸²; uma trabalhadora, que se recusou a abdicar das dispensas para amamentação, ao regressar, depois de ausência por motivos de saúde, constata que a sua secretária e computador estão ocupados e os haveres pessoais estão empacotados e colocados no local de arrumação⁸³. Com efeito, o assédio, em última análise, reconduz-se a uma situação discriminatória – o trabalhador é vítima de um tratamento negativamente distinto, sendo certo que entre os factores causais daquele ocupa posição de relevo a própria discriminação em função de motivos raciais, religiosos, políticos, seja fundada em deficiências ou doenças, orientação sexual ou ainda no estatuto de representante sindical⁸⁴. E, amiúde, este assédio pode ser executado através de comportamentos que atingem o estatuto ocupacional: v. g., o empobrecimento ou esvaziamento de tarefas, a colocação em situação de inactividade, a retirada de instrumentos de trabalho, o contínuo e injustificado controlo da actividade ou a aplicação de sanções disciplinares abusivas que implicam a não prestação de trabalho⁸⁵.

De facto, nas relações laborais, face ao poder de organização do pessoal da empresa ou do serviço da Administração – definição da estrutura, quadro de pessoal, reduções e admissões,

⁷⁹ Mesmo assim, o regime actual vem melhorar substancialmente a situação destes trabalhadores. No regime revogado, na avaliação de desempenho, recorria-se apenas à última classificação qualitativa atribuída (art. 253.º, al. a), da LTFP), o que permitia, na prática, escolher os trabalhadores que seriam seleccionados para reafecção. Hoje, recorre-se às três últimas avaliações (art. 11.º, n.º 1, al. a), do RVP).

⁸⁰ Sobre a possibilidade de despedimentos na função pública – Ac. do TC n.º 474/2013, analisado por MESTRE, Bruno, *op. cit.*, pp. 291-303.

⁸¹ Esta situação redundando numa perda de auto-estima, que diminui, humilha e vexa o trabalhador e que conduzirá a uma maior propensão para erros e absentismo – tudo circunstâncias que poderão culminar em procedimento disciplinar. Como se nota em diversa jurisprudência, a inactividade causa angústia, humilhação e vergonha, a incompreensão de terceiros ou a suspeita de que existe algo de errado, afectando o bom nome e dignidade do trabalhador – cfr. Acórdãos do STJ de 25.11.14, p. 284/11.9TTTVD.L1.S1 (GONÇALVES DA ROCHA) e do TCAN de 19.4.13, p. 2697/08.4BEPRT (ANA MARTINS PORTELA).

⁸² Ac. RC de de 17.12.14, p. 250/13.OTTGRD.C1 (RAMALHO PINTO).

⁸³ Parecer n.º 149/CITE/2010, da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.

⁸⁴ Cfr. RENDINHA, Maria Gomes, «Assédio moral ou *mobbing* no trabalho», p. 141. O legislador, de resto, assume que o assédio constitui uma discriminação, quer no acesso ao emprego, quer na execução do contrato de trabalho. V. *supra* nota n.º 21.

⁸⁵ Cfr. Acórdãos da RL de 5.11.13, p. 4889/11.OTTLSB.L1-4 (FRANCISCA MENDES) e de 9.5.07, p. 1254/2007-4 (MARIA ROMBA), e da RC de 23.11.11, p. 222/11.9T4AVR.C1 (MANUEL FIALHO).

movimentação de trabalhadores, atribuição de funções e distribuição de tarefas, o *ius variandi*, gestão do sistema de carreiras e ou promoções, gestão de procedimentos de reafecção ou de colocação de trabalhadores em situação de mobilidade ou de revalorização profissional, exercício do poder disciplinar –, são altos os riscos de aproveitamento instrumental do estatuto ocupacional para estratégias de vindictas discriminatórias.

Bibliografia

ALMEIDA, Mário Aroso de – *Manual de Processo Administrativo*. 2.ª edição. Coimbra : Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6414-7.

CAETANO, Marcello – *Manual de Direito Administrativo*. 9.ª reimpr. da 10.ª ed., revista e actualizada pelo Prof. Doutor DIOGO FREITAS DO AMARAL. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-0288-0. Volume II.

CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 978-972-32-1462-8. Volume I.

CARVALHO, António Nunes de – «Sobre o dever de ocupação efectiva do trabalhador». *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Lisboa. N.º 3-4 (ano XXXIII, 1991), pp. 261-327.

CORDEIRO, António Menezes – *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra : Almedina, 1991. 978-972-40-0478-5.

FERNANDES, António Monteiro – *Direito do Trabalho*. 14.ª ed., Coimbra : Almedina, 2009. 978-972-40-3835-3.

GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Direito do Trabalho*. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1483-6. Volume I.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito do Trabalho*. 2.ª edição. Coimbra : Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4098-1.

MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do Trabalho*. 6.ª edição. Coimbra : Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-5146-8.

MARTINEZ, Pedro Romano [et al.] – *Código do Trabalho Anotado*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.

MARTINS, Pedro Furtado – *Despedimento ilícito, reintegração na empresa dever de ocupação*. Lisboa : Univ. Católica Portuguesa, 1992.

MESTRE, Bruno – «O regime jurídico da reafecção de trabalhadores na Lei n.º 35/2014, de 20/06», in *Questões Laborais*, Coimbra. ISSN 0872-8267-184. 45 (Ano XXI, Jul./Dez 2014), pp. 291-303.

MIRANDA, Jorge, «Igualdade (Princípio da)». In *Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. 2.ª edição. Lisboa : Editorial Verbo, 1999. ISBN 972-22-0007-0. Volume 3, pp. 404 e 424.

MOREIRA, Teresa – «Discriminação dos trabalhadores em razão de doença e deficiência – perspectiva europeia e nacional». *Saúde, doença e discriminação no local de trabalho* [em linha]. Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/e_book_SaudeDoencaDiscriminacao.pdf.

ISBN, pp. 33-49.

NEVES, Ana Fernanda – *Relação Jurídica de Emprego Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 972-32-0898-9.

NOVAIS, Jorge Reis – *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. 1.ª ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2230-2.

NUNES, Cláudia Sofia Henriques – *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas Face à Lei Geral do Trabalho*. Coimbra : Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2282-1.

OLIVEIRA, Fernanda Paula – «A ação sobre (alguns) comportamentos: breves considerações». In GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago – *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*. 2.ª edição. Lisboa : AAFDL Editora, 2016. ISBN 978-972-629-072-8. pp. 490-492.

RENDINHA, Maria Gomes – «Assédio – uma noção binária». *O Assédio no Trabalho* [em linha]. Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2014. Disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/o_assedio_trabalho.pdf?id=9&username=guest. ISBN 978-972-9122-87-3, pp. 127-133.

– «Assédio moral ou *mobbing* no trabalho». *O Assédio no Trabalho* [em linha]. Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2014. Disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/o_assedio_trabalho.pdf?id=9&username=guest. ISBN 978-972-9122-87-3, pp. 135-150.

ROUXINOL, Milena Silva, «Revisitando a caducidade do contrato de trabalho devida a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar trabalho (*maxime*, por doença)». *Prontuário de direito do trabalho*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. ISBN 9789724069784. N.º 2 (2016), pp. 132-152.

SANTOS, Mafalda dos, «O regime da requalificação de trabalhadores na Administração Pública: a reorganização e racionalização de efectivos, fases do processo de requalificação, condições de recrutamento e avaliação dos trabalhadores em requalificação». *Direito do Trabalho na Administração Pública* [em linha]. Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2017. Disponível

em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Direito_do_Trabalho_na_Administracao_Publica_I.pdf. ISBN: 978-989-8815-74-3. I, p. 295 e ss.

SEIXAS, José Luís Pereira, «Ocupação Efectiva e Trabalhador Desportivo». *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Coimbra. ISBN 0870-3965. N.ºs 1-3 (2004, ano XLV). pp. 157-185.

SERQUEIRA, Alexandra, «Do assédio no local de trabalho: um caso de *flirt* legislativo. Exercício de aproximação ao enquadramento jurídico do fenómeno». *O Assédio no Trabalho* [em linha]. Lisboa, CEJ, 2014. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/o_assedio_trabalho.pdf?id=9&username=guest. ISBN 978-972-9122-87-3. pp. 75-90.

TELLES, Inocêncio Galvão – *Introdução ao Estudo do Direito*. 11.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 972-32-0904-7. Volume I.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – *Manual de Direito do Trabalho*. Lisboa: Editorial Verbo, 2011. 978-972-22-3027-8.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

22. Carreiras e conteúdo funcional

Ana Sofia Cruz

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CARREIRAS E CONTEÚDO FUNCIONAL

Ana Sofia Cruz

- I - Introdução
- II - Estatuto constitucional da administração pública
- III - O pessoal da administração pública
- IV - Reformas da administração pública
- V - Carreiras
- Conteúdo funcional das carreiras
- Acórdão TCA Norte, proc. 97/13.3BECBR, de 20.03.2015
- Bibliografia

I – Introdução

O objecto do presente trabalho consiste na reflexão sobre as carreiras e respectivo conteúdo funcional dos trabalhadores da Administração Pública. Neste contexto, irei abordar o pilar constitucional das carreiras, as razões da sua existência e da diferenciação entre os regimes laborais público e privado, a evolução histórica recente do regime jurídico, terminando com uma referência jurisprudencial exemplificativa.

Neste sentido, começar-se-á por uma análise do quadro constitucional fazendo uma breve, mas essencial, referência à protecção constitucional conferida à Função Pública e aos princípios constitucionais caracterizadores da Administração.

Seguidamente, a excursão pelos motivos da reforma da Administração Pública, com particular atenção às alterações legais introduzidas nos anos mais recentes, tendo como objectivo a percepção do panorama actual.

Por fim, e aplicando os ensinamentos percorridos, dar-se-á uma visão prática da temática que ora nos ocupa, mediante a análise do Acórdão do TCA Norte, proferido no processo n.º 00097/13.3BECBR, de 20.03.2015 (relatora Esperança Mealha), no qual se discute, precisamente, a carreira, o conteúdo funcional e a sucessão de diplomas legais.

II – O estatuto constitucional da Administração Pública

A Função Pública consubstancia uma realidade constitucionalmente protegida, dotada de um estatuto próprio e específico, quer a nível institucional, quer a nível funcional.

Desde logo, este estatuto constitucional da Função Pública encontra acolhimento no artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) que estabelece a reserva relativa da Assembleia da República para legislar sobre “*as bases do regime e âmbito da função pública*”.

Conforme referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹, a Assembleia da República reserva a competência para definir “o estatuto próprio da função pública como organização e como relação de emprego específica” e, bem assim, “a demarcação das áreas em que os organismos e os servidores do Estado estão sujeitos àquele regime”.

Por outro lado, nunca é de mais salientar que, nos termos do preceituado no artigo 266.º, n.º 1 da CRP, a Administração Pública visa a “*prossecação do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*”.

Sendo que, de acordo com o n.º 2 do mesmo preceito constitucional “*Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé*”.

Mais acrescentando o artigo 269.º, n.º 1 da CRP que, “*No exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração*”.

Preconiza, ainda, o art. 47.º, n.º 1 da CRP, que “*Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade*”.

Em face do exposto, podemos, então, concluir que o Direito Constitucional constitui uma referência primordial em matéria laboral em geral, e em matéria laboral no âmbito particular da Função Pública.

Esta importância, tal como refere MARIA PALMA RAMALHO² “*decorre, evidentemente, do valor económico eminente reconhecido ao trabalho nas sociedades hodiernas, mas evidencia-se, sobretudo, nas preocupações sociais que a Constituição manifesta em relação ao fenómeno do trabalho em sede de direitos fundamentais, reconhecendo os direitos fundamentais dos trabalhadores, como uma categoria específica de direitos fundamentais*”.

No caso específico da Função Pública, a Constituição consagra um regime autónomo dos trabalhadores públicos, distinguindo-os dos demais, e que assenta essencialmente nos princípios constitucionais da igualdade, imparcialidade, proporcionalidade, justiça e boa-fé, na prossecação do interesse público.

¹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Vol. 1, Coimbra, p. 659 e ss.

² MARIA PALMA RAMALHO, “Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral”, 3.ª edição, Almedina, 2012, p. 132 e ss.

III – O pessoal da Administração Pública

Para a prossecução da sua actividade, a Administração necessita de bens e de pessoal (trabalhadores).

São estes os meios da actividade administrativa.

Intimamente relacionado com o tema que nos ocupa – carreiras e seu conteúdo funcional – está precisamente o “Pessoal” da Administração Pública.

Conforme referem FERNANDA PAULA OLIVEIRA e JOSÉ FIGUEIREDO³ DIAS *“a Administração Pública é constituída, no seu núcleo mais relevante, por pessoas colectivas de direito público, as quais são criadas e existem para assegurar o desenvolvimento ou desempenho de um conjunto de funções e atividades necessárias à satisfação do interesse público que lhes cabe prosseguir”*.

Com efeito, *“sendo aquelas entidades organizações permanentes, torna-se necessário assegurar a estabilidade da sua estrutura e a continuidade do seu funcionamento, o que passa pela existência de um grupo, maior ou menor, de pessoas físicas que, com o seu trabalho, garantam a realização dos seus fins”*.

Estas pessoas corporizam e dão vida ao conceito de Função Pública. Na realidade do ordenamento jurídico nacional – à semelhança daquilo que inicialmente sucedeu em países como Espanha, Itália ou França – sempre existiu uma diferenciação entre os regimes de trabalho público e privado. Vingou sobretudo uma visão unilateralista das relações de trabalho da Administração Pública, sustentada pelo facto de estarmos perante relações jurídicas que visam a prossecução do interesse público, por oposição às relações laborais privadas em que estão em causa apenas as vontades dos contraentes. Desta influência histórica resulta que o Estado pôde definir unilateralmente deveres diferenciados para os seus trabalhadores, além de densificar alguns deveres que são comuns aos trabalhadores com contratos individuais de trabalho. Contudo, os exemplos de uma visão contratualista das relações de emprego público têm permitido atenuar as diferenças entre os dois regimes legais, permitindo o que vulgarmente a doutrina e jurisprudência qualificam como a privatização do vínculo de emprego público e dos seus aspectos definidores, dos quais constam as carreiras dos trabalhadores em funções públicas e o correspondente conteúdo funcional.

IV – Reformas da Administração Pública

Sendo certo que não se me afigura possível uma análise detalhada de todas as mutações que as carreiras dos funcionários públicos sofreram ao longo do seu percurso histórico, procurarei fazer uma breve síntese dividida em 3 hiatos temporais. Só dessa forma se conseguirá entender as motivações que conduziram o poder público a proceder a uma reforma do modelo de gestão pública e da própria relação jurídica de emprego público, assente, essencialmente,

³ FERNANDA PAULA OLIVEIRA e JOSÉ FIGUEIREDO, “Noções Fundamentais de Direito Administrativo”, 2016, 4.ª edição, Almedina).

em imperativos de eficiência da actuação administrativa e de gestão de recursos com o seu pessoal.

Conforme referi no capítulo anterior, tradicionalmente os trabalhadores da Administração Pública eram nomeados unilateralmente pelo Estado. Apesar disso, já em 13 de Abril de 1983, na sessão de encerramento do Colóquio subordinado ao tema “A Organização da Função Pessoal na Administração Pública”, o então Secretário de Estado da Reforma Administrativa, Dr. Figueiredo Lopes, salientava que *“a gestão do pessoal (na Administração Pública) continua a ser encarada fundamentalmente sob a perspectiva jurídico-normativa, privilegiando-se a segurança no emprego, desligando os níveis de remunerações da produtividade, enfim, rodeando-se os instrumentos de recrutamento, formação e progressão nas carreiras de praxes eminentemente burocratizadas, em oposição a métodos racionais e simplificados de gestão de recursos humanos”*.

Acrescentando que, *“a Administração Pública tem de ultrapassar o seu próprio modelo de organização, a função pública tem de introduzir no seu tradicional sistema de legitimidade pública elementos próprios do sistema de legitimidade privada, Isto é, o modo de gestão do funcionalismo público deve ser enriquecido com elementos importados do sector empresarial, onde o emprego e remuneração são função da produtividade, o recrutamento é função da competência técnica, a formação permanente é uma palavra de ordem”*.⁴

Nesta senda, temos vindo a assistir, ao longo dos últimos anos, a uma proliferação e dispersão de diplomas legislativos com vista à regulamentação do vínculo do emprego público.

Neste contexto podemos distinguir, de forma sintética, três períodos relevantes: o primeiro período até 2009, o segundo entre 2009 e 2014, e o terceiro após 1 de Agosto de 2014.

(i) Período até 2009

No período até 2009 a constituição da relação de emprego público efectuava-se através de recrutamento e selecção de pessoal para os quadros da Administração Pública mediante um procedimento concursal, que culminava com o acto administrativo de nomeação.

Esta era a regra.

Conforme referem FERNANDA PAULA OLIVEIRA e JOSÉ FIGUEIREDO⁵ DIAS *“a nomeação titulava relações de emprego público que visavam satisfazer de forma estável e contínua, necessidades de serviço permanentes”*.

Sendo que *“o trabalhador provido por nomeação ingressava numa carreira (vertical ou horizontal) e numa categoria que determinava a função a exercer, aplicando-se-lhe, com as devidas adaptações, as regras de direito do trabalho (protecção na maternidade e da*

⁴ RUI ROCHA, “A Classificação de Funções na Administração Pública – Um Instrumento-Base de Gestão”.

⁵ Ob. cit.

paternidade, comissões de trabalhadores, estatuto de trabalhador estudante, etc)”.

Neste período o regime da Função Pública caracterizava-se por ser um regime de “carreiras” e “categorias”, composto por diferentes escalões, aos quais correspondiam diferentes índices salariais.

Nesta esteira, o trabalhador que fosse nomeado para fazer parte dos quadros da Administração Pública, e que, por essa via, adquiria a qualidade de “funcionário público”, tinha o direito de progredir na carreira, quer verticalmente, através de concurso internos para as categorias superiores, quer horizontalmente, por progressão temporal nos escalões de cada categoria, com reflexos materiais no respectivo regime salarial.

(ii) Período entre 2009 e 2014

Em Março de 2005, o XVII Governo Constitucional fez constar do seu Programa a designada “*Reforma da Administração Pública*” no qual pugnava pela “*necessidade de reformar profundamente o sistema de carreiras e remunerações, reduzindo substancialmente o número de carreiras e remunerações, reduzindo substancialmente o número de carreiras, bem como limitando drasticamente os elementos de progressão automática até então existentes*”⁶.

A reforma dos regimes de vinculação, de carreiras e remunerações dos trabalhadores da Administração Pública assentou fundamentalmente na constatação de que as soluções até então vigentes não satisfaziam as necessidades impostas por uma boa organização e gestão de serviços públicos.

Entre os principais objectivos que nortearam a referida reforma destacam-se os seguintes, com relevância para a temática em análise:

- Redução do número de carreiras, dando origem a carreiras com designações e conteúdos funcionais mais abrangentes;
- Consagração das carreiras gerais e especiais;
- Criação de carreiras gerais condicionada por conteúdos funcionais específicos;
- Sujeição a deveres funcionais mais exigentes;
- Ingresso na carreira ou em qualquer das suas categorias subordinado a requisitos adicionais de formação profissional ou de detenção de grau académico ou título profissional;

⁶ Proposta de Lei n.º 152/X.

- O conceito de carreira especial substituirá os conceitos de carreira de regime especial e de corpo especial, que desaparecerão;
- As carreiras terão uma ou mais categorias sendo que, neste caso, a cada categoria deve corresponder um conteúdo funcional específico. Em cada categoria podem obter mudanças de posições remuneratórias;
- A dinâmica das carreiras (evolução nas carreiras) estará relacionada com a gestão dos recursos humanos em cada serviço.

Neste contexto, o segundo período, entre 2009 e 2014, é marcado, entre outras, pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, que aprovou o regime de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, e pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, que aprovou o regime do contrato de trabalho em funções públicas.

Tais diplomas introduziram uma alteração de paradigma no regime da Função Pública até então em vigor, fazendo uma aproximação ao direito laboral privatístico e consagrando o contrato de trabalho em funções públicas como a modalidade comum de constituição das relações jurídicas de emprego público, em detrimento do acto administrativo de nomeação.

Tratou-se de uma alteração jurídica profunda, pois esta alteração da natureza jurídica do vínculo (passou-se de um acto administrativo para uma realidade contratual) é determinante para a compreensão e aplicação das regras substantivas e até processuais, numa aproximação sem precedentes ao regime laboral privado.

(iii) Período após 1 de Agosto de 2014

Conforme refere, todavia, PAULO ALMEIDA⁷ *“o enorme manto legislativo existente tornou notória a necessidade de repensar a organização normativa nesta matéria, sendo certo que a realidade do labirinto legal propiciava cada vez mais conflituosidade”*.

Com efeito, *“o que se almejava era uma reforma tendente à simplificação e modernização administrativa e que não criasse um abismo com os diplomas legais em vigor”*.

Com vista a alcançar tal ensejo, foi aprovada a Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas - Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, que entrou em vigor em 1 de Agosto de 2014, a qual revogou uma série de diplomas legais, cujo conteúdo recolheu para si, incutindo algumas alterações no regime em vigor, mas, como veremos, ficando muito aquém de uma verdadeira ruptura legislativa”, e que marca o terceiro período a que nos referimos supra.

A Proposta de Lei que conduziu à aprovação da Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho – Proposta de Lei n.º 184/XII (que deu entrada na Assembleia da República a 31 de Outubro de 2013, tendo

⁷ PAULO ALMEIDA, “A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - Comentário às Principais Alterações”, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, III, Lisboa, 2015, 79-107.

sido admitida e baixado, na generalidade, à Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública, a qual deliberou promover a apreciação pública da Proposta de Lei pelo prazo de 30 dias, tendo a mesma decorrido entre 7 de Novembro e 6 de Dezembro de 2013), preconizava na respectiva Exposição de Motivos a clara intenção de combater a multiplicação legislativa relativa ao regime de trabalho em funções públicas, visando combater a complexidade legislativa existente.

Com efeito, a alteração de proposta assentava em três pilares basilares: *“Assumir a convergência tendencial do regime dos trabalhadores públicos com o regime dos trabalhadores comuns, ressalvadas as especificidades exigidas pela função e pela natureza do empregador, com salvaguarda do estatuto constitucional da função pública; tomar como modelo de vínculo de emprego público a figura do contrato de trabalho em funções públicas, sem deixar de procurar um regime unitário para as duas grandes modalidades de vínculo de emprego público (contrato e nomeação), realçando apenas as especificidades de cada uma sempre que necessário; integrar, harmonizar e racionalizar as alterações legislativas concretizadas nos últimos quatro anos no regime laboral da função pública que o haviam desfigurado e descaracterizado, devolvendo e reforçando a sua unidade e coerência”*.

A referida Proposta de Lei foi aprovada, culminando na publicação da Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, que entrou em vigor em 1 de Agosto de 2014.

A LTFP constitui, entre nós, a primeira Lei de Bases do regime no âmbito da função pública, congregando normas base definidoras do regime e âmbito do vínculo de emprego público.

Nesta conformidade, procede a uma regulamentação exaustiva da relação laboral pública.

Verifica-se, no entanto, uma ampla remissão para o Código do Trabalho (art. 4.º da LTFP).

Na verdade, a utilização do advérbio “nomeadamente” significa que a remissão para o Código de Trabalho abrange não apenas as matérias indicadas nas alíneas a) a l) do n.º 1 do art. 4.º do referido diploma, mas quaisquer outras.

Por outro lado, apesar da LTFP se afirmar como definidora das bases gerais do regime da função pública, exclui expressamente do seu âmbito sectores da Administração Pública, isto é, pessoas colectivas públicas, embora originariamente abrangidas pela Lei n.º 12-A/2008 - art. 2.º da LTFP.

Deste modo, apesar da declaração de vontade em que se manifestou a LTFP, a mesma não tem estado isenta de algumas críticas.

V – As carreiras

Os artigos 79.º a 83.º da LTFP congregam as disposições gerais sobre a estruturação de carreiras.

A LTFP não contém qualquer noção de carreira, assim como não o tem a sua antecessora Lei n.º 12-A/2008.

Podemos, contudo, encontrar tal noção no art. 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 248/85, nos termos do qual *“carreira é o conjunto hierarquizado de categorias às quais correspondem funções da mesma natureza a que os funcionários terão acesso de acordo com a antiguidade e o mérito evidenciado no desempenho profissional”*; por sua vez, e ainda segundo a definição legal (ainda que não em vigor), *“categoria é a posição que os funcionários ocupam no âmbito de uma carreira, fixada de acordo com o conteúdo e qualificação da função ou funções, referida à escala salarial da função pública”*.

Mais recentemente, de acordo com a definição avançada por PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR⁸ carreira representa *“o conjunto de funções, de idêntica natureza, próprias de uma profissão, que os trabalhadores nela integrados estão vinculados a executar, independentemente da existência de alguma graduação e concreta diferenciação ao nível do conteúdo funcional”*.

Posto isto, estipula o art. 79.º, n.º 1, da LTFP que os trabalhadores com vínculo de emprego público constituído por tempo indeterminado exercem as suas funções integrados em carreiras.

Já os trabalhadores com vínculo precário (a termo resolutivo), exercem as respectivas funções por referência a uma categoria integrada numa carreira (cfr. art. 79.º, n.º 2, da LTFP).

Por outro lado, e de acordo com o art. 82.º da LTFP, o empregador público deve procurar colocar o trabalhador no posto de trabalho mais adequado às aptidões e qualificação profissional, dentro da carreira e categoria a que pertence ou que serve de referencial para o exercício das suas funções, para além de dever proporcionar as condições que favoreçam a compatibilização da vida profissional com a vida familiar do trabalhador.

O referido normativo estabelece, ainda, relativamente ao desenvolvimento da carreira profissional, o direito de todos os trabalhadores, independentemente do sexo, ao pleno desenvolvimento da respectiva carreira profissional, que poderá ser feito por alteração do posicionamento remuneratório ou por promoção.

⁸ PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, “Os novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações da Administração Pública”.

A) Classificação das Carreiras

(i) Quanto à natureza

As carreiras podem ser gerais ou especiais.

Nas **carreiras gerais** os respectivos conteúdos funcionais caracterizam postos de trabalho de que a generalidade dos órgãos ou serviços carece para o desenvolvimento das respectivas actividades.

São elas: a carreira de técnico superior, a carreira de assistente técnico e a carreira de assistente operacional.

Nas **carreiras especiais** os conteúdos funcionais caracterizam postos de trabalho de que apenas um ou alguns serviços carecem para desenvolver as respectivas actividades (art. 84.º da LTFP).

Esta distinção entre carreiras gerais e especiais tem por base o critério do conteúdo funcional dos postos de trabalho.

Ora, tendo presente que um dos principais objectivos subjacentes à reforma da Administração Pública assentou na diminuição do número de carreiras existentes por forma a que apenas previssem carreiras especiais nos casos em que as especificidades do conteúdo e dos deveres funcionais, bem como a formação ou habilitação de base, claramente o justificassem, a criação de carreiras especiais está reservada a um leque residual de casos, ficando condicionada à verificação cumulativa dos seguintes requisitos:

- Os respectivos conteúdos funcionais não possam ser absorvidos pelos conteúdos funcionais das carreiras gerais;
- Os respectivos trabalhadores devem sujeitar-se a deveres funcionais mais exigentes do que os previstos para as carreiras gerais;
- Para a integração em tais carreiras, e em quaisquer das categoriais em que se desdobrem seja exigida, em regra, a aprovação em curso de formação específico de duração não inferior a seis meses ou a titularidade de certo grau académico ou certo título profissional (requisito que pode ser preenchido no decurso do período experimental).

(ii) Quanto ao número de categorias

As carreiras, independentemente da sua qualificação como gerais ou especiais, podem ser **unicategoriais** ou **pluricategoriais**, consoante correspondam a uma única categoria, ou se desdobrem em mais do que uma categoria, respectivamente.

De acordo com o Anexo à Lei n.º 35/2014, para o qual remete o art. 88.º, n.º 2, é unicategorial a carreira geral de técnico superior.

De realçar que, nos termos do n.º 2 do art. 85.º da LTFP, apenas podem ser criadas carreiras pluricategoriais quando a cada uma das categorias da carreira corresponda um conteúdo funcional distinto das restantes.

Ainda de acordo com o número 3 deste mesmo artigo 85.º, o conteúdo funcional das categorias superiores abarca o das que lhe sejam inferiores.

(iii) Quanto ao nível habilitacional

As carreiras classificam-se em três graus de complexidade funcional (art. 86.º da LTFP):

Grau 1 – quando se exija a titularidade da escolaridade obrigatória, ainda que acrescida de formação profissional;

É de grau 1 a carreira de assistente operacional que se subdivide nas categorias de assistente operacional, encarregado operacional e de encarregado geral operacional.

Grau 2 – quando se exija a titularidade do 12.º ano ou de curso equiparado;

É de grau 2 a carreira de assistente técnico, que se subdivide nas categorias de assistente técnico e de coordenador técnico.

Grau 3 – quando se exija a titularidade de licenciatura ou grau superior;

É de grau 3 a carreira de técnico superior.

Os diplomas legais que instituem cada carreira devem mencionar o respectivo grau de complexidade funcional, sendo que as carreiras pluricategoriais podem apresentar mais do que um grau de complexidade, cada um deles referenciado a categorias, quando a integração nestas dependa, em regra, da titularidade de níveis habilitacionais diferentes.

VI – Conteúdo funcional das carreiras

A cada carreira, ou a cada categoria em que se desdobre corresponde um conteúdo funcional legalmente descrito.

O conteúdo funcional de cada carreira ou categoria deve ser descrito, por via legal, de forma abrangente, dispensando pormenorizações relativas às tarefas nele abrangidas, devendo estas constar do mapa de pessoal do empregador público e, ou, do regulamento interno do mesmo.

É o que sucede com a descrição do conteúdo funcional das carreiras e categorias gerais que se encontram caracterizadas, de forma genérica, no anexo à LTFP.

Nos termos do artigo 88.º, n.º 1, da LTFP existem três carreiras gerais: técnico superior, assistente técnico, assistente operacional.

Estas últimas constituem carreiras pluricategoriais, desdobrando-se, respectivamente, nas categorias de coordenador técnico e assistente técnico e nas categorias de encarregado geral operacional, encarregado operacional e assistente operacional.

Vejamos, então, os respectivos conteúdos.

Nos termos do referido Anexo, a **carreira de técnico superior** caracteriza-se pelo exercício das seguintes funções e/ou actividades: funções consultivas, de estudo, planeamento, programação, avaliação e aplicação de métodos e processos de natureza técnica e, ou científica, que fundamentam e preparam a decisão; elaboração, autonomamente ou em grupo, de pareceres e projectos, com diversos graus de complexidade, e execução de outras actividades de apoio geral ou especializado na áreas de actuação comuns, instrumentais e operativas dos órgãos e serviços; funções exercidas com responsabilidade e autonomia técnica, ainda que com enquadramento superior qualificado; representação do órgão ou serviço em assuntos da sua especialidade, tomando opções de índole técnica, enquadradas por directivas ou orientações superiores.

A **categoria de coordenador técnico (da carreira de assistente técnico)** caracteriza-se pelo exercício das seguintes funções e/ou actividades: funções de chefia técnica e administrativa em uma subunidade orgânica ou equipa de suporte, por cujos resultados é responsável; realização das actividades; realização das actividades de programação e organização do trabalho do pessoal que coordena, segundo orientações e directivas superiores; execução de trabalhos de natureza técnica e administrativa de maior complexidade; funções exercidas com relativo grau de autonomia e responsabilidade.

A **categoria de assistente técnico (da carreira de assistente técnico)** caracteriza-se pelo exercício das seguintes funções e/ou actividades: funções de natureza executiva, de aplicação de métodos e processos, com base em directivas bem definidas e instruções gerais, de grau médio de complexidade, nas áreas de actuação comuns e instrumentais e nos vários domínios de actuação dos órgãos e serviços.

A **categoria de encarregado geral operacional (da carreira de assistente operacional)** caracteriza-se pelo exercício das seguintes funções e/ou actividades: funções de chefia do pessoal da carreira de assistente operacional; coordenação geral de todas as tarefas realizadas pelo pessoal afecto aos sectores de actividade sob sua supervisão.

A **categoria de encarregado operacional (da carreira de assistente operacional)** caracteriza-se pelo exercício das seguintes funções e/ou actividades: funções de coordenação dos assistentes operacionais afectos ao seu sector de actividade, por cujos resultados é responsável;

realização das tarefas de programação, organização e controlo dos trabalhos a executar pelo pessoal sob sua coordenação; substituição do encarregado geral nas suas ausências e impedimentos.

A **categoria de assistente operacional (da carreira de assistente operacional)** caracteriza-se pelo exercício das seguintes funções e/ou, actividades: funções de natureza executiva, de carácter manual ou mecânico, enquadradas em directivas gerais bem definidas e com graus de complexidade variáveis; execução de tarefas de apoio elementares, indispensáveis ao funcionamento dos órgãos e serviços, podendo comportar esforço físico; responsabilidade pelos equipamentos sob sua guarda e pela sua correcta utilização, procedendo, quando necessário, à manutenção e reparação dos mesmos.

VII – Acórdão do TCA Norte, Processo n.º 97/13.3BECBR, de 20.03.2015, (Relatora Esperança Mealha)

Efectuado o respectivo enquadramento legal das carreiras e seu conteúdo funcional vejamos agora a sua aplicação prática, recorrendo para tal ao Acórdão do TCA Norte n.º 97/13.3BECBR, de 20.03.2015.

i) Enquadramento Factual

- A Autora (HMNSCMS) celebrou com a Ré (Universidade de Coimbra) contrato individual de trabalho “para o desempenho de funções correspondentes à categoria de Empregada de Andar/Quartos”;
- Em 02.11.1998 foram alteradas cláusulas do referido contrato, passando a Autora a desempenhar funções de “Operário”;
- Em 10.03.2000 foram alteradas cláusulas do referido contrato, passando a Autora a desempenhar funções de “Fotocopista”;
- Com a entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, a Autora transitou para a categoria de assistente operacional da carreira geral de assistente operacional;
- Entre Março de 2000 e Fevereiro de 2010, a Autora exerceu funções de fotocopiadora dos Serviços de Textos e Reprografia dos SASUC: atendia o público, operava máquinas fotocopadoras e desempenhava funções no Jardim de Infância dos SASUC onde atendia ao público presencial e telefonicamente, tratava de assuntos relativos à tesouraria do Jardim de Infância, procedia à cobrança de mensalidades e de actividades extracurriculares das crianças, estava encarregada das encomendas relativas aos bens alimentares para alimentação das crianças, procedia ao registo de assiduidade do pessoal e recepcionava e encaminhava a facturação;

- Também, pontualmente, e quando faltava alguém ou nos períodos do início da manhã ou no final do dia, quando havia mais trabalho, podia arrumar salas, pôr a mesa para as crianças, ajudava-as a ir à casa de banho, dava-lhes todo o apoio necessário;
- A partir de Outubro de 2012 a Autora passou a desempenhar as funções de caixa na cantina do restaurante Monumentais, a partir das 12h;
- A partir desta data (desde das 9h00 até às 12h) também procede à limpeza das mesas, repõe balcão, talheres e guardanapos, ajuda na preparação das sobremesas;
- Foi proferido despacho pela Administradora dos Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra que manteve a Autora a exercer as funções na cantina do restaurante Monumentais;
- A Autora intentou uma acção administrativa especial requerendo a declaração de nulidade ou anulação do referido despacho e a condenação da Ré a atribuir-lhe funções e actividades equivalentes às que exercia anteriormente, como fotocopista, no Serviço de Textos e Reprografia do SASUC;
- O TAF de Coimbra julgou improcedente a acção administrativa especial;
- A Autora interpôs recurso jurisdicional para o TCA Norte.

ii) Alegação da Autora em sede de recurso

- Verifica-se uma clara desvalorização profissional;
- O que é absolutamente preponderante para a determinação concreta das funções a exercer por cada trabalhador é a sua área funcional, aquela para que foi efectivamente contratado, e não a descrição absolutamente genérica e abstracta feita nos conteúdos funcionais das novas carreiras gerais da Função Pública.

iii) Decisão Judicial

“De acordo com o disposto na citada Lei n.º 28-A/2008, os trabalhadores contratados por tempo indeterminado exercem as suas funções integrados em carreiras, devendo o conteúdo funcional de cada carreira ou categoria “ser descrito de forma abrangente, dispensando pormenorizações relativas às tarefas nele abrangidas (cfr. artigos 40.º e 43.º).”

A aqui Recorrente foi integrada na carreira de assistente operacional e na categoria de assistente operacional, com o conteúdo funcional acima descrito, a que corresponde o “grau 1” de complexidade funcional, por exigir apenas a titularidade da escolaridade obrigatória, ainda que acrescida de formação profissional adequada (cfr. artigos 44.º, n.º 1, a) e 49.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, e Anexo à Lei n.º 28-A/2008).

Por outro lado, a “área funcional” invocada pela Recorrente não tem correspondência neste contexto legal, nem constitui um conceito técnico jurídico que permita operar a pretendida distinção funcional.

Assim, conclui o Aresto em apreço: “as tarefas de natureza executiva e manual que a Recorrente desempenha no restaurante Monumentais – algumas de relativa complexidade, como as de caixa, outras mais simples, como as tarefas de limpeza das mesas e de auxílio da preparação do serviço de refeições – não divergem do conteúdo funcional da respectiva carreira e categoria, pelo que, ao atribuir tais tarefas à Recorrente, a entidade Recorrida não incorreu em violação de lei nem determinou uma despromoção ou desvalorização profissional”.

iv) Apreciação

Tal como já referido, as funções são desempenhadas por referência a um conteúdo funcional legalmente descrito (art.s 79º e 80º LTFP). São um referencial legal, que é muito amplo. Mas, ainda assim, o legislador estabeleceu que para além destas funções, o trabalhador pode exercer funções afins (artigo 81º). São funções para além daquelas descritas quanto à categoria respectiva. Esta possibilidade pode dar origem ao que se dispõe no nº 2: estas funções não têm de ser exercidas a título acessório, que não principal (ao contrário do que se estabelece no CT).

Podem ser integralmente exercidas a título principal (daí ser um conteúdo funcional amplíssimo, mas isto desde que não implique uma desvalorização profissional).

No caso entendeu o Tribunal não existir qualquer desvalorização profissional e que as funções desempenhadas pela Recorrente cabiam no respectivo conteúdo funcional, o que, atento o quadro normativo, nos parece não merecer qualquer reparo.

Bibliografia

– Almeida, Paulo – *A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Comentário às principais alterações*, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, III, Lisboa, 2015, 79-107.

– Almeida, Paulo – *A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Comentário às principais alterações*, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, III, Lisboa, 2015.

– Canotilho, Gomes / Moreira, Vital “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Vol. 1, Coimbra.

- Fábrica, Luís – *Natureza das funções e modalidades de constituição do vínculo de emprego público – brevíssima crónica de alguns equívocos legislativos*, in *Estudos dedicados ao Professor Douto*
- Moura, Paulo Veiga / Arrimar, Cátia – *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º, Coimbra, 2014.
- Nunes, Cláudia Sofia Henriques – *O contrato de trabalho em funções públicas face à lei geral do trabalho*, Coimbra, 2014.
- Oliveira, Fernanda Paula / Dias, José Eduardo Figueiredo “Noções Fundamentais de Direito Administrativo”, 2016, 4.ª edição, Almedina.
- Pires, Miguel Lucas – *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Anotada e Comentada*, Coimbra, 2014.
- Ramalho, Maria Palma, “Tratado de Direito do Trabalho Parte I – Dogmática Geral”, 3.ª edição, Almedina.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

23. Igualdade remuneratória e (re)posicionamento remuneratório numa tabela única

Paulo Fernando Lopes Mendes

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

IGUALDADE REMUNERATÓRIA E (RE)POSICIONAMENTO REMUNERATÓRIO NUMA TABELA ÚNICA

Paulo Fernando Lopes Mendes

1. Introdução
2. Igualdade remuneratória – enquadramento normativo
 - 2.1. Dimensão internacional
 - 2.2. Dimensão constitucional
 - 2.3. Dimensão legal
3. A mais comum das formas de desigualdade remuneratória
4. O caso dos enfermeiros
 - 4.1. A posição da jurisprudência
 - 4.2. A reclassificação numa tabela única
5. Conclusões
6. Bibliografia

Palavras-Chave: Princípio da igualdade; igualdade remuneratória; remuneração; trabalho igual salário igual; discriminação; enfermeiros; contrato individual de trabalho; contrato de trabalho em funções públicas; Tabela Remuneratória Única.

1. Introdução

A igualdade é um valor central da nossa sociedade e um princípio estruturante do nosso ordenamento constitucional, elencada como princípio geral no art.º 13.º da lei fundamental, segundo o qual “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”

A remuneração constitui “(...) a contrapartida patrimonial da atividade prestada (ou disponibilizada) pelo trabalhador. Na essência, o trabalhador coloca a sua força de trabalho à disposição do empregador, mediante um preço (sinalagma trabalho-salário)¹”. Traduz-se, pois, “(...) no preço da mercadoria força de trabalho, constituindo um elemento essencial do contrato de trabalho, enquanto obrigação capital e nuclear a carga da entidade empregadora.²”

Uma vez que o contrato de trabalho é bilateral ou sinalagmático, à obrigação de pagar a retribuição, que impende sobre o empregador, corresponde o direito do trabalhador a essa retribuição.

¹ Leal Amado, *Contrato de Trabalho, Noções Básicas*, pp. 42.

² Leal Amado, *Contrato de Trabalho, Noções Básicas*, pp. 249.

Este direito à retribuição tem garantia constitucional, sendo um direito fundamental dos trabalhadores.

A Constituição da República Portuguesa (CRP), no seu art.º 59.º, n.º 1, alínea a), elenca, entre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, o direito à retribuição do trabalho.

Mas a CRP não se limita a garantir a todos os trabalhadores um direito à retribuição do seu trabalho, enformando este direito de acrescidas exigências de igualdade, tanto ao nível subjetivo como objetivo.

No plano da igualdade subjetiva, o direito à retribuição é atribuído a todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas (art.º 59.º, n.º 1, da CRP).

No plano da igualdade objetiva, o direito à retribuição é atribuído segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que a trabalho igual deve corresponder salário igual (art.º 59.º, n.º 1, al. a), da CRP).

Todavia, apesar deste enquadramento constitucional, verificam-se diversos casos de desigualdade remuneratória.

Iremos analisar um caso respeitante aos enfermeiros e a posição da jurisprudência sobre o mesmo.

Por fim faremos referência a uma tabela remuneratória única e veremos se pode ser a solução para os casos de desigualdade remuneratória.

2. Igualdade remuneratória – enquadramento normativo

2.1 Dimensão internacional

A igualdade remuneratória é garantida ao nível do direito internacional.

Num primeiro plano, não se referindo expressamente à remuneração, mas erigido como princípio universal em matéria de igualdade e, portanto, também aqui cotejável, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, na sua Resolução 217A (III) de 10 de dezembro de 1948 e publicada no Diário da República, I Série A, n.º 57/78, de 9 de março de 1978, mediante aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, estatui no seu art.º 1.º que *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”* e no seu art.º 2.º que *“Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.*

Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.”

Por sua vez o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11 de julho, publicada no Diário da República, I Série A, n.º 157/78, com entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa a 31 de outubro de 1978, estabelece no seu art.º 7.º que *“Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem em especial: a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) Um salário equitativo e uma remuneração igual para um trabalho de valor igual, sem nenhuma distinção, devendo, em particular, às mulheres ser garantidas condições de trabalho não inferiores àquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual”* e no seu art.º 2.º, n.º 2 que, *“Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma baseada em motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, qualquer outra situação”*.

No direito internacional, embora restrita à igualdade de género, merece referência ainda a Convenção n.º 100 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa à Igualdade de Remuneração entre a Mão-de-obra Masculina e a Mão-de-obra Feminina em Trabalho de Valor Igual, adotada pela Conferência Geral da OIT na sua 34.ª sessão, em Genebra, a 29 de junho de 1951.

Esta convenção entrou em vigor na ordem internacional em 23 de maio 1953 e na ordem jurídica portuguesa, em 20 de fevereiro de 1968.

O n.º 1 do seu art.º 2.º estabelece que *“Cada Membro deverá, pelos meios adaptados aos métodos em vigor para a fixação das tabelas de remuneração, encorajar e, na medida em que tal é compatível com os referidos métodos, assegurar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio de igualdade de remuneração entre a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor. Este princípio poderá ser aplicado por qualquer dos seguintes meios:*

- a) Da legislação nacional;*
- b) De todo o sistema de fixação da remuneração estabelecido ou reconhecido pela legislação;*
- c) De convenções colectivas negociadas entre patrões e trabalhadores;*
- d) De uma combinação dos meios acima mencionados”*.

Também ao nível do direito europeu encontramos normas que se destinam a assegurar a igualdade remuneratória.

O atual art.º 157.º (original art.º 119.º) do Tratado da União Europeia (Tratado de Roma de 1957), embora restrito à igualdade de género, que é, sem dúvida, a forma mais comum de desigualdade remuneratória, estatui que *“Os Estados-Membros assegurarão a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual ou de valor igual”*.

Este princípio geral de igualdade remuneratória entre homens e mulheres contido no tratado fundador da então Comunidade Económica Europeia foi depois desenvolvido na Diretiva 75/117/CE, cujo art.º 1.º dispõe que *“O princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e os trabalhadores femininos, que consta do artigo 119º do Tratado e a seguir denominado por «princípio da igualdade de remuneração», implica, para um mesmo trabalho ou para um trabalho a que for atribuído um valor igual, a eliminação, no conjunto dos elementos e condições de remuneração, de qualquer discriminação em razão do sexo”*.

Encontramos ainda esta matéria tratada no art.º 23.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), cujo enunciado determina que *“Deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração. (...)”*.

Em todas estas normas vimos afirmado o princípio geral de que para trabalho igual deve corresponder salário igual, um princípio que se encontra também na nossa Constituição. Podemos pois afirmar que o ordenamento jurídico português apresenta nesta matéria uma identificação material com as disposições internacionais.

Todas as citadas normas fazem parte integrante da ordem jurídica nacional, nos termos expressos no art.º 8.º da CRP³.

2.2. Dimensão constitucional

No que respeita à CRP, encontramos a norma fundamental sobre igualdade, em termos genéricos, no art.º 13.º:

“1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

³ No caso das convenções internacionais, as mesmas vigoram no direito português depois de aprovadas, ratificadas e publicadas. A aprovação compete à Assembleia da República, nos casos referidos na alínea i) do art.º 161.º e ao Governo nos casos previstos no art.º 197º/1, c), ambos da CRP. A ratificação compete ao Presidente da República, conforme determina o inciso constante do art.º 135.º, b) da lei fundamental e é o ato jurídico individual e solene pelo qual o órgão competente do Estado afirma a vontade deste estar vinculado ao tratado cujo texto foi por ele assinado.

Já as normas emanadas de órgãos competentes de organizações internacionais de que Portugal seja membro, previstas no n.º 3 do art.º 8.º da CRP, que constituem o chamado direito derivado, vigoram diretamente na ordem jurídica interna se assim for definido nos tratados.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do nosso sistema constitucional, sendo que o seu âmbito de proteção abrange as seguintes dimensões:

“a) Proibição do arbítrio, sendo inadmissíveis, quer diferenciações de tratamento sem justificação razoável, de acordo com critérios de valor objetivos, constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais;

b) Proibição de discriminação, não sendo legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjetivas ou em razão dessas categorias (...);

c) Obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelos poderes públicos, de desigualdades fácticas de natureza social (...)”⁴.

Por outro lado este direito fundamental é qualificável como direito, liberdade e garantia⁵, pelo que beneficia de um sistema de especial tutela, sendo:

(i) Diretamente aplicável, ou seja, não carecendo de mediação de ato normativo infraconstitucional, e impondo-se a entidades públicas e privadas, e

(ii) Apenas pode ser restringido por lei nos casos expressamente previstos na CRP e devendo estas restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art.º 18.º CRP).⁶

Esta qualificação traduz a importância atribuída ao princípio da igualdade e uma opção clara pela sua sujeição a uma forte tutela.⁷

A concretização deste princípio geral no que concerne à matéria da remuneração encontra-se no art.º 59.º, n.º 1, al. a), já referido supra, que estabelece que:

“1- Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:

a) À retribuição do trabalho segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual”.

⁴ Canotilho, Moreira, *CRP Anotada*, vol. I, pp. 339.

⁵ Maria do Rosário Palma Ramalho, Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: a aplicação da Diretiva 75/117/CE em Portugal, in *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. I, pp. 251.

⁶ No mesmo sentido Canotilho, Moreira, *CRP Anotada*, vol. I, pp. 338.

⁷ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. I, pp. 251.

Temos aqui enunciado, no que concerne ao tema que nos ocupa, o *princípio trabalho igual salário igual*, segundo o qual a retribuição está sujeita a um princípio de igualdade, a aferir em função da quantidade, natureza e qualidade do trabalho prestado, proibindo-se as discriminações entre trabalhadores.

Esta norma tem sido entendida como um comando preceptivo imediatamente vinculante, ou seja, não carece de mediação normativa e pode ser invocada diretamente por qualquer particular perante um tribunal e por este diretamente aplicável⁸.

É também neste sentido que este direito é entendido por Gomes Canotilho e Vital Moreira⁹, que o classificam como de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, sendo por isso diretamente aplicável e participando das demais características referidas no art.º 18.º do texto constitucional. Em consequência, são destinatários deste direito à remuneração igual por trabalho igual não só o Estado, mas todo e qualquer empregador, que se encontra diretamente vinculado pelo dever de respeito e de observância.

Com os citados autores a igualdade remuneratória é uma *“(...) determinante constitucional positiva (...), impõe a existência de critérios objetivos para a descrição das tarefas e avaliação de funções necessárias à caracterização de trabalho igual (trabalho prestado à mesma entidade quando são iguais ou de natureza objetivamente igual as tarefas desempenhadas) e trabalho de valor igual (trabalho com diversidade de natureza das tarefas, mas equivalentes de acordo com os critérios objetivos fixados).”*¹⁰

Por seu lado João Leal Amado¹¹ afirma que *“em termos gerais, parece adquirida a afirmação de que com tal princípio não se visa alcançar um qualquer igualitarismo extremo. O que este princípio proíbe não é a diferenciação salarial mas sim a discriminação salarial ou seja, a diferenciação injustificada. (...) já constituem fundamento bastante para a diferenciação e títulos legitimadores da mesma factores ligados à distinta quantidade (duração ou intensidade, p. ex.), natureza (dificuldade ou penosidade, p. ex.) e qualidade (mérito ou produtividade, p. ex.) do trabalho prestado. Há, pois, diferenças admissíveis e diferenças inadmissíveis, traduzindo-se o princípio da igualdade de tratamento na exigência de um fundamento material para a diferenciação salarial. O que aqui se proíbe, repete-se, são desde logo as práticas discriminatórias, são as distinções desprovidas de uma justificação razoável e aceitável (bem como, acrescente-se, o tratamento indiferenciado de situações objectivamente desiguais).*

Sublinhe-se, no entanto, que o princípio da igualdade retributiva não compreende apenas um conteúdo negativo (a proibição de discriminações) mas comporta também uma vertente positiva, reclamando a igualdade substantiva de tratamento dos trabalhadores que prestam o mesmo tipo de trabalho (trabalho igual ou de valor igual), aferido este pelos critérios da quantidade, natureza e qualidade, critérios objectivos e sufragados pela CRP”.

⁸ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. I, pp. 252.

⁹ Canotilho, Moreira, *CRP Anotada*, vol. I, pp. 770.

¹⁰ Canotilho, Moreira, *CRP Anotada*, vol. I, pp. 772.

¹¹ Leal Amado, *Contrato de Trabalho*.

2.3. Dimensão legal

Continuando o percurso pelo enquadramento normativo do princípio da igualdade remuneratória, concretizado na fórmula trabalho igual salário igual, veremos agora como este princípio, presente no direito internacional e acolhido na CRP, foi recebido na legislação ordinária.

Na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei 35/2014 de 30 de junho (LTFP), encontramos o princípio do *trabalho igual salário igual* no n.º 2 do art.º 144.º, como princípio geral da remuneração.

Segundo este preceito legal, que se limita a transcrever o preceito constitucional, “*A determinação do valor da remuneração deve ser feita tendo em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual*”.

No caso do exercício de funções públicas e sempre que esteja em causa a mesma carreira e o exercício das mesmas funções, só se justifica uma diferença remuneratória se comprovadamente o trabalho tiver diferente natureza ou for de qualidade ou quantidade diferente, o que pressupõe que esta diferenciação remuneratória só possa ocorrer *a posteriori* e nunca antes do início das funções.¹²

Com este argumento Paulo Veiga e Moura considera inconstitucional a norma contida no art.º 38.º da LTFP ao permitir a negociação do posicionamento remuneratório e, conseqüentemente, a existência de diferenças remuneratórias entre quem esteja provido na mesma carreira apenas com base na presunção de um maior mérito na execução das funções e sem que haja comprovação real desse mérito presumido.¹³

Considerando o regime de aplicabilidade direta do preceito constitucional, contido no art.º 59.º, n.º 1, al. a), da CRP, tendemos a concordar com o autor referido.

Por outro lado no Código do Trabalho, aprovado pela Lei 7/2009, de 12 de fevereiro (CT), encontramos este princípio no art.º 270.º que estatui que “*Na determinação do valor da retribuição deve ter-se em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho, observando-se o princípio de que, para trabalho igual ou de valor igual, salário igual.*”

Uma vez mais transcreve-se o preceito constitucional.

Porém o CT tem ainda outros preceitos que tratam desta matéria, designadamente as normas constantes da Subsecção III, da Secção II, do Capítulo I, respeitantes à igualdade e não discriminação.

Assim desde logo o art.º 24º, afirma que:

¹² Paulo Veiga e Moura, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, pp. 444.

¹³ *Idem.*

“1 - O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de género, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos.

2 - O direito referido no número anterior respeita, designadamente: c) A retribuição e outras prestações patrimoniais (...).”

O n.º 1 do art.º 25.º proíbe ao empregador qualquer discriminação, direta ou indireta e o art.º 26.º considera sem efeito as disposições de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou de regulamento interno de empresa que seja contrária ao princípio da igualdade.

É também nestas disposições do CT que tratam de igualdade e não discriminação que encontramos as definições e os critérios objetivos necessários à fixação do alcance do que deve entender-se por trabalho igual e salário igual.

Assim, no que respeita ao trabalho igual, o art.º 24.º do CT fixa estes conceitos, definindo na al. c) do n.º 1 que por trabalho igual, deve entender-se aquele em que as funções desempenhadas ao serviço do mesmo empregador são iguais ou objetivamente semelhantes em natureza, qualidade e quantidade.

Já a al. d) define trabalho de valor igual como aquele em que as funções desempenhadas ao serviço do mesmo empregador são equivalentes, atendendo nomeadamente à qualificação ou experiência exigida, às responsabilidades atribuídas, ao esforço físico e psíquico e às condições em que o trabalho é efetuado.

O art.º 31.º, embora sistematicamente inserido na Divisão III, que apenas se reporta aos casos de discriminação de género, estatui que, para haver igualdade de retribuição, então, para trabalho igual, ou de valor igual, a remuneração, se for variável, deve ser apurada com base na mesma unidade de medida (n.º 1) e se for calculada em função do tempo de trabalho, deverá ser a mesma (n.º 2).

O n.º 3 deste preceito clarifica que as diferenças de retribuição assentes em critérios objetivos, como o mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade, se comuns a homens e mulheres, não são consideradas discriminatórias.

Não vemos razão para não aplicar estes conceitos a casos de desigualdade baseados em outros fatores de discriminação, pelo que podemos entender esta norma do art.º 23.º como contendo uma definição geral de salário igual.

Estas normas respeitantes a não discriminação são aplicáveis às relações jurídico-laborais públicas, por via da remissão constante do art.º 4.º, n.º 1, al. c), da LTFP.

Daqui podemos concluir que existe uma uniformidade de soluções para as relações laborais públicas e privadas, em perfeito alinhamento com a solução constitucional.

3. A mais comum das formas de desigualdade remuneratória

Sem dúvida nenhuma que a forma mais comum de desigualdade remuneratória é a desigualdade de género.

Por esta razão, como antes analisado, a maior parte da legislação nesta matéria versa sobre a discriminação entre homens e mulheres.

Relembramos aqui a norma do art.º 119.º original (atual art.º 157.º) do Tratado de Roma do 1957, tratado fundador da então CEE, hoje UE, cujo regime foi depois desenvolvido na Diretiva 75/117/CE.

No mesmo sentido estatui o art.º 23.º da CDFUE, completando o conjunto de normas que enformam o tratamento desta questão no direito europeu.

No direito internacional merece referência a Convenção n.º 100 da OIT relativa à Igualdade de Remuneração entre a Mão-de-obra Masculina e a Mão-de-obra Feminina em Trabalho de Valor Igual.

No direito nacional esta preocupação em garantir igualdade remuneratória entre homens e mulheres foi também sempre acentuada e positivada no direito vigente.

O direito à igualdade de remuneração entre trabalhadores e trabalhadoras por um trabalho igual ou de valor igual, prestado à mesma entidade, foi garantido pelo art.º 9.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 392/79, de 20 de setembro, para a generalidade dos trabalhadores, e no art.º 6.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 426/88, de 18 de novembro, para os funcionários do Estado em sentido amplo.

Atualmente este regime consta, como vimos, no CT, concretamente da Subsecção III, Secção II Capítulo I, respeitantes a igualdade e não discriminação, em especial as normas constantes da Divisão III, presentes nos art.ºs 30.º a 32.º.

Atenta a relevância, o ordenamento comina, no art.º 31.º, n.º 6, do CT, como contraordenação muito grave a violação pelas entidades patronais do direito à igualdade de condições de trabalho, em particular quanto à retribuição, a qual não pode ser determinada com elementos que reflitam qualquer discriminação fundada no sexo.

Assume relevo nesta matéria a norma contida no art.º 32.º do CT, que impõe às entidades patronais a manutenção, por cinco anos, dum registo dos processos de recrutamento, desagregado por sexo, contendo, designadamente, os convites efetuados para preenchimento dos lugares e os balanços sociais relativos a dados, que permitam analisar a existência de eventual discriminação de pessoas de um dos sexos no acesso ao emprego, formação e promoção profissionais e condições de trabalho.

Todas estas normas apesar de inseridas no CT e, portanto, dirigidas em primeira linha às relações laborais privadas, são também aplicáveis às relações laborais de emprego público, por via da remissão operada pelo art.º 4.º, n.º 1, al. c), da LTFP.

Apesar de toda esta preocupação do legislador, em Portugal subsiste claramente uma situação de desigualdade remuneratória entre homens e mulheres. Segundo os dados referentes a 2012, obtidos de um estudo da CITE - Comissão para a Igualdade no Trabalho e o Emprego.¹⁴

Nesse ano os elementos relativos à população trabalhadora por conta de outrem a tempo completo, em Portugal, mostram que as mulheres auferem cerca de 81,5 % da remuneração média mensal de base dos homens ou, se falarmos de ganho médio mensal (que contém outras componentes do salário, tais como compensação por trabalho suplementar, prémios e outros benefícios, geralmente de carácter discricionário), 78,9 %.

Quando se consideram as desigualdades salariais em função dos níveis de qualificação, constata-se que o diferencial salarial entre mulheres e homens sobe à medida que aumenta o nível de qualificação, sendo particularmente elevado entre os quadros superiores. Neste nível de qualificação, o rácio entre a remuneração das mulheres e a dos homens é de 72,6 %, no que se refere à remuneração média de base e de 71,4 % em relação à média do ganho.

4. O caso dos enfermeiros

A situação profissional dos enfermeiros, ilustra de forma clara uma violação de todo o normativo antes analisado, por configurar um atropelo ao princípio trabalho igual salário igual, com base num fator de discriminação não referido até agora – a natureza jurídica do vínculo laboral.

A situação de desigualdade em causa ocorreu na sequência da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, que aprovou a Lei de Vínculos Carreiras e Retribuições (LVCR), em resultado do processo de revisão das carreiras do regime especial, decretada pelo seu art.º 101.º. Em consequência, a carreira de enfermagem, no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, passou a estar regulada em dois diplomas legais, publicados em simultâneo, o Decreto Lei n.º 247/2009, de 22 de setembro, aplicável "(...) aos enfermeiros em regime de contrato individual de trabalho, nos termos do Código do Trabalho, nas entidades públicas empresariais e nas parcerias em saúde, em regime de gestão e financiamento privados, integradas no Serviço

¹⁴ CITE, *Disparidades salariais entre homens e mulheres em Portugal*, in : http://www.cite.gov.pt/pt/acite/disparidadessalariais_05.html

Nacional de Saúde (...)" (art.º 2.º) e o Decreto Lei n.º 248/2009, de 22 de setembro, aplicável aos (...) enfermeiros integrados na carreira especial de enfermagem cuja relação jurídica de emprego público seja constituída por contrato de trabalho em funções públicas." (art.º 2.º).

No que respeita ao regime remuneratório dos enfermeiros vinculados por contrato individual de trabalho (CIT), determinou o Decreto Lei n.º 247/2009, no art.º 13.º, que as suas posições remuneratórias e remunerações serão fixadas em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.

Este acordo só viria a ser outorgado em setembro de 2015, entrando em vigor a 1 de outubro de 2015.

Ao invés, o art.º 14.º n.º 1, do Decreto-lei n.º 248/2009 remeteu para diploma próprio a identificação dos níveis remuneratórios correspondentes às posições remuneratórias das categorias da carreira especial de enfermagem.

Assim, os enfermeiros com contrato de trabalho em funções públicas (CTFP) viram a sua remuneração e posições remuneratórias fixadas pelo Decreto-lei n.º 122/2010, de 11 de novembro.

Por força das regras de transição para a nova carreira, estabelecidas neste último diploma, houve lugar a um reposicionamento remuneratório que culminou em 1 de janeiro de 2013 com a colocação dos trabalhadores com CTFP anteriormente posicionados nos escalões 1 e 2 da categoria de enfermeiro na primeira posição remuneratória da nova categoria, que, correspondendo ao nível 15 da Tabela Remuneratória Única, traduz uma remuneração de € 1.201,48.

Os enfermeiros com a mesma categoria, mas vinculados por CIT, não beneficiaram de qualquer alteração remuneratória, pelo que se mantiveram a auferir uma remuneração de montante inferior ao fixado para a base da carreira de enfermagem em CTFP.

Esta situação de clara desigualdade remuneratória ocorreu entre o dia 1 de janeiro de 2013 e 1 de outubro de 2015, sendo evidente que estamos na presença de salário diferente para trabalho igual.

Relembramos aqui a noção de trabalho igual presente no CT: funções desempenhadas ao serviço do mesmo empregador que são iguais ou objetivamente semelhantes em natureza, qualidade e quantidade.

Igualmente segundo os contributos da doutrina mais relevante, já referidos, Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem ser trabalho igual aquele que é prestado à mesma entidade quando são iguais ou de natureza objetivamente igual as tarefas desempenhadas.

Leal Amado aponta como critérios determinantes a quantidade (duração ou intensidade, p. ex.), natureza (dificuldade ou penosidade, p. ex.) e qualidade (mérito ou produtividade, p. ex.) do trabalho prestado.

Cotejamos agora os dois diplomas legais que regulam as carreiras dos enfermeiros, e verificamos que, independentemente do vínculo laboral, todos os enfermeiros se encontram sujeitos aos mesmos deveres funcionais, vertidos em normas iguais (em numeração e em conteúdo) em ambos os diplomas: o art.º 9.º de ambos os diplomas define os deveres funcionais da categoria de enfermeiro e o art.º 10.º de ambos os diplomas define os deveres funcionais da categoria de enfermeiro principal.

Temos pois que concluir que, assim sendo, todos os enfermeiros desempenham tarefas iguais ou de natureza objetivamente igual, com a mesma natureza, ou seja, com a mesma dificuldade ou penosidade.

No que diz respeito à quantidade de trabalho deve a mesma ser aferida pelo horário de trabalho. Já no que concerne à qualidade, no nosso entendimento não pode a mesma ser aferida antecipadamente mas apenas após comprovação.

Sem prejuízo de acerto equivalente à eventual diferença do horário de trabalho, concluímos assim que estamos na presença de prestação de trabalho igual ao qual é pago um salário diferente, em clara violação do princípio da igualdade remuneratória expresso através do enunciado trabalho igual salário igual.

Acresce que os próprios diplomas que regulam a carreira de enfermagem manifestam a assumida intenção de as submeter a um regime comum no que toca ao exercício concreto da atividade profissional em causa.

Isto mesmo é expressamente afirmado no preâmbulo do Decreto Lei n.º 247/2009 quando aí se refere: *“Em síntese, através do presente decreto-lei, o Governo pretende garantir que os enfermeiros das instituições de saúde no âmbito do SNS possam dispor de um percurso comum de progressão profissional e de diferenciação técnico-científica, o que possibilita também a mobilidade interinstitucional com harmonização de direitos e deveres, sem subverter a autonomia de gestão do sector empresarial do Estado”*.

Parece claro que a assumida garantia de harmonização de direitos e deveres não pode deixar de abranger a vertente remuneratória, sendo aquela harmonização incompatível com a desigualdade apontada, traduzida na circunstância de, pela natureza do seu vínculo laboral, haver enfermeiros com CIT que auferem remuneração inferior à que se encontra fixada para os seus colegas com vínculo de emprego público que ingressem na categoria de base da respetiva carreira e para o exercício das mesmas funções.

Neste sentido, se é certo que no preâmbulo acima referido se ressalva que *“A presente alteração não condiciona a aplicação do Código do Trabalho nem a liberdade de negociação reconhecida às partes no âmbito da contratação colectiva”*, não menos seguro é que, por um

lado, é a própria aplicação do CT que impõe que no contexto descrito e em cumprimento do estatuído no art.º 270.º, não possa existir a diferenciação remuneratória assinalada. Por outro, o facto de a matéria em apreço dever ser convencionalmente regulada, não desobriga o empregador de observar as normas legais e constitucionais que enquadram a sua atuação neste domínio.

Acompanhamos aqui a posição expressa em parecer da Provedoria de Justiça, subscrito pela Sr.ª Provedora-Adjunta e remetido ao Sr. Secretário de Estado da Saúde em 6 de agosto de 2015¹⁵.

4.1. A posição da jurisprudência

A jurisprudência vai no sentido contrário ao anteriormente defendido. Segundo vários Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto¹⁶ que se pronunciaram sobre esta disparidade remuneratória dos enfermeiros e sobre a eventual violação do princípio constitucional da igualdade remuneratória, destacando os proferidos no âmbito dos processos 496/14.3TTVFR.P1 e 497/14.1TTVFR.P1, datados respetivamente de 20.06.2016 e 7.7.2016.

Extrai-se em ambos os casos que não resulta diretamente do facto dos enfermeiros abrangidos pelo Decreto-lei n.º 248/2009 terem sido reposicionados nos termos do Decreto Lei n.º 122/2010 uma discriminação face a enfermeiros com contrato individual de trabalho que não tenham sido reposicionados nos mesmos moldes, uma vez que os regimes legais aplicáveis a enfermeiros com contrato de trabalho em funções públicas e com contrato de trabalho individual, embora muito harmonizados, ressalvam, pelo menos, e em matéria retributiva, a diversidade que vem da autonomia de gestão consagrada pela opção por um modelo empresarial das unidades de saúde.

O Acórdão de 20 de junho afirma a este propósito que *“o legislador quis expressamente criar dois regimes distintos, parificando as carreiras mas só até ao ponto em que, ressalvando outras virtualidades da gestão empresarial, mas concretamente em matéria retributiva, por via do artigo 13º do DL 247/2009, lhe interessou remeter para modelos de gestão empresarial, susceptíveis de negociar valores mais rentáveis em sede de negociação colectiva, ou de, como as partes reconhecem, tais valores serem negociados por contrato individual, na ausência, até ao momento, de publicação de qualquer instrumento de regulamentação colectiva de trabalho. Em síntese, o legislador quis mesmo criar regimes diferentes, não sendo evidente que deles resulte directamente uma discriminação ou desigualdade em matéria retributiva – tal depende do insucesso ou da força da negociação colectiva no caso dos trabalhadores com contrato individual de trabalho (...).”*

Já o Acórdão de 7 de julho vai no mesmo sentido, afirmando a diferença decorrente da gestão empresarial dos hospitais sob a forma de Entidade Pública Empresarial (E.P.E.) e da natureza do vínculo laboral. A relação jurídica de emprego público é distinta da relação de trabalho de

¹⁵ http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Oficio_Sec_Estado_Saude.pdf.

¹⁶ Não se encontrou jurisprudência dos tribunais administrativos sobre a matéria.

direito privado. *“Apesar da estrutura base da carreira partilhar princípios comuns, tudo o mais está depois sujeito ao seu próprio regime, isto é, no caso dos ... contratados em regime de contrato individual de trabalho, ao Código do Trabalho e legislação complementar e (...) aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (...); no caso, dos enfermeiros cuja relação jurídica de emprego público seja constituída por contrato de trabalho em funções públicas, ao regime próprio da administração pública, vulgo, do funcionalismo público”.*

Não podemos concordar com a posição defendida nos citados Acórdãos referidos (sobre a análise da questão da violação do princípio da igualdade remuneratória).

A regra constitucional do art.º 59.º, n.º 1, a), da CRP apenas exige, para que se verifique igualdade laboral, identidade de natureza, quantidade e qualidade do trabalho. O mesmo se diga dos preceitos legais inscritos nos art.ºs 144.º da LTFP e 270.º do CT.

Lembramos aqui que o princípio da igualdade remuneratória não tem apenas uma dimensão negativa, de proibição do arbítrio, mas uma dimensão positiva, que impõe comportamentos tendentes a eliminar as várias formas de desigualdade.

Como afirma Leal Amado *“Sublinhe-se, no entanto, que o princípio da igualdade retributiva não compreende apenas um conteúdo negativo (a proibição de discriminações) mas comporta também uma vertente positiva, reclamando a igualdade substantiva de tratamento dos trabalhadores que prestam o mesmo tipo de trabalho (trabalho igual ou de valor igual), aferido este pelos critérios da quantidade, natureza e qualidade, critérios objectivos e sufragados pela CRP”.*

Salvo o devido respeito, entendemos que a autonomia do modelo de gestão empresarial ou o regime estatutário que decorre da natureza jurídica do vínculo laboral não é cotejável para aferir da igualdade ou desigualdade da prestação do trabalho.

Tendo o trabalho prestado a mesma duração ou intensidade, igual dificuldade ou penosidade e equivalente mérito ou produtividade é, face aos preceitos constitucionais e legais, trabalho igual. Razão porque lhe é devido salário igual.

Sabemos que nos mesmos hospitais coexistem enfermeiros com CTFP e CIT (como aliás sucede em todas as entidades do setor empresarial do Estado), que porventura integram as mesmas equipas, nas mesmas escalas de serviço, praticando exatamente os mesmos atos técnicos, com a mesma formação, o mesmo propósito, pergunta-se, o modelo de gestão do hospital (que aliás tem mudado com frequência seguindo opções políticas dos governos) ou o seu regime legal de contratação tem alguma relevância na forma como executam as tarefas? Claro que não.

Por outro lado cabe chamar aqui o art.º 34.º, n.º 1, da Lei do Orçamento do Estado para 2016 (Lei n.º 7-A/2016, de 30 março) que determina que *“Os níveis retributivos, incluindo suplementos remuneratórios, dos trabalhadores com contrato de trabalho no âmbito dos estabelecimentos ou serviços do SNS com a natureza de entidade pública empresarial,*

celebrados após a entrada em vigor da presente lei, não podem ser superiores aos dos correspondentes trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas inseridos em carreiras gerais ou especiais, sem prejuízo do disposto no n.º 3.” Esta norma, introduzida no ordenamento jurídico pela primeira vez através do art.º 72.º/1 da LOE 2013 (Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro), tem-se mantido desde então.

Ora, se a lei impõe aos trabalhadores com CIT um limite máximo de remuneração aferido pela paridade retributiva com os trabalhadores com CTFP, então pareceria especialmente gravoso e infundado que essa paridade não fosse convocada igualmente para a definição dum limite mínimo de remuneração.

Acrescem os argumentos já vertidos no ponto anterior para fundamentar a nossa posição.

4.2. A reclassificação numa tabela única

Em 29 e 30 de setembro de 2015 foram outorgados dois acordos coletivos de trabalho entre vários hospitais E.P.E. e os dois sindicatos mais representativos dos enfermeiros.

Quanto ao âmbito, segundo a cláusula 1.ª, os referidos acordos aplicam-se *“(…) a todos os trabalhadores enfermeiros filiados na associação sindical outorgante que, vinculados por contrato de trabalho (doravante, trabalhador enfermeiro), celebrado com entidades públicas empresariais do setor da saúde, integradas no Serviço Nacional de Saúde que o subscrevem (doravante, entidade empregadora)”*.

Relativamente a estes enfermeiros, estatui a cláusula 2.ª que *“Os níveis e posições remuneratórios dos trabalhadores enfermeiros abrangidos pelo presente instrumento, são correspondentes aos aplicáveis aos trabalhadores enfermeiros integrados na carreira especial de enfermagem”*.

Estes acordos produzem efeitos a partir do dia 1 de outubro de 2015.

Quanto ao universo de enfermeiros abrangidos eles serão, em primeira linha, os filiados nas associações sindicais outorgantes dos acordos, tal como dispõe o art.º 496.º do CT, que estabelece o chamado princípio da filiação.

Todavia, ao abrigo do direito de escolha previsto no art.º 497.º do referido CT, os trabalhadores não filiados em qualquer sindicato podem escolher que o acordo coletivo lhes seja aplicável.

Estes acordos preveem assim que todos os enfermeiros com CIT sejam reposicionados na primeira posição da tabela única, correspondente à carreira especial de enfermagem, cujos números de posições remuneratórias e níveis da tabela única estão definidos pelo Decreto Lei n.º 122/2010, de 11 de novembro.

O art.º 1.º deste diploma define o seu objeto: *“O presente decreto-lei estabelece o número de posições remuneratórias das categorias da carreira especial de enfermagem, identifica os respectivos níveis da tabela remuneratória única, define as regras de transição para a nova carreira e identifica as categorias que se mantêm como subsistentes”*.

Temos assim que constatar que com estes dois acordos coletivos conseguiu-se finalmente assegurar o princípio da igualdade remuneratória entre os enfermeiros, garantindo-se que, quer sejam contratados por CTFP ou por CIT, por desenvolverem trabalho igual, auferem salário igual, desta forma cumprindo as disposições legais constantes dos art.ºs 59.º, n.º 1, da CRP e 270.º do CT.

Mas temos outra conclusão a retirar. É que esta harmonização remuneratória foi conseguida por recurso à transição dos enfermeiros com CIT para a Tabela Remuneratória Única, nos termos aplicáveis à carreira especial de enfermagem, definida pelo Decreto-lei n.º 122/2010.

Donde podemos aferir a utilidade deste instrumento para assegurar o cumprimento do princípio constitucional da igualdade remuneratória.

O conceito de Tabela Remuneratória Única foi introduzido na ordem jurídica nacional pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, que a previu no art.º 68.º.

Atualmente está prevista no art.º 147.º da LTFP e a lógica que lhe subjaz é a de que contém a totalidade dos níveis remuneratórios suscetíveis de ser utilizados na fixação da remuneração base dos trabalhadores.

O número de níveis remuneratórios e o montante pecuniário correspondente a cada um foi fixado pela Portaria n.º 1553-C/2008, de 31 de dezembro.

Desta forma garante-se que todos os trabalhadores auferem a remuneração correspondente ao nível remuneratório da posição remuneratória em que esteja colocado numa dada carreira e categoria.

Sendo um instrumento de aplicação no âmbito das relações laborais públicas, como vimos no caso dos enfermeiros, é possível recorrer a ela no âmbito de relações privadas. E no caso que vimos analisando, o recurso à Tabela Única assegurou o cumprimento do princípio constitucional trabalho igual salário igual.

5. Conclusões

Partindo do princípio geral da igualdade, consagrado no art.º 13.º da CRP, o legislador constitucional consagrou acrescidas exigências de igualdade ao direito à retribuição, que configurou como Direito Económico, Social e Cultural.

Em termos internacionais, a consagração de um princípio de igualdade remuneratória pode extrair-se da DUDH, do PIDESC e da Convenção n.º 100 da OIT.

Também ao nível do direito europeu vimos este princípio reconhecido no Tratado da União Europeia, atual art.º 157.º, na Diretiva 75/117/CE e na CDFUE.

A CRP enuncia no art.º 59º, n.º 2, um princípio de *trabalho igual salário igual*, segundo o qual a retribuição está sujeita a um princípio de igualdade, a aferir em função da quantidade, natureza e qualidade do trabalho prestado, proibindo-se as discriminações entre trabalhadores. Acresce que este direito fundamental é qualificável como direito, liberdade e garantia, pelo que beneficia de um sistema de especial tutela.

Ao nível legal, encontramos normas que asseguram o princípio *trabalho igual salário igual*, no LTFP e no CT, através de preceitos que desenvolvem e densificam o referido regime constitucional constante do n.º 2 do art.º 59.º da CRP.

A este propósito cumpre realçar que o regime do CT é mais completo no que se refere às matérias de não discriminação, mas estas normas são aplicáveis às relações jurídico-laborais públicas, por via da remissão constante do art.º 4.º, n.º 1, al. c), da LTFP. Donde se conclui que existe uma uniformidade de soluções para as relações laborais públicas e privadas, em perfeito alinhamento com a solução constitucional.

Atenção especial mereceu a análise da desigualdade de género, a mais comum das formas de desigualdade remuneratória.

Analisámos um caso claro de atropelo ao princípio *trabalho igual salário igual*, com base na natureza jurídica do vínculo laboral dos enfermeiros. Entre o dia 1 de janeiro de 2013 e 1 de outubro de 2015 os enfermeiros em regime de CIT e os seus colegas com vínculo de trabalho em funções públicas, viram os seus níveis remuneratórios diferenciados, em virtude do enquadramento legal decorrente da diferente natureza do vínculo laboral.

Foi analisada, de forma crítica, a jurisprudência que encontramos sobre o caso dos enfermeiros, que vai no sentido de não considerar violado o princípio da igualdade remuneratória, uma vez que os regimes legais aplicáveis a enfermeiros com contrato de trabalho em funções públicas e com contrato de trabalho individual, embora muito harmonizados, ressalvam, pelo menos, e em matéria retributiva, a diversidade que vem da autonomia de gestão consagrada pela opção por um modelo empresarial das unidades de saúde.

Por fim verificámos que a harmonização remuneratória dos enfermeiros acabou por ser conseguida por recurso à transição dos enfermeiros com CIT para a Tabela Remuneratória Única, nos termos aplicáveis à carreira especial de enfermagem, definida pelo Decreto Lei n.º 122/2010.

Donde pudemos aferir a utilidade da Tabela Remuneratória Única, para assegurar o cumprimento do princípio constitucional da igualdade remuneratória.

Bibliografia

- CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa, Anotada*. 4.ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Volume I.
- AMADO, João Leal - *Contrato de Trabalho, Noções Básicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- AMADO, João Leal - *Contrato de Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Igualdade de Tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: a aplicação da Diretiva 75/117/CE em Portugal. *Estudos de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2003. Volume I.
- MOURA, Paulo Veiga e - *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. 1.º Volume.
- Acórdão RP - 20.06.2016 (Eduardo Petersen Silva), 496/14.3TTVFR.P1 URL: <http://dgsi.pt> (consultado em 01-01-2017).
- Acórdão RP - 07.07.2016 (Maria José Costa Pinto), 497/14.1TTVFR.P1 URL: <http://dgsi.pt> (consultado em 01-01-2017).
- CITE – Comissão para Igualdade no Trabalho e no Emprego - *Disparidades salariais entre homens e mulheres em Portugal*. [01-01-2017]. Disponível na internet: URL: http://www.cite.gov.pt/pt/acite/disparidadessalariais_05.html
- PINTO, Helena Vera-Cruz – 06-08-2015, Parecer da Provedoria de Justiça, remetido ao Sr. Secretário de Estado da Saúde, S-PdJ/2015/6040 - 06/08/2015. [01-01-2017] Disponível na internet: URL: http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Oficio_Sec_Estado_Saude.pdf

24. A consolidação da mobilidade entre postos de trabalho na Administração Pública

João Canelhas Duro

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A CONSOLIDAÇÃO DA MOBILIDADE ENTRE POSTOS DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

João Canelhas Duro

1. Enquadramento
2. A evolução do regime de consolidação da mobilidade
3. A mobilidade e os princípios constitucionais materiais da Administração Pública
 - 3.1. A segurança no emprego
 - 3.2. A prossecução do interesse público e a boa administração
 - 3.3. O princípio da igualdade
 - 3.4. O recrutamento concorrencial
 - 3.5. Os princípios do procedimento de recrutamento
 - 3.6. A tutela do trabalhador prejudicado
- Conclusões
- Bibliografia citada

Palavras-Chave: recrutamento interno na função pública; mobilidade; consolidação; reclassificação; princípios do procedimento de recrutamento.

1. Enquadramento

A reforma do direito da função pública de 2008 acolheu o contrato de trabalho como o vínculo comum da relação jurídica de emprego público, com uma declarada aproximação ao direito laboral comum. Foram eliminados os anteriores conceitos de quadro de pessoal e de lugar no quadro, passando a gestão dos recursos humanos e das carreiras a efetuar-se em função de mapas de pessoal¹ e dos inerentes postos de trabalho. Em especial, o recrutamento dirige-se ao preenchimento de determinado posto de trabalho, seja por detentor de relação jurídica de emprego público, seja mediante recrutamento externo².

Esta alteração de paradigma não tornou desnecessária a existência de mecanismos de flexibilidade na gestão dos recursos humanos públicos, os quais permitem, designadamente, que um determinado trabalhador passe a ocupar um posto de trabalho diferente por virtude de necessidades dos serviços. Na realidade, é incontestável que têm de existir instrumentos de adaptação dos recursos humanos públicos às mutáveis necessidades dos serviços. A gestão de recursos humanos tem de estar dotada de instrumentos que permitam responder, designadamente, a reestruturações e alterações de competências ou pontuais necessidades de determinados serviços, sendo que essa flexibilidade não advém, nem poderia advir, do regime de contratualização que caracterizou a reforma do direito da função pública. É esta a razão de

¹ “O mapa de pessoal tem caráter normativo, sendo, para além de um instrumento de planeamento e de controlo da despesa pública, uma garantia preventiva do não afeiçoamento do concurso à situação particular de algum candidato”, cfr. Ana Fernanda Neves, *O Recrutamento de Trabalhador Público*, 2013, edição da Provedoria de Justiça, pág. 18, disponível em:

http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/O_Recrutamento_de_Trabalhador_Publico.pdf.

² Cfr., de Ana Fernanda Neves, *O posto de trabalho e a mobilidade concorrencial como instrumentos jurídicos de tutela dos direitos do trabalhador público*, em *Trabalho em funções públicas em tempos de crise: que direito(s)?*: atas das I jornadas de direito do emprego público, coord. Isabel Celeste M. Fonseca e Jorge Braga, 2013, págs. 24-25 e *O Recrutamento...*, pág. 18.

ser da subsistência de mecanismos de mobilidade dos trabalhadores públicos, agora na ótica da mudança de posto de trabalho.

Em muitas matérias, a aproximação ao regime laboral comum tem a vantagem da apropriação dos ensinamentos que, ao longo de séculos, foram consolidados na lei, na doutrina e na jurisprudência. No entanto, no que concerne à mobilidade, não são muito orientadores os ensinamentos “privatistas”³.

Desde logo, os empregadores públicos, em especial o Estado, assumem uma complexidade e rigidez que não é comparável aos empregadores privados, mesmo aqueles em que a gestão de recursos humanos assume maior complexidade (em função do número de funcionários, carreiras, dispersão geográfica...). Na realidade, no direito do trabalho, a questão coloca-se maioritariamente no âmbito da mobilidade geográfica, muitas vezes coletiva, decorrente da mudança de localização do estabelecimento e, conseqüentemente, dos postos de trabalho. Mais do que isso, numa empresa não existe a rigidez estrutural dos mapas de pessoal da função pública, designadamente com uma divisão estatutária em carreiras e categorias, sendo mais flexível a mobilidade entre umas e outras quando existam. Uma empresa, sem prejuízo da existência de categorias que definem a posição do trabalhador na estrutura societária⁴, rege-se pela natureza da atividade contratada⁵. Para além disso, a gestão de recursos humanos públicos está vinculada a princípios gerais de atuação administrativa e ao regime estatutário do trabalhador público, sendo muito marcada, desde logo, pela prossecução do interesse público e por uma especial vinculação ao princípio da igualdade.

O título enunciado assume uma amplitude que importa delimitar. Tem-se em vista uma abordagem jurídica da mobilidade geral na função pública, quando acontece e se consolida à margem dos tradicionais mecanismos de promoção ou progressão profissionais constituídos pela existência de procedimento de recrutamento interno, com enfoque na conformidade do regime instituído com as vinculações constitucionais e legais que se projetam nas relações laborais públicas.

A mobilidade geral é muitas vezes transitória e é assim que o conceito é geralmente entendido. No entanto, a mobilidade pode ser (logo de início) definitiva, operando-se de imediato o recrutamento, nomeadamente, a mudança de categoria/carreira ou do órgão/serviço da Administração em que se presta funções ou de ambos. Ou pode ter origem numa situação jurídica provisória que vem a consolidar-se na ordem jurídica.

³ Como afirmado no anteprojeto da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LGTFP), a mobilidade, tal como outras matérias, assume uma especificidade que justifica a manutenção de um regime diferenciado do direito laboral comum. Foi aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.

⁴ Como refere António Nunes de Carvalho, a categoria não exprime apenas o conjunto de tarefas que podem ser exigidas pelo empregador, abrangendo igualmente “os termos da inserção do trabalhador na organização empresarial”. Cfr. *Mobilidade funcional (do Código do Trabalho de 2003 à Revisão de 2009)*, em Código do Trabalho - A Revisão de 2009 (coordenação Paulo Morgado de Carvalho), 2011, pág. 162. Em sentido idêntico, o parecer P000622007 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de 4-12-2008.

⁵ Art.º 115.º, n.º 1 e art.º 118.º, n.º 1, do Código do Trabalho (CT), aprovado pela Lei n.º 69/2013, de 30 de agosto.

Pela negativa, não serão objeto de análise a mobilidade especial ou requalificação⁶, as particularidades decorrentes da mobilidade geográfica (que funcionam como limites legais à mobilidade geral), a mobilidade funcional em sentido estrito (polivalência funcional ou *ius variandi*, prevista no n.º 1 do art.º 81.º, da LGTFP), os regimes de mobilidade previstos em carreiras especiais (art.º 92.º, n.º 3, da LGTFP), nem o regime adaptado à administração autárquica⁷.

2. A evolução do regime de consolidação da mobilidade

Os instrumentos de mobilidade que vigoraram até à reforma de 2008 tiveram origem no Decreto-Lei n.º 41/84, de 3 de fevereiro, que, de acordo com o preâmbulo, visou "*reformular e criar figuras de mobilidade, colocando-se à disposição dos responsáveis pelos departamentos ministeriais e dos serviços da Administração Pública uma larga gama de instrumentos de mobilidade, a utilizar de acordo com critérios gestionários*"⁸. Instituiu o concurso como "*processo de recrutamento e selecção normal e obrigatório para o provimento de lugares vagos que determinado serviço, para prosseguir os seus fins, necessita de prover*", "*sem prejuízo da utilização dos restantes instrumentos de mobilidade previstos na lei*"⁹.

De assinalar a consagração de instrumentos de mobilidade ou de modificação da relação jurídica de emprego público de natureza transitória assim como modificações definitivas. Ao nível da mobilidade definitiva, o art.º 30.º estabeleceu mecanismos de reclassificação e reconversão profissionais, por iniciativa exclusiva da Administração e em situações de reorganização ou de reestruturação de serviços e em ordem a facilitar a redistribuição de efetivos. Também como modificação definitiva era de destacar a transferência¹⁰.

Com a aprovação do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de dezembro, foram revogados os instrumentos acima referidos, com exceção do art.º 30.º do Decreto-Lei n.º 41/84, relativo à reclassificação e reconversão profissionais, numa opção legislativa de regulação autónoma de instrumentos de mobilidade. Foram instituídos como modos de "*modificação da relação jurídica de emprego*", a nomeação em substituição e a comissão de serviço extraordinária, a transferência e a permuta, a requisição e o destacamento.

⁶ Regulada pelos artigos 245.º a 275.º da LGTFP e pela Lei n.º 80/2013, de 28 de novembro, alterada pela Lei n.º 12/2016, de 28 de abril, que estabelece o regime jurídico da requalificação de trabalhadores em funções públicas visando a melhor afetação dos recursos humanos da Administração Pública.

⁷ Pelo Decreto-Lei n.º 209/2009, de 3 de setembro.

⁸ Os instrumentos de mobilidade elencados no art.º 19.º são os seguintes: concurso, permuta, transferência, destacamento, requisição, deslocação, rotação, afetação coletiva, reclassificação profissional, reconversão profissional e constituição de excedentes.

⁹ Art.º 21.º, n.º 1 e 4, respetivamente.

¹⁰ Regulada no art.º 23.º, operava a requerimento do interessado ou por iniciativa da Administração e por conveniência de serviço, devidamente fundamentada, de facto e de direito, para lugar vago da mesma categoria e carreira ou de carreira diferente mas a que corresponda a mesma letra de vencimento e identidade ou afinidade de conteúdo funcional e idênticos requisitos habilitacionais.

O Decreto-Lei n.º 497/99 veio revogar o art.º 30.º do Decreto-Lei n.º 41/84 e legitimar a utilização generalizada dos instrumentos de reclassificação¹¹ e de reconversão¹² profissionais, as quais podiam efetuar-se a requerimento do funcionário e basear-se, designadamente, na *“aquisição de novas habilitações académicas e ou profissionais, desde que relevantes para as áreas de especialidade enquadráveis nas atribuições e competências dos organismos e serviços da Administração Pública”* (art.º 4.º, al. d)), sem prejuízo de se ressaltar, no preâmbulo, que *“o concurso constitui a forma normal de ingresso em lugares dos quadros da Administração Pública”*¹³.

Por sua vez, os instrumentos de mobilidade aprovados pelo Decreto-Lei n.º 427/89 foram revogados pela Lei n.º 53/2006, de 7 de dezembro, que estabeleceu o regime comum de mobilidade entre serviços dos funcionários e agentes da Administração Pública visando o seu aproveitamento racional. O novo sistema assenta na distinção entre *“mobilidade geral”* (transferência, a permuta, a requisição, a afetação específica e a cedência especial) e *“mobilidade especial”* (reafectação e o reinício de funções de pessoal em situação de mobilidade geral).

A reforma de 2008 veio regular todas as formas de mobilidade na Lei dos Vínculos, Carreiras e Remuneração da função pública¹⁴, erigindo um regime que visou pôr termo à prática generalizada de reclassificações profissionais que vinha decorrendo (por via do regime geral, mas também de regimes especiais de reclassificação)¹⁵.

A LVCR criou um conceito muito abrangente de mobilidade, aglutinando realidades a que era atribuída autonomia concetual, contemplando a cedência de interesse público, mobilidade entre diferentes vínculos de emprego público, dentro do mesmo órgão ou serviço ou entre dois órgãos ou serviços, abrangendo tanto trabalhadores em exercício de funções como em mobilidade especial e a tempo inteiro e a tempo parcial (art.º 59.º). Baseava-se na divisão

¹¹ Art.º 3.º, n.º 1: *“consiste na atribuição de categoria e carreira diferente daquela que o funcionário é titular, reunidos que estejam os requisitos legalmente exigidos para a nova carreira”*.

¹² Art.º 3.º, n.º 2: *“consiste na atribuição de categoria e carreira diferentes daquela que o funcionário é titular, sendo a falta de habilitações literárias ou qualificação profissional supridas pela aprovação em curso ou cursos de formação profissional”*.

¹³ Já antes o Decreto-lei n.º 190/99, de 5 de junho, tinha aprovado o regime geral de atribuição de incentivos (de natureza pecuniária e não pecuniária) à mobilidade dos recursos humanos na Administração Pública, sendo considerara mobilidade, para efeitos desse diploma, *“a deslocação de pessoal para outros serviços ou organismos da Administração Pública, por concurso interno, transferência ou requisição nas condições previstas no presente diploma”*.

¹⁴ Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro (LVCR), que procedeu à revogação do Decreto-Lei n.º 497/99. O regime de mobilidade geral previsto na Lei n.º 53/2006 foi revogado pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro.

¹⁵ Intenção que parece resultar com alguma clareza da exposição de motivos da proposta de lei n.º 152/x, que esteve na génese da LVCR, designadamente quando nela se afirma:

«São princípios gerais enformadores das novas soluções que agora se apresentam:

– A subordinação dos regimes de vinculação, carreiras e remunerações ao interesse público e a princípios de igualdade de acesso ao exercício de funções públicas e de imparcialidade e transparência da gestão dos recursos humanos da Administração Pública;

(...)

– A sujeição ao mesmo regime em domínios fundamentais da relação de emprego público, independentemente do tipo de vínculo: integração em carreiras e respeito pelas regras legais da sua organização, respeito pelas regras de recrutamento, figuras de mobilidade geral e respeito pelas regras gerais enformadoras do sistema remuneratório.»

Nos termos previstos no artigo 111.º da LVCR, com a entrada em vigor da LVCR, caducaram os procedimentos de reclassificação pendentes (sem decisão).

entre mobilidade geral externa e interna. Esta é relativa ao exercício de funções inerentes à categoria de que o trabalhador é titular, na mesma atividade ou em diferente atividade para que detenha habilitação adequada ou a mobilidade intercarreiras ou categorias que opera para o exercício de funções não inerentes à categoria de que o trabalhador é titular e inerentes a categoria superior ou inferior da mesma carreira ou a carreira de grau de complexidade funcional igual, superior ou inferior ao da carreira em que se encontra integrado ou ao da categoria de que é titular (art.º 60.º).

De referir que apenas quanto à mobilidade na categoria que se opere dentro do mesmo órgão ou serviço o art.º 64.º previa a possibilidade de consolidação definitiva da mobilidade, inexistindo a possibilidade de integração definitiva do trabalhador em carreira diferente da de origem. Ou seja, deixou de existir um mecanismo equivalente à anterior reclassificação profissional. A Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, veio alterar o art.º 64.º, permitindo também a consolidação da mobilidade na categoria que se opere entre dois órgãos ou serviços¹⁶.

Em 2014, foi aprovada a LGTFP, a qual deixou de se referir aos conceitos de mobilidade geral e de mobilidade interna, passando a cedência de interesse público a constituir uma vicissitude modificativa do vínculo público, não sendo qualificada como instrumento de mobilidade.

No âmbito deste diploma, a mobilidade pode ser considerada como o mecanismo jurídico que permite ao trabalhador desempenhar funções, a título transitório, no mesmo ou em diferente órgão ou serviço, sem necessidade de processo de recrutamento. Nos termos dos critérios gerais do n.º 1 do art.º 92.º, ocorre quando haja conveniência para o interesse público, designadamente quando a economia, a eficácia e a eficiência dos órgãos ou serviços o imponham. Carece de fundamentação e, em regra, depende da aceitação do trabalhador^{17 18}.

Em consonância com a LVCR, de acordo com o art.º 99.º, apenas era possível a consolidação na modalidade de mobilidade que se opere na mesma categoria, ou seja, mobilidade na categoria e na mesma atividade ou em atividade diferente dentro do mesmo órgão ou serviço, assim como mobilidade na categoria que se opere entre dois órgãos ou serviços, neste caso preenchidos os requisitos do n.º 3 do preceito. Assim, a mobilidade intercarreiras ou intercategorias não era suscetível de consolidação¹⁹. Ou seja, a mobilidade que opera para categoria ou carreira diferentes da detida pelo trabalhador.

¹⁶ Em sentido concordante com este alargamento, Cláudia Nunes, *O contrato de trabalho em funções públicas*, 2014, pág. 306.

¹⁷ A al. f) do art.º 89.º do Regime de Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP) já apresentava como garantia do trabalhador a proibição da entidade empregadora pública sujeitar o trabalhador a mobilidade geral ou especial, “salvo nos casos previstos na lei”, o que foi mantido na al. f) do art.º 72.º da LGTFP. É uma decorrência do princípio da inamovibilidade do posto de trabalho, consagrado como uma garantia do trabalhador no art.º 129.º, n.º 1, al. f) do CT. A este propósito, António Sarmento de Oliveira, *Mobilidade de trabalhadores intraempresas e interempresas*, 2013, págs. 4-5, disponível em <http://hdl.handle.net/10400.22/1770>.

¹⁸ Para uma análise descritiva dos regimes de mobilidade pode ler-se *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, 2015, págs. 285-314, de Catarina Sá Gomes, disponível em <http://hdl.handle.net/10451/25141>.

¹⁹ O n.º 11 do art.º 99.º remetia para Portaria do membro do Governo responsável pela área da Administração Pública e do membro do Governo competente no âmbito dos órgãos ou serviços a regulamentação dos termos em que pode ocorrer a consolidação da mobilidade intercarreiras do mesmo grau de complexidade funcional, mas essa Portaria não chegou a ser aprovada.

O art.º 270.º da Lei do Orçamento do Estado para 2017 (LOE 2017), aprovada pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro, veio introduzir alterações significativas no que concerne à possibilidade de consolidação das situações da mobilidade, designadamente com a introdução do art.º 99.º-A que prevê a prerrogativa de consolidação da mobilidade intercarreiras ou intercategorias, dentro do mesmo órgão ou serviço ou entre dois órgãos ou serviços, mediante parecer prévio do membro do Governo responsável pela área da Administração Pública²⁰. *“Devem ainda ser observados todos os requisitos especiais, designadamente formação específica, conhecimentos ou experiência legalmente exigidos para o recrutamento”*, de acordo com o n.º 2.

Na proposta de lei de orçamento submetida à Assembleia da República a consolidação permitida era só intercarreiras e dependia da verificação dos seguintes requisitos: estejam em causa carreiras do mesmo grau de complexidade funcional; exista acordo do órgão ou do serviço de origem, quando exigido para a constituição da situação de mobilidade; exista acordo do trabalhador; exista posto de trabalho disponível; e a mobilidade tenha tido a duração do período experimental estabelecido para a carreira de destino.

No entanto, foi aprovada a proposta do grupo parlamentar do Partido Socialista que estabeleceu a eliminação da al. a) do n.º 1, permitindo-se desta forma também a consolidação da mobilidade entre carreiras com diferentes graus de complexidade funcional²¹.

Foi ainda aprovada uma proposta de alteração do grupo parlamentar do Partido Comunista Português. Esta proposta estabelecia, também, a eliminação do requisito da al. a) e aditou a consolidação da mobilidade intercategorias, a qual foi acrescida aos n.ºs 1 e 3. Procedeu, ainda, à introdução de um n.º 5, esclarecendo a aplicação às autarquias locais, e à revogação do n.º 11 do art.º 99.º²².

²⁰ De acordo com o n.º 3, *“Quando esteja em causa a mobilidade intercarreiras no mesmo órgão ou serviço a consolidação depende de proposta do respetivo dirigente máximo e de parecer favorável do membro do Governo competente na respetiva área”*. Por sua vez, dispõe o n.º 4 que *“A consolidação da mobilidade entre dois órgãos ou serviços depende de proposta do dirigente máximo do órgão ou serviço de destino e de parecer favorável do membro do Governo na respetiva área”*.

²¹ De acordo com a nota justificativa, a eliminação de tal requisito *“visa dar utilidade real à possibilidade de consolidação das mobilidades inter-carreiras, o que a versão atual não acautela devidamente, ao tornar muito pouco expressivos os casos que se poderão enquadrar nesta possibilidade, sem razão atendível para um tratamento diferenciado de situações eminentemente similares. Efetivamente, verificando-se inúmeras situações de mobilidade inter-carreiras entre carreiras de assistente operacional e assistente técnico e esta e a de técnico superior, a exigência da mesma complexidade funcional frustra o desígnio que está subjacente à medida e que é o de dotar de estabilidade as situações em que, com vantagem para o serviço e para o trabalhador, e dispondo este de adequadas habilitações literárias para o efeito, o trabalhador tem vindo a desempenhar as funções nas quais se pretende consolidar a sua situação profissional, evitando o arrastamento de uma situação de precariedade no título de exercício de funções públicas”*. Tal nota destaca que a alteração não acarreta qualquer aumento da despesa pública e, para contrabalançar a eliminação da al. a), admite que *“pode ser de ponderar um mecanismo mais exigente ao nível do número de anos de serviço nas funções nas quais a consolidação irá ter lugar (seja a título de norma transitória, seja como solução a integrar permanentemente na Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas, com eventual introdução de prazo superior ao previsto na alínea e), como reforço da validação da existência de competências do trabalhador para o exercício daquela função, respaldada na experiência adquirida, observada e avaliada pelos órgãos dirigentes”*.

²² Na nota justificativa afirma-se que a LGTFP constituiu *“mais um golpe nos direitos dos trabalhadores”*, uma vez que, por falta de abertura de concursos, podiam ficar em situações de mobilidade precária. *“A lei apenas previa a possibilidade de consolidação de mobilidade na categoria deixando de fora a grande maioria dos trabalhadores que estão há anos em situação de mobilidade intercarreiras (entre carreiras de grau de complexidade funcional diferente) ou intercategorias, os quais não veriam a sua situação jurídico-laboral e funcional consolidada”*. Assume-se que, *“Com esta proposta, o PCP pretende ver resolvidas as situações de mobilidade repetidamente prorrogadas,*

Desta breve resenha resulta patente que o regime de mobilidade, em especial no que concerne à consolidação, tem sofrido assinaláveis inflexões e é fortemente influenciado por conceções ideológicas.

Os finais dos anos 90 foram marcados pela generalização dos movimentos de reclassificação profissionais, fomentados não só pelo regime geral, mas também por diversas leis especiais. Facilitava-se o acesso a categorias e carreiras superiores por virtude da aquisição das competências académicas exigidas para as mesmas, o que encontrou justificação na necessidade de promover a qualificação da função pública.

Com a LVCR verificou-se um movimento contrário, sendo na mobilidade uma das matérias em que mais se fez notar a reforma da legislação laboral. De facto, com a reforma da legislação da função pública, limitaram-se substancialmente as possibilidades de aceder a categorias ou carreiras superiores à margem dos procedimentos concursais.

Há uma nova inflexão do regime com a LOE 2017, aprovada por um Parlamento suportado por uma maioria de esquerda, invocando-se para o efeito o argumento do combate à precariedade laboral.

3. A mobilidade e os princípios constitucionais materiais da Administração Pública

3.1. A segurança no emprego

É indiscutível que o empregador público carece de mecanismos de flexibilidade para a gestão dos seus recursos humanos em termos que não diferem substancialmente daqueles ao dispor das empresas. Na realidade, também os serviços da administração do Estado estão sujeitos a extinções, reestruturações, alterações das suas atribuições e competências.

Esta necessidade foi desde cedo atendida pelo Tribunal Constitucional, mediante a definição dos parâmetros da sua constitucionalidade. Assim, *“à luz do artigo 18º, tal compressão deve conformar-se segundo o critério da restrição das restrições (devendo, por isso, ‘limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos’), deve revestir carácter geral e abstracto, não poderá ter efeitos retroactivos nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais em causa. Em suma, a compressão da garantia constitucional da segurança no emprego deve ser necessária, adequada e proporcional e respeitar o núcleo essencial do correspondente direito à segurança no emprego de que beneficiam os funcionários públicos”*²³. Inexistindo a compressão desses valores quando são preservados os direitos fundamentais do estatuto próprio da função pública²⁴, designadamente o direito à remuneração e ao vínculo laboral.

em qualquer das modalidades existentes, considerando que esta consolidação é positiva quer para os trabalhadores - que veem a estabilidade do seu vínculo e das suas funções reforçada - quer para os serviços, que beneficiam também dessa estabilidade”.

²³ Acórdão n.º 285/92, entendimento reiterado em sucessivos arestos, como no acórdão n.º 793/13.

²⁴ Acórdão n.º 340/92, entendimento reiterado em sucessivos arestos, como no acórdão n.º 474/13.

A garantia da segurança no emprego, consignado no art.º 53.º da Constituição, não tem aplicação exclusiva à função pública e não institui o direito a um posto de trabalho vitalício²⁵. No entanto, repercute-se diferentemente no empregador público, atenta a sua natureza jurídica, a constante necessidade de renovação de recursos humanos e por a solidez económica e financeira do Estado ser superior à das empresas.

Tal conflito é patente na denominada mobilidade especial, que pode contender com a remuneração e até com o vínculo contratual. Já a mobilidade geral, aqui em apreço, não afeta a garantia da segurança no emprego, pois não interfere com o núcleo essencial do estatuto do trabalhador público, designadamente se não envolver mobilidade geográfica. Aliás, muitas vezes é voluntária.

Pelo contrário, as questões jurídicas prementes na mobilidade geral, designadamente voluntária, dizem respeito à proteção dos interesses do empregador público e dos demais trabalhadores públicos.

3.2. A prossecução do interesse público e a boa administração

Os interesses dos empregadores públicos são exclusivamente os interesses públicos que lhes cabe prosseguir e que estão segmentados pelos serviços do Estado em função das suas atribuições e competências. Como decorre do art.º 266.º da Constituição, a prossecução do interesse público é o princípio fundamentador da existência e da atuação da Administração Pública, tendo como limite o bloco de legalidade, designadamente na perspetiva de proteção dos direitos e interesses dos cidadãos.

No que concerne ao preenchimento de um posto de trabalho, o interesse público determina que seja recrutado (internamente) o trabalhador com melhores aptidões para o exercer, ainda que balizado pela sua carreira e categoria profissionais, estando esse comando especificado no n.º 1 do art.º 82.º da LGTFP como um dever do empregador público. Surge também como um dever de boa administração, especificado agora no art.º 5.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Aliás, a boa administração aparece como o pressuposto legitimador do recurso à mobilidade. De acordo com o n.º 1 do art.º 92.º da LGTFP, os trabalhadores podem ser sujeitos a mobilidade quando haja conveniência para o interesse público, especificando-se que tal acontece, designadamente, *“quando a economia, a eficácia e a eficiência dos órgãos ou serviços o imponham”*.

No entanto, na versão atual, a lei dá grande abertura à consolidação dos mecanismos de mobilidade. Nestas situações, a celeridade e eficácia da ocupação do posto de trabalho (havida como temporária) cedem perante valores mais estruturantes da ordem jurídica. O próprio

²⁵ Neste sentido, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 4/2003 e 474/2013. Na doutrina, Ana Fernanda Neves, *O contrato de trabalho na Administração Pública*, em Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, volume I, 2006, págs. 108-111.

interesse público não é acautelado quando não é recrutado um trabalhador em função da sua melhor aptidão para o posto de trabalho, na perspectiva de um seu exercício contínuo e por tempo indeterminado, mas sim aquele trabalhador que poderia assegurar desde logo a função, a título transitório, com eficácia e celeridade.

No fundo, a ocupação de um posto de trabalho pelo regime de mobilidade geral obedece a critérios e objetivos próprios, os quais muitas vezes não coincidem com aqueles que regem o recrutamento de um trabalhador por tempo indeterminado. A consolidação da ocupação provisória do posto de trabalho impede assim que se escolha o trabalhador com mais aptidões para a função ou, pelo menos, posterga a procedimentalização devida para essa escolha.

Acresce que todo o regime de mobilidade é marcado pela discricionariedade. A opção pelo recurso à mobilidade para preenchimento de um posto de trabalho é discricionária, assim como a escolha de determinado trabalhador e até mesmo o ato pela qual se consolida²⁶. Esta discricionariedade de atuação e escolha é difícil de compatibilizar com os princípios que regem a gestão dos recursos humanos públicos quando, através desse mecanismo, um trabalhador assegura um posto de trabalho por tempo indeterminado na aparência de, originalmente, estar a ser recrutado transitivamente.

Nem colhe a argumentação do combate à precariedade desse emprego, erigida como fundamento das alterações instituídas pela LOE 2017, porquanto o recurso à mobilidade é, por natureza provisório, vinculado a prazos de duração máxima, não constituindo legítimas expectativas de consolidação dessa situação jurídica²⁷. O que se verifica é que a intenção da reforma de disciplinar as situações de mobilidade tem sido boicotada nas LOE²⁸, as quais têm vindo a permitir a sucessiva prorrogação dos prazos máximos previstos na LGTFP. Esse prolongamento dos prazos de vigência das situações de mobilidade, causador de uma alegada precariedade, é agora invocado como fundamento para a introdução da prerrogativa geral de consolidação da mobilidade, através do art.º 99.º-A da LGTFP.

A discricionariedade de decisão assinalada confere aos dirigentes da Administração Pública poderes que se afiguram excessivos e potencialmente prejudiciais ao interesse público. Assim, no que concerne à consolidação da mobilidade, o recrutamento passa a depender do juízo de

²⁶ Não se acautela, sequer, um procedimento incipiente de divulgação dos postos em mobilidade, com divulgação na intranet do respetivo órgão ou serviço, como aquela prevista nos n.ºs 2 e 3 do art.º 98.º da LGTFP para situações excecionais de mobilidade, quando esteja em causa um posto de trabalho situado a mais de 60 km de distância. Ou a aprovação de critérios de seleção, como previsto no n.º 4 do mesmo preceito. A ideia parece ser que só é necessário estabelecer critérios objetivos quando esteja em causa a seleção de funcionários a enquadrar numa situação jurídica desfavorável, como no regime de requalificação.

²⁷ Como afirma Ana Fernanda Neves, a propósito do regime da LVCR, a mobilidade interna e a cedência de interesse *“são temporárias, em regra, de curta duração e dependem, tendencialmente, do conhecimento ocasional e aleatório do interesse mútuo de trabalhadores e entidades empregadoras públicas (embora não devem estar subtraídas à regra da publicidade)”* Cfr. *O posto*, pág. 28.

²⁸ De acordo com o art.º 97.º da LGTFP, a mobilidade tem a duração máxima de 18 meses, podendo esse prazo ser prorrogado em seis meses quando esteja a decorrer procedimento concursal que vise o recrutamento para o posto de trabalho preenchido com a mobilidade. No entanto, desde a LOE 2011, aprovada pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, que é inserida uma disposição que permite a *“prorrogação excepcional”*, por acordo das partes, das situações de mobilidade existentes cujo limite de duração máxima ocorra durante esse ano. Consta no art.º 26.º da LOE 2017.

um dirigente, ainda que dependente de parecer favorável do membro do Governo competente, juízo esse não delimitado por critérios normativos específicos.

Mais do que isso, parece não estar assegurada a imparcialidade da decisão adotada (art.º 266.º, n.º 2, da Constituição e art.º 9.º do CPA), pois é sabido que a ocupação provisória de uma função fomenta juízos de valor acerca do trabalhador em causa, muitas vezes propiciadores de favorecimento face a outros trabalhadores que potencialmente poderiam desempenhar a função.

3.3. O princípio da igualdade

Analisada a consolidação da mobilidade na perspetiva da prossecução do interesse público, cumpre agora aferir dos aspetos jurídicos relevantes que se suscitam no que concerne à sua repercussão nos demais trabalhadores públicos.

O n.º 2 do art.º 47.º da Constituição garante o direito de acesso à função pública em condições de igualdade e liberdade, “*em regra por via do concurso*”. Esta disposição refere-se ao acesso à função pública, mas não será excessivo considerar que essas garantias se manifestam também no recrutamento interno de trabalhadores da administração do Estado²⁹. Na realidade, a igualdade surge como um princípio geral no art.º 13.º da Constituição, incidindo mesmo nas relações estritamente privadas, inclusive em matéria de emprego. E o concurso é a forma típica de assegurar a igualdade de oportunidades no acesso às funções públicas, valor que é instituído como incumbência prioritária do Estado na al. b) do art.º 81.º da Constituição.

Admite-se que o preenchimento de um posto de trabalho a título provisório, através de mobilidade, pode dispensar ou ser mesmo incompatível com a precedência de procedimentos de recrutamento, tendo em vista a celeridade e eficácia que o pressupõem. No entanto, tais valores não justificam que o trabalhador em mobilidade adquira um direito definitivo ao posto de trabalho ocupado.

Pelo contrário, impõe-se que os demais trabalhadores públicos tomem conhecimento e possam candidatar-se ao preenchimento definitivo daquele posto de trabalho (e da carreira ou categoria que lhe podem estar inerentes), em igualdade de circunstâncias, sendo desconsideradas as situações de facto constituídas com recurso à mobilidade. Trata-se de uma manifestação primária do princípio da igualdade e que não pode deixar de ser assegurada na gestão dos recursos humanos públicos.

²⁹ Gomes Canotilho e Vital Moreira parecem interpretar a exigência de concurso como se dirigindo também aos recrutamentos dentro da Administração Pública, ao referirem que “*A exigência de concurso - quer seja interno ou externo, de ingresso ou acesso - testemunha a progressiva vinculação da administração, com a conseqüente redução da discricionariedade administrativa nos domínios do recrutamento e selecção de pessoal*”, cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 2007, pág. 661. Por sua vez, Jorge Miranda e Rui Medeiros afirmam que só em cargos de confiança política se compreende a dispensa de concurso público, os quais deveriam ser definidos por lei e com alcance restritivo, cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 2015, págs. 478-479.

Aliás, o rigoroso cumprimento da igualdade entre trabalhadores é o principal vetor a assegurar na gestão dos recursos humanos públicos, não sendo uma exigência estritamente jurídica, mas de elementar racionalidade. Sendo até mais premente do que nas empresas privadas, porque mais sujeito a interferências de cariz pessoal ou subjetivo, atento o maior afastamento entre o interesse pessoal do dirigente e o interesse coletivo do empregador.

Na realidade, o rigoroso cumprimento da igualdade de oportunidades e o recrutamento pelo mérito é imprescindível à motivação dos trabalhadores, os quais são particularmente sensíveis às situações de injustiça e de favorecimento pessoais. A motivação de um trabalhador através da inserção numa carreira ou categoria superior sem os procedimentos devidos, para além de potencialmente ilegal, tem por consequência a desmotivação e sentido de desvalorização profissional de todos aqueles que estavam em condições de disputar essa posição jurídica e não tiveram oportunidade de o fazer. Com óbvias consequências na sua prestação de trabalho.

A reforma de 2008 teve consciência disso e, de entre os princípios gerais enformadores, a proposta de lei elencou, em primeiro lugar, *“a subordinação dos regimes de vinculação, carreiras e remunerações ao interesse público e a princípios de igualdade de acesso ao exercício de funções públicas e de imparcialidade e transparência da gestão dos recursos humanos da Administração Pública”*, indicando-se ainda o *“respeito pelas regras de recrutamento, figuras de mobilidade geral e respeito pelas regras gerais enformadoras do sistema remuneratório”*. O que, como exposto, surge como uma reação à generalizada prática de reclassificações profissionais em desrespeito dos procedimentos concursais.

As alterações introduzidas pela LOE 2017, legitimando a prática generalizada da consolidação de situações de emprego precariamente constituídas, surgem assim como uma verdadeira contra-reforma no que concerne à vinculação da gestão dos recursos humanos públicos aos princípios da igualdade, da imparcialidade, da transparência e do mérito. Mediante a constituição de relações jurídicas precárias, que vêm a tornar-se definitivas por decisão discricionária de um dirigente, permite-se defraudar³⁰ a obrigatoriedade dos procedimentos concursais de recrutamento interno previstos nos artigos 30.º e 33.º e seguintes da LGTFP, regulamentados pela Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de janeiro³¹.

³⁰ A utilização de formas alternativas de contratação não pode defraudar as garantias de igualdade e da imparcialidade no recrutamento, devendo o recrutamento de pessoal obedecer a procedimentos que garantam aqueles princípios e limitem a liberdade de escolha da Administração, designadamente através da sujeição a concurso. Essa necessidade foi frisada, designadamente, na celebração de contratos de prestação de serviços e de contratos de trabalho na função pública (antes da reforma), designadamente na proibição de conversão dos contratos de trabalho a termo em contratos de trabalho sem termo. Quanto a estes, podem ler-se, designadamente, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 683/99, 406/03 e 248/08 e Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 662.

³¹ No sentido da inconstitucionalidade do n.º 2 do art.º 54.º da LVCR (correspondente ao n.º 2 do art.º 37.º da LGTFP) por permitir a deslegalização de matéria referente a direitos, liberdade e garantias, ver Licínio Lopes Martins, *A carreira em tempos de crise*, em Trabalho em funções públicas em tempos de crise: que direito(s)?: atas das I jornadas de direito do emprego público, coord. Isabel Celeste M. Fonseca, Jorge Braga, 2013, págs. 135-136. Assim não entendeu o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 620/2007.

3.4. O recrutamento concorrencial

A gestão dos trabalhadores públicos visa a prossecução dos interesses públicos visados pelos serviços, devendo ser pautada pela igualdade de tratamento, oportunidades e de reconhecimento e compensação do mérito evidenciado na prestação de trabalho. Um outro vetor particularmente apto ao direito das relações públicas é o da concorrência, o qual resulta da confluência dos princípios da prossecução do interesse público e da igualdade.

Na realidade, o princípio da concorrência não vale por si só. Surge como uma manifestação e para cumprimento daqueles princípios. Assim, o interesse público reclama que possam ser opositores a um determinado posto de trabalho vago todos os trabalhadores em melhores condições para o desempenhar. Por outro lado, só a existência de procedimentos de recrutamento justos e transparentes permite que seja assegurado o princípio da igualdade entre trabalhadores públicos.

O princípio da concorrência tem ampla repercussão no direito da contratação pública³², devendo-lhe ser reconhecida igual aptidão no âmbito do direito da função pública, em especial no que concerne aos regimes de recrutamento, tanto externo como interno. Na realidade, não existe qualquer obstáculo atendível a que a contratação de trabalhadores siga uma principiologia semelhante àquela amplamente debatida no âmbito da contratação pública em geral. Os interesses que lhe estão inerentes não são de menor grandeza e os valores a salvaguardar são equivalentes.

A concorrência inculca a existência de um mercado e esta alusão poderá ser considerada inapropriada quando aplicada ao direito laboral público. No entanto, a ideia de mercado é meramente aparente. O respeito pelas regras da concorrência visa, em primeiro lugar, a maximização da prossecução do interesse público em presença, permitindo selecionar o candidato mais apto. E tal só é possível através do rigoroso cumprimento da igualdade entre os candidatos, impedindo situações de discriminação de tratamento, assim como dos trâmites concursais legalmente previstos.

Não é assim de estranhar que a doutrina especializada adote este princípio para o direito da função pública e aluda à necessidade de garantir a mobilidade concorrencial nas relações jurídicas de emprego público³³.

De facto, o recrutamento em condições de igualdade ou mobilidade concorrencial surge como uma *“garantia fundamental da carreira”*³⁴. Isto é, o exercício de funções públicas no âmbito de uma carreira não envolve apenas o direito à remuneração devida pela prestação de trabalho,

³² Como assinalam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, o princípio da concorrência é a “trave-mestra” da contratação pública, embora muitas das suas potencialidades jurídicas se possam imputar ao princípio da igualdade e até a outros (como os da imparcialidade, da transparência e da publicidade). Cfr. *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, 2011, págs. 184-185.

³³ Para Ana Fernanda Neves, *“A mobilidade concorrencial significa que a mudança definitiva de emprego público ou de posto de trabalho se faz, em regra, por concurso”*, associando-a, tal como consta da exposição de motivos da LVCR, à aplicação dos princípios de igualdade de acesso ao exercício de funções públicas e de imparcialidade e transparência. Cfr. *O posto...*, pág. 13.

³⁴ Expressão de Ana Fernanda Neves, *O posto...*, pág. 28.

mas também a prerrogativa de progredir profissionalmente em condições de igualdade com os demais trabalhadores públicos, mediante procedimento imparcial e justo que vise o recrutamento da pessoa mais apta para o exercício do posto de trabalho carecido de preenchimento. O procedimento apto para o efeito é o concurso público interno, cuja preterição deve revestir excecionalidade sempre que esteja em causa a satisfação de necessidades permanentes dos serviços, ainda que tenham na génese uma necessidade meramente provisória salvaguardada com recurso aos mecanismos de mobilidade interna.

3.5. Os princípios do procedimento de recrutamento

O procedimento de recrutamento visa a salvaguarda do interesse público e da igualdade dos trabalhadores, o que se projeta na ideia de livre concorrência, assim como do princípio da legalidade. O recrutamento submete-se a um conjunto de princípios e regras que visam garantir a sua aptidão para aqueles fins, estando sujeito aos princípios gerais da atividade administrativa previstos no CPA³⁵. Cumpre destacar alguns, perfunctoriamente.

Desde logo, o procedimento deve ser devidamente publicitado, de forma a que dele tenham conhecimento, e possam ser opositores, os potenciais candidatos ao posto de trabalho. Devendo também estar assegurada a liberdade de candidatura.

Associada à publicidade surge o princípio da transparência. Assim, todos os atos e factos relevantes para o concurso devem ser conhecidos ou acessíveis aos candidatos. Este princípio reveste-se de especial importância por permitir conhecer a prática de ilegalidades que permaneceriam incólumes se o procedimento fosse secreto³⁶.

Outro dos vetores inerentes aos concursos públicos é o princípio da imparcialidade. Se a transparência permite conhecer a prática de ilegalidades, as obrigações inerentes a um procedimento imparcial visam prevenir a efetivação de atos ilegais, de tal forma que o procedimento é ilegal por virtude do mero incumprimento das normas que tutelam a imparcialidade, não carecendo da demonstração efetiva de atuações parciais.

A imparcialidade impõe a predeterminação, divulgação atempada e imutabilidade dos critérios de recrutamento, os quais devem ser objetivos e adequados para o desempenho da função contratada, mas com a generalidade suficiente para não favorecer determinado candidato. Estando o posto de trabalho a ser exercido transitoriamente, designadamente por recurso à mobilidade, não devem ser adotados critérios que valorizem a experiência e conhecimentos adquiridos com tal exercício. Também acautela a neutralidade da composição do júri.

Outra garantia do procedimento de recrutamento, surgindo também (tal como o procedimento em si) como um fator de legitimação da decisão adotada, é a clara e suficiente fundamentação da decisão de recrutamento, nos termos previstos no art.º 153.º do CPA.

³⁵ O Código de Contratos Públicos não é diretamente aplicável aos contratos de trabalho em funções públicas, como decorre da al. a) do n.º 2 do art.º 4.º do diploma.

³⁶ Neste sentido, Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos...*, pág. 221 e ss.

No fundo, a procedimentalização inerente à existência de um concurso público visa reduzir a discricionariedade administrativa da decisão de recrutamento e, desta forma, acautelar os princípios do interesse público e da igualdade, assim como legitimar a escolha efetuada³⁷.

3.6. A tutela do trabalhador prejudicado

A consolidação da mobilidade voluntária de um trabalhador tem o potencial de prejudicar os direitos ou interesses em matéria de carreira de um ou mais trabalhadores que não tiveram oportunidade de aceder àquele posto de trabalho pela circunstância do seu preenchimento não ter sido sujeito à regra do concurso. Não é possível nestas páginas desenvolver a matéria relativa à tutela destes trabalhadores, deixando-se, ainda assim, algumas considerações sumárias a esse respeito.

A presente exposição poderia levar à conclusão que tais trabalhadores teriam ao seu dispor um amplo argumentário para reagir a tal lesão. No entanto, essa é uma ideia meramente aparente. Na realidade, como exposto, a prática de reclassificações e de consolidação em definitivo de situações de emprego transitórias, não precedidas de procedimentos concursais, não surge agora inovatoriamente, tendo algum enraizamento na legislação da função pública. Nem é conhecida relevante censura jurídica a tais prerrogativas previstas na lei. De facto, existe alguma jurisprudência sobre a matéria, mas ao nível da aplicação em concreto dos pressupostos previstos na lei, não pondo em causa os alicerces constitucionais dos mecanismos de reclassificação e de consolidação da mobilidade previstos na lei.

A situação atual é, ainda assim, diferente daquela vivida nos anos 90. As reclassificações visaram sobretudo promover a qualificação dos trabalhadores da função pública, com os inerentes benefícios para os serviços públicos, facilitando o acesso a carreiras e categorias superiores a funcionários que obtinham as qualificações académicas para as exercer. Neste momento, o objetivo da qualificação da função pública foi, em boa medida, alcançado, não só com a formação superior obtida por aqueles que já eram funcionários, mas também com a entrada de trabalhadores qualificados.

Acresce que os processos de reclassificação tinham critérios legais bem definidos e eram de aplicação generalizada à função pública, menos propícios, portanto, a situações de desigualdade. Nesse aspeto diferenciam-se da consolidação da mobilidade prevista no art.º 99.º-A da LGTFP, a qual é amplamente discricionária e potencialmente pouco transparente e desigualitária.

O principal óbice à tutela da posição do trabalhador prejudicado está, naturalmente, no facto das decisões administrativas que permitem a consolidação da mobilidade terem uma clara legitimação legal. Não constituem decisões à margem da lei, antes aplicam uma prerrogativa nela prevista, ainda que marcadamente discricionária. Para mais, às alterações agora introduzidas não foram apontados, sequer, tanto quanto é conhecido, indícios de

³⁷ Ana Fernanda Neves, *O regime de pessoal e a mobilidade nas empresas municipais*, pág. 7, disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1124-2450.pdf> e Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 661.

inconstitucionalidade, o que pode ser justificado pelo facto de não serem inovatórias no nosso ordenamento jurídico.

Ainda assim, julga-se que a legalidade vigente, desde logo a Constituição, é suficientemente operativa para legitimar a pretensão de um trabalhador que reaja à consolidação definitiva de um outro trabalhador nas situações em que, tanto a génese da mobilidade como a sua consolidação, se processem à margem de qualquer procedimento que vise o respeito pelos princípios da igualdade, da imparcialidade, da transparência e do mérito. Na realidade, ao direito de aceder aos recrutamentos internos da Administração Pública, em condições de igualdade, com reconhecida base constitucional, tem de ser reconhecido um valor jurídico preponderante no direito da função pública³⁸.

Ao trabalhador que estaria em condições de concorrer ao posto de trabalho será de reconhecer legitimidade (e interesse em agir³⁹) para impugnar o ato pelo qual é consolidada a mobilidade, discutindo-se a conformidade de tal decisão com os princípios constitucionais que regem o direito das relações laborais na Administração Pública. Os tribunais têm a prerrogativa de anular atos administrativos que se traduzam em práticas que defraudem a regra do concurso, e como tal potencialmente discriminatórias⁴⁰, ainda que aparentemente legitimadas por normas legais. Assim como o poder de, respeitando as valorações próprias da função administrativa, condenar a Administração nas operações necessárias ao cumprimento dos princípios constitucionais materiais que regem a Administração Pública.

Conclusões

1. A gestão dos recursos humanos públicos tem de estar dotada de instrumentos que permitam responder a reestruturações e alterações de competências ou pontuais necessidades de determinados serviços e essa flexibilidade não advém, nem poderia advir, do regime de contratualização que caracterizou a reforma do direito da função pública.
2. A LVCR teve como um dos principais objetivos disciplinar o recrutamento interno na função pública, subordinando-o ao interesse público e aos princípios da igualdade, da imparcialidade e da transparência, o que se traduziu na drástica redução das situações em que a mobilidade podia ser objeto de consolidação.

³⁸ Como afirmado no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 683/99, a propósito da regra do concurso para acesso à função pública, prevista no n.º 2 do art.º 47.º da Constituição, “*para respeito da igualdade no acesso à função pública, o estabelecimento de exceções à regra do concurso não pode estar na simples discricionariedade do legislador, a qual é justamente limitada com a imposição de tal princípio. Caso contrário, este princípio do concurso – fundamentado, como se viu, no próprio direito de igualdade no acesso à função pública (e no direito a um procedimento justo de selecção) – poderia ser frustrado. Antes tais exceções terão de justificar-se com base em princípios materiais, para não defraudar o requisito constitucional*”.

³⁹ Aferido com base na versão dos factos configurada pelo autor, cfr. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 2-12-2009, proc. n.º 0760/09.

⁴⁰ Numa situação com alguma proximidade, em que estava em risco a subversão da regra do concurso obrigatório, o qual foi associado à tutela “*do princípio da igualdade de oportunidades e outros princípios gerais da actuação administrativa como os da imparcialidade e transparência*”, mas mais claro quanto à legitimidade do recorrente, pode ver-se o acórdão do STA, de 26-06-2008, proc. n.º 0722/07.

3. Tal disciplina manteve-se na LGTFP, mas foi radicalmente alterada com as modificações introduzidas pela LOE 2017, nomeadamente com a introdução do art.º 99.º-A, as quais, numa verdadeira contra-reforma, permitem a consolidação da mobilidade em qualquer uma das suas modalidades.

4. Para legitimar as alterações legais não colhe a argumentação do combate à precariedade desse emprego, porquanto o recurso à mobilidade é, por natureza provisório, vinculado a prazos de duração máxima, não constituindo legítimas expectativas de consolidação dessa situação jurídica.

5. A intenção da reforma de disciplinar as situações de mobilidade foi boicotada nas LOE, mediante sucessivas prorrogações legais do seu prazo máximo, invocando-se agora, na LOE 2017, a alegada precariedade dessa situação de emprego para legitimar a introdução de uma prerrogativa geral de consolidação da mobilidade.

6. A ocupação de um posto de trabalho em regime de mobilidade geral obedece a critérios e objetivos próprios, os quais muitas vezes não coincidem com aqueles que regem o recrutamento de um trabalhador para desempenhar a mesma função por tempo indeterminado. A consolidação da ocupação provisória do posto de trabalho impede assim que se escolha o trabalhador com mais aptidões para a função ou, pelo menos, posterga a procedimentalização devida para essa escolha.

7. A consolidação das situações de mobilidade é suscetível de violar o princípio da imparcialidade, pois é sabido que a ocupação provisória de uma função fomenta juízos de valor acerca do trabalhador em causa, muitas vezes propiciadores de favorecimento face a outros trabalhadores que potencialmente poderiam desempenhar a função.

8. Do n.º 2 do art.º 47.º da Constituição e dos princípios gerais da atividade administrativa decorre que o recrutamento interno na função pública assegura o princípio da igualdade de oportunidades, em regra por concurso, encontrando-se a gestão dos recursos humanos públicos ainda vinculada, em especial, aos princípios da imparcialidade, da transparência e do mérito.

9. Mediante a constituição de relações jurídicas precárias, que vêm a tornar-se definitivas por decisão discricionária de um dirigente, permite-se defraudar a obrigatoriedade dos procedimentos concursais de recrutamento interno previstos nos artigos 30.º e 33.º e seguintes da LGTFP, regulamentados pela Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de janeiro.

10. O recrutamento interno na função pública segue uma principiologia semelhante à aplicável na contratação pública em geral, na qual se destaca um rigoroso cumprimento do princípio da concorrência.

11. O exercício de funções públicas no âmbito de uma carreira envolve o direito de progredir profissionalmente em condições de igualdade com os demais trabalhadores públicos,

mediante procedimento imparcial e justo que vise o recrutamento da pessoa mais apta para o exercício do posto de trabalho carecido de preenchimento.

12. A preterição de procedimento concursal para o recrutamento interno deve revestir natureza excecional sempre que esteja em causa a satisfação de necessidades permanentes dos serviços, não sendo juridicamente preponderante, para efeito dessa preterição, a preexistência de uma situação de mobilidade.

13. A procedimentalização do recrutamento, mediante concurso, visa reduzir a discricionariedade administrativa da decisão de recrutamento e, desta forma, acautelar os princípios do interesse público e da igualdade, assim como legitimar a escolha efetuada. Preexistindo uma situação de mobilidade, importa assegurar que o trabalhador em mobilidade não seja favorecido pelos critérios de seleção aprovados e nos demais termos do concurso.

14. A legalidade vigente, desde logo a Constituição, é suficientemente operativa para legitimar a pretensão de um trabalhador que reaja à consolidação definitiva de um outro trabalhador nas situações em que, tanto a génese da mobilidade como a sua consolidação, se processem à margem de qualquer procedimento que vise o respeito pelos princípios da igualdade, da imparcialidade, da transparência e do mérito.

15. Os tribunais têm a prerrogativa de anular atos administrativos que se traduzam em práticas que defraudem a regra do concurso, e, como tal, potencialmente discriminatórias, ainda que aparentemente legitimadas por normas legais.

Bibliografia citada

- CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital – Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I, 2007;
- CARVALHO, António Nunes de – Mobilidade funcional (do Código do Trabalho de 2003 à Revisão de 2009), em Código do Trabalho – A Revisão de 2009 (coordenação CARVALHO, Paulo Morgado de), 2011;
- GOMES, Catarina Sá – O Contrato de Trabalho em Funções Públicas, 2015, disponível em <http://hdl.handle.net/10451/25141>;
- MARTINS, Licínio Lopes – A carreira em tempos de crise, em Trabalho em funções públicas em tempos de crise: que direito(s)?: atas das I jornadas de direito do emprego público, coord. FONSECA, Isabel Celeste M. e BRAGA, Jorge, 2013;
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I, 2015;

- NEVES, Ana Fernanda – O contrato de trabalho na Administração Pública, em Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, volume I, 2006;
- NEVES, Ana Fernanda – O posto de trabalho e a mobilidade concorrencial como instrumentos jurídicos de tutela dos direitos do trabalhador público, em Trabalho em funções públicas em tempos de crise: que direito(s)? : atas das I jornadas de direito do emprego público, coord. FONSECA, Isabel Celeste M. e BRAGA, Jorge, 2013;
- NEVES, Ana Fernanda – O Recrutamento de Trabalhador Público, 2013, edição da Provedoria de Justiça, disponível em:
http://www.provedorjus.pt/site/public/archive/doc/O_Recrutamento_de_Trabalhador_Publico.pdf;
- NEVES, Ana Fernanda – O regime de pessoal e a mobilidade nas empresas municipais, disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1124-2450.pdf>;
- NUNES, Cláudia – O contrato de trabalho em funções públicas, 2014;
- OLIVEIRA, António Sarmento de – Mobilidade de trabalhadores intraempresas e interempresas, 2013, disponível em <http://hdl.handle.net/10400.22/1770>;
- OLIVEIRA, Mário Esteves de e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – Concursos e outros procedimentos de contratação pública, 2011.

25. O Regime da Requalificação de rabalhadore em Funções Públicas

(e a Proposta de Lei N.º 43/XIII do Governo)

Diana Miranda

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O REGIME DA REQUALIFICAÇÃO DE TRABALHADORES EM FUNÇÕES PÚBLICAS (E A PROPOSTA DE LEI N.º 43/XIII DO GOVERNO)

Diana Miranda

Introdução

Capítulo I – Os traços essenciais do regime jurídico da requalificação de trabalhadores em funções públicas

1.1. O âmbito de aplicação

1.2. Os procedimentos geradores da aplicação do RJR

1.3. O processo de requalificação

Capítulo II – A proposta de Lei 43/XIII do Governo – Regime de valorização dos trabalhadores em funções públicas

2.1. A Proposta de Lei

2.2. As alterações promovidas pela Proposta de Lei

Bibliografia

Sumário

O presente estudo tem como objectivo analisar o Regime Jurídico da Requalificação de Trabalhadores em Funções Públicas à luz da Proposta de Lei n.º 43/XIII do Governo, a qual, aprova o Regime da Valorização Profissional dos Trabalhadores em Funções Públicas e prevê a revogação quer da *supra* referida Lei n.º 80/2013, de 28 de novembro quer dos artigos da LTFP que estabelecem o RJR.

Palavras-chave

Requalificação, Função Pública, Valorização Profissional, Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Relação Pública de Emprego; Procedimento de Reorganização ou de Racionalização de Serviços; Direção-Geral da Qualificação dos Trabalhadores em Funções Públicas; Mobilidade Territorial.

Introdução

O presente estudo tem como objectivo analisar o Regime Jurídico da Requalificação de Trabalhadores em Funções Públicas (RJR).

Este regime encontra-se regulado pela Lei n.º 80/2013, de 28 de novembro, alterada pela Lei n.º 12/2016, de 28 de abril, o qual foi posteriormente integrado no capítulo das vicissitudes modificativas da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP), aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, alterada pelas Leis n.ºs 84/2015, de 7 de agosto, e 18/2016, de 20 de junho. Em sumária síntese, poder-se-á concluir que a aplicação do RJR, de acordo com o regime em vigor, poderá verificar-se como o resultado de um procedimento de reorganização ou de racionalização de serviços, o qual se encontra regulado no Decreto-Lei n.º 200/2006, de 25 de outubro e também na LTFP.

No entanto, como é consabido, encontra-se atualmente em apreciação pública – até ao dia 16 de janeiro de 2017¹ – a Proposta de Lei n.º 43/XIII do Governo (Proposta de Lei), a qual aprova

¹ Vide site da Assembleia da República:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=40830>

o Regime da Valorização Profissional dos Trabalhadores em Funções Públicas e prevê a revogação quer da *supra* referida Lei n.º 80/2013, de 28 de novembro quer dos artigos da LTFP que estabelecem o RJR.²

Nesta medida, não só se encontra anunciado o fim do RJR nos moldes atualmente definidos como se anteveem mudanças muito significativas neste âmbito.

É neste contexto que nos propomos desenvolver esta temática tentando fazer um estudo comparativo – necessariamente sintético – dos traços essenciais do regime (ainda) em vigor com os traços essenciais do regime anunciado.

Deste modo, no capítulo I do presente estudo, começaremos pela análise dos traços essenciais RJR em vigor.

No capítulo II analisaremos, as mudanças propostas pela Proposta de Lei n.º 43/XIII concluindo, a final, os temas expostos.

Capítulo I

Os traços essenciais do regime jurídico da requalificação de trabalhadores em funções públicas

1.1. O âmbito de aplicação

Considerando que o tema central do nosso estudo é a reflexão sobre o regime jurídico da requalificação de trabalhadores em funções públicas, iremos abordar, sucintamente, e a título de contextualização, o regime jurídico previsto na LTFP e na Lei n.º 80/2013, de 28 de novembro (na sua versão atualizada).³

De acordo com o artigo 1.º da Lei n.º 80/2013, de 28 de novembro é objetivo do RJR “*a melhor afetação dos recursos humanos da Administração Pública.*”. Para o efeito, o âmbito de aplicação objetivo do RJR encontra-se definido no n.º 2, do art. 1.º da LTFP quando refere que: “*A presente lei é aplicável à administração direta e indireta do Estado e, com as necessárias adaptações, designadamente no que respeita às competências em matéria administrativa dos correspondentes órgãos de governo próprio, aos serviços da administração regional e da*

² Entretanto publicada pela Lei n.º 25/2017, de 30 de maio. Para maior facilidade de consulta *vide* <http://data.dre.pt/eli/lei/25/2017/05/30/p/dre/pt/html>

³ Não estamos por isso com SANDRA LOPES (em “*Cessação do Vínculo de Emprego Público – A conjuntura jurídica dos contratados*”, Almedina, 2016, ág. 144 e 145) quando admite que “*ocorreu uma revogação tácita daquele diploma (a Lei n.º 80/2013, de 28 de Novembro), perante a completude do regime tratado nos referidos arts. 245.º a 275.º da LTFP.*” nem com MIGUEL LUCAS PIRES (em “*Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Anotada e Comentada*”, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 43) ainda que se admita que a maior parte do referido diploma legal se encontra reproduzido na LTFP. Neste sentido aliás, refira-se que consta do teor da Proposta de Lei n.º 43/XIII no seu artigo 12.º a revogação expressa da referida Lei.

administração autárquica.”⁴ e ainda no art. 3.º da Lei 80/2013, de 28 de Novembro o qual dispõe que: presente lei aplica-se:

“a) A todos os órgãos e serviços da administração direta e indireta do Estado;

b) Às instituições de ensino superior públicas;

c) Aos serviços da administração autárquica, nos termos do Decreto-Lei n.º 209/2009, de 3 de setembro, alterado pelas Leis n.os 3-B/2010, de 28 de abril, e 66/2012, de 31 de dezembro;

d) Aos órgãos e serviços da administração regional, mediante adaptação por diploma próprio.”

Isto significa dizer que o RJR é aplicável à Administração direta e indireta do Estado e à Administração autárquica e regional, com as necessárias adaptações.

Quanto ao âmbito de aplicação subjetivo do RJR o mesmo é constituído pelos trabalhadores com vínculo de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado (a contrato ou por nomeação) – Cf. artigos 1.º e 6.º da LTFP. As exceções a este âmbito encontram-se definidas no artigo 2.º da LTFP. Também o artigo 2.º da Lei 80/2013, de 28 de Novembro refere que:

“A presente lei é aplicável a todos os trabalhadores que exercem funções públicas, independentemente da modalidade de constituição da relação jurídica de emprego público ao abrigo da qual exercem as respetivas funções, incluindo os trabalhadores cujo regime aplicável conste de lei especial, (...)”.

Por outro lado, refere o n.º 6 do art. 257.º que:

“A colocação em situação de requalificação não abrange os trabalhadores referidos no n.º 2 do artigo 2.º.”, isto é não abrange os militares das Forças Armadas, aos militares da Guarda Nacional Republicana e ao pessoal com funções policiais da Polícia de Segurança Pública⁵.

Os trabalhadores em situação de requalificação são afetos à Direção-Geral da Qualificação dos Trabalhadores em Funções Públicas (INA), enquanto entidade gestora do sistema de requalificação – Cf. art. 29.º da Lei 80/2013, de 28 de novembro.

⁴ Quanto à administração autárquica veja-se também o Decreto-Lei n.º 209/2009, de 3 de setembro na sua versão atualizada em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1230&tabela=leis

⁵ Para maior clareza do que se vem de dizer transcreve-se o teor do n.º 2, do art. 2.º da LTFP: “2 - A presente lei não é aplicável aos militares das Forças Armadas, aos militares da Guarda Nacional Republicana e ao pessoal com funções policiais da Polícia de Segurança Pública, cujos regimes constam de lei especial, sem prejuízo do disposto nas alíneas a) e e) do n.º 1 do artigo 8.º e do respeito pelos seguintes princípios aplicáveis ao vínculo de emprego público: a) Continuidade do exercício de funções públicas, previsto no artigo 11.º; b) Garantias de imparcialidade, previsto nos artigos 19.º a 24.º; c) Planeamento e gestão de recursos humanos, previsto nos artigos 28.º a 31.º; d) Procedimento concursal, previsto no artigo 33.º; e) Organização das carreiras, previsto no n.º 1 do artigo 79.º, nos artigos 80.º, 84.º e 85.º e no n.º 1 do artigo 87.º; f) Princípios gerais em matéria de remunerações, previstos nos artigos 145.º a 147.º, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 149.º, no n.º 1 do artigo 150.º, e nos artigos 154.º, 159.º e 169.º a 175.º.”

1.2. Os procedimentos geradores da aplicação do RJR

Os procedimentos geradores da aplicação do RJR constam do n.º 1 do art. 251.º da LTFP e dos arts. 3.º a 7.º da Lei n.º 80/2013, de 28 de novembro. Estes procedimentos são ainda mais concretamente definidos no Decreto-Lei n.º 200/2006, de 25 de outubro. Em síntese, estão em causa procedimentos de reorganização de serviços ou de subunidades orgânicas (que podem ocorrer por extinção, fusão ou reestruturação) e procedimentos de racionalização de efetivos.⁶

Com a entrada em vigor do diploma orgânico do serviço integrador ou com o acto que procede à reorganização de serviços ou à racionalização de efetivos, iniciam-se os trâmites previstos nos n.ºs 2 a 9 do art. 251.º da LTFP e no artigo 9.º da Lei n.º 80/2013, de 28 de Novembro. O dirigente máximo do serviço, ouvido o dirigente máximo do serviço extinto por fusão ou reestruturado, nas situações aplicáveis, elabora um mapa comparativo entre o número de efetivos existentes no órgão ou serviço e o número de postos de trabalho necessários para assegurar a prossecução e o exercício das atribuições e competências e para a realização de objetivos. O número de postos de trabalho necessários é definido de forma fundamentada e em conformidade com as disponibilidades orçamentais existentes. Quando o número de postos de trabalho necessários para assegurar a prossecução e o exercício das atribuições e competências e para a realização de objetivos seja inferior ao número de efetivos existentes no órgão ou serviço, há lugar à aplicação de um dos seguintes métodos de avaliação: a) a avaliação de desempenho e a b) avaliação de competências profissionais, de acordo com o previsto nos arts. 252.º a 254.º da LTFP e arts. 10.º a 12.º da Lei n.º 80/2013, de 28 de novembro.⁷ Deste modo seleccionam-se os trabalhadores a reafetar⁸ e, esgotadas as possibilidades de atribuição de postos de trabalho, colocam-se os restantes em situação de requalificação.⁹

⁶ Refere o artigo 3.º do decreto –Lei n.º 200/2006, de 25 de outubro que: “1 - A extinção de serviços ocorre quando, por determinação de diploma próprio, o serviço cessa todas as suas atividades sem qualquer transferência das suas atribuições ou competências para outro serviço. 2 - A fusão de serviços ocorre quando, por determinação de diploma próprio, se procede à transferência total das atribuições e competências de um ou mais serviços, que se extinguem, para um ou mais serviços existentes ou a criar. 3 - A reestruturação de serviços ocorre quando, por ato próprio, se procede à reorganização de serviços, que se mantêm, tendo por objecto a alteração da sua natureza jurídica ou das respectivas atribuições, competências ou estrutura orgânica interna. 4- A racionalização de efetivos ocorre quando, por decisão do dirigente máximo do serviço ou do membro do Governo de que dependa, se procede a alterações no seu número ou nas carreiras ou áreas funcionais dos recursos humanos necessários ao adequado funcionamento de um serviço, após reconhecimento, em ato fundamentado, na sequência de processo de avaliação, de que o pessoal que lhe está afecto é desajustado face às suas necessidades permanentes ou à prossecução de objectivos.”

⁷ MIGUEL LUCAS PIRES (*Lei Geral do Trabalho...*, cit., pág. 262) salienta neste âmbito que a seleção dos trabalhadores baseada na última avaliação do trabalhador ignora todo o seu percurso anterior e pode conduzir a resultados manifestamente iníquos. Deste modo, pode-se “preterir um trabalhador com uma performance profissional brilhante, mas cuja última avaliação (proventura motivada por razões extra-profissionais) tenha sido menos favorável, em benefício de outro com um medíocre percurso profissional, mas com uma última avaliação relevante”.

⁸ A reafetação consiste na integração de trabalhador noutro órgão ou serviço, a título transitório ou por tempo indeterminado. – Vide n.º 1 do art. 256.º da LTFP.

⁹ De acordo com o artigo 257.º da LTFP: “1 - Os trabalhadores não reafetos são colocados em situação de requalificação. 2 - A colocação em situação de requalificação faz-se por lista nominativa que indique a categoria, escalão, índice ou posição e nível remuneratórios detidos pelos trabalhadores, aprovada por despacho do dirigente máximo responsável pelo processo de reorganização, a publicar na 2.ª série do Diário da República.”

1.3. O processo de requalificação

O processo de requalificação decorre em duas fases. A primeira fase decorre durante o prazo de 12 meses, seguidos ou interpolados e destina-se a reforçar as capacidades profissionais do trabalhador, criando melhores condições de empregabilidade e de reinício de funções, através da realização de um programa de formação específico da responsabilidade do INA enquanto entidade gestora do sistema de requalificação. A segunda fase, no detém termo temporal definido na lei mas inicia-se depois de decorrida o prazo de 12 meses da primeira fase¹⁰. Nesta segunda fase do processo de requalificação o trabalhador não está sujeito ao processo de desenvolvimento profissional anterior, mas pode, por iniciativa sua ou do INA, ser afecto a outros processos de valorização profissional. Cumpre notar que na primeira fase o trabalhador tem direito a auferir uma remuneração equivalente a 60% com o limite máximo de três vezes o valor do indexante dos apoios (1257,66€). Já na segunda fase, o trabalhador recebe remuneração equivalente a 40%, com o limite máximo de duas vezes o valor do IAS (838,44€). – cf. art. 261.º da LTFP e art. 18.º da Lei 80/2013, de 28 de Novembro. A remuneração não pode ser inferior à retribuição mínima mensal garantida.¹¹

São direitos dos trabalhadores na primeira fase do processo de requalificação os seguintes:

- a) Receber a remuneração mensal;
- b) Auferir os subsídios de Natal e de férias
- c) Beneficiar das prestações familiares;
- d) Gozar férias e licenças;
- e) Beneficiar de protecção social e dos benefícios sociais (SSAP e ADSE ou outro subsistema de saúde);
- f) Ser opositor a concurso para cargo, categoria ou carreira para que reúna;
- g) Realizar programa de formação específico; contabilização do tempo de permanência em requalificação para efeitos de aposentação e antiguidade no exercício de funções públicas;
- h) Possibilidade de os trabalhadores integrados em carreiras especiais consolidarem a situação de mobilidade em carreira especial (mobilidade intercarreiras);
- i) Exercício de atividade profissional remunerada sujeita a autorização prévia;

¹⁰ De acordo com o n.º 1, do art. 259.º da LTFP: “São apenas abrangidos pela segunda fase do processo de requalificação os trabalhadores nomeados e os referidos no n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro.” Para uma melhor compreensão desta e de outras temáticas conexas com o tema da requalificação e com o vínculo de emprego público é essencial a leitura do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013, de 29 de agosto disponível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130474.html> .

¹¹ Sem prejuízo do disposto no n.º 4 do art. 263.º da LTFP.

j) Licença sem vencimento ou remuneração; e

k) Direito a requerer a cessação do vínculo, desde que esteja a, pelo menos, cinco anos da idade legal da reforma, com uma compensação calculada em uma remuneração base mensal (de referência), por cada ano completo de antiguidade, com o limite de trinta anos.¹²

São direitos dos trabalhadores na segunda fase do processo de requalificação todos os direitos previstos para a primeira fase com exceção do programa de formação específico sendo que, o exercício da atividade profissional privada remunerada passa, nesta fase, a dispensar a autorização prévia.¹³

Por outro lado, são deveres dos trabalhadores em situação de requalificação:

a) Deveres inerentes à condição de trabalhador em funções públicas (exceto os deveres relacionados com a prestação efetiva de trabalho);

b) Frequentar as ações de formação profissional previstas no seu plano de requalificação ou para que for indicado;

c) Ser candidato a procedimentos concursais desde que aberto para categoria não inferior à detida e desde que observadas que estejam as regras de mobilidade de trabalhadores, e dele não desistir injustificadamente¹⁴;

d) Aceitar o reinício de funções em qualquer modalidade de mobilidade;

e) Comparecer e realizar os atos inerentes ao processo de seleção para reinício de funções para que seja convocado; e

f) Comunicar qualquer alteração relevante da sua situação ao INA enquanto entidade gestora do sistema de requalificação.

Constituem infração disciplinar grave os seguintes comportamentos do trabalhador:

a) A recusa não fundamentada de reinício de funções em serviço;

b) A desistência injustificada do procedimento de seleção ao qual o trabalhador em requalificação seja opositor obrigatório;

c) A não comparência injustificada aos atos inerentes ao processo de seleção para novo posto de trabalho;

¹² Vide artigo 262.º da LTFP e art. 21.º da Lei n.º 80/2013, de 28 de novembro.

¹³ Vide artigo 263.º da LTFP e art. 22.º da Lei n.º 80/2013, de 28 de novembro.

¹⁴ Vide artigos 94.º e 95.º da LTFP. Para maiores desenvolvimentos sobre os termos e a tramitação do procedimento prévio de recrutamento de trabalhadores em situação de requalificação veja-se a Portaria n.º 48/2014, de 26 de fevereiro e o artigo 265.º da LTFP.

d) A recusa de frequência ou a não comparência a ações de formação profissional, bem como a desistência não fundamentada no decurso destas;

e) A não comunicação ao INA, enquanto entidade gestora do sistema de requalificação, de qualquer alteração relevante da sua situação. Note-se que, a não aceitação do reinício de funções, incluindo noutras entidades, constitui fundamento para a aplicação da sanção disciplinar de despedimento ou demissão.

A situação de requalificação do trabalhador suspende-se por:

a) Reinício de funções a título transitório;

b) Decurso de período experimental na sequência de reinício de funções; e

c) Passagem à situação de licença sem remuneração.¹⁵

A situação de requalificação do trabalhador cessa por:

a) Reinício de funções em qualquer órgão ou serviço por tempo indeterminado;

b) Aposentação ou reforma;

c) Cessação do contrato de trabalho em funções públicas no termo do processo de requalificação, sem que o trabalhador tenha reiniciado funções; e

d) Extinção do vínculo por qualquer outra causa.¹⁶

Por último, cumpre atentar que, de acordo com a redação legal em vigor, o contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado cessa, findo os 12 meses da primeira fase sem que os trabalhadores tenham reiniciado funções.¹⁷ Na verdade, uma vez esgotado o período de requalificação sem reinício de funções, o trabalhador é notificado da declaração emitida pela entidade gestora do sistema de requalificação (INA) da inexistência de outros postos de trabalho compatíveis com a sua categoria ou qualificação profissional e, no prazo de

¹⁵ Vide artigo 268.º da LTFP.

¹⁶ Vide artigo 269.º da LTFP.

¹⁷ Cf. art. 259.º e 311.º a 313.º da LTFP. Esta forma de extinção do contrato de trabalho foi amplamente discutida na doutrina, por vários autores, mormente após a prolação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013, de 29 de agosto, dando origem a inúmeros artigos, reflexões, comentários e pareceres de vários juristas. Vide entre outros, Nótula da professora Maria do Rosário Palma Ramalho e do professor Pedro Madeira de Brito sobre o Decreto da Assembleia da República 177/XII; Parecer Fausto Quadros sobre o Decreto da Assembleia da República 177/XII; Parecer Miguel Nogueira de Brito sobre o Decreto da Assembleia da República 177/XII; Parecer Rui Medeiros e Jorge Pereira da Silva sobre o Decreto da Assembleia da República 177/XII, todos disponíveis em <http://www.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc19/os-ministerios/mf/estudos/pareceres-requalificacao-adm-pub.aspx>; Rui Medeiros / Jorge Pereira da Silva – «Segurança no emprego de trabalhadores em funções públicas. A tutela reforçada dos trabalhadores com nomeação definitiva segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013», in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015; Miguel Lucas Pires, - “Será mesmo admissível “despedir funcionários públicos”? Reflexões em torno do acórdão do Tribunal Constitucional 474/2013 de 29 de Agosto”, Almedina, Coimbra, 2014.

30 dias a contar desta notificação do INA, cessa o contrato de trabalho em funções públicas. A cessação do contrato de trabalho em funções públicas ao abrigo da presente subsecção confere ao trabalhador o direito a uma compensação calculada nos termos do Código do Trabalho.

Capítulo II – A Proposta de Lei 43/XIII do Governo – Regime de valorização dos trabalhadores em funções públicas

2.1. A Proposta de Lei

A 7 de dezembro de 2016¹⁸ foi entregue no Parlamento a Proposta de Lei 43/XIII a qual promove a revogação do regime da «Requalificação» e institui um novo regime que se designa por «Valorização Profissional dos Trabalhadores em Funções Públicas».

No passado dia 15 de dezembro de 2016, a referida Proposta de Lei, foi discutida e aprovada na generalidade.

Importa pois, ainda que sumariamente e a título necessariamente provisório (uma vez que a Proposta de Lei será ainda discutida na especialidade e votada a final no Parlamento) analisar este novo regime agora proposto no âmbito do tema que nos propusemos analisar.

Segundo o texto da Proposta de Lei: *“A presente proposta de lei é apresentada em cumprimento do Programa do XXI Governo Constitucional no âmbito do objetivo de valorizar o exercício de funções públicas, no que se refere ao desígnio da «revisão do regime da requalificação de trabalhadores em funções públicas, em especial favorecendo um regime de mobilidade voluntária dos trabalhadores para outros serviços da Administração Pública com comprovadas necessidades de pessoal, sem excluir a adoção de incentivos especiais para este efeito”*. Vejamos como.

2.2. As alterações promovidas pela Proposta de Lei

Desde logo, de acordo com o texto da Proposta de Lei esta procede à revogação, entre outras, das seguintes normas¹⁹:

- Do n.º 6 do artigo 99.º da LTFP, que respeita à consolidação da mobilidade dos trabalhadores em situação de requalificação;
- De toda a secção II do capítulo VIII da LTFP, relativa ao regime de requalificação previsto nos artigos 245.º a 275.º;

¹⁸ Disponível para consulta e acompanhamento da atividade parlamentar sobre a questão em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=40830>.

¹⁹ Considerando o âmbito do tema em análise.

- Do n.º 2 do artigo 289.º e dos artigos 311.º a 313.º da LTFP, relativos à causa específica de extinção do vínculo de emprego público dos trabalhadores em requalificação;
- Da Lei n.º 80/2013, de 28 de novembro, alterada pela Lei n.º 12/2016, de 28 de abril, lei que inicialmente estabeleceu o regime jurídico da requalificação de trabalhadores em funções públicas;
- Do artigo 13.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, alterada pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro, relativo às situações vigentes de licença extraordinária;

São aditadas à LTFP as seguintes normas no âmbito do tema em análise:

- São alterados os artigos 28.º e 30.º da LTFP – estabelecem-se regras para um planeamento estratégico anual de novas admissões para a Administração Pública, tendo por base a aprovação, por despacho dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública, de um mapa anual global consolidado de recrutamentos autorizados;
- É alterado o n.º 5 do artigo 39.º - clarifica-se que o âmbito de recrutamento no concurso para admissão ao Curso de Estudos Avançados em Gestão Pública, alternativa às regras gerais de recrutamento de trabalhadores, previstas na LTFP, abrange indistintamente, e em igualdade de circunstâncias, os trabalhadores vinculados e não vinculados que reúnam os requisitos previstos no artigo 17.º da LTFP;
- É aditado o artigo 97.º-A - torna exigível a publicitação da mobilidade pelo órgão ou serviço de destino, através da Bolsa de Emprego Público e na respetiva página eletrónica, no sentido de ampliar a possibilidade de se concretizarem mobilidades entre serviços, pela sua maior divulgação e transparência.

Por outro lado, mantém-se o papel da Direção-Geral da Qualificação dos Trabalhadores em Funções Públicas (INA) enquanto entidade gestora da valorização profissional, cuja intervenção decorrerá desde o início do processo de reorganização ou racionalização do órgão ou serviço, momento no qual é promovida a mobilidade voluntária, a reafetação de trabalhadores ao serviço integrador ou, por último, a afetação de trabalhadores ao INA para efeitos da aplicação do regime da valorização profissional.²⁰

No âmbito dos métodos de seleção a aplicar durante o processo de reorganização ou racionalização para efeitos da reafetação ao serviço integrador salienta-se o teor do art. 11.º do “ANEXO” a que se refere o artigo 2.º da Proposta o qual refere que para efeitos de avaliação do desempenho passam a ser relevantes “*os três períodos avaliativos anteriores ao ano em que ocorre o procedimento*”.

A gestão dos trabalhadores pelo INA durante a situação de valorização profissional implica a frequência de ações de formação profissional de acordo com os conteúdos funcionais das

²⁰ Vide art. 3.º do ANEXO a que se refere o artigo 2.º da Proposta de Lei.

carreiras, através de planos de formação adequados durante um período máximo de três meses, com vista ao reforço e ajustamento das competências do trabalhador de modo a corresponder às necessidades reportadas pelos serviços e assim possibilitar a sua integração em posto de trabalho não ocupado.

É criado um mecanismo para identificação das necessidades dos serviços, através de uma plataforma digital, para a qual são carregados os mapas de pessoal, identificando os postos de trabalho ocupados e não ocupados, caracterizando os respetivos perfis profissionais desses postos de trabalho. De acordo com a Proposta de Lei, compete ao INA, como entidade gestora dos trabalhadores em valorização profissional e até à aplicação e operacionalização da referida plataforma, promover um mecanismo de levantamento atualizado das necessidades dos serviços.

Durante todo o período de valorização profissional, o trabalhador mantém a categoria, posição e nível remuneratórios detidos no serviço de origem à data da colocação naquela situação.

Após a frequência dos planos de valorização profissional adequados, os trabalhadores são colocados, por integração e sem possibilidade de exclusão, nos postos de trabalho previamente identificados junto dos serviços, sem precedência de procedimento concursal e sem sujeição a período experimental quando ocorra na mesma carreira ou categoria.

O trabalhador em situação de valorização profissional, ainda que integrado em carreira especial, tem também a possibilidade de reiniciar funções em diferente carreira para a qual reúna os requisitos legalmente exigidos, desde que geral, sem precedência de procedimento concursal, embora com observância do período experimental.

A Proposta de Lei introduz a figura da mobilidade territorial, criando-se incentivos à mesma, com vista a posterior integração em posto de trabalho que se situe a mais de 60 km do local de residência mediante acordo do trabalhador. Para o efeito, é prevista a atribuição de ajudas de custo (durante um ano de mobilidade) e de subsídios associados à integração no posto de trabalho, como o subsídio de fixação, subsídio de deslocação, subsídio de residência, ou garantia de transferência de escola dos filhos e facilidades de colocação do cônjuge, caso este detenha um vínculo público.

É prevista a possibilidade do trabalhador, em situação de valorização profissional, reiniciar funções na Administração Local ou Regional e noutras pessoas coletivas de direito público e instituições particulares de solidariedade social.

Após aplicação do procedimento referido, se decorrido o período máximo de três meses sem que ocorra efetivamente a integração do trabalhador em posto de trabalho não ocupado de outro órgão ou serviço, o INA promove a sua integração na secretaria-geral ou no serviço que tenha a seu cargo a gestão dos recursos humanos do ministério do serviço de origem do trabalhador, em posto de trabalho automaticamente criado no mapa de pessoal, assegurando-se a mesma categoria, posição e nível remuneratório detidos pelo trabalhador à data da colocação em situação de valorização profissional. De acordo com o teor da Proposta de Lei, a

secretaria-geral pode promover situações de mobilidade para outros órgãos ou serviços dentro ou fora do respetivo ministério, bem como aplicar, com as necessárias adaptações, alguns dos mecanismos de colocação próprios da entidade gestora, como é o caso da mobilidade territorial, mobilidade intercarreiras ou o reinício de funções na Administração Local ou Regional.

Mantém-se a previsão de um procedimento prévio de recrutamento de trabalhadores em situação de valorização profissional para as funções ou postos de trabalho objeto de procedimentos concursais desencadeados pelos órgãos e serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente lei assim como, a possibilidade de o trabalhador, em situação de valorização profissional, requerer uma licença sem remuneração, nos termos legalmente previstos suspendendo-se a situação de valorização profissional.²¹ Como no RJR é causa de cessação da situação de valorização profissional, a possibilidade de o trabalhador nessa situação requerer a cessação do vínculo por mútuo acordo, nas condições e nos termos definidos.²²

O regime de valorização profissional consagra um mecanismo de transferências orçamentais. Numa primeira fase, o órgão ou serviço de origem do trabalhador colocado em situação de valorização profissional deve proceder à transferência para a entidade gestora do montante orçamentado para a remuneração do mesmo trabalhador para o ano económico em que ocorra a colocação nessa situação; e, numa segunda fase, com a integração do trabalhador em novo posto de trabalho, o montante remanescente é transferido para o serviço integrador.

Importa notar que a Proposta de Lei estabelece um regime transitório para as situações de trabalhadores em regime de requalificação que subsistam à data da sua entrada em vigor, nos termos seguintes. No que se refere aos trabalhadores em requalificação que se encontrem em situação de não exercício de funções, prevê-se a possibilidade de o próprio trabalhador, através de requerimento dirigido ao INA no prazo máximo de 60 dias após a entrada em vigor da lei, poder optar por uma das seguintes situações:

- i)** Regresso à atividade através da integração em posto de trabalho;
- ii)** Cessação do vínculo por mútuo acordo, considerando-se a última remuneração base mensal auferida antes da colocação em situação de requalificação;
- iii)** Aplicação do regime excecional; e
- iv)** Passagem à situação de licença sem remuneração. Na ausência de requerimento nos termos e no prazo referidos, o trabalhador passa à situação de licença sem remuneração. Por outro lado, prevê-se o *“regime excecional”* previsto no art. 7.º da Proposta de Lei, que confere aos trabalhadores que, à data de entrada em vigor da lei, detenham idade igual ou superior a 55 anos, a possibilidade de manterem a situação adquirida no âmbito da aplicação do regime

²¹ Vide art. 28.º do ANEXO a que se refere o artigo 2.º da Proposta de Lei.

²² Vide art. 29.º do ANEXO a que se refere o artigo 2.º da Proposta de Lei.

da requalificação até à idade legal de reforma ou aposentação, considerando-se requerentes desta quando completarem a idade legal para o efeito. A possibilidade de optar por aquele regime excecional é igualmente facultada, nos mesmos termos, aos trabalhadores que, na data de entrada em vigor da lei, se encontrem na situação de licença extraordinária ao abrigo do artigo 13.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, alterada pela Lei n.º 82 B/2014, de 31 de dezembro, disposição que agora se revoga. No que se refere aos trabalhadores em requalificação que se encontrem, à data da entrada em vigor da (Proposta de) Lei, em situação de exercício de funções, preveem-se duas hipóteses alternativas: ou são integrados no órgão ou serviço em que desempenham funções em situação de mobilidade, em posto de trabalho previsto ou a prever automaticamente no mapa de pessoal; ou, nas restantes situações de natureza transitória, são integrados na secretaria-geral do ministério em que se encontrem a exercer funções, mantendo as situações de exercício transitório de funções até ao seu termo.

Em sumária síntese, podemos concluir que a Proposta de Lei em análise não só propõe revogar o RJR definido na Lei n.º 80/2013, de 28 de novembro como todo o correspondente regime previsto na LTFP constituindo todo um novo regime no âmbito dos procedimentos de reorganização de serviços e racionalização de efetivos.

Bibliografia

ALFAIA, João – *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, Vol. I e II, Almedina, Coimbra, 1985.

ALMEIDA, Paulo – «*A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Comentário às principais alterações*», in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp 79 a 107.

AMARAL, Diogo Freitas do, com a colaboração de TORRAL, Lino, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I e II, 4ª reimpressão da edição de 2001, Almedina.

ANTUNES, Vera Lúcia Santos, – *O Contrato de Trabalho na Administração Pública. Evolução, reflexos e tendências para o emprego público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010 (Publicação correspondente à dissertação de Mestrado em Direito do Trabalho, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em setembro de 2009).

BATALHÃO, José Carlos – *Função Pública: novo regime laboral*. Disponível em <http://www.portoeditora.pt/sites/funca-publica-novo-regime-laboral>.

BRITO, Miguel Nogueira de – Parecer sobre o Decreto da AR n.º 177/XII. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc19/os-ministerios/mf/estudos/pareceres-requalificacao-adm-pub.aspx>.

BUSTO, Maria Manuel – *O contrato de trabalho em funções públicas*, E&B Data, Matosinhos, 2009.

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I e II, 10ª Edição, Almedina, 2008 e 2007 respetivamente.

CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed. Revista, Vol. II Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

CARVALHO, Aleida Vaz – «*O despedimento na Administração Pública. Análise do regime jurídico da cessação do contrato em funções públicas, por iniciativa do empregador público e de algumas questões controversas*», in Jusjournal, n.º 1579, 2012.

CARVALHO, Aleida Vaz, «*A cessação do contrato de trabalho em funções pública por tempo indeterminado, por iniciativa do empregador público, com fundamento em causas objectivas*», in *Crise e Direito(s) da Relação de Emprego Público*, Actas das II Jornadas de Direito do Emprego Público, ISABEL CELESTE FONSECA (coord.) Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte, 2014, pp. 17 a 33.

CAUPERS, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, 11ª Edição, Âncora Editora, 2013.

COSTA, Jorge Meira – «*Crise e direito(s) da relação de emprego público (mais) direito público ou (mais) direito privado?*» in *Crise e Direito(s) da Relação de Emprego Público*, Actas das II Jornadas de Direito do Emprego Público, ISABEL CELESTE FONSECA (coord.) Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte, 2014, pp. 141 a 16.

CORDEIRO, António Menezes – «*Da cessação do contrato de trabalho por inadaptação do trabalhador perante a Constituição da República Portuguesa*», in RDES, Ano XXXIII, n.º 3/4, 1991, pp. 369 a 421.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Os Princípios Constitucionais da Administração Pública*, in Estudos sobre a Constituição, Vol. 3, Lisboa, Livraria Petrony, 1979.

FERNANDES, Francisco Liberal – «*Despedimento por inadaptação dos trabalhadores que exercem cargos de complexidade técnica ou de direcção*», in RMP, Ano 14, n.º 55, 1993, pp. 91 a 97.

FERRO, Pedro – *A motivação dos funcionários públicos e a reforma administrativa, Entre o bem comum e o interesse próprio*, Editora Moinho Velho, Lisboa 2010.

FONSECA, Guilherme da – «*A Jurisprudência Constitucional sobre as Bases do Regime e Âmbito da Função Pública*», in SI, Tomo, LI, n.º 293, 2002, pp. 259 e ss.

MAÇAS, Maria Fernanda – «*A Relação Jurídica de Emprego Público: Tendências Actuais*» in *Novas Perspectivas de Direito Público*, IGAT, Lisboa, 1999.

MAIA, Olga / BUSTO, Maria Manuel – *O Novo Regime Laboral da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2006.

MARECOS, Diogo Vaz – *As modalidades de constituição do vínculo da relação jurídica de emprego público*, pp. 207 a 237.

MARTINS, Alda – «*A Laboralização da Função Pública e o Direito Constitucional à Segurança no Emprego*», in *Julgar* n.º7, 2009, pp. 163 a 184.

MEDEIROS, Rui / SILVA, Jorge Pereira da – Parecer sobre o Decreto n.º 177/XII da AR, Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc19/os-ministerios/mf/estudos/pareceres-requalificacao-adm-pub.aspx>.

MEDEIROS, Rui / SILVA, Jorge Pereira da – «*Segurança no emprego de trabalhadores em funções públicas. A tutela reforçada dos trabalhadores com nomeação definitiva segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013*», in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 413 a 440.

MESTRE, Bruno – «*A “saga” do despedimento por extinção do posto de trabalho e as repercussões do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013 – algumas notas*», in *QL*, Ano XX, n.º 43, 2013, pp. 197 a 208.

MESTRE, Bruno – «*O regime jurídico da reafecção dos trabalhadores da Lei 35/2014, de 20/06*», in *QL*, Ano XXI, n.º 45, 2014, pp. 291 a 303.

MOURA, Paulo Veiga e – *Função Pública. Regime Jurídico, Direitos e Deveres dos Funcionários e Agentes*, Vol. I, 2ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

MOURA, Paulo Veiga / ARRIMAR, Cátia, - *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos Trabalhadores da Administração Pública: comentário à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

MOURA, Paulo Veiga / ARRIMAR, Cátia, – *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

NEVES, Ana Fernanda, – «*Contratos de trabalho a termo certo e contratos de prestação de serviços na Administração Pública – situações irregulares – “reintegração”* (Comentário à sentença do Tribunal de Trabalho do Círculo de Cascais, de 95-06-30, proferida nos autos do proc. n.º 390/94 – APC, sob a forma de processo sumário, em que são Autor “x” e Réu o Estado Português)», in *QL*, Ano II, n.º 6, 1995, pp. 166 a 182.

NEVES, Ana Fernanda, – «*Os desassossegos do Regime da Função Pública*», in *RFDUL*, Vol. XLI, n.º 1, 2000, pp. 49 a 69.

NEVES, Ana Fernanda, – «*O Direito da Função Pública*», in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. IV, PAULO OTERO e PEDRO GONÇALVES (coord.), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 359 a 556.

NUNES, Cláudia Sofia Henriques – *O regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, Edições CEFA, Coimbra, 2010.

OTERO, Paulo – *Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2011.

PIMENTEL, Francisco – *Direitos e Deveres dos Trabalhadores da Administração Pública na relação pública de emprego público*, 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2015.

PIRES, Miguel Lucas, – *O contrato individual de trabalho na Administração Pública*, in QL, Ano XIII, n.º 28, 2006, pp. 191 a 217.

PIRES, Miguel Lucas, – *Os regime de vinculação e a extinção das relações jurídicas dos trabalhadores da Administração Pública: Como e em que termos são lícitos os denominados “despedimentos da Função Pública”*, Almedina, Coimbra, 2013.

PIRES, Miguel Lucas, – *Será mesmo admissível “despedir funcionários públicos”? Reflexões em torno do acórdão do Tribunal Constitucional 474/2013 de 29 de Agosto*, Almedina, Coimbra, 2014.

PIRES, Miguel Lucas, – *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, Anotada e Comentada, Almedina, Coimbra, 2014.

QUADROS, Fausto de, Parecer sobre o Decreto da AR n.º 177/XII. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc19/os-ministerios/mf/estudos/pareceres-requalificacao-adm-pub.aspx>.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma / BRITO, Pedro Madeira de – *Contrato de Trabalho na Administração Pública. Anotação à Lei n.º 23/2004 de 22 de Junho*, Almedina, Coimbra, 2014.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma / BRITO, Pedro Madeira de – *Nótula sobre o Diploma da Requalificação da Função Pública*. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-das-financas/estudos/pareceres-requalificacao-adm-pub.aspx>.

SOARES, Rogério, *Direito Administrativo*, Lições policopiadas para o curso de Direito do Porto, da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica, sem data.

SOUSA, Nuno Vasconcelos Albuquerque – «*A reforma do Emprego Público em Portugal*», in QL, Ano XXI, n.º 45, 2014, pp. 213 a 246.

SOUSA, Rui Correia – *Lei Geral do Trabalho em funções públicas. Anotada e Comentada*. Vida Económica Editorial, Porto, 2014.

SOUSA Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, D. Quixote, Lisboa, 2004.

VENTURA, André – *A nova administração Pública. Princípios fundamentais e normas reguladoras*. Quid Juris, Lisboa, 2014.

VENTURA, Raúl – «*Extinção das relações jurídicas de trabalho*», in ROA, ano 10, n.º 1/2, 1950, pp. 215 a 364.

VIANA, Cláudia – «*O Conceito de funcionário público – tempos de mudança*», in Revista de Estudos Politécnicos, Vol. V, n.º 8, Tékne, 2007, pp. 7 a 34. Disponível em <http://epmontijo.edu.pt/web/docs/ClubeAutarquico/opiniaopublicada/ConceitoFP.pdf>.

26. A reorganização de serviços, racionalização de efectivos e reafecção de trabalhadores públicos

Tiago Lourenço Afonso

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A REORGANIZAÇÃO DE SERVIÇOS, RACIONALIZAÇÃO DE EFECTIVOS E REAFECÇÃO DE TRABALHADORES PÚBLICOS

Tiago Lourenço Afonso

1. Introdução
 2. Enquadramento
 3. O procedimento de reorganização e de racionalização
 - 3.1. Âmbito objectivo e subjectivo
 - 3.2. Reorganização de serviços e órgãos
 - 3.3. Racionalização de efectivos
 - 3.3.1. O desajustamento face às necessidades e objectivos
 - 3.3.2. O desequilíbrio económico-financeiro estrutural e continuado
 - 3.3.3. A redução dos postos de trabalho e as necessidades transitórias
 4. O procedimento de reafecção de trabalhadores
 - 4.1. O mapa comparativo
 - 4.2. Os métodos de selecção
 - 4.3. A lista nominativa
 5. Conclusões
- Referências bibliográficas

Palavras-chave: Extinção, fusão, reestruturação e racionalização de efectivos; Requalificação; Mobilidade funcional; Mobilidade especial; Garantias administrativas em procedimentos administrativos especiais; Discricionariedade técnica; Lista nominativa.

Sumário: Neste trabalho analisa-se o desenrolar do complexo regime de reorganização de serviços e órgãos na Administração Pública e da racionalização dos seus efectivos tal e qual como se encontra previsto na Lei Geral dos Trabalhadores em Funções Públicas. Defende-se, entre o mais, que este regime congrega em si o início e o fecho de vários procedimentos administrativos, que aqui se qualificam como especiais, interligados entre si e que, por isso, devem respeitar um conjunto de formalidades essenciais comum a todos os demais procedimentos administrativos, sobretudo se se tiver em conta que a lista nominativa, a decisão horizontalmente definitiva, já há muito se encontra “comprometida” pelo conteúdo de decisões administrativas prévias altamente demarcadas pela eminentemente técnica discricionariedade gestonária.

Indicações de leitura: A primeira citação de todas as obras e de todos os artigos consultados é feita em nota de rodapé e é identificada pelo método autor/obra/data/página, encontrando-se as referências completas na bibliografia final. Nas referências subsequentes é indicado apenas o autor, título e página (s) da obra, título substituído, todavia, pela sigla op. cit. ou título abreviado com a indicação de citado (cit.) no caso de se mencionarem no trabalho outras obras do mesmo autor.

A jurisprudência nacional é citada através da identificação do tribunal e da data da decisão e, pontualmente, com o número de processo, encontrando-se informação mais detalhada na bibliografia final.

A jurisprudência europeia optou-se, como vem sendo prática comum, por identificar apenas as partes em juízo, encontrando-se a informação completa na bibliografia final.

Por vontade expressa do Autor, o texto será escrito em conformidade com a grafia anterior ao acordo ortográfico.

Para efeitos do presente trabalho, considera-se a legislação, jurisprudência e demais documentação publicada e acessível até 1 de Janeiro de 2017.

1. Introdução

O presente trabalho começa, como não poderia deixar de ser, com um sucinto enquadramento histórico e jurídico-constitucional da reorganização e racionalização de efectivos nos órgãos e serviços da Administração Pública, num contexto de laboralização do vínculo de emprego público, abordando, não apenas os motivos que fundaram a sua consagração no nosso ordenamento jurídico, mas de igual forma a evolução que a sua verificação determinou quanto àquele que vinha sendo considerado o núcleo essencial do direito à segurança no emprego público.

Naturalmente, compreender-se-á que, na presente ordem de trabalhos, o autor opte por restringir o enfoque aos procedimentos de reorganização e de racionalização enquanto vicissitudes modificativas do vínculo de emprego público, deixando para outra ocasião, a análise de questões que sempre se afigurariam de extrema relevância numa época demarcada pela precariedade laboral pública e privada, como por exemplo, as de saber qual o procedimento a seguir quanto aos trabalhadores já colocados em situação de requalificação, quais os seus direitos e deveres ou a questão da (in) constitucionalidade da cessação do vínculo laboral prevista no art. 311.º da LTFP.

De seguida, propõe-se uma análise detalhada que, tendo em conta os contributos da doutrina e da jurisprudência sobre a temática, incida sobre a tramitação do procedimento de reorganização e de racionalização, enquanto *procedimento administrativo especial*, designadamente, quanto aos concretos motivos que permitem fundar o início do rito procedimental, quais os passos que devem ser seguidos pela Administração, bem como as garantias administrativas que, à luz da CRP e do CPA, devem ser respeitadas no decurso do procedimento.

Para o efeito, ao longo do texto, recorre-se à exemplificação e análise de ocorrências da vida real retiradas dos mais variados arestos da jurisprudência, quer dos tribunais portugueses (TCAS, TCAN, STA, STJ e TC), quer do TJUE.

Por último, quanto ao conseqüente procedimento de reafecção dos trabalhadores excedentários, propõe-se fornecer ao leitor uma adequada compreensão do respectivo regime, nomeadamente, desde a elaboração do mapa comparativo à tenebrosa notificação da lista nominativa final, por forma a evidenciar aquele que, a nosso ver, constitui o seu objectivo primacial: evitar a colocação do trabalhador em situação de requalificação ou valorização profissional e a eventual ocorrência da tão controversa causa objectiva de despedimento dos trabalhadores públicos.

2. Enquadramento

Os processos de reforma da Administração Pública portuguesa estão longe de constituir um fenómeno recente. Na verdade, a tomada de consciência de que o modelo burocrático Weberiano se revelava altamente prejudicial para as contas públicas, levaria a que, na segunda

metade do século XX, fosse implementado um novo modelo de gestão pública, o *New Public Management*¹.

Este modelo pretendeu, para além do mais, introduzir práticas típicas da gestão privada no âmbito da Administração Pública, sob uma égide que, a nosso ver, há muito se deveria ter extraído do princípio da boa administração² – a eficiência (meios), a eficácia (fins) e a economicidade da actuação pública.

Para o efeito, foram, designadamente, introduzidas novas políticas de mobilidade e recrutamento³, reforçaram-se os mecanismos de controlo de contratações e de prestação de serviços⁴ e iniciou-se um (inelutável) movimento de privatização de serviços públicos. É precisamente nesta fase que surgem os diplomas embrionários para a matéria que ora nos ocupa, o DL n.º 200/2006, de 25 de Outubro⁵ e a Lei n.º 53/2006 de 7 de Dezembro (LMB).

Na verdade, este esforço na modernização da Administração, quando assente em factores objectivos como a reorganização de órgãos e serviços e a racionalização de efectivos, implica (va) uma vicissitude modificativa (em alguns casos, extintiva) unilateral na relação de emprego público (conforme se verá de seguida). Começa então a questionar-se a sua conformidade com aquele que se considerava ser o núcleo essencial do direito fundamental à segurança no emprego público (art. 53.º da CRP)⁶.

Todavia, embora reconhecendo a existência de uma “*reserva constitucional em favor do estatuto específico da função pública*”⁷, a jurisprudência do TC cedo iniciou aquele que viria a ser um longo caminho no sentido de não admitir, quer a *imodificabilidade* da relação jurídica

¹ Cfr. JUAN MOZZICAFREDO, *Modernização da administração pública e poder político*, in *Administração e Política. Perspectivas de reforma da administração pública na Europa e nos Estados Unidos*, pp. 8-9; JOÃO BILHIM, in *Gestão por Objectivos, Desempenho e Progressão na Carreira*, 2012, p. 189.

² Enquanto refracção dos princípios da prossecução do interesse público e da eficácia e unidade administrativa consagrados nos arts. 266.º, n.º 1 e 267.º, n.º 1 e 2, respectivamente, da CRP, o princípio da boa administração encontra agora concretização expressa nos arts. 5.º do CPA e 41.º da CDFUE. Para além dos referidos normativos, no domínio do Direito da União Europeia, a relevância interna e externa da boa administração é plasmada no apelo à “*boa gestão financeira*” (art. 287.º, n.º 2, e 317.º do TFUE) e à “*Administração eficaz*” (art. 297.º do TFUE) dos Estados-Membros.

Vide, entre outros, AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 2015, pp. 55-72 e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Os princípios no Novo CPA e o princípio da boa administração, em particular in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, 2015, pp. 151-188.

³ Veja-se, a título de exemplo, a Lei 66-B/2007, de 28 de Dezembro, que aprovou o sistema integrado de gestão e avaliação do desempenho na Administração Pública (SIADAP).

⁴ Veja-se, a título de exemplo, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 124/2005, de 4 de Agosto, que implementou o Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE).

⁵ Que estabelece o regime geral de extinção, fusão e reestruturação de serviços públicos e de racionalização de efectivos – nunca alterado.

⁶ Para o efeito, vide Ac.ºs. do TC n.º 285/92 e n.º 340/92, ambos pronunciando-se pela constitucionalidade da modificação da relação jurídica de emprego público decorrente da racionalização de efectivos e da extinção de um serviço, respectivamente.

⁷ Cfr. Ac. do TC n.º 154/2010, Processo n.º 177/09 de 20 de Abril de 2010. Na doutrina, em igual sentido, PAULO VEIGA E MOURA, *A Privatização da Função Pública*, 2004, p. 391 a 393, LINO JOSÉ BAPTISTA RIBEIRO, *Privatização das Relações de Trabalho na Administração Pública – Direitos Adquiridos ou Arbítrio Legislativo*, 2010, p. 234-235, ANA FERNANDA NEVES, *Os Desassossegos de regime da Função Pública*, in *Revista da FDUL*, Vol. XLI, n.º 1, 2000, pp. 49-69 e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, in *Constituição da República Portuguesa anotada*, V. I, 2007, p. 438. Em sentido contrário, LIBERAL FERNANDES, *Autonomia Colectiva dos Trabalhadores da Administração. Crise do Modelo Clássico de Emprego Público*, *Stvdia Iuridica* n.º 9, 1995, pp. 27-28 e MIGUEL LUCAS PIRES, *Os Regimes de vinculação e a extinção das relações jurídicas dos trabalhadores da Administração Pública*, 2013, pp. 27 e seguintes.

de emprego público⁸, quer a existência de um direito absoluto do trabalhador público ao lugar. Embora se possa conceber que a relação jurídica de emprego público se mantenha tendencialmente mais estável e duradoura que a sua homóloga (de direito privado), parece-nos ser agora seguro afirmar que a CRP não pretendeu consagrar qualquer garantia de vitaliciedade do vínculo de emprego público⁹.

Na verdade, o peso do *Welfare State* evoluiu, a emergência económico-financeira instalou-se e a necessidade de adopção de critérios gestionários assentes na gestão por objectivos e na avaliação de desempenho dos seus trabalhadores, tornou indispensável a aplicação de critérios de contratualidade laboral no âmbito da Administração Pública¹⁰, de molde a permitir, designadamente, a extinção, fusão, estruturação de serviços e órgãos ou até mesmo a racionalização dos recursos humanos que se encontram em efectividade de funções.

No entanto, pese embora a racionalização dos recursos humanos no universo público fosse já possível através do recurso às figuras de despedimento do direito laboral privado¹¹, a discussão acerca do direito à segurança no emprego público viria a tornar-se ainda mais acutilante quando se colocou a possibilidade de a verificação dos factores objectivos *supra* referidos determinar, não apenas uma vicissitude *modificativa* (v.g. mudança do ente público empregador, a reafecção do trabalhador a outro posto de trabalho ou a sua colocação em situação de requalificação ou inactividade)¹², mas também *extintiva* do vínculo de emprego público.

Foi precisamente isso que sucedeu com a entrada em vigor da Lei n.º 80/2013 de 28 de Novembro (LRQF), diploma este que visou substituir o regime de mobilidade especial consagrado pela LMB¹³.

⁸ Neste sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, in *Constituição Portuguesa Anotada*, V. I, 2005, p. 508 e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., p.709;

⁹ Cfr. Ac's do TC n.º 154/86, 285/92, 4/2003 e 154/2010.

¹⁰ Vide a intersecção entre o regime laboral privado e público a que se referem, na doutrina, MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO, *Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral*, Estudos de Direito do Trabalho, Vol. I, 2003, pp. 69 e seguintes; CLÁUDIAVIANA, *A Laboralização do Direito da Função Pública*, *Scientia Iuridica*, Tomo LI, 2002, pp. 81 e segs.; e ANA FERNANDA NEVES, op. cit., pp. 49 e seguintes.

¹¹ V.g. o despedimento colectivo e por extinção dos postos de trabalho (art. 359.º a 372.º do CT), aplicáveis por força do disposto no art. 18.º da então Lei do CIT, mantido no art. 33.º, n.º 2 a 8 da LVCR e, posteriormente, no RCTFP.

De resto, conforme alerta MIGUEL LUCAS PIRES, o recurso a tais figuras encontrava-se previsto em condições de grande dispersão normativa, designadamente, quanto à ausência de previsão específica relativamente aos critérios de selecção, à compensação pelo despedimento e, sobretudo, ao apelo à falta de recursos económicos como fundamento de uma decisão extintiva do serviço ou órgão (op. cit., p. 216). Talvez, por isso mesmo, de acordo com SANDRA LOPES, a sua aplicabilidade se tenha revelado bastante reduzida no âmbito do vínculo de emprego público (*A cessação do vínculo de emprego público – a conjuntura jurídica dos contratados*, 2016, p. 110), o que viria a culminar com o desaparecimento destas figuras privatísticas no âmbito da LTFP, conforme se verá adiante.

¹² Para o efeito, ANA FERNANDA NEVES referia que, embora essas contingências ou vicissitudes não colocassem em causa a subsistência da relação jurídica de emprego público, o certo é que já se situavam fora da “*dinâmica regular da relação de emprego*”, comportando uma afectação importante das posições jurídicas subjectivas dos trabalhadores no âmbito de relação juslaboral (*O Direito da Função Pública in Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. IV, 2010, p. 492).

¹³ Concordamos inteiramente com as críticas que vinham sendo apontadas a este diploma, designadamente, o facto de inexistir um limite temporal máximo para a permanência do trabalhador público em situação de inactividade/mobilidade especial e bem assim uma consequência para a sua não reafecção a outro órgão ou serviço.

A diferença entre ambos os diplomas, no plano dos factos, é, numa primeira leitura, simples: o primeiro, ao contrário do segundo, permite agora, de forma expressa, a extinção unilateral do vínculo laboral como consequência do trabalhador colocado na situação de requalificação não lograr obter, no prazo de 12 meses, o reinício de funções em qualquer órgão ou serviço¹⁴. Todavia, não nos parece que esta seja a única e verdadeira novidade.

Na verdade, nos tempos em que vivemos é já seguro afirmar-se que o despedimento do trabalhador público pode, sem margem para dúvidas, ocorrer com fundamento em causas objectivas (fundadas), contanto que estas respeitem as exigências de determinabilidade, sindicabilidade jurisdicional e concedam uma adequada compensação ao trabalhador pela ruptura da relação de trabalho por facto que não lhe é imputável¹⁵. Posto isto, cremos que a tónica da questão terá agora que se deslocar para o momento antecedente ao da prolação da decisão administrativa de modificação ou extinção do vínculo laboral, ou seja, para o momento da verificação dos fundamentos aptos a despoletarem o procedimento de reorganização e de racionalização de efectivos.

Foi, aliás, nesta óptica, que a questão foi colocada ao TC, no seu acórdão n.º 474/2013. Isto, porque a LRQF veio aditar dois novos fundamentos para o despoletar do procedimento de racionalização de efectivos¹⁶: um, por “*motivos de redução de orçamento do órgão ou serviço*” e outro, por “*motivo de redução de postos de trabalho ou necessidades transitórias decorrentes, designadamente, do planeamento e organização da rede escolar*”. Todavia, ainda que só o primeiro tenha sido submetido à fiscalização preventiva de constitucionalidade, o TC viria a pronunciar-se pela sua inconstitucionalidade por violação da garantia da segurança no emprego e do princípio da proporcionalidade, constantes dos arts. 53.º e 18.º, n.º 2, da CRP¹⁷.

Nessa sequência e, reconhecidamente condicionado pelos objectivos (de flexibilidade e redução de trabalhadores excedentários) acordados no âmbito do designado *Memorandum of Understanding* celebrado com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional¹⁸, o legislador viria a expurgar¹⁹ da LRQF o aludido fundamento de racionalização de efectivos, substituindo-o, no entanto, por um outro: “(...) por *motivos decorrentes de **desequilíbrio económico-financeiro estrutural e continuado do órgão ou serviço*** (...)”²⁰. Dotado de idêntica flexibilidade, trata-se, como se verá adiante, de um

¹⁴ Neste sentido, MIGUEL LUCAS PIRES, *Será mesmo inadmissível...*, p. 17.

¹⁵ Cfr. na jurisprudência constitucional, entre outros, os Ac.ºs. do TC n.ºs 64/91, 285/92, 581/95, 683/99 e 154/2010. Na jurisdição administrativa, o Ac. do TCAS, de 14 de Junho de 2012, Processo n.º 03722/08.

¹⁶ Para além daquele que já se encontrava consagrado no art. 3.º, n.º 4, do DL n.º 200/2006: “*A racionalização de efectivos ocorre quando, por decisão do dirigente máximo do serviço ou do membro do Governo de que dependa, se procede a alterações no seu número ou nas carreiras ou áreas funcionais dos recursos humanos necessários ao adequado funcionamento de um serviço, após reconhecimento, em acto fundamentado, na sequência de processo de avaliação, de que o **pessoal que lhe está afecto é desajustado face às suas necessidades permanentes ou à prossecução de objectivos***”.

¹⁷ Questão que melhor se analisará *infra* a propósito de cada um dos fundamentos tendente ao início do procedimento de racionalização de efectivos.

¹⁸ Nesse documento previa-se a necessidade de revisão e de adequação do regime de mobilidade especial a melhores práticas, designadamente, uma melhor afectação dos recursos humanos, o que implicaria a previsão da redução ao longo do tempo da remuneração dos trabalhadores que se encontram em mobilidade especial e a fixação de uma duração máxima para a permanência em situação de inactividade.

¹⁹ Cfr. art. 279.º, n.º 2, da CRP.

²⁰ Cfr. art. 4.º, n.º 2, da LRQF cuja redacção fora replicada no art. 245.º, n.º 2, da LTFP.

fundamento similar àquele que se encontra previsto para o despedimento colectivo no âmbito do direito laboral privado, na alínea b), do n.º 2, do art. 359.º, n.º 2, do CT.

Em suma, pese embora a pronúncia do TC tenha implicado uma maior densificação quantos aos motivos que possam determinar a modificação e extinção do vínculo laboral público²¹, o certo é que conforme se verá adiante, a Administração Pública detém ainda ao seu dispor um leque alargado de fundamentos que lhe permitirá operar, de forma flexível e com elevada margem de livre apreciação, o seu constante processo de reforma e reestruturação indo ao encontro das necessárias adaptações que lhe vão sendo impostas pelo contexto de crise económico-financeira que o país vive.

Analisemos então a complexidade jurídico-procedimental que preside à decisão gestonária e respectiva mobilização de fundamentos de natureza objectiva.

3. O procedimento de reorganização e de racionalização

É sabido que a função administrativa tem o seu *fundamento, critério e limite* radicado no princípio da legalidade (arts. 266.º, n.º 2, da CRP e 3.º do CPA)²², este não apenas reportado à Lei²³, mas a um *bloco de juridicidade* constituído actualmente pela CRP, pelo Direito primário e derivado da União Europeia²⁴, pelas normas de Direito Internacional, pelos regulamentos e contratos administrativos, etc²⁵.

A este princípio, basilar no nosso Estado de Direito (art. 2.º da CRP), não é alheio o facto de, no actual contexto de globalização, se observar um crescente fenómeno de indeterminação do conteúdo das normas que disciplinam o exercício de poderes da Administração com o inerente reforço dos poderes administrativos²⁶. No caso, até se concebe que seja o princípio da boa administração (art. 5.º do CPA) e, principalmente, o princípio da prossecução “do melhor” interesse público (art. 266.º, n.º 1, e 4.º do CPA) que assim o imponham. Contudo, o que não se poderá aceitar é que, ao privilegiar a racionalidade eminentemente funcional/técnica, no caso, gestonária (caracterizada pela busca, por vezes, desenfreada, pela eficiência e eficácia), a Administração logre escapar ao controlo jurisdicional da legalidade da sua actuação²⁷. Bem pelo contrário.

²¹ Quanto ao despedimento por extinção do posto de trabalho no âmbito do direito privado, em igual sentido, se pronunciou o Ac. do TC n.º 602/2013.

²² Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, pp. 42-43; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, 1999, Vol. I, p. 86; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Vol. I, 1.ª edição, p. 138;

²³ Cfr. art. 112.º, n.º 1, da CRP.

²⁴ Cfr. arts. 4.º, n.º 3, do TUE e 288.º do TFUE e art. 8.º, n.º 4, da CRP e a Declaração n.º 17 sobre o Primado do Direito da União Europeia.

²⁵ Para o que nos importa, veja-se o exemplo da Directiva 2001/23/CE de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos – cfr. ANA FERNANDA NEVES, *A Directiva 2001/23/CE como limite ao despedimento dos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas*, in *Questões Laborais*, n.º 45, 2015, pp. 247-291.

²⁶ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, op. cit., pp. 49-52.

²⁷ Neste sentido, ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo*, lições policopiadas ministradas no Curso de Direito no Porto da Universidade Católica Portuguesa, s/d; n.º 19.

O que se pretende dizer é que também (e sobretudo), no âmbito do tema que ora nos ocupa, os princípios gerais da actividade administrativa (arts. 3.º a 19.º do CPA) e demais disposições do Código que concretizam preceitos constitucionais (v.g. o dever de fundamentação²⁸, de notificação²⁹, o direito de participação³⁰, o direito de informação³¹) se revestirão de primordial relevo no controlo jurisdicional da legalidade das várias decisões gestionárias *endo* e *exo* procedimentais de reorganização e racionalização do vínculo de emprego público, por forma a impedir a arbitrariedade no exercício de poderes de conformação modificativa da situação jurídico-laboral do trabalhador público³².

Na verdade, encontramos-nos perante *procedimentos administrativos especiais* (art. 2.º, n.º 5, do CPA). Pelo que, pese embora se admita que a Administração dispõe de uma ampla margem de livre apreciação na tomada de decisões (v.g. a decisão de iniciar o procedimento de extinção, fusão ou reestruturação, a decisão de escolha dos métodos de selecção dos trabalhadores a reafectar, a indicação dos postos de trabalho necessários ao exercício das competências do órgão intervencionado)³³, o certo é que as decisões gestionárias proferidas no âmbito dos procedimentos de reorganização de serviços ou de racionalização de efectivos, enquanto verdadeiros actos administrativos (art. 148.º do CPA)³⁴, podem e devem ser alvo de um controlo jurisdicional de legalidade (arts. 3.º, n.º 1 e 51.º e seguintes do CPTA) e, nos casos em que, porventura, essa discricionariedade se encontre reduzida a zero, de um controlo de plena jurisdição (art. 71.º do CPTA).

3.1 Âmbito objectivo e subjectivo

Quanto ao seu âmbito objectivo, os procedimentos de reorganização de serviços e órgãos e de racionalização de efectivos podem ser despoletados no âmbito da Administração estadual directa e indirecta (art. 2.º, n.º 1, do DL n.º 200/2006 e 1.º, n.º 2, da LTFP), da Administração local autárquica (art. 1.º, n.º 2, do DL n.º 209/2009, de 3 de Setembro), da Administração Regional Autónoma da Madeira (Decreto Legislativo Regional n.º 27/2012/M de 3 de Setembro) e dos Açores (Decreto Legislativo Regional de 29/2007/A de 10 de Dezembro) e, igualmente, no âmbito das instituições de ensino superior públicas (art. 3.º, al. b), da LRQF)³⁵.

²⁸ Arts. 268.º, n.º 3, da CRP e 152.º a 154.º do CPA;

²⁹ Arts. 268.º, n.º 3, da CRP e 110.º a 114.º e 160.º do CPA;

³⁰ Arts. 267.º, n.º 5, da CRP e 121.º a 125.º do CPA;

³¹ Arts. 268.º, n.º 1 e 2, da CRP e 17.º, 18.º, do CPA;

³² Neste sentido, no âmbito do direito laboral privado, *vide* JÚLIO GOMES, in *Direito do Trabalho*, Vol. I – Relações Individuais de Trabalho, 2007, p. 946 e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 2006, p. 480.

³³ Para o efeito, vejam-se os Ac's. do STA, de 21 de Setembro de 2010, Processo n.º 0253/10 e do TCAS, de 18 de Dezembro de 2014, Processo n.º 06811/10. Neste último, afirmou-se que, no âmbito do então regime de mobilidade especial, a Administração dispõe de uma margem de livre apreciação quanto às diversas opções de gestão envolvidas no procedimento de fusão de serviços, designadamente, quanto à decisão de reafectar os trabalhadores a determinado serviço.

Na doutrina, *vide* entre outros, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 3ª edição, pp. 183-187 e ROGÉRIO SOARES, *op. cit.*, p. 64.

³⁴ Estes, serão, a nosso ver e em regra, *actos plurais* (v.g. as listas nominativas – art. 252.º, n.º 5 e 6, da LTFP), podendo, no entanto, em determinados casos, consubstanciar verdadeiros *actos colectivos* (v.g. a decisão de racionalização de efectivos de determinado órgão ou serviço). Para a distinção entre as referidas tipologias, *vide* PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, pp. 314-315.

³⁵ Repare-se que este âmbito de aplicação é em tudo semelhante ao que se encontra actualmente previsto no art. 1.º, n.º 2, da LTFP.

De fora deste âmbito de aplicação ficam, designadamente, os gabinetes de apoio dos membros do Governo, as entidades administrativas independentes e, na falta de diploma próprio, as entidades públicas empresariais³⁶ (art. 2.º, n.º 1, als. a), b) e c) da LTFP).

No que toca ao seu âmbito subjectivo, este é, sem dúvida, um tema bem mais controverso. A este título, diga-se, desde já, que se é certo que no seu acórdão n.º 474/2013, o TC se pronunciou pela inconstitucionalidade, por violação do princípio da confiança (art. 2.º da CRP), da norma que pretendia estender a sua aplicação aos trabalhadores com o antigo vínculo de nomeação³⁷, não se poderá olvidar que essa pronúncia teve como pressuposto axiológico o facto de os procedimentos de reorganização e de racionalização poderem constituir uma causa objectiva de cessação do seu vínculo laboral. No entanto, a questão que agora se coloca passa por saber se a conclusão do TC teria sido a mesma se esses procedimentos fossem apenas aptos a causar uma modificação subjectiva ou objectiva (e já não extintiva) do vínculo laboral?

A nosso ver, a resposta terá que ser negativa³⁸.

Todavia, embora a solução tenha sido expurgada da LRQF, parece-nos que a extensão do âmbito subjectivo dos procedimentos ora em análise, se mantém³⁹. Por isso, para o que aqui releva, no seu âmbito encontram-se incluídos todos os trabalhadores que exerçam as suas funções naqueles órgãos e serviços (art. 2.º do DL n.º 200/2006), independentemente da modalidade de constituição da relação jurídica de emprego público (art. 6.º, n.º 3, da LTFP). Excepcionam-se, no entanto, os militares das Forças Armadas e da Guarda Nacional Republicana, cujos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações constam de leis especiais (art. 2.º, n.º 3, da LRQF e art. 2.º, n.º 2, da LTFP).

3.2 Reorganização de serviços e órgãos

O procedimento de reorganização de serviços e órgãos, enquanto instrumento de modificação objectiva e subjectiva do vínculo laboral, comporta três modalidades (art. 245.º, n.º 1, da LTFP, 4.º, n.º 1, da LRQF e art. 3.º, n.º 1 a 3, do DL n.º 200/2006).

³⁶ Importa, no entanto, não esquecer o regime previsto no art. 274.º, da LTFP.

³⁷ Referimo-nos a todos aqueles trabalhadores que detinham um vínculo definitivo constituído antes da entrada em vigor da LVCR (2009) e que, por força desta mesma lei, fora convertido em contrato de trabalho em funções públicas (art. 88.º, n.º 4, da LVCR).

³⁸ Repare-se que, embora actualmente a modalidade regra de constituição do vínculo de emprego público seja o contrato de trabalho em funções públicas (art. 6.º, n.º 3, al. a) e 7.º, da LTFP), como bem conclui SANDRA LOPES (op. cit., p. 141), os trabalhadores nomeados constituem ainda uma grande fatia dos recursos humanos da actual Administração Pública, pelo que a sua exclusão deste regime impede uma eficaz racionalização de efectivos no sector público.

No entanto, por não constituir objecto do presente trabalho, teremos de relegar para outra ocasião, a discussão quanto à bondade desta solução.

³⁹ Uma vez que não se trata aqui de saber quem pode ou não ser despedido com fundamento nas causas objectivas que originam o despoletar dos procedimentos de reorganização ou de racionalização. De resto, os arts. 259.º, n.º 1 e 311.º, da LTFP resolveram a questão ao proibir que os antigos trabalhadores nomeados sejam abrangidos pela 2ª fase da requalificação e assim despedidos por causas objectivas.

Em primeiro lugar, temos o procedimento de *extinção* o qual, iniciando-se com o diploma⁴⁰ que o determina (art. 4.º, n.º 2, do DL n.º 200/2006), compreende todas as operações e decisões necessárias à cessação das actividades do serviço, sem qualquer transferência de atribuições ou competências para outro serviço⁴¹, à mobilidade geral ou à colocação em situação de requalificação do respectivo pessoal e à reafecção de todos os seus demais recursos (art. 3.º, n.º 1 e 4.º, n.º 1, do DL n.º 200/2006).

Este procedimento deverá ter um prazo máximo de 40 dias úteis (art. 8.º, n.º 1, do DL n.º 200/2006), sendo certo que no seu decurso haverá lugar a um período de mobilidade voluntária, durante o qual o serviço extinto não poderá recusar pedidos de mobilidade funcional efectuados por outros órgãos ou serviços, desde que haja acordo do respectivo trabalhador (art. 246.º da LTFP e 5.º da LRQF)⁴². Os trabalhadores que, no período de mobilidade voluntária, não obtenham colocação, serão colocados em situação de requalificação (art. 257.º, n.º 1, 4 e 5, da LTFP e 15.º, n.º 3, da LRQF).

A este título, não pode deixar de nos causar surpresa, o facto de os trabalhadores que se encontrarem a exercer funções no serviço extinto, em regime de período experimental (art. 45.º e seguintes da LTFP) perderem, de forma absoluta, a expectativa (mais do que fundada) em ver consolidado o seu vínculo de emprego público (art. 247.º, n.º 1, da LTFP)⁴³.

Por outro lado, não é certo que o trabalhador do serviço extinto que se encontre em funções noutra serviço, através de um instrumento de mobilidade funcional, seja colocado em situação de requalificação (art. 247.º, n.º 2, da LTFP), uma vez que este poderá, eventualmente, obter a consolidação da mobilidade no serviço de destino, nos termos do art. 99.º da LTFP. Continuando.

Em segundo lugar, temos o procedimento de *fusão*, o qual, iniciando-se com o diploma orgânico do serviço integrador⁴⁴, compreende todas as operações e decisões necessárias à transferência total das atribuições e competências de um serviço para outro existente ou a criar futuramente⁴⁵, à *reafecção* e eventual colocação em situação de requalificação do

⁴⁰ No caso dos institutos públicos, este diploma deverá ter valor igual ou superior àquele que procedeu à sua criação, nos termos do art. 16.º, n.º 1, da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro.

⁴¹ Pese embora a Lei apenas se refira à extinção de órgãos ou serviços, entendemos que, por interpretação extensiva, também as pessoas colectivas se encontram aqui abrangidas. Caso contrário, deparar-nos-íamos perante uma lacuna de regulamentação, uma vez que o art. 291.º da LTFP deixou de prever a extinção da pessoa colectiva enquanto fundamento de caducidade do contrato de trabalho em funções públicas.

Neste sentido, SANDRA LOPES, op. cit., p. 161 e LUCAS PIRES, *Será inadmissível...*, cit., p. 97.

⁴² Preceito que constitui uma importante derrogação ao regime geral de mobilidade previsto no art. 94.º, n.º 1, al. a), da LTFP.

⁴³ Motivo pela qual, na falta de um adequado regime de compensação pela extinção do seu posto de trabalho, poderá o trabalhador recorrer, neste caso, à acção administrativa para efectivar a responsabilidade do Estado, por facto lícito, mediante a alegação e prova de danos especiais e anormais sofridos em virtude do procedimento de extinção, nos termos do art. 16.º da Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro.

⁴⁴ Para este efeito, serviço integrador é o órgão ou serviço que integre atribuições ou competências transferidas de outro órgão ou serviço ou trabalhadores que lhe sejam afectos (art. 245.º, n.º 6, da LTFP).

⁴⁵ Repare-se, nos frequentíssimos casos (no actual contexto de reforma da Administração) em que se verifica a fusão entre serviços ou institutos públicos que passam a constituir uma outra pessoa colectiva pública, da qual foi exemplo a Autoridade Nacional de Protecção Civil, entidade que surgiu na sequência da reestruturação do Serviço Nacional de Bombeiros e Protecção Civil operada pelo DL n.º 203/2006, de 27 de Outubro, substituindo-o, o qual,

respectivo pessoal e à reafecção de todos os seus demais recursos (art. 3.º, n.º 2 e 5.º, n.º 1 e 2, do DL n.º 200/2006 e 248.º da LTFP).

Em terceiro e último lugar, temos o procedimento de *reestruturação* que se inicia por determinação de acto próprio, implicando a alteração da natureza jurídica do serviço ou órgão (v.g. de direcção-geral para instituto público ou vice-versa⁴⁶) ou das suas atribuições, competências ou estrutura orgânica interna (art. 3.º, n.º 3, do DL n.º 200/2006). Quando este procedimento envolva a transferência de atribuições ou competências para serviços ou órgãos diferentes o seu início será despoletado já não através de *acto próprio* mas sim por *diploma*, conforme sucede no procedimento de fusão (cfr. art. 6.º, n.º 1 a 3 do DL n.º 200/2006)^{47,48}.

Em todo o caso, há que realçar que o diploma que inicia o procedimento (de fusão ou de reestruturação) deverá fixar os critérios *gerais* e *abstractos*⁴⁹ que permitam identificar o universo de trabalhadores necessários à prossecução das atribuições ou competências transferidas e que devem ser reafectos ao serviço ou órgão integrador (art. 250.º da LTFP)⁵⁰.

Contudo, na perspectiva de ANA FERNANDA NEVES⁵¹, o problema surge precisamente pelo facto de este preceito legal admitir que, em determinadas ocasiões, a transmissão das atribuições ou das competências (em caso de *fusão* e *reestruturação*) possa não ser acompanhada pela transmissão da totalidade das relações laborais que estão afectas ao serviço reestruturado ou alvo de fusão, o que se encontraria em manifesta afronta ao garantido pela Directiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001. A este título,

por sua vez, havia resultado da fusão dos anteriores Serviço Nacional de Bombeiros e Serviço Nacional de Protecção Civil.

Vide ainda o Ac. do TCAS, de 25 de Setembro de 2008, Processo n.º 03861/08 e do TCAN, de 12 de Outubro de 2012, Processo n.º 00611/12.1BEBRG na qual se discutia a colocação em situação de mobilidade especial de trabalhadores da Direcção Regional de Agricultura da Beira Interior e Litoral e Entre Douro e Minho, que haviam sido extintas e objecto de fusão, sendo as suas atribuições integradas na Direcção Regional de Agricultura e Pescas do Centro e do Norte, respectivamente.

⁴⁶ Veja-se o exemplo, por um lado e entre vários outros, do Instituto Nacional da Administração, I.P. que, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 48/2012 de 29 de Fevereiro, passou a integrar a Administração Directa Estadual e a denominar-se por Direcção Geral da Qualificação dos Trabalhadores em Funções Públicas, com a inerente sujeição ao poder de direcção do Governo, nos termos do art. 199.º, al. d), da CRP, perda de autonomia financeira e de poder regulamentar (externo) próprio. Por outro lado, vários foram os institutos públicos transformados em entidades públicas empresariais (v.g. o Instituto de Estradas de Portugal, transformado por força do DL n.º 239/2004, de 21 de Dezembro, em EP- Estradas de Portugal, E.P.E.) ou até em entidades administrativas privadas (a EP – Estradas de Portugal, E.P.E. transformada pelo DL n.º 374/2007 de 7 de Novembro, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos) – Cfr. ANA RAQUEL MONIZ, *A recusa de aplicação...*, 2012, pp. 262-263, nota 116.

⁴⁷ Vide Ac. do STA, de 29 de Maio de 2014, Processo n.º 070/14 que se debruçou sobre um pedido de um trabalhador para ser voluntariamente colocado na situação de mobilidade especial após a reestruturação e fusão ocorrida no âmbito do Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge.

⁴⁸ Aqui chegados, não poderemos deixar de fazer notar que o diploma mediante o qual se despoleta o procedimento de extinção, fusão e, nos casos em que ocorra transmissão de atribuições ou competências, de reestruturação, será, em regra, emanado pelo Governo ao abrigo da sua função legislativa (art. 198.º, n.º 2, da CRP), constituindo, por isso, uma manifestação do princípio da auto-organização de um órgão de soberania. E, portanto, se assim é, o controlo jurisdicional dessa decisão estará, em princípio, excluído do âmbito da jurisdição administrativa (cfr. art. 4.º, n.º 3, al. a), do ETAF).

⁴⁹ Vide Ac. do TC n.º 695/05, Processo n.º 14/05, de 14.12.2005.

⁵⁰ A realidade por nós constatada leva-nos a chegar à conclusão de que, na grande maior parte dos casos, este critério traduz-se, em suma, no “*exercício efectivo de funções no organismo extinto*” (cfr. a título de exemplo, o art. 4.º do DL n.º 219/2012, de 9 de Outubro). Todavia, admite-se que nem sempre seja assim.

⁵¹ In *A Directiva 2001/23/CE como limite ao despedimento dos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas*, in *Questões Laborais*, n.º 45, pp. 248 e seguintes.

podemos agora afirmar com alguma segurança que, embora a reorganização de estruturas da Administração Pública e a transferência de atribuições entre Administrações Públicas não corporizem, “*em si mesmas e enquanto tais, uma transferência de empresa*”⁵², o certo é que sempre que essas entidades desempenhem uma actividade económica submetida às regras de direito privado, as vicissitudes nelas ocorridas encontrar-se-ão também abrangidas pelo âmbito de aplicação da aludida Directiva, devendo, nesse caso, ser assegurada a correspondente transmissibilidade da totalidade das relações laborais da entidade pública intervencionada^{53,54}.

No mais, parece-nos que o legislador preteriu, de forma intencional, o assegurar da plena transmissibilidade das relações laborais, em detrimento da previsão de um regime procedimental mais ou menos garantístico dos direitos dos trabalhadores (não) reafectados, elegendo, para o efeito, critérios que permitam, isso sim, ir ao encontro do eficaz exercício das competências atribuídas aos serviços ou órgãos integradores.

3.3 Racionalização de efectivos

O procedimento de racionalização de efectivos, enquanto instrumento de ordem gestionária, efectiva-se mediante *decisão* do dirigente máximo do serviço ou do membro do órgão do Governo de que aquele dependa, compreendendo todas as operações e decisões necessárias à avaliação dos recursos humanos do serviço ou órgão para efeitos de uma eventual decisão que reconheça o seu desajustamento face aos objectivos, atribuições, actividades e necessidades de funcionamento do serviço (art. 7.º, n.º 1, do DL n.º 200/2006 aqui aplicável *ex vi* art. 245.º, n.º 2, 1ª parte, da LTFP).

3.3.1 O desajustamento face às necessidades e objectivos

Em primeiro lugar, a decisão de racionalização pode fundar-se no desajustamento do pessoal afecto ao serviço face às suas necessidades permanentes ou à prossecução dos seus objectivos. Todavia, embora consideremos que esta decisão constitui um verdadeiro acto administrativo (ainda que emanado ao abrigo de valorações próprias da função administrativa e, por isso, largamente discricionário), a verdade é que este acaba por ser uma espécie de acto *consequente* de um outro que tudo teria para se aproximar a um parecer *vinculativo*. Falamos do acto antecedente que, na sequência de um processo de avaliação, reconhece aquele desajustamento (art. 3.º, n.º 4, do DL n.º 200/2006).

⁵² Cfr. Ac. do TJUE, Scattolon c. Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca.

⁵³ Cfr. Ac. do TJUE, Annette Henke c. Gemeinde Schierke, Verwaltungsgemeinschaft «Broeken» e, na jurisprudência portuguesa, o Ac. do TCAN, de 22 de Maio de 2015, 02795/11.7BELSB.

⁵⁴ Vide art. 372.º, n.º 1, da LTFP que impõe a transferência dos acordos colectivos do empregador público para o serviço integrador durante o prazo mínimo de 12 meses.

A nosso ver, a pedra de toque para o controlo jurisdicional da legalidade deste procedimento passará, naturalmente, pela análise da concreta *fundamentação* e da *justificação*⁵⁵ deste acto (antecedente) que reconhece o desajustamento do pessoal afecto face àquelas que são os objectivos ou necessidades do serviço ou órgão.

Destarte, depois de reconhecido o referido desajustamento, a decisão gestionária de início do procedimento de racionalização limitar-se-á a proceder à alteração do número de efectivos, carreiras ou áreas funcionais dos recursos humanos, em conformidade com o proposto naquele parecer prévio (ou em outros, v.g. relatórios de auditoria e estudos de avaliação organizacional – art. 7.º, n.º 3, do DL n.º 200/2006)⁵⁶.

De resto, foi esta a modalidade de racionalização que serviu de motivação para o Conselho Directivo do Instituto da Segurança Social, I.P. proceder à redução do número de postos de trabalho na categoria de Educador de Infância que viria a originar a apresentação de providências cautelares tendentes à suspensão dos seus efeitos⁵⁷.

3.3.2 O desequilíbrio económico-financeiro estrutural e continuado

Conforme havíamos referido *supra* (Ponto 2), no seu acórdão n.º 474/2013, o TC pronunciou-se pela inconstitucionalidade da primeira versão da LRQF na parte em que permitia a racionalização de efectivos em caso de “*redução de orçamento do órgão ou serviço decorrente da diminuição de transferências do Orçamento do Estado ou de receitas próprias*”. A pronúncia jurisdicional antecedente ancorou-se, designadamente, no facto de os motivos previstos se encontrarem em termos largamente indeterminados “*por não individualizar ou precisar qualquer critério ou padrão que permita sindicat a adequação das razões que determinaram o decisor, mormente se são razões de índole geral, independentes do desempenho (potencial ou efectivo) do órgão ou serviço em questão na satisfação das suas competências e atribuições, e na prossecução do interesse público, ou razões de disfunção do órgão ou serviço, mormente no plano dos recursos humanos*”⁵⁸. A este grau de indeterminação, acrescia o facto não menos relevante, de a decisão de restrição orçamental, determinante de toda a cadeia decisória subsequente, deter natureza política e, por isso, se encontrar excluída do controlo jurisdicional dos tribunais administrativos (art. 4.º, n.º 3, al. a), do ETAF).

Assim, tendo presente a argumentação expandida pelo TC, o Governo viria a substituir o aludido fundamento de racionalização, por um outro, dotado de uma nova roupagem: os

⁵⁵ Indispensável, em “terrenos” como este, demarcados por uma ampla margem de livre apreciação por parte da Administração – cfr. ROGÉRIO SOARES, op. cit., p. 276.

⁵⁶ Vide art. 153.º, n.º 1, do CPA, destacando-se a possibilidade de fundamentação por remissão que deverá ser articulada com o especial dever de fundamentação previsto para este caso concreto.

⁵⁷ Cfr. entre vários outros, os Ac’s. do TCAN, de 2 de Julho de 2015, Processo n.º 00236/15.0BECBR, de 11 de Setembro de 2015, Processo n.º 00104/15.5BEAVR e de 14 de Agosto de 2015, Processo n.º 00217/15.3BECBR. Veja-se, ainda, Recomendação n.º 5/A/2015 de 17 de Julho da Provedoria de Justiça.

⁵⁸ Repare-se que o TC acabava por indicar ao Governo qual o caminho a percorrer por este na procura de uma solução que respeitasse os ditames da CRP, esclarecendo que a decisão de redução de efectivos apenas poderia encontrar fundamento na identificação e resolução de disfunções profundas e estruturais e já não, como permitiria a redacção proposta, na diminuição imediata e pontual de custos.

“*motivos decorrentes de desequilíbrio económico-financeiro estrutural e continuado do órgão ou serviço*” (arts. 245.º, n.º 2, da LTFP e 4.º, n.º 2, da LRQF).

A este título, se é certo que, por um lado, nos parece que o Governo logrou contornar a censura efectuada pelo TC ao impor a necessidade de que a demonstração e fundamentação desse desequilíbrio *caracterizado* conste de relatório elaborado na sequência de um procedimento prévio de avaliação (arts. 245.º, n.º 3, da LTFP e 4.º, n.º 3, da LRQF)⁵⁹, por outro, o fundamento introduzido é, a nosso ver, manifestamente redundante⁶⁰. Por uma simples razão.

Se atentarmos na parte final do referido preceito legal, logo se verifica que esta exige, cumulativamente (ao desequilíbrio económico-financeiro), o desajustamento dos recursos humanos face às necessidades ou objectivos do serviço. Ora, se assim é, então o empregador público poderá sempre optar pela modalidade bem menos exigente prevista no art. 3.º, n.º 4, do DL n.º 200/2006 (que *supra* analisámos no Ponto 3.3.1), que prescinde da verificação desse desequilíbrio económico-financeiro caracterizado, para dar início ao procedimento de racionalização de efectivos.

Todavia, repare-se que, por forma a evitar a arbitrariedade na modificação objectiva ou subjectiva da relação laboral operada pelo empregador público, o apontado desequilíbrio económico-financeiro deverá de ser *estrutural e continuado*, isto é, não poderá ser meramente conjectural ou transitório⁶¹. De resto, parece-nos evidente que este é um fundamento importado do despedimento colectivo previsto no âmbito do direito laboral privado, mais concretamente, no art. 359.º, n.º 2, al. b), do CT⁶².

Acresce que, em todo o caso, a decisão final de racionalização deverá ser precedida de um complexo de actos endoprocedimentais que, inelutavelmente, a vincularão no seu conteúdo (dotando-a da necessária densidade técnico-gestória ao nível da sua fundamentação), a saber:

(i) O relatório fundamentado e elaborado na sequência de um processo de avaliação que justifique o desajustamento caracterizado (art. 245.º, n.º 2, *in fine*, da LTFP);

(ii) O parecer técnico das entidades orçamentais competentes e, por fim,

⁵⁹ Permitindo, assim, o controlo jurisdicional da sua legalidade, designadamente, quanto a saber se a Administração logrou demonstrar a verificação das razões objectivas de interesse público que determinaram e justificaram a decisão de racionalização de efectivos.

⁶⁰ Pese embora admitamos que o legislador terá pretendido esclarecer que também as causas económicas podem ter impacto no processo de gestão de recursos humanos no âmbito da Administração Pública.

⁶¹ Cfr. BRUNO MESTRE, *O Regime jurídico da reafecção de trabalhadores na Lei n.º 35/2014, de 20/06*, in *Questões Laborais*, n.º 45, 2015, p. 299.

No âmbito do direito laboral privado, vejam-se, entre outros, o Ac. do TRP, de 25 de Fevereiro de 2002, P. 0240617, no qual se considerou que o desequilíbrio económico-financeiro de uma secção da empresa constituiria motivo estrutural suficiente para encerrar essa secção e o Ac. do STJ, de 9 de Dezembro de 2010, P. 4107/07, no qual se referiu não ser admissível invocar a figura do despedimento colectivo com fundamento em meros juízos ocasionais.

⁶² Defendendo a adaptação dos fundamentos do direito laboral privado ao direito laboral Público, vide PALMA RAMALHO e MADEIRA BRITO, op. cit., p. 5 e SANDRA LOPES, op. cit., p. 118. Em sentido contrário, considerando que estes fundamentos não devem ser aplicados no âmbito do vínculo de emprego público, MIGUEL LUCAS PIRES, *Os regimes de vinculação...*, cit., pp. 214 e seguintes.

(iii) A aprovação daquele relatório pelo membro do Governo responsável (art. 245.º, n.º 3, da LTFP). Este complexo de actos intra-administrativos constituirá a, nosso ver, a pedra de toque para o controlo da legalidade da decisão final.

3.3.3 A redução dos postos de trabalho e necessidades transitórias

Aditado com a LRQF, este terceiro fundamento de racionalização de efectivos não fora submetido ao crivo do TC e, por isso, gozará, por princípio, de uma presunção de constitucionalidade que é inerente aos actos legislativos⁶³. Todavia, argumentos não faltarão para suscitar a fiscalização sucessiva da sua constitucionalidade.

A Lei diz-nos que a decisão gestionária poderá ainda ser emitida “*por motivo de redução de postos de trabalho ou necessidades transitórias decorrentes, designadamente, do planeamento e organização da rede escolar*” (arts. 245.º, n.º 4, da LTFP e 4.º, n.º 4, da LRQF). Contudo, parece-nos que a censura da indeterminabilidade das normas efectuada pelo TC a propósito da “*redução do orçamento*” (Ponto 3.3.2) poderia ser perfeitamente extensível a este fundamento, por vaguidade e imprecisão⁶⁴.

Em todo o caso, sempre se dirá que a discricionariedade consentida por estes normativos, permitirá a modificação (ou até a extinção) arbitrária de relações jurídicas por alteração de ciclos políticos, sem que se verifique uma qualquer causa objectiva que o justifique⁶⁵. Pelo que há aqui uma notória e injustificada compressão do direito à segurança do trabalhador público (art. 53.º da CRP). Aliás, esta tese, acaba por sair reforçada se se tiver em conta que a redução de postos de trabalho operada através da alteração dos mapas de pessoal, deve, impreterivelmente, ocorrer no âmbito de um procedimento de reorganização (art. 29.º, n.º 7, da LTFP), sendo que, neste caso, contrariamente àquele, a reorganização administrativa é o seu fundamento e não a sua consequência, como parece fazer crer a redacção do art. 245.º, n.º 4, da LTFP⁶⁶.

Posto isto, uma vez mais, relevará aqui o dever de fundamentação para o controlo jurisdicional da legalidade de uma decisão que é de índole eminentemente gestionária.

4. Procedimento de reafecção de trabalhadores

A metodologia por nós adoptada no presente trabalho visa igualmente proporcionar uma melhor compreensão quanto ao momento em que deve ter lugar o exercício do fundamental direito de participação e informação das associações sindicais nos procedimentos relativos aos

⁶³ Vide GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1993, pp. 765 e 1055.

⁶⁴ Neste sentido, MIGUEL LUCAS PIRES, *Será mesmo inadmissível...*, cit., p. 41 e ANA FERNANDA NEVES, *A Directiva...*, cit., p. 286, nota 185.

⁶⁵ Neste sentido, VEIGA e MOURA, *Os novos regime de vinculação...*, cit., pp. 100-101.

⁶⁶ Quanto à ampla margem de discricionariedade de que dispõe o dirigente máximo do serviço na elaboração dos mapas de pessoal, veja-se a crítica de LINO RIBEIRO, op. cit., p. 7.

trabalhadores, conforme é o caso (art. 338.º, n.º 1, al. d) e 343.º, n.º 2, als. b) e c), da LTFP). É que uma coisa é o procedimento de reorganização e de racionalização, outra, bem distinta, é o procedimento de reafecção ou de colocação em situação de requalificação, que lhes é consequente.

Posto isto e, sem prejuízo do dever de informação da comissão de trabalhadores a que deva haver lugar (arts. 326.º, al. c) e) e 327.º, al. f) da LTFP), entende-se que o exercício daquele amplo direito de participação sindical deverá ser assegurado em momento prévio ao da elaboração do acto genético do regime de reafecção, ou seja, do diploma que determina a extinção ou fusão do serviço ou órgão e do acto que procede à sua reestruturação ou racionalização, uma vez que é esse o momento chave que condicionará todo íter procedimental e decisório subsequente e que afectará logicamente a situação jurídico-funcional futura dos seus representados.

Tenhamos então presente que depois de despoletado o início do procedimento de reorganização de serviços e órgãos ou de racionalização de efectivos, se inicia um outro, o procedimento de reafecção de trabalhadores ou, sendo caso disso, de colocação em situação de requalificação (arts. 251.º, n.º 1, da LTFP e art. 9.º, n.º 1, da LRQF).

4.1. O mapa comparativo

Em primeiro lugar, o dirigente máximo do serviço integrador deverá, depois de ouvido o dirigente máximo do serviço extinto, reestruturado ou racionalizado (“intervencionado”), elaborar um *mapa* que estabeleça uma comparação entre (i) o número de efectivos existentes no serviço ou órgão intervencionado e (ii) o número de postos de trabalho necessários para assegurar a prossecução das atribuições ou exercício das competências transferidas para o serviço integrador (art. 251.º, n.º 2 e 6, da LTFP).

De notar, que a indicação dos postos de trabalho necessários deverá ser suficientemente *detalhada*, designadamente, por subunidades orgânicas, identificando, quando necessário, a carreira, a área de actividade, o nível habilitacional ou área de formação e área geográfica^{67,68}. Mas não apenas.

A indicação dos postos de trabalho necessários deverá encontrar-se devidamente *justificada*, através, nomeadamente, da ponderação das razões que levaram a prescindir de determinados postos de trabalho excedentários em detrimento de outros e da indicação dos critérios adoptados para definir os postos de trabalho tidos como necessários (art. 251.º, n.º 3 e 4, da

⁶⁷ Face ao teor da norma, não poderemos deixar de discordar (em parte) com SANDRA LOPES, op. cit., p. 153, nota 372, quando a Autora refere ter desaparecido a exigência de elaborar as listas de postos de trabalho. Na verdade, uma fundamentação *clara, suficiente e congruente* (art. 153.º do CPA) terá, a nosso ver, inerente e por via de regra, a elaboração de uma lista que indique os postos de trabalho necessários (tal como o previa o art. 13.º, n.º 3, da LMB).

⁶⁸ Repare-se que no Ac. do TCAS, de 25 de Fevereiro de 2010, P. 05490/09 considerou-se que se a Administração opta legitimamente por não indicar a carreira e a área habilitacional dos postos de trabalho, então deverá explicitar os fundamentos pela qual entendeu ser desnecessária essa indicação.

LTFP). O cumprimento do dever de fundamentação⁶⁹ é, neste caso concreto, particularmente relevante, pois será aqui que se centrará, em grande medida, o controlo jurisdicional da legalidade da decisão final do procedimento, tendo em conta que, em matéria técnico-gestionária, o mérito, a conveniência ou a oportunidade da actuação administrativa não poderá, em regra, ser sindicado pelos particulares (art. 3.º, n.º 1, do CPTA)⁷⁰.

Só após o cumprimento deste formalismo, o mapa comparativo estará em condições de ser ou não *aprovado* pela entidade competente para o efeito, a qual em regra, corresponderá ao membro do Governo responsável pela área respectiva (art. 29.º, n.º 4, aplicável *ex vi* art. 251.º, n.º 5 da LTFP). Em caso de racionalização de efectivos, esta aprovação equivalerá ao reconhecimento de que os trabalhadores que estão afectos ao serviço intervencionado são desajustados às suas necessidades permanentes ou à prossecução dos seus objectivos, nos termos do art. 3.º, n.º 4, do DL n.º 200/2006 (cfr. art. 255.º, n.º 6, da LTFP).

4.2. Os métodos de selecção

Se do mapa comparativo aprovado constar um número de postos de trabalho necessários *inferior* ao número de efectivos existentes no serviço intervencionado, passar-se-á à fase de selecção dos trabalhadores a reafectar ao serviço integrador (art. 251.º, n.º 8, da LTFP e 10.º, n.º 8, da LRQF)⁷¹. Se, pelo contrário, o número de postos de trabalho necessários for superior ao número de efectivos existentes, então nesse caso o procedimento de reafecção não terá razão de ser, devendo, por isso, ser oficiosamente arquivado.

A fase de selecção é aberta por despacho do dirigente responsável pelo procedimento gestor (em regra, o dirigente do serviço integrador)⁷² publicitado em lugar próprio do serviço, o qual deverá fixar e descrever o universo de trabalhadores abrangidos pelo mapa comparativo, o seu âmbito de aplicação (por carreira, área de actividade, nível habilitacional ou área de formação e área geográfica), indicando o prazo para a sua conclusão (art. 252.º, n.º 4, da LTFP). No mesmo despacho, pese embora disponha de alguma margem de livre decisão na escolha de um dos dois critérios de selecção previstos (avaliação de desempenho ou avaliação de competências profissionais)⁷³, o dirigente não deverá olvidar que o primeiro critério apenas poderá ser escolhido quando os trabalhadores da mesma carreira tenham sido

⁶⁹ Cfr. arts. 268.º, n.º 3, da CRP e arts. 152.º, n.º 1, al. a) e 153.º do CPA.

⁷⁰ Para o efeito, vejam-se os acórdãos do STA, de 25 de Janeiro de 2011, P. 0538/10, no qual se considerou existir vício de forma com força invalidante do acto final do procedimento, uma vez que a lista dos postos de trabalho necessários em causa era apenas composta por números e estes, como o Tribunal afirmou, “*não se fundamentam a si próprios*”; do TCAS, de 09 de Maio de 2013, P. 05910/10, que concluiu pela falta de indicação clara das razões que determinaram a fixação dos postos de trabalho necessários, referindo que essa fundamentação cumpre não apenas objectivos internos (do dirigente do serviço perante a tutela), mas também externos (da Administração perante os trabalhadores); e do TCAS, de 21 de Novembro de 2013, P. 07589/11, que considerou haver violação do dever de fundamentação por falta de indicação da justificação, de facto e de direito, relativamente à fixação concreta do número de postos de trabalho necessários, evidenciando ainda que, quando se trate do exercício de poderes discricionários, esse dever deverá ser o mais minucioso possível, por forma a permitir a sua plena compreensão.

⁷¹ Sendo certo que, neste caso, o serviço ou órgão começará por promover as diligências legais necessárias à cessação dos contratos por tempo determinado ou determinável de que não careça (n.º 9).

⁷² Cfr. arts. 5.º, n.º 2 e 8.º, n.º 3, al. b), do DL n.º 200/2006 e art. 245.º, n.º 8, da LTFP.

⁷³ Concordamos, por isso, com BRUNO MESTRE, *op. cit.*, p. 300, ao concluir que não existe qualquer preferência ou hierarquia na escolha de um dos métodos de selecção previstos pelo legislador.

avaliados de acordo com o mesmo sistema de avaliação de desempenho, no último ano em que esta tenha ocorrido (art. 252.º, n.º 1, 2 e 3, e 254.º, n.º 3 da LTFP)^{74,75}.

Assim, se no que toca à aplicação do método de avaliação de desempenho, esta é feita através do recurso à última classificação obtida pelo trabalhador (art. 253.º, als. a) e b), da LTFP)⁷⁶, na aplicação do método de avaliação curricular ou de competências profissionais, esta poderá consistir na utilização de vários critérios (v.g. análise do currículo e prestação de provas) por forma a aferir das competências e experiência profissional relevantes do trabalhador para o posto de trabalho em causa (art. 254.º, n.º 1 a 3, da LTFP). Por fim, atribuída a respectiva pontuação final, será proferido despacho que contenha o *projecto* dos resultados da aplicação dos métodos de selecção e das listas nominativas, por ordem decrescente de resultados (art. 252.º, n.º 5 e 6 e art. 256.º, n.º 2, da LTFP), o qual deverá ser notificado a cada trabalhador para, querendo, exercer o seu direito de audição prévia, nos termos dos arts. 121.º e 122.º do CPA⁷⁷.

4.3. A lista nominativa

Cumprido o direito de participação procedimental e nada havendo a alterar no conteúdo da intenção administrativa, proceder-se-á à notificação de cada trabalhador quanto ao resultado final e do respectivo posicionamento na lista nominativa (art. 252.º, n.º 5, da LTFP e arts. 112.º e seguintes do CPA e 268.º, n.º 3, da CRP). O despacho ou deliberação que aprove a lista nominativa final constituirá assim, a nosso ver, o acto administrativo horizontalmente definitivo do procedimento gestor em questão⁷⁸.

No mais, seguir-se-ão os seus *actos de execução*, designadamente, a reafecção dos trabalhadores pela ordem constante da lista nominativa (art. 256.º, n.º 1, 2 e 4, da LTFP) ou, caso o número de efectivos existentes no serviço intervencionado seja superior ao número de reafectados ao serviço integrador por via da lista nominativa, a colocação dos trabalhadores não reafectados ou excedentários em situação de requalificação ou não ocupação efectiva

⁷⁴ No sentido da escolha da avaliação de desempenho como critério de selecção não afrontar o princípio da igualdade, vejam-se os Ac (s). do TCAN, de 25 de Março de 2010, P. 00310/08.9BECBR e de 3 de Fevereiro de 2011, P. 00299/09.7BECBR.

⁷⁵ Repare-se que no impressivo Ac. do STA, de 30 de Abril de 2009, P. 0110/09, se considerou que, ao abrigo do art. 16.º, n.º 2, al. a), da LMB, havendo três trabalhadores avaliados pelo mesmo sistema de avaliação e um trabalhador não avaliado, o critério de selecção a adoptar para a sua graduação no procedimento de reafecção poderia legitimamente ser, quanto àqueles três, o da avaliação de desempenho e, quanto a este, o da avaliação de competências profissionais. Pese embora entendamos não se tratar de solução pacífica, parece-nos, no entanto, que esta tese se poderá manter, com a mesma argumentação, ao abrigo do art. 252.º, n.º 3, da LTFP.

⁷⁶ Esta solução poderá, no entanto, causar fortes distorções do ponto de vista da justiça material, quando aplicada a um trabalhador que, embora toda a sua carreira tenha obtido a menção máxima de desempenho relevante, no último ano, por qualquer razão, tenha sido avaliado com a menção de desempenho adequado ou inadequado (art. 50.º, da Lei do SIADAP), ignorando assim todo o seu percurso profissional anterior.

⁷⁷ Aplicável *ex vi* art. 2.º, n.º 5, do CPA. Poderá, no entanto, a Administração proceder à dispensa da realização dessa diligência (nos casos previstos no art. 124.º do CPA). Todavia, caso o número de interessados seja elevado, terá de haver lugar a consulta pública (art. 124.º, n.º 1, al. d), do CPA).

⁷⁸ Sem prejuízo de, havendo ainda postos de trabalho não ocupados no serviço integrador, se dever proceder a novo procedimento de reafecção para o preenchimento desses postos (art. 255.º, n.º 1 a 4).

(art. 257.º, n.º 1 e 2, da LTFP)⁷⁹, com a inerente diminuição da remuneração e acréscimo de deveres funcionais (arts. 258.º a 264.º da LTFP)⁸⁰.

De seguida, se para uns termina assim um caminho deveras complicado, para outros (os colocados na situação de requalificação), inicia-se um novo procedimento (mais um!), que comportará duas fases, cuja análise, por extravasar aquele que constitui o objecto do presente trabalho, terá de ser relegada para outro momento.

5. Conclusão

Aqui chegados, parece-nos legítimo concluir que o vínculo de emprego público não é mais o que era. Na verdade, a sua estabilização objectiva e subjectiva encontra-se agora ao sabor das decisões técnico-gestionárias que são tomadas pelos altos dirigentes da Administração Pública na busca pela eficiência e eficácia da actuação administrativa. Para o efeito, o empregador público goza de um amplo leque de poderes de conformação objectiva da relação laboral, v.g. alterando o local onde o labor deve ser prestado ou adaptando as funções dentro de um conteúdo funcional amplo por natureza.

Todavia, não podemos esquecer que se, quando opta por reduzir o seu mapa de pessoal, o empregador público o faz no pressuposto de que existe uma situação económica negativa que impossibilita a manutenção de determinado nível de emprego, já o empregador privado apenas o faz para obter um concreto benefício económico. Por estar ciente da diferente lógica de actuação que sempre deverá distinguir o agente público (racional na gestão do dinheiro público) do agente privado (em busca incessante pelo *profit*), é que o legislador continua a não transpor para a LTFP os fundamentos (v.g. tecnológicos e de mercado) que se encontram previstos para o despedimento colectivo no CT, contrariamente ao que sucede, designadamente, em Espanha.

Em todo o caso e, independentemente da consequência (modificativa ou extintiva) que esteja associada às causas objectivas, sempre que a Administração pretenda utilizar os mecanismos gestionários de reorganização e de racionalização de efectivos, esta deverá observar todo um íter procedimental complexo que garanta o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos do trabalhador público. Para o efeito, frisamos que, num contexto demarcado por uma ampla margem de discricionariedade técnica, a *justificação* das decisões *endo* e *exo* procedimentais constituirá, apenas uma de várias vinculações que, a serem preteridas, inquirarão, salvo *utile per inutile non vitiatur* (art. 163.º, n.º 5, do CPA), a decisão final, ou seja,

⁷⁹ Correspondente à situação de valorização profissional agora prevista pela Proposta de Lei n.º 43/XIII apresentada no dia 7 de Dezembro de 2016 pelo Governo e que se encontra, nesta fase, em discussão pública. Avizinha-se, por isso, um regime mais estável para o trabalhador público, uma vez que, contrariamente ao regime actual de requalificação, se propõe que, durante o período de valorização profissional, o trabalhador mantenha a mesma categoria, posição e nível remuneratório, revogando-se a possibilidade de cessação unilateral do vínculo de emprego público por causas objectivas, nos termos dos arts. 289.º, n.º 2 e 311.º a 313.º da LTFP.

⁸⁰ Sem olvidar que até a aprovação das respectivas listas nominativas, deverá o dirigente responsável desenvolver todas as diligências que considerar adequadas em ordem a obter a colocação destes trabalhadores em outro órgão ou serviço (art. 255.º, n.º 5, da LTFP).

o despacho que aprovação da lista de reafectados e a lista de trabalhadores a colocar em situação de requalificação.

Em suma, são estes os procedimentos cujas decisões finais estão na génese do procedimento de requalificação ou valorização profissional dos trabalhadores públicos. Todavia, parece-nos que, sendo aprovada a Proposta de Lei n.º 43/XIII, o empregador público deixará de poder despedir com fundamento nas causas objectivas analisadas, uma vez que a LTFP revogou o art. 18.º da Lei do CIT que habilitava o recurso às figuras do despedimento colectivo e da extinção do posto de trabalho previstas no CT.

Referência bibliográficas

Doutrina

ALMEIDA, Mário Aroso de (2015). *Teoria Geral do Direito Administrativo: O novo Regime do Código do Procedimento Administrativo* (2ª ed.). Almedina, pp. 55-72.

AMARAL, Diogo Freitas do (2007), *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, pp. 42-43.

BILHIM, João (2012). *Gestão por Objectivos, Desempenho e Progressão na Carreira*, Handbook de Administração Pública, AAVV, p. 189.

BOSSAERT, Danielle (2005). *The flexibilisation of the employment status of civil servants: from life tenure to more flexible employment relations?* disponível em <http://www.eupan.eu>, Luxembourg, pp. 1-46.

BRITO, Miguel Nogueira de (2013). *Parecer sobre o Decreto da AR n.º 177/XII*, disponível em <http://www.portugal.gov.pt>.

CANOTILHO, J. J. Gomes (2003). *Direito Constitucional e Teorias da Constituição* (7ª edição). Almedina, p. 258.

CANOTILHO, J. J. Gomes & Moreira, Vital (2014). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (4ª edição). Vol. I. Coimbra, p. 709.

GOMES, Júlio (2007). *Direito do Trabalho, Vol. I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, pp. 946; 991-996.

FERNANDES, António Monteiro (2014). *Direito do Trabalho*, Almedina, p. 510.

FERNANDES, Liberal (1995). *Autonomia Colectiva dos Trabalhadores da Administração*. Crise do Modelo Clássico de Emprego Público, *Stvdia Ivridica* n.º 9, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 27-28.

LOPES, Sandra (2016). *Cessação do vínculo de emprego público: A conjuntura jurídica dos contratados*. Almedina, p. 117 e seguintes.

MARTINEZ, Pedro Romano (2006). *Da cessação do contrato* (2ª edição). Almedina, p. 480.

MARTINS, Alda (2009). *A laboralização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego*, in *Revista Julgar*, n.º 7, pp. 163-184.

MARTINS, Pedro Furtado (2012). *Alterações ao regime do despedimento por extinção do posto de trabalho* in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XLIII, Janeiro/Julho, 1-2, pp. 191-2010.

MESTRE, Bruno (2015). *O Regime jurídico da reafecção de trabalhadores na Lei n.º 35/2014, de 20/06*, in *Questões Laborais*, n.º 45, Coimbra Editora, pp. 291-304;

MIRANDA, Jorge & Rui Medeiros (2006). *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. 1, Coimbra, p. 508.

MONIZ, Ana Raquel (2012). *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*. Almedina, pp. 262-263.

MOURA, Paulo Veiga (2004). *A Privatização da Função Pública*, Coimbra Editora, pp. 391-393.

MOURA, Paulo Veiga & Cátia Arrimar (2010). *Os Novos Regimes de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores da Função Pública: Comentário à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro*. Coimbra Editora. pp. 57 e 100-101.

NEVES, Ana Fernanda (2000). *Os Desassossegos de regime da Função Pública*, in *RFDUL*, Vol. XLI, n.º 1, pp. 49-69.

NEVES, Ana Fernanda (2010). *Direito da Função Pública*. in Paulo Otero & Pedro Costa Gonçalves (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo Especial*. Volume IV, Almedina, pp. 359-556.

NEVES, Ana Fernanda (2014). *A Directiva 2001/23/CE como limite ao despedimento dos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas*, in *Questões Laborais*, Ano XXI, n.º 45, Coimbra Editora, pp. 247-290.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, Gonçalves, Pedro Costa & João Pacheco de Amorim (2010). *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Vol. I, Almedina, p. 138.

OTERO, Paulo (2016). *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, Almedina, pp. 314-315

PIRES, Miguel Lucas (2013). *Os regimes de vinculação e a extinção das relações jurídicas dos trabalhadores da Administração Pública*, Almedina, p. 57.

PIRES, Miguel Lucas (2014). *Será mesmo inadmissível "despedir funcionários públicos"?* Reflexões em torno do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013, de 29 de Agosto. Almedina, pp. 9-103.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma (2003). *Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral* in Estudos de Direito do Trabalho, Vol. I, Almedina, pp. 69 e seguintes.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma & Pedro Madeira Brito (2013). *Nótula sobre o Diploma de Requalificação da Função Pública*, disponível em <http://www.portugal.gov.pt>, pp. 5 e seguintes.

RAIMUNDO, Miguel Assis (2015). *Os princípios no Novo CPA e o princípio da boa administração, em particular*. In C. A. Gomes, A. Neves & T. Serrão (Coord.). *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*. Lisboa: AAFDL, pp. 151-188.

RIBEIRO, Lino José Baptista Rodrigues (2010). *A privatização das relações de trabalho na administração pública – Direitos adquiridos ou Arbítrio legislativo?* in Colóquio de Direito Administrativo Privado – Ou a Crise do Direito Administrativo realizado nos dias 19 e 20 de Novembro no auditório 1 da Faculdade de Direito da UCP do Porto, pp. 234-235;

SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Administrativo*, lições policopiadas ministradas no Curso de Direito no Porto da Universidade Católica Portuguesa, s/d; n.º 19.

SOUSA, Marcelo Rebelo de (1999). *Lições de Direito Administrativo*, Lex, Vol. I, p. 86.

SOUSA, Marcelo Rebelo de & André Salgado de Matos (2008). *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, Dom Quixote, pp. 183-187.

Jurisprudência

Jurisprudência do Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional. (31 de Maio de 1988). N.º 107/88, Processo n.º 220/88;

Acórdão do Tribunal Constitucional. (22 de Julho de 1992). N.º 285/92, Processo n.º 383/92;

Acórdão do Tribunal Constitucional. (27 de Outubro de 1992). N.º 340/92, Processo n.º 532/92;

Acórdão do Tribunal Constitucional. (31 de Outubro de 1995). N.º 581/95, Processo n.º 407/88;

Acórdão do Tribunal Constitucional. (12 de Março de 1997). N.º 233/97, Processo n.º 220/96;

Acórdão do Tribunal Constitucional. (7 de Janeiro de 2003). N.º 4/2003, Processo n.º 437/02;

Acórdão do Tribunal Constitucional. (7 de Novembro de 2007). N.º 551/2007, Processo n.º 266/07;

Acórdão do Tribunal Constitucional. (20 de Abril de 2010). N.º 154/2010, Processo n.º 177/09;

Acórdão do Tribunal Constitucional. (20 de Setembro de 2013). N.º 612/2013, Processo n.º 531/12;

Acórdão do Tribunal Constitucional. (29 de Agosto de 2014). N.º 474/2013, Processo n.º 754/13.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia. (6 de Setembro de 2011). Processo C-108/10. Scattolon c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia. (15 de Outubro de 1996). Processo C-228/04. Annette Henke c. Gemeinde Schierke, Verwaltungsgemeinschaft «Broeken».

Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo. (30 de Abril de 2008). Processo n.º 0110/09;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo. (22 de Outubro de 2008). Processo n.º 0396/08;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo. (19 de Novembro de 2008). Processo n.º 0717/08;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo. (21 de Setembro de 2010). Processo n.º 0253/10;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo. (25 de Janeiro de 2011). Processo n.º 0538/10;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo. (29 de Maio de 2014). Processo n.º 070/14.

Jurisprudência do Tribunal Central Administrativo Norte

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (11 de Dezembro de 2008). Processo n.º 00228/08.5BECBR-A;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (25 de Setembro de 2008). Processo n.º 03861/08;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (3 de Fevereiro de 2011). Processo n.º 00299/09.7BECBR;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (25 de Março de 2011). Processo n.º 00310/08.9BECBR;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (12 de Outubro de 2012). Processo n.º 00611/12.1BEBRG;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (13 de Junho de 2014). Processo n.º 00574/12.3BECBR;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (2 de Julho de 2015). Processo n.º 00236/15.0BECBR;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (31 de Julho de 2015). Processo n.º 00127/15.4BEMDL;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (14 de Agosto de 2015). Processo n.º 00366/15.8BECBR;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (14 de Agosto de 2015). Processo n.º 00217/15.3BECBR;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (31 de Agosto de 2015). Processo n.º 00064/15.2BEMDL;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (31 de Agosto de 2015). Processo n.º 00370/15.6BECBR;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (11 de Setembro de 2015). Processo n.º 00104/15.5BEAVR;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (11 de Setembro de 2015). Processo n.º 00250/15.5BEAVR;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (23 de Setembro de 2015). Processo n.º 00349/15.8BECBR;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte. (09 de Setembro de 2016). Processo n.º 00403/13.0BEPRT.

Jurisprudência do Tribunal Central Administrativo Sul

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul. (25 de Setembro de 2008). Processo n.º 03861/08;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul. (01 de Outubro de 2009). Processo n.º 05235/09;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul. (25 de Fevereiro de 2010). Processo n.º 05490/09;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul. (23 de Fevereiro de 2012). Processo n.º 06621/00;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul. (14 de Junho de 2012). Processo n.º 03722/08;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul. (09 de Maio de 2013). Processo n.º 05910/10;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul. (21 de Novembro de 2013). Processo n.º 07589/11;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul. (18 de Dezembro de 2014). Processo n.º 06811/10.

Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. (26 de Novembro de 2008). Processo n.º 08S1874;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. (09 de Dezembro de 2010). Processo n.º 4107/07.5TTLSB.L1.S1.

Jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. (24 de Abril de 2013). Processo n.º 1158/09.9TTLRS.L1-4.

Jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. (25 de Novembro de 2002). Processo n.º 0240617;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. (21 de Outubro de 2013). Processo n.º 512/11.0TTVRL.P1.

27. O Local de Trabalho e Mobilidade Geográfica

Marta Filipa Ramos Mendes

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

LOCAL DE TRABALHO E MOBILIDADE GEOGRÁFICA

Marta Filipa Ramos Mendes

1. Introdução e delimitação do tema
 2. O Local de Trabalho
 - 2.1. Noção e Natureza
 - 2.2. Relevância
 - 2.3. Princípio da Inamovibilidade (e Exceções)
 - 2.4. Análise comparativa face ao Código do Trabalho
 3. Mobilidade Geográfica
 - 3.1. Enquadramento e Descrição do regime no âmbito da LTFP
 - 3.2. Análise comparativa face ao Código do Trabalho
 - 3.3. A “Mobilidade Territorial” no âmbito do Regime de Valorização Profissional
 4. Conclusão.
- Bibliografia

Palavras-chave: Local de trabalho; garantia de inamovibilidade; mobilidade; mobilidade geográfica.

1. Introdução e delimitação do tema

Na presente exposição propomo-nos analisar o conceito e relevância de local de trabalho à luz da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (abreviadamente designada “LTFP”), aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho e, bem assim, o regime jurídico da mobilidade geográfica dos trabalhadores em funções públicas.

Impõem-se algumas notas prévias.

Em primeiro lugar, não cuidaremos de analisar, por extravasar o nosso tema, as modalidades de vínculo de emprego público, previstas no artigo 6.º e seguintes da LTFP¹, embora tenham impacto nas questões que pretendemos desenvolver, por estarem na sua base. Assim, por facilidade de exposição, utilizaremos indistintamente o conceito alargado de ‘contrato de trabalho em funções públicas’, abrangendo todas as modalidades de vínculo, mas tendo sempre omnipresente a particular natureza das relações estabelecidas no âmbito da Administração Pública², que como sabemos, têm sempre, como fim último, a prossecução do interesse público.

Em segundo lugar, face ao âmbito alargado das remissões previstas no artigo 4.º e 56.º, n.º 2, da LTFP, para o Código de Trabalho, e à relevância que este diploma assume enquanto lei ‘modeladora’ ou ‘inspiradora’ à LTFP, consideramos relevante proceder a uma análise

¹ Ou seja, contrato de trabalho em funções públicas, nomeação, comissão de serviço e ainda contrato de prestação de serviço para exercício de funções públicas (salvo outras modalidades especiais).

² Na leitura do presente trabalho não deveremos olvidar, nomeadamente, que “o empregador público é o Estado ou outra pessoa colectiva pública que constitui vínculos de emprego público nos termos da lei” – artigo 25.º, n.º 1, da LTFP –; que “no exercício das suas funções, os trabalhadores em funções públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público (...)” – artigo 19.º, n.º 1, da LTFP e ainda o especial procedimento de formação do vínculo – artigos 33.º e seguintes da LTFP.

comparativa entre ambos os diplomas. Além do mais, a LTFP é uma lei recente, não existindo ainda doutrina ou jurisprudência significativa sobre a mesma, pelo que se justifica, em preceitos ou regras coincidentes, o recurso à doutrina e jurisprudência laboralista-civilista.³

Numa nota comparativa, é forçoso, desde já, fazer duas considerações: a primeira, referir que, ao contrário do que sucede no âmbito do Código do Trabalho, em que a matéria de local de trabalho e mobilidade geográfica (sob a epígrafe “*Transferência de local de trabalho*”) se encontra concentrada num capítulo (“Capítulo II – “*Prestação de trabalho*”), que abrange apenas 4 artigos (artigos 193.º a 196.º), na LTFP a matéria encontra-se mais dispersa: o local de trabalho está incluído nas disposições gerais do Capítulo II (“*Actividade, local de trabalho e carreiras*”, artigo 83.º), enquanto a mobilidade geográfica se encontra integrada no Capítulo III (“*Mobilidade*”), abrangendo os artigos 92º a 100º.

A segunda consideração, que se justifica também em razão da delimitação do tema em análise, traduz-se no facto de, também ao contrário do Código do Trabalho, a mobilidade geográfica, no âmbito da LTFP, não ser tratada como um ‘regime jurídico próprio e individualizado’, antes surge acoplada ou em decorrência das modalidades de mobilidade previstas no artigo 93º da LTFP – (i) mobilidade na categoria e (ii) mobilidade intercarreiras ou categorias (denominada mobilidade funcional).

Por outras palavras, a mobilidade geográfica surge na LTFP como consequência eventual, *a latere* funcional e não de forma autónoma, como modalidade de mobilidade ‘auto-suficiente’.

Em contraste com o regime de mobilidade da LTFP, faremos menção, no final da exposição, ao regime da “mobilidade territorial” no âmbito do Regime da Valorização Profissional, constante da Proposta de Lei n.º 43/XIII, o qual surge como modalidade autónoma de mobilidade.

Uma última nota para nos referirmos ao modo de exposição: parece-nos lógico partir do conceito de local de trabalho e da relevância da sua determinação, fazendo menção ao princípio da inamovibilidade e, posteriormente, proceder à análise específica das normas que se referem à mobilidade geográfica, enquanto excepção ao referido princípio e, bem assim, como alteração do contrato de trabalho em funções públicas. Como já avançado, concluiremos com uma breve análise da “mobilidade territorial”, no âmbito do Regime Especial da Valorização Profissional.

2. O local de trabalho

2.1. Noção e Natureza

O legislador não fornece uma definição legal de local de trabalho, antes utiliza a expressão como “referencial”⁴ em diversas normas, tendo a sua máxima expressão no n.º 1 do artigo

³ O n.º 3 do artigo 25.º da LTFP dispõe que “*para efeitos de aplicação das regras do Código de Trabalho (...) o empregador público é equiparado à empresa.*”, ideia que termos presente ao longo do nosso estudo.

83.º da LTFP (sob a epígrafe *Local de trabalho*), segundo o qual “o trabalhador deve, em princípio, realizar a sua prestação no local de trabalho correspondente ao posto de trabalho atribuído, sem prejuízo das situações de mobilidade previstas na presente lei”.

O local de trabalho surge, assim, como lugar ou espaço geográfico de execução da prestação laboral, ou, por outras palavras, como lugar do cumprimento da contraprestação do empregador público. Segundo ROSÁRIO PALMA RAMALHO, o conceito coincide com o “*centro estável ou predominante do desenvolvimento da actividade laboral*”⁵.

Na verdade, o local de trabalho assume grande relevância, não só por ser um elemento fundamental do contrato de trabalho em funções públicas – como previsto na d) do n.º 2 do artigo 40.º da LTFP –, mas também porque trabalhador só cumpre a prestação a que se vinculou se a realizar no local de trabalho definido, não podendo ser obrigado, salvo exceções, a realizá-la noutra local distinto do fixado⁶.

No entanto, face às expressões “lugar”, “espaço geográfico”, mostra-se pertinente questionar qual é, afinal, a extensão ou quais os limites na definição do local de trabalho.

A este respeito, é unanimemente reconhecido quer pela doutrina⁷, quer pela jurisprudência⁸ (laboralista), que o conceito de local de trabalho é caracterizado pela sua ‘relatividade’ ou ‘elasticidade’, pois pode abranger áreas de extensão variável.

Como bem reflecte MONTEIRO FERNANDES “tanto pode dar-se-lhe a amplitude de uma província (ou de um país), como a de um certo compartimento em determinado edifício”⁹. E tal dependerá da natureza das funções exercidas¹⁰.

Tendo, embora, como assente que, nas palavras de PEDRO MADEIRA DE BRITO, o local de trabalho não é nem um ponto do espaço, nem a sua delimitação é feita com recurso a instrumentos de medida de precisão¹¹, existem, ainda assim, diversas situações em que é o próprio legislador que procede à extensão ou alargamento do conceito de local de trabalho (já de si elástico), dando-lhe novos contornos e significado.

⁴ MADEIRA DE BRITO, PEDRO, *Local de Trabalho, in Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*, Vol. I, IDT – FDUL, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 355.

⁵ RAMALHO, ROSÁRIO PALMA, *Tratado do Direito do Trabalho, II*, pág. 429.

⁶ CARVALHO, CATARINA, *A Mobilidade Geográfica dos Trabalhadores no Código do Trabalho, in VII Congresso de Direito do Trabalho, Memórias*, Coord. Prof. Dr. António Moreira, Almedina, pág. 44.

⁷ *Vd.*, entre outros, AMADO, JOÃO LEAL, *Contrato de Trabalho*, 4ª edição, Coimbra Editora, pág. 247, MADEIRA DE BRITO, PEDRO, *Local de Trabalho...*, pág. 355 e CARVALHO, CATARINA, *Mobilidade Geográfica ...*, pág. 45.

⁸ *Vd.*, entre outros, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06/02/2008 (proc. 07S2898), Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07/03/2012 (proc. 4397/07.3TTLSB.L1-4) disponíveis em www.dgsi.pt e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Uniformizador de Jurisprudência n.º 8/2016, disponível em https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/74163193/details/maximized?p_auth=Txe805dZ (ainda que incida sobre a questão de privilégio imobiliário especial, faz uma alusão ao “local de trabalho”).

⁹ MONTEIRO FERNANDES, ANTÓNIO, *Direito do Trabalho*, 11ª edição, Coimbra, pág. 404.

¹⁰ Pense-se, por exemplo, num Oficial de Justiça ou num funcionário da Autoridade Tributária, que exercerão as suas actividades, respectivamente, no Tribunal e no serviço de finanças; já os motoristas de uma Câmara Municipal ou de serviços de âmbito nacional terão, porventura, de se deslocar numa região ou no país (designadas actividades itinerantes).

¹¹ MADEIRA DE BRITO, PEDRO, *Código do Trabalho Anotado*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 366.

Desde logo, é o que sucede no n.º 2 do artigo 83.º da LTFP, nos termos do qual o trabalhador terá que realizar as deslocações inerentes às suas funções e ainda aquelas indispensáveis à sua formação profissional. Como explica CATARINA CARVALHO, neste ponto, o legislador “*reserva o termo «deslocação» para designar este tipo de “alterações” que encontram cobertura no próprio contrato por inerência com o desempenho das funções acordadas, ou por força deste alargamento legal do âmbito geográfico contratualmente definido. Estas situações não podem, assim, ser subsumidas a hipóteses de verdadeira mobilidade geográfica (...)»*”¹². “*Tratar-se-ão, em regra, de deslocações de curta duração, que não afectam seriamente a estabilidade do trabalhador*”¹³. Ora, nestas situações, os limites “elásticos” são distendidos ou alargados, mas não são ultrapassados.

Tal extensão é também visível, de forma exemplificativa, em matéria de higiene e segurança do trabalho, prevendo a Lei n.º 102/2009, de 10 de Setembro, no seu artigo 4º, alínea e), que o conceito de local de trabalho para os referidos efeitos corresponde ao “*lugar em que o trabalhador se encontra ou de onde ou para onde deva dirigir-se em virtude do seu trabalho, no qual esteja directa ou indirectamente sujeito ao controlo do empregador.*” Verificamos, pois, que o local de trabalho se pode estender mais além do lugar onde habitualmente são exercidas as funções. O critério directivo ou de controlo surge como aliado do critério geográfico, mas sobretudo como potenciador da extensão do local de trabalho (basta pensar numa ordem de serviço que implique uma deslocação, ainda que excepcional, ao estrangeiro). A mesma definição de local de trabalho é dada em matéria de acidentes de trabalho, tal como prevê a alínea a) do n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 98/2009, de 4 de Setembro, que regula o Regime de Reparação de Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais. Do artigo 9.º, sob a epígrafe “*extensão do conceito*”, resulta que é também considerado acidente de trabalho o ocorrido, nomeadamente, “*a) No trajecto de ida para o local de trabalho ou de regresso deste (...);” ou “d) No local de trabalho, quando em frequência de curso de formação profissional ou, fora do local de trabalho, quando exista autorização expressa do empregador para tal frequência;” ou ainda “f) No local onde o trabalhador deva receber qualquer forma de assistência ou tratamento em virtude de anterior acidente e enquanto aí permanecer para esse efeito.*” Também nestes casos é clarividente a distensão dos limites ‘normais’ de local de trabalho, sem, no entanto, os ultrapassar.

Como veremos adiante, outras situações existem, diferentes das aqui descritas, em que são verdadeiramente ultrapassados os limites geográficos definidos como local de trabalho, e que implicam uma verdadeira alteração desse local (falamos da mobilidade geográfica).

Concluimos que o local de trabalho pode ser mais ou menos extenso e que os seus limites podem ser legalmente distendidos, mas certo é que esse local de trabalho tem que ser definido.

Como bem explicita JOÃO LEAL AMADO “*não poderá verificar-se uma total indeterminação do local de trabalho, pois a situação de heterodisponibilidade do trabalhador tem de resultar, de algum modo, especialmente delimitada pelo contrato*”, acrescentando que “*A exigência de*

¹² CARVALHO, CATARINA, *A Mobilidade Geográfica*, pág. 45.

¹³ LOBO XAVIER, BERNARDO, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, 2011, pág. 496.

determinação ou determinabilidade do objecto do contrato de trabalho é incontornável, quer quanto ao tipo de funções desempenhadas, quer quanto ao lugar de execução das mesmas^{14/15}. No mesmo sentido, JOANA NUNES VICENTE explicita que *“a ideia de predeterminação do parâmetro geográfico decorre de razões que se prendem com o requisito da própria ordem pública, também contemplado no artigo 280.º do Código Civil (...)”*.¹⁶ Rejeita-se, assim, a indeterminação absoluta do local de trabalho.

Finalmente, resta-nos encerrar este ponto com a ideia de que, embora não tenhamos procedido a uma descrição exaustiva do conceito, fica assente a diversidade de significados e a variabilidade da extensão que pode assumir o local de trabalho, motivo pelo qual, na elucidativa e auto-explicativa expressão de PEDRO MADEIRA DE BRITO, o conceito de local de trabalho tem *“natureza plurisignificante”*¹⁷.

2.2. Relevância

Determinada a sua noção e natureza, impõe-se fazer uma breve alusão à relevância do conceito de local de trabalho, que pode ser reconduzida a dois níveis:

(i) Plano adjectivo, e

(ii) Plano substantivo.

No que concerne ao plano adjectivo ou processual, o local de trabalho é relevante para aferição da competência territorial do tribunal administrativo que apreciará os litígios emergentes de vínculos de emprego público. Dispõe o n.º 3 do artigo 19.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (“CPTA”), que as acções intentadas por trabalhador contra o empregador público podem ser propostas no tribunal do lugar da prestação do trabalho (ainda que, alternativamente, possa ser intentada no tribunal do domicílio do autor).

Quanto ao plano substantivo, o local de trabalho constitui um aspecto de suma importância no âmbito de qualquer relação laboral, quer para o empregador quer para o trabalhador (seja essa relação constituída ao abrigo de direito privado, seja ao abrigo do direito público, em que a entidade empregadora pertence à Administração Pública).

De facto, o interesse do empregador público (correspondente à prossecução do interesse público) apenas será satisfeito se o trabalhador desempenhar as suas funções no lugar convencionado, e não noutro; é nesse local fixado que o trabalhador, integrado e interagindo

¹⁴ AMADO, JOÃO LEAL, *Local de Trabalho, Estabilidade e Mobilidade: O Paradigma do Trabalhador On The Road?*, in *Temas Laborais*, Coimbra Editora, pág. 69.

¹⁵ Também MADEIRA DE BRITO, PEDRO observa *“O trabalhador não se pode obrigar a executar as suas funções no Planeta Terra”*, in *Local de Trabalho...*, pág. 370.

¹⁶ VICENTE, JOANA NUNES, *Cláusulas de definição do local de trabalho*, *Questões Laborais*, n.º 42, Coimbra Editora, págs. 229; com especial relevo vide o ponto III, a respeito do teste da determinabilidade do artigo 280.º, n.º 1, do Código Civil, págs. 224 e seguintes.

¹⁷ MADEIRA DE BRITO, PEDRO, *Local de Trabalho ...*, pág. 355.

com os demais recursos – humanos e materiais –, contribuirá para o proveito e utilidade do seu desempenho.

Quanto ao trabalhador, é também ele interessado na fixação do local de trabalho, mas em termos diversos. Com efeito, é em função do local de trabalho que vai dispor a sua maneira de viver¹⁸, que vai organizar e planificar toda a sua vida extraprofissional^{19/20}(como fixação de residência, escolha da escola dos filhos, da associação desportiva da zona, organização dos seus tempos livres, questão dos transportes, entre outros). Como expressivamente declara JOÃO LEAL AMADO “*nós vivemos, em boa medida, em função do sítio onde trabalhamos*”, reconhecendo que “*o local de trabalho constitui, portanto, um elemento nuclear do contrato*”^{21/22}, entendimento que acompanhamos²³.

Atendendo ao que fica exposto, resulta como consequência lógica que, a partir do momento em que é determinado o local de trabalho – segundo o qual o trabalhador projecta o seu plano de vida a longo prazo –, são criadas expectativas de estabilidade e permanência nesse lugar, merecedoras de tutela e protecção por parte do ordenamento jurídico.

Não é de aceitar, pois, que o trabalhador deva estar sujeito, a todo o tempo, a ver alterado o seu local de trabalho, com os prejuízos daí advenientes, ideia aliás que se encontra na base do Princípio da Inamovibilidade, sob o qual nos debruçamos no ponto seguinte.

2.3. Princípio da Inamovibilidade (e Excepções)

Gostaríamos de deixar clara a ideia de que o empregador público tem poder de direcção sobre o trabalhador²⁴, incluindo o poder de determinar o efectivo local de prestação do trabalho e as deslocações inerentes às funções de cada trabalhador, dentro dos limites convencionados no contrato²⁵ (como já explicitámos, limites ‘elásticos ou relativos’, mas determinados ou determináveis). De facto, é inegável que o empregador deve gerir os recursos humanos de modo a adequar a prestação laboral às exigências do interesse público e da própria organização dos serviços ou organização produtiva (*latu sensu*), pelo que é possível que, justificadamente, o trabalhador tenha, em certo momento, que ser sujeito a transferência ou mobilidade.

¹⁸ LOBO XAVIER, BERNARDO, *Curso de Direito do Trabalho*, Verbo, Universidade Católica, pág. 347.

¹⁹ AMADO, JOÃO LEAL, *Local de Trabalho ...*, págs. 66 e 67.

²⁰ JOSÉ JOÃO ABRANTES qualifica como direitos fundamentais os direitos do trabalhador a uma vida extraprofissional ou à conciliação da vida profissional com a vida pessoal e familiar, in *A Mobilidade dos Trabalhadores e o Código do Trabalho*, Prontuário de Direito do Trabalho, n.º 68, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2004, pág. 68.

²¹ AMADO, JOÃO LEAL, *Local de Trabalho ...*, pág. 66.

²² Reiteramos que “contrato” deve ser entendido como abrangendo qualquer vínculo de emprego público. Como também referido na Introdução, recorreremos aos ensinamentos da doutrina privatística, porque com as necessárias adaptações, são plenamente aplicáveis ao âmbito do nosso estudo, ou seja, das relações laborais na Administração Pública.

²³ Sobre a tendência de alguns autores para minimizar o papel do local de trabalho, remetemos para AMADO, JOÃO LEAL, *Local de Trabalho ...*, págs. 66 e 67.

²⁴ Cfr. Artigo 74.º da LTFP.

²⁵ Como sintetiza AMADO, JOÃO LEAL, *Local de Trabalho ...*, pág. 71, “*o local de trabalho potencial resulta de estipulação contratual, ao passo que o local de trabalho efectivo resulta da direcção patronal*”.

No entanto, o legislador pretende evitar quaisquer acções abusivas por parte do empregador, tendo em vista os prejuízos que tal mudança provoca na vida do trabalhador.²⁶

Destarte, considerando, por um lado, a relevância que assume a determinação ou fixação do local de trabalho para o trabalhador (que, como vimos, influencia o planeamento e organização de toda a sua vida), e por outro lado, o princípio *pacta sunt servanda* ou pontual cumprimento do contrato, o qual não pode ser modificado por vontade unilateral das partes (também aplicável ao domínio aqui em análise), o legislador veda ao empregador, por regra, o poder de transferir o trabalhador para outro local de trabalho.

Assim, tendo em vista tutelar a expectativa de estabilidade criada no momento em que se estabelece o vínculo de emprego público, prevê o artigo 72.º, n.º 1, alínea f), da LTFP que “é proibido ao empregador público: f) sujeitar o trabalhador a mobilidade, salvo os casos previstos na lei”.

De notar que o legislador da LTFP não se refere propriamente ou restritivamente a mobilidade geográfica, referindo-se antes a “*mobilidade*”, o que nos reconduz ao conceito amplo, que abrange as modalidades de mobilidade funcional definidas no artigo 93.º da LTFP e das quais a mobilidade geográfica pode ser apenas consequência eventual.

Não obstante, parece-nos adequado fazer uma interpretação restritiva daquela norma, porquanto a *ratio* da mesma é refrear os (amplios) poderes de direcção do empregador público que possam provocar prejuízo sério ao trabalhador, o que, nos casos de mobilidade, sucederá, na grande maioria das vezes, em situações de mobilidade funcional para categoria inferior (que fica abrangida pela alínea e) do n.º 1 do artigo 72.º da LTFP) e em situações de mobilidade geográfica (que se reconduz à alínea f)), tema ao qual nos restringimos no presente estudo.

Uma última nota a este respeito, para referir que a maioria da doutrina entende tratar-se de uma “*garantia de inamovibilidade*”²⁷. No entanto, em face das alterações legislativas que têm vindo a permitir cada vez mais excepções a este direito – de não sujeição a mobilidade –, parece-nos mais adequado, actualmente, designá-lo como “*princípio da inamovibilidade*”, em detrimento de “*garantia*”^{28/29}.

²⁶ Aliás, as cláusulas de mobilidade geográfica podem assumir um expediente camuflado a título de sanção disciplinar, como alerta VICENTE, JOANA NUNES, in *Cláusulas de mobilidade geográfica: vias de controlo possíveis*, Questões Laborais, nº 27, págs. 67 e 68.

²⁷ Expressão com origem na Lei do Contrato de Trabalho - Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49408, de 27 de Maio de 1966, que continha o direito à inamovibilidade no elenco de garantias do trabalhador (artigo 21.º).

²⁸ CARVALHO, CATARINA, *A Mobilidade Geográfica...*, pág. 49, afirma, a propósito da lei laboral privatística, que “*não deixa de ser paradoxal a consagração de uma garantia (à inamovibilidade) que, na prática, não oferece qualquer espécie de protecção eficaz, bastando aparentemente uma cláusula inserida unilateralmente pelo empregador no contrato de adesão para que este desapareça*”, concluindo que a garantia “*fica, assim, destituída em grande parte de sentido útil, passando a desempenhar uma função meramente «decorativa»*”. Além disso, passou a ser uma “*garantia supletiva*”.

²⁹ Também criticando a expressão, por ser “*demasiado rígida*”, vd. MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 683.

Avançamos, desde já, que o princípio da inamovibilidade (de âmbito territorial) comporta exceções, como é exemplo manifesto a mobilidade geográfica.

2.4. Análise comparativa face ao Código do Trabalho

Antes de analisar o regime de mobilidade geográfica, como exceção ao princípio da inamovibilidade, consideramos relevante terminar o estudo do tema do local de trabalho com uma análise comparativa entre LTFP e o Código do Trabalho.

Assim, no que diz respeito à definição do conceito:

LTFP	CÓDIGO DO TRABALHO
<p>Artigo 83.º “Local de trabalho”</p> <p>“1. O trabalhador deve, em princípio, realizar a sua prestação no local de trabalho correspondente ao posto de trabalho atribuído, sem prejuízo das situações de mobilidade previstas na presente lei.</p> <p>2. O trabalhador encontra-se adstrito às deslocações inerentes às suas funções ou indispensáveis à sua formação profissional.”</p>	<p>Artigo 193.º “Noção de local de trabalho”</p> <p>“1. O trabalhador deve, em princípio, exercer a actividade no local contratualmente definido, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte*.</p> <p>2. O trabalhador encontra-se adstrito às deslocações inerentes às suas funções ou indispensáveis à sua formação profissional.”</p> <p>* Transferência de local de trabalho</p>

Tratando-se de redacções similares, naturalmente, o Código do Trabalho coloca acento tónico na definição contratual do local de trabalho. Fizemos já referência, na introdução deste trabalho, que não poderemos olvidar a natureza especial do vínculo de emprego público, pelo que, tendo esse aspecto em consideração, diríamos que não há diferenças de relevo entre as definições de local de trabalho.

Quanto ao Princípio da Inamovibilidade:

LTFP	CÓDIGO DO TRABALHO
<p>Artigo 129.º, n.º 1, al. f)</p> <p>“É proibido ao empregador público: f) Sujeitar o trabalhador a mobilidade, salvo os casos previstos na lei”.</p>	<p>Artigo 129.º, n.º 1, al. f)</p> <p>“É proibido ao empregador: f) Transferir o trabalhador para outro local de trabalho, salvo os casos previstos neste Código ou instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, ou ainda quando haja acordo”.</p>

Resulta da leitura destes preceitos que na LTPF, o âmbito do princípio da inamovibilidade é mais amplo, abrangendo não só a mobilidade geográfica, mas também as modalidades de mobilidade funcional (ou seja, mobilidade na categoria ou intercarreiras/intercategorias).

Mas a diferença de redacção tem subjacente outra explicação, que diz respeito à forma diferenciada como os dois diplomas tratam a ‘mobilidade geográfica’ (como melhor veremos no ponto 3. infra), mas que se consubstancia, resumidamente no facto de o Código do Trabalho prever um regime de mobilidade geográfica autónomo e individualizado, em que se prevê que “o empregador pode transferir o trabalhador para outro local de trabalho, temporária ou definitivamente” em determinadas situações (artigo 194.º do Código do Trabalho) enquanto na LTPF, a mobilidade geográfica não é uma modalidade individualizada – não está prevista no artigo 93.º da LTFP –, apenas surge como derivação ou consequência eventual e *a latere* das ‘verdadeiras modalidades de mobilidade’.

3. Mobilidade geográfica

3.1. Enquadramento e Descrição do regime no âmbito da LTPF

É amplamente reconhecido que as expectativas ou direito de estabilidade do trabalhador – a favor de quem é estabelecido o princípio da inamovibilidade – conflituam com interesses do empregador público que se prendem com a gestão ou adequação do trabalho às diferentes necessidades, e no nosso caso concreto, às exigências de interesse público.

De facto, “a permanente obrigação de prossecução do interesse público que caracteriza os serviços da Administração Pública impede que a relação de emprego público seja estática, antes exigindo uma permanente adaptação ao devir social, pelo que por razões de maximização da eficiência ou por motivos estritamente económicos, podem ser impostas ou acordadas alterações ao conteúdo do vínculo de emprego público.”³⁰ Na mesma linha (ainda que no âmbito do direito privado), reconhece TIAGO PIMENTA FERNANDES que “um pouco por todo o lado, as legislações laborais têm-se revelado sensíveis à necessidade de alteração do local de trabalho, para dar expressão a exigências [empresariais] de adaptação a alterações de circunstâncias ou de optimização dos factores produtivos, que reclamam a mobilidade dos trabalhadores”³¹.

Ora, esse reconhecimento é feito pela consagração das situações de mobilidade, em especial, mobilidade geográfica, tema que aqui nos ocupa.

³⁰ VEIGA E MOURA, PAULO e ARRIMAR, CÁTIA, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1º volume, Coimbra Editora, págs. 346 e 347.

³¹ FERNANDES, TIAGO PIMENTA, in *O Regime Jurídico da Mobilidade Geográfica do Trabalhador em Portugal. Uma análise crítica à Luz do Direito Espanhol*, Universidade de Santiago de Compostela, 2015, disponível em <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/14727?show=full> .

Recorrendo aos ensinamentos de PEDRO MADEIRA DE BRITO, “*designam-se por cláusulas de mobilidade geográfica aquelas estipulações que versam sobre a localização da prestação ou sobre a possibilidade de transferência do trabalhador*”.³²

Assim, a mobilidade geográfica surge como exceção ao princípio da inamovibilidade e, mais do que isso, como verdadeira alteração do local de trabalho. Na verdade, resulta do que vem exposto que só existirá “*alteração ao local de trabalho quando sejam excedidos os limites geográficos fixados para a realização da prestação de trabalho e agravadas as condições topográficas de realização da prestação de trabalho*”³³. Nestas situações, os limites (elásticos) do local de trabalho são verdadeiramente ultrapassados.

Como fomos também adiantando, no âmbito da LTFP, os preceitos que podemos reconduzir à mobilidade geográfica surgem *a latere* das modalidades de mobilidade previstas no artigo 93.º³⁴, designadamente:

(i) Mobilidade na categoria – em que o trabalhador continua a exercer as funções próprias da sua categoria, mantendo o conteúdo funcional, embora noutro local de trabalho, pertencente ou não ao mesmo órgão ou serviço, mantendo a mesma ou diferente actividade (é disso exemplo um técnico superior jurista que exerce funções no departamento de obras e passa a exercer a sua actividade no departamento de contra-ordenações)³⁵; e

(ii) Mobilidade intercarreiras ou intercategorias – o trabalhador passa a exercer funções diferentes das que correspondem ao conteúdo funcional da categoria ou carreira em que está provido (um exemplo demonstrativo é um assistente técnico que passa a exercer funções de coordenador técnico ou a carreira de técnico superior³⁵).

Sem intenção de aprofundamento da matéria de mobilidade funcional, é essencial mencionar que qualquer das referidas mobilidades pode operar, nos termos do disposto no artigo 94.º, n.º 1, da LTFP:

“a) Por acordo entre os órgãos ou serviços de origem e de destino, mediante a aceitação do trabalhador;

b) Por acordo entre os órgãos ou serviços de origem e de destino, com dispensa de aceitação do trabalhador;

c) Por decisão do órgão ou serviço de destino, com dispensa do acordo do órgão ou serviço de origem, mediante despacho do membro do Governo, em situações de mobilidade entre serviços do ministério que tutela, e com aceitação ou dispensa de aceitação do trabalhador, nos termos do artigo seguinte;

³² MADEIRA DE BRITO, PEDRO, *Local de Trabalho...*, pág. 363.

³³ Assim, MADEIRA DE BRITO, PEDRO, *Local de Trabalho...*, pág. 363.

³⁴ Relembramos que, por extravasar o nosso campo de análise, apenas nos referimos a estes tipos de mobilidade na medida do necessário e essencial e como ponte para a mobilidade geográfica.

³⁵ Exemplos dados por VEIGA E MOURA, PAULO e ARRIMAR, CÁTIA, *Comentários...*, pág. 299/300.

d) Por decisão do órgão ou serviço, em caso de mobilidade entre unidades orgânicas, e com aceitação ou dispensa de aceitação do trabalhador”³⁶.

É exactamente quanto à efectiva necessidade ou dispensa de acordo do trabalhador que assume relevância a mobilidade geográfica – que como verificamos, é uma consequência eventual das situações de mobilidade funcional.

Ora, dispõe o artigo 95.º da LTFP o seguinte:

“1 - É dispensado o acordo do trabalhador para a mobilidade quando o local de trabalho se situe até 60 km³⁷, inclusive, do local de residência e desde que se verifique uma das seguintes situações:

a) O novo posto de trabalho se situe no concelho da residência do trabalhador ou em concelho confinante;

b) O novo posto de trabalho se situe em concelho integrado na área metropolitana de Lisboa ou na área metropolitana do Porto ou em concelho confinante, quando a residência do trabalhador se situe numa daquelas áreas.”

A *contrario sensu* resulta que é indispensável o acordo do trabalhador na situação de mobilidade, sempre que:

(1) Se verifique uma alteração geográfica do local de trabalho em mais de 60km (ou 30km, em caso de categorias 1 ou 2), e

(2a) O novo posto não se situe no mesmo concelho ou concelho confinante da respectiva residência, ou

(2b) Quando resida na área metropolitana do Porto ou Lisboa, o novo posto de trabalho não se situe num concelho integrado nessas zonas.

Mas existem ainda situações excepcionais de mobilidade, como se prevê no artigo 98.º da LTFP, segundo o qual:

“1- A título excepcional, o trabalhador pode ser sujeito a mobilidade, com dispensa do seu acordo, para posto de trabalho situado a mais de 60 km de distância da sua residência, desde que reunidas cumulativamente as seguintes condições:

³⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, *vd.* VEIGA E MOURA, PAULO e ARRIMAR, CÁTIA, *Comentários...*, pág. 352 e seguintes.

³⁷ Este limite é reduzido para 30 km quando o trabalhador pertença a categoria de grau de complexidade 1 (escolaridade obrigatória, acrescida de formação profissional adequada) ou 2 (titularidade do 12º ano ou curso equiparado). Resulta pois que o limite de 60km se aplica aos trabalhadores de categoria 3 (quando é exigida a titularidade de licenciatura ou grau académico superior).

- a) A mobilidade ocorra entre unidades orgânicas desconcentradas de um mesmo órgão ou serviço;*
- b) O trabalhador desempenhe funções correspondentes à categoria de que é titular e ocupe posto de trabalho idêntico na unidade orgânica de destino;*
- c) A mobilidade tenha uma duração máxima de um ano;*
- d) Sejam atribuídas ajudas de custo durante o período de mobilidade.”*

Refira-se que esta mobilidade geográfica é distinta da prevista no artigo 95.º, por vários aspectos: porque se opera no interior do mesmo serviço, entre duas unidades orgânicas situadas em diferentes locais; porque apenas pode existir no âmbito da modalidade de mobilidade na categoria e porque o prazo máximo é limitado a 12 meses (ao contrário da mobilidade – não excepcional – que tem duração máxima de 18 meses, sujeito a prorrogação de 6 meses quando esteja a decorrer procedimento concursal, conforme artigo 97.º LTFP).

Mas ainda que preenchidas as condições de excepcionalidade, importa sublinhar que o acordo do trabalhador é sempre necessário quando:

- (i) A mobilidade envolver mudança de local de trabalho por parte de um trabalhador que tenha sido eleito para estruturas de representação colectiva com mandato em curso ou terminado há menos de 2 anos (artigo 318.º, da LTFP);*
- (ii) A mobilidade operar para carreira ou categoria inferior (artigo 94.º, n.º 2, da LTFP); e*
- (iii) A mobilidade se opere para um órgão que não possa constituir relações de emprego por tempo indeterminado e se preveja que possa ter duração superior a um ano (artigo 94.º, n.º 3, da LTFP).*

Fora dos casos descritos, a situação de mobilidade (geográfica) pode ser imposta coactivamente ao trabalhador.

Em qualquer cenário, a situação de mobilidade – em especial, a mobilidade geográfica –, estará sempre dependente da verificação de determinados pressupostos:

- i) Aplicação aos trabalhadores titulares de vínculo de emprego público por tempo indeterminado – o mesmo é dizer que não poderão ser sujeitos a mobilidade os trabalhadores nomeados transitoriamente ou contratados a termo resolutivo (cfr. artigo 56.º, n.º 6, da LTFP);*
- ii) Conveniência para o interesse público – nos termos do artigo 92º, n.º 1, da LTFP, traduzir-se-á, nomeadamente, na necessidade de economia para o erário público e/ou eficácia e eficiência dos órgãos e serviços. Como reconhecem PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR é justamente por causa da conveniência do interesse público, que as situações de mobilidade nunca ocorrerão sem o acordo dos serviços públicos envolvidos (de origem ou de destino),*

pelo que a mobilidade nunca há-de resultar de um interesse meramente pessoal do trabalhador público³⁸;

iii) Por estar em causa o interesse público, a decisão de mobilidade tem que ser devidamente *justificada e fundamentada* – dir-se-á também a este respeito que não é, naturalmente, qualquer conveniência de interesse público que legitimará a alteração; da fundamentação deverão constar sempre a justificação, as vantagens e benefícios da situação de mobilidade.

Acresce que, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 95.º LTFP que nas situações de dispensa de acordo dos trabalhadores (portanto, abrangidos pelo n.º 1 do artigo 95.º), estes *“podem, no prazo de 10 dias, a contar da comunicação da decisão de mobilidade, requerer a dispensa da mesma, com fundamento em **prejuízo sério** para a sua vida pessoal, nomeadamente através da comprovação da inexistência de rede de serviços de transporte público colectivo entre a residência e o local de trabalho, ou da duração excessiva da deslocação”*³⁹.

A possibilidade de dispensa não ocorre nas demais situações, dado que: ou a situação de mobilidade não abrange mobilidade geográfica e o prejuízo sério nunca se verifica; ou sendo necessário o acordo do trabalhador, em vez do pedido de dispensa, o trabalhador não dará o seu acordo ou assentimento, termos em que será ilícita a decisão de mobilidade, com todas as consequências legais (nomeadamente a manutenção do *status quo ante*).

Ora, o *prejuízo sério* constitui um conceito indeterminado, e foi já, no âmbito do Código do Trabalho e, em especial, no âmbito da Lei do Contrato de Trabalho, bastante debatido pela doutrina e jurisprudência, em especial em matéria de avaliação do prejuízo e em matéria de distribuição do ónus da prova⁴⁰.

Quanto a esta questão, a LTFP parece atribuir o ónus da prova do prejuízo sério ao trabalhador, incumbindo-lhe apresentar o pedido de dispensa da situação de mobilidade, com fundamento em prejuízo sério para a sua vida pessoal, adiantando a própria lei que o prejuízo pode advir da inexistência de rede de serviços de transporte público colectivo entre residência e local de trabalho ou duração excessiva da deslocação, o que, em qualquer caso, terá de comprovar.

³⁸ VEIGA E MOURA, PAULO e ARRIMAR, CÁTIA, *Comentários...*, pág. 347.

³⁹ Também o Código do Trabalho, no artigo 194.º, n.º 1, alínea b), se refere ao prejuízo sério para o trabalhador. A este respeito ALBINO MENDES BAPTISTA defende que *“pode-se em todo o caso ter criado um sistema demasiado pesado em matéria de mobilidade geográfica, porquanto os ordenamentos jurídicos como o italiano, o espanhol, o francês e o alemão, operam tão só com base nas exigências de natureza técnica, organizativa e produtiva, desconhecendo o conceito de prejuízo sério, e não admitindo, em princípio, o direito de resistência do trabalhador a uma ordem de transferência ainda que a mesma lhe cause prejuízo sério”*, in *Notas sobre a Mobilidade Geográfica dos Trabalhadores*, Separata da Obra VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2004, págs. 26 e 27.

⁴⁰ Para maiores desenvolvimentos, vide LOBO XAVIER, BERNARDO, *Manual de ...*, págs. 490 e seguintes; MENDES BAPTISTA, ALBINO, *A Mobilidade Geográfica Dos Trabalhadores – Alguns Pontos Críticos*, IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho, Almedina, 2007, págs. 142 e seguintes; AMADO, JOÃO LEAL, *Local de Trabalho ...*, págs. 72 e seguintes; FERNANDES, TIAGO PIMENTA, in *O Regime Jurídico da Mobilidade Geográfica...*, págs. 128 e seguintes; CARVALHO; CATARINA, *A Mobilidade Geográfica...*, pág. 61 e seguintes e MADEIRA DE BRITO, PEDRO, *Local de Trabalho...*, pág. 373 e seguintes.

No que concerne ao conceito ou avaliação do prejuízo, verificamos que, de facto, o conceito é aberto, carece de concretização, o que confere discricionariedade à decisão administrativa, permitindo a adaptação da norma à complexidade da matéria e às especificidades de cada caso concreto.

Ponto é que terá que se tratar de um prejuízo relevante – diríamos mesmo que, tendo em consideração o interesse público que estará na origem ou motivação da situação de mobilidade do trabalhador em funções públicas, o prejuízo terá de revestir maior que lesão/encargo/dano do que o prejuízo que está em causa numa relação laboral de direito privado.

A este respeito, o entendimento jurisprudencial clássico é o de que *“o prejuízo sério que se refere a lei deve ser apreciado segundo as circunstâncias concretas de cada do caso, devendo assumir um peso significativo na vida do trabalhador, não podendo consistir em mero incómodo ou num transtorno suportável. O prejuízo terá de assumir gravidade de molde relevante à estabilidade de vida do trabalhador (...)”*⁴¹. Em sentido crítico, ALBINO MENDES BAPTISTA declara ter *“fundadas razões para temer que em nome do ‘quadro da vida urbana actual’, se conclua que os ‘transtornos sérios’ não sendo considerados ‘prejuízos sérios’, ao mesmo tempo que se reconhece a deficiente qualidade de vida dos grandes centros urbanos, se esteja a convidar as [entidades patronais] a agravar essa qualidade de vida sem que o trabalhador tenha direito a preservá-la”*⁴².

O entendimento mais recente aponta já para o facto de a determinação do prejuízo sério ter de ser efectuada pelo confronto entre as características da alteração do local de trabalho (distância, condições concretas do novo local) e as condições de vida do trabalhador, devendo o mesmo ser entendido como *“todo o dano que produza uma alteração substancial do plano de vida daquele que não seja exigível ao mesmo ter de suportar”*⁴³.

Uma outra ideia essencial é a de que não estarão apenas em causa, para o trabalhador, prejuízos patrimoniais (como o aumento do custo de vida, eventual diminuição da retribuição), mas também prejuízos ‘morais’, que se reconduzem à perturbação da sua vida familiar ou social, de que são exemplos *“existência de filhos menores, de um cônjuge com emprego na mesma área, a distância entre o local de trabalho e as zonas onde o trabalhador se dedica aos seus hobbies, a inadaptação ao novo ambiente de trabalho, a quebra das relações de companheirismo ou de amizade, a proximidade da morada de família quanto a familiares doentes ou idosos a cargo do trabalhador, ou outras situações de difícil compatibilização com a alteração do local de trabalho”*⁴⁴.

⁴¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Novembro de 1994, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a67ff29f4410cacb802568fc003aae32?OpenDocument>.

⁴² Vide, aprofundadamente, MENDES BAPTISTA, ALBINO, in *Jurisprudência do Trabalho Anotada*, 3ª edição, Quid Iuris, págs. 185 e seguintes e *Estudos*, Prontuário do Direito do Trabalho, Centro de Estudos Judiciários, n.º 54, 1998, págs. 27 e seguintes.

⁴³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Novembro de 2009, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/aa9d5f4811bc41788025767300336f85?OpenDocument>.

⁴⁴ FERNANDES, TIAGO PIMENTA, in *O Regime Jurídico da Mobilidade Geográfica...*, pág. 132.

Em cada caso, o empregador público terá, pois, que avaliar os prejuízos decorrentes da situação de mobilidade e formular um juízo de proporcionalidade sobre os interesses envolvidos⁴⁵, podendo encontrar soluções para minimizar tais encargos ou prejuízos de que é exemplo o n.º 4 do artigo 95.º LTFP, que dispõe que *“O membro do Governo responsável pelas áreas das finanças e da Administração Pública define, por despacho, as condições e os termos em que podem ser compensados os encargos adicionais com deslocações em que o trabalhador incorra pela utilização de transportes públicos colectivos nas situações previstas no presente artigo”*⁴⁶.

3.2. Análise comparativa face ao Código do Trabalho

Do exposto foram ressaltando já algumas das principais diferenças entre os diplomas em causa.

LTFP	CÓDIGO DO TRABALHO
<p>Artigo 95.º <i>Dispensa de acordo do trabalhador</i></p> <p><i>“1 - É dispensado o acordo do trabalhador para a mobilidade quando o local de trabalho se situe até 60 km⁴⁷, inclusive, do local de residência e desde que se verifique uma das seguintes situações:</i></p> <p><i>a) O novo posto de trabalho se situe no concelho da residência do trabalhador ou em concelho confinante;</i></p> <p><i>b) O novo posto de trabalho se situe em concelho integrado na área metropolitana de Lisboa ou na área metropolitana do Porto ou em concelho confinante, quando a residência do trabalhador se situe numa daquelas áreas.</i></p> <p><i>2 - Os trabalhadores abrangidos pelo número anterior podem, no prazo de 10 dias, a contar da comunicação da decisão de mobilidade, requerer a dispensa da mesma, com fundamento em prejuízo sério para a sua vida pessoal (...).</i></p> <p><i>3 - (...)</i></p> <p><i>4 - O membro do Governo (...) define, por</i></p>	<p>Artigo 194.º <i>Transferência de local de trabalho</i></p> <p><i>“1 - O empregador pode transferir o trabalhador para outro local de trabalho, temporária ou definitivamente, nas seguintes situações:</i></p> <p><i>a) Em caso de mudança ou extinção, total ou parcial, do estabelecimento onde aquele presta serviço;</i></p> <p><i>b) Quando outro motivo do interesse da empresa o exija e a transferência não implique prejuízo sério para o trabalhador.</i></p> <p><i>2 - As partes podem alargar ou restringir o disposto no número anterior, mediante acordo (...). 3 - (...)</i></p> <p><i>4 - O empregador deve custear as despesas do trabalhador decorrentes do acréscimo dos custos de deslocação e da mudança de residência ou, em caso de transferência temporária, de alojamento.</i></p> <p><i>5 - No caso de transferência definitiva, o</i></p>

⁴⁵ Na mesma linha, ALBINO MENDES BAPTISTA considera que *“a cláusula de mobilidade deve também observar o princípio da proporcionalidade”* e *“do princípio da boa-fé, devem também ser tiradas as balizas precisas para a utilização da referida faculdade”*, in *Prontuário do Direito do Trabalho*, n.º 73, Novembro, 2006, pág. 118.

⁴⁶ Segundo PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *“a não adopção de medidas minimizadoras dos efeitos da mobilidade podem determinar a própria ilegalidade da medida por violação do princípio da proporcionalidade (...)”*, in *Comentários...*, pág. 356.

⁴⁷ Este limite é reduzido para 30 km quando o trabalhador pertença a categoria de grau de complexidade 1 (escolaridade obrigatória, acrescida de formação profissional adequada) ou 2 (titularidade do 12º ano ou curso equiparado). Resulta pois que o limite de 60km se aplica aos trabalhadores de categoria 3 (quando é exigida a titularidade de licenciatura ou grau académico superior).

<i>despacho, as condições e os termos em que podem ser compensados os encargos adicionais com deslocações em que o trabalhador incorra pela utilização de transportes públicos colectivos nas situações previstas no presente artigo.</i>	<i>trabalhador pode resolver o contrato se tiver prejuízo sério, tendo direito à compensação prevista no artigo 366.º.</i> 6 - (...) 7 - <i>Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto nos n. 1 ou 4, (...)."</i>
---	--

Reiteramos, assim, tal como ressalta da redacção acima transcrita, que o Código do Trabalho imprime autonomia na modalidade de mobilidade geográfica, que designa como “*transferência de local de trabalho*”. Já no âmbito da LTFP, a alteração do local de trabalho é decorrência eventual das modalidades de mobilidade funcional expressamente previstas na lei, porquanto não se consagra uma específica norma sobre a alteração do local de trabalho. Como verificamos, a norma atinente à mobilidade geográfica surge como dispensa do acordo do trabalhador para consagração ou implementação da situação de mobilidade, e apenas quando haja uma alteração que diste 60km (ou 30km, em certas situações) entre local de trabalho e local de residência.

Portanto, tal percepção, tal como a natureza diferenciada de um normal contrato de trabalho e um contrato de trabalho em funções públicas, faz como que a modelação do regime seja diferenciado em muitos dos aspectos.

Refira-se, por exemplo, a possibilidade, prevista no Código do Trabalho, de restringir ou alargar o regime de mobilidade geográfica mediante acordo das partes, o qual caduca ao fim de dois anos se não tiver sido aplicado ou, bem assim, a possibilidade de afastamento do regime por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho (n.ºs 2 e 4 do artigo 194.º do Código do Trabalho).

Não obstante, encontramos conceitos e valores paralelos, de que é exemplo manifesto o conceito de prejuízo sério do trabalhador, enquanto causa impeditiva da situação de mobilidade.

3.3. A “Mobilidade Territorial” no âmbito do Regime de Valorização Profissional

Uma última e breve referência à Proposta de Lei n.º 43/XIII⁴⁸, que institui o novo Regime de Valorização Profissional dos trabalhadores em funções públicas, tendo em vista favorecer um regime de mobilidade voluntária dos trabalhadores para outros serviços da Administração Pública com comprovadas necessidades de pessoal.⁴⁹

⁴⁸ Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=40830>.

⁴⁹ Constitui, na verdade, a revisão do denominado Regime de Requalificação, regulado pela Lei n.º 80/2013, de 28 de Novembro.

Segundo se descreve na Exposição de motivos, este regime “*assenta, essencialmente, numa diferente abordagem da gestão de recursos humanos da Administração Pública, fomentando-se o pleno aproveitamento dos seus efectivos*”⁵⁰.

Sem intenção de analisar ou descrever o regime, chamamos apenas a atenção para a introdução da figura da “mobilidade territorial”, nos termos do artigo 24º, onde se prevê:

“1 - Quando o posto de trabalho identificado se situe a mais de 60 km de distância da residência do trabalhador, mediante o seu acordo, o trabalhador pode reiniciar funções por mobilidade, pelo período máximo de um ano, com direito à atribuição de ajudas de custo durante o período de mobilidade.

2 - Findo o prazo de um ano, o trabalhador pode, mediante o seu acordo, ser integrado nos termos do n.º 2 do artigo 22.º, beneficiando dos seguintes incentivos:

a) Um subsídio de fixação, (...);

b) Um subsídio de deslocação para compensar as despesas de mudança, através do reembolso das despesas efectivamente efectuadas, (...);

c) Um subsídio de residência mensal destinado a compensar o encargo com a habitação resultante da mudança do local de trabalho, de montante correspondente a 25% da sua remuneração base a abonar durante 12 meses;

d) Garantia de transferência escolar dos filhos;

e) Preferência de colocação em procedimento concursal, do cônjuge ou pessoa que viva com o trabalhador em união de facto em serviços situados no concelho ou nos concelhos limítrofes, ou dispensa de anuência do serviço de origem para mobilidade do cônjuge com vínculo de emprego público no âmbito da administração directa e indirecta do Estado.

3 - A atribuição dos incentivos depende da permanência no serviço pelo período mínimo de três anos, sob pena de devolução dos incentivos abonados, (...).”

Cria-se, deste modo, não só uma figura autónoma de mobilidade geográfica (que vive por si, sem constituir consequência de outro tipo de mobilidade, diferentemente do que acontece, como vimos, no âmbito da LTFP) e, mais do que isso, criam-se relevantes incentivos à mesma, de modo a promover a eficiência e eficácia do regime, o qual pretende promover o reinício de funções por integração de trabalhadores que frequentem planos de valorização profissional.

⁵⁰ Pág. 2 da Exposição de Motivos.

4. Conclusão

Os temas de local de trabalho e mobilidade geográfica são bastante extensos, pelo que, face ao tempo e espaço limitados que dispomos, muito ficou, naturalmente, por dizer. Não obstante, deixámos assentes algumas das mais relevantes ideias a respeito e que poderão, de forma breve e resumida, ser elencadas da seguinte forma:

- i. Local de trabalho surge como lugar ou espaço geográfico de execução da prestação laboral;
- ii. É um conceito caracterizado pela sua ‘elasticidade’ ou ‘relatividade’;
- iii. Existem determinadas situações em que é o próprio legislador que procede à extensão ou alargamento do conceito, nomeadamente n.º 2 do artigo 83º da LTFP, matéria de higiene e segurança no trabalho, e matéria de acidentes de trabalho;
- iv. Não obstante os limites ‘elásticos’, o local de trabalho tem que ser determinado ou determinável;
- v. A determinação do local de trabalho tem suma relevância para o empregador, mas também para o trabalhador, quem em função desse local planeia e organiza toda a sua vida – é à luz desta importância que se estabelece o princípio da inamovibilidade (tutela da expectativa de estabilidade do trabalhador);
- vi. O referido princípio comporta exceções, de que são exemplo as cláusulas ou regime da mobilidade geográfica;
- vii. No âmbito da LTFP, a mobilidade geográfica surge como consequência eventual, *a latere* da mobilidade funcional, sendo necessário o acordo do trabalhador quando a mobilidade envolva uma alteração do local de trabalho para distância superior a 60 km (ou 30 km, nos casos da categoria 1 e 2) entre local da residência e local de trabalho;
- viii. Em qualquer situação de mobilidade, pressupõe-se o cumprimento de vários pressupostos, nomeadamente conveniência do interesse público e inexistência de prejuízo sério para o trabalhador;
- ix. Analisámos ainda de forma alargada o conceito de prejuízo sério;
- x. Procedemos à análise comparativa das matérias entre LTFP e Código do Trabalho;
- xi. Última referência à “mobilidade territorial” no âmbito do Regime da Valorização Profissional, constante da Proposta de Lei n.º 43/XIII.

Bibliografia

- ABRANTES, JOSÉ JOÃO, *A Mobilidade dos Trabalhadores e o Código do Trabalho*, Prontuário de Direito do Trabalho, n.º 68, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2004.
- AMADO, JOÃO LEAL,
 - *Contrato de Trabalho*, 4ª edição, Coimbra Editora, 2014.
 - *Local de Trabalho, Estabilidade e Mobilidade: O Paradigma do Trabalhador On The Road?*, in *Temas Laborais*, Coimbra Editora, 2005.
- CARVALHO, CATARINA, *A Mobilidade Geográfica dos Trabalhadores no Código do Trabalho, in VII Congresso de Direito do Trabalho, Memórias*, Coord. Prof. Dr. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2004.
- FERNANDES, TIAGO PIMENTA, *O Regime Jurídico da Mobilidade Geográfica do Trabalhador em Portugal. Uma análise crítica à Luz do Direito Espanhol*, Universidade de Santiago de Compostela, 2015, disponível em:
<https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/14727?show=full>.
- LOBO XAVIER, BERNARDO, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, 2011.
- MADEIRA DE BRITO, PEDRO,
 - *Local de Trabalho*, in *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*, Vol. I, IDT – FDUL, Almedina, Coimbra, 2001.
 - *Código do Trabalho Anotado*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008.
- MENDES BAPTISTA, ALBINO,
 - *Notas sobre a Mobilidade Geográfica dos Trabalhadores*, Separata da Obra VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2004
 - *A Mobilidade Geográfica Dos Trabalhadores – Alguns Pontos Críticos*, IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho, Almedina, 2007.
 - *Jurisprudência do Trabalho Anotada*, 3ª edição, Quid Iuris, 1996.
 - *Prontuário do Direito do Trabalho*, n.º 73, Novembro, 2006.
- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991.
- MONTEIRO FERNANDES, ANTÓNIO, *Direito do Trabalho*, 11ª edição, Coimbra.
- NUNES, CLAUDIA SOFIA HENRIQUES, *O Contrato de Trabalho em funções públicas face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra Editora, 2014.
- OLIVEIRA, FERNANDA PAULA e FIGUEIREDO DIAS, JOSÉ EDUARDO, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ª edição, Almedina, 2016

- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado do Direito do Trabalho*, II, Almedina, Coimbra, 2016.

- VEIGA E MOURA, PAULO e ARRIMAR, CÁTIA, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1º volume, Coimbra Editora, 2014.

- VICENTE, JOANA NUNES,
 - *Cláusulas de definição do local de trabalho*, *Questões Laborais*, n.º 42, Coimbra Editora, 2014.
 - *Cláusulas de mobilidade geográfica: vias de controlo possíveis*, *Questões Laborais*, nº 27, Coimbra Editora, 2006.

28. Tempo e período de trabalho

Raquel Firmino Leal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

TEMPO E PERÍODO DE TRABALHO

Raquel Firmino Leal

1. Introdução
 - 1.1. Delimitação do tema em análise
 - 1.2. Metodologia utilizada
2. Enquadramento legal geral
3. Tempo de trabalho
 - 3.1. Prestação de actividade, interrupções e intervalos compreendidos no tempo de trabalho
4. Período normal de trabalho
5. Horário de trabalho
 - 5.1. Modalidades
 - 5.1.1. Horário flexível
 - 5.1.2. Horário rígido
 - 5.1.3. Horário desfasado
 - 5.1.4. Jornada contínua
 - 5.1.5. Meia jornada
 - 5.1.6. Trabalho por turnos e nocturno
 - 5.2. Período de funcionamento e de atendimento
 - 5.3. Análise crítica sobre o regime jurídico da jornada contínua, a requerimento de trabalhador com responsabilidades familiares
6. Isenção de horário de trabalho
7. Trabalho suplementar
8. Regimes de flexibilização da organização do tempo de trabalho
 - 8.1. Modalidades
 - 8.1.1. Adaptabilidade e banco de horas
9. Conclusões

Palavras-Chave: tempo de trabalho; prestação de actividade; período normal de trabalho; período de funcionamento; período de atendimento; horário de trabalho; horário flexível; horário rígido; horário desfasado; jornada contínua; meia jornada; trabalho por turnos; trabalho nocturno; isenção de horário de trabalho; trabalho suplementar; adaptabilidade; banco de horas; interrupções; intervalos de descanso; trabalhador com responsabilidades familiares.

1. Introdução

1.1. Delimitação do tema em análise

Com o presente estudo pretendemos analisar o regime jurídico aplicável à duração e organização do tempo de trabalho nas relações jurídicas com vínculo de emprego público. Trata-se de um tema com muita relevância para os trabalhadores, pois a divisão do tempo de trabalho e do tempo de não trabalho foi sempre rodeado de grande polémica, tentando os trabalhadores, por um lado, que o tempo de trabalho seja o mais reduzido possível e o empregador público que seja o mais longo possível.

A duração e organização do tempo de trabalho tem reflexos muito importantes em várias vertentes da vida dos trabalhadores, designadamente remuneratória, estado de espírito, bem-estar físico e psicológico, mas, sobretudo, ao nível do princípio da conciliação da vida pessoal a

familiar com a vida profissional, tema este de que nos ocuparemos de forma crítica, em conjugação com o horário em jornada contínua.

1.2. Metodologia utilizada

Num primeiro momento, iremos proceder ao enquadramento legal geral do regime da organização do tempo de trabalho, procedendo, de seguida, a algumas considerações sobre a delimitação positiva e negativa do período normal de trabalho.

Num momento seguinte, faremos uma análise mais detalhada do regime jurídico do horário de trabalho, designadamente a discriminação das suas várias modalidades isenção de horário de trabalho, trabalho suplementar e regimes especiais.

A análise crítica do presente estudo incide sobre o regime jurídico da jornada contínua quando requerida pelo trabalhador com responsabilidades familiares. Procedemos à escolha deste subtema devido à elevada frequência com que ocorrem pedidos de horário de trabalho na referida modalidade, maioritariamente do sexo feminino, com o objectivo de poderem prestar o necessário acompanhamento aos seus filhos menores de doze anos, as sucessivas recusas pelo empregador e respectivos motivos e a conjugação com o princípio da igualdade.

2. Enquadramento legal geral

O tempo de trabalho nas relações laborais da administração pública é um bem constitucionalmente protegido no art. 59.º, n.º 1, als. b) e d) e n.º 2, al. b), da Constituição da República Portuguesa (CRP). Legalmente, cumprindo o ensejo constitucional, o referido regime está sistematizado num conjunto de vinte e dois artigos, que vão desde o art. 101.º até ao art. 121.º, distribuídos pelas quatro secções do Capítulo IV (Tempo de trabalho), do Título IV (Conteúdo do vínculo de emprego público), da Parte II (Vínculo de emprego público) da (Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas) LTFP. Nos termos conjugados dos arts. 4.º, n.º 1, al. g) e 101.º, ambos da LTFP, aplicam-se, subsidiariamente, as normas do Código do Trabalho relativas à duração e organização do tempo de trabalho, constantes dos artigos 197.º a 231.º do Código do Trabalho (CT), cujo regime é regulado com um maior grau de desenvolvimento.

No concerne a instrumentos de contratação colectiva, é imperioso mencionar o Acordo Colectivo das Carreiras Gerais (ACCG) n.º 1/2009, de 28 de Setembro, Diário da República, 2.ª Série, n.º 188, de 28 de Setembro de 2009, aplicável essencialmente, às carreiras gerais da função pública, *ex vi* art. 13.º, n.º 1, da LTFP, interessando ao presente estudo as cláusulas 7.ª a 10.ª e 12.ª a 13.ª, cujas matérias clausuladas são aplicadas com preferência em relação à LTFP, por se tratar de matérias que podem afastar a aplicação da LTFP, tal como ela própria o ordena.

Não podemos olvidar também a aplicação das normas comunitárias directamente relacionadas com o tempo de trabalho, conforme postula o art. 8.º, n.º 3, da CRP, donde se destaca a

Directiva n.º 2003/88/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho¹ e a Directiva n.º 89/391/CEE, do Conselho, de 12 de Junho, aplicável *ex vi* art. 1.º, n.º 3, daqueloutra Directiva².

Cumpre-nos ainda fazer referência às normas internacionais mais relevantes com aplicação imediata e directa no nosso ordenamento jurídico, por via do art. 8.º, n.º 1 e 2, da CRP, designadamente as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relacionadas directamente com a organização do tempo de trabalho, devidamente ratificadas por Portugal e publicadas no Diário da República, que são:

– Convenção n.º 1, relativa ao tempo de trabalho na indústria, de 1919, ratificada pelo Decreto n.º 15 361, de 03/04/1928, publicada no então Diário do Governo da I série, n.º 207, de 14/04/1928;

– Convenção n.º 4, relativa ao trabalho nocturno de mulheres, de 1919, ratificada pelo Decreto n.º 20 988, de 25/11/1931, publicada no então Diário do Governo da I série, n.º 57, de 08/03/1932;

– Convenção n.º 6, relativa ao trabalho nocturno de menores na indústria, de 1919, ratificada pelo Decreto n.º 20 992, de 25/11/1931, publicada no então Diário do Governo da I série, n.º 58, de 09/03/1932;

– Convenção n.º 89, que reviu parcialmente a Convenção n.º 4 relativa ao trabalho nocturno de mulheres, ratificada pelo Decreto n.º 44 862, de 23/01/1963, publicada no então Diário do Governo da I série, n.º 19, de 23/01/1963;

– Convenção n.º 106, relativa ao tempo de descanso semanal no comércio e nos escritórios, de 1957, ratificada pelo Decreto-Lei n.º 43 005, de 03/06/1960, publicada no então Diário do Governo da I série, n.º 130, de 03/06/1960;

– Convenção n.º 109, relativa, além do mais, à duração do trabalho a bordo, de 1958, ratificada pelo Decreto n.º 90/80, de 23/09/1980 e publicada no Diário da República da I série, n.º 220, de 23/09/1980 (apesar desta não ter chegado a entrar em vigor devido ao insuficiente número de ratificações);

¹ Cujas normas, não sendo, em princípio, de aplicação directa, vinculam o Estado quanto ao resultado, deixando margem de liberdade quanto à forma e aos meios para o alcançar, nos termos do art. 288.º Tratado de Funcionamento da União Europeia (anterior art. 249.º Tratado da União Europeia), o que se concretizou através da transposição, da directiva ora indicada, conforme decorre do art. 2.º, al. n) da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

² Apesar da regra ser a da inaplicabilidade directa das Directivas, pelos motivos acima expostos, importa referir que, excepcionalmente, podem estas beneficiar dos **princípios da aplicação directa vertical ou da interpretação conforme**, que foram criados por influência jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia. De acordo com o primeiro, qualquer Directiva (logo também estas duas Directivas) pode apenas ser invocada, para efeitos de aplicação directa, nas relações verticais ascendentes, ou seja, dos particulares contra o Estado, este entendido em sentido amplo (seja qual for a qualidade em que actue), desse que a norma que se pretenda invocar seja incondicional e suficientemente precisa. De acordo com o segundo, o julgador nacional, tem a obrigação de interpretar as normas nacionais em conformidade, em sintonia e com o sentido que resulta das Directivas Comunitárias, independentemente da forma como foram transpostas para o ordenamento jurídico nacional.

– Convenção n.º 171, relativa ao trabalho nocturno, de 1990, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 69/94, de 09/09/1994, publicada no Diário da República da I série A, n.º 209, de 09/09/1994;

– Convenção n.º 175, relativa ao trabalho a tempo parcial, de 1994, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 50/2006, de 28/04/1996, publicada no Diário da República da I série A, n.º 83, de 28/04/2006.

3. Tempo de trabalho

3.1. Prestação de actividade, interrupções e intervalos compreendidos no tempo de trabalho

O conceito de tempo de trabalho está previsto no art. 102.º, n.º 1, da LTFP, sendo coincidente em todos os seus termos com o conceito previsto no art. 197.º, n.º 1, do CT³. Corresponde ao período de tempo que o trabalhador despende com a prestação da sua actividade profissional ou em que deve estar adstrito/disponível para a sua prestação.

O n.º 2 do art. 102.º da LTFP, refere ainda que determinados períodos de não trabalho são, ainda assim, incluídos no tempo de trabalho. São aqueles que se verificam durante o período de presença obrigatória do trabalhador, autorizados pelo empregador público, em casos excepcionais e devidamente fundamentados. A referida norma tem de ser lida em conjugação com o n.º 2, do art. 197.º do CT, que determina quais são os intervalos e interrupções que se consideram integrados no tempo de trabalho:

- a)** A interrupção de trabalho como tal considerada em Instrumentos de Regulamentação Colectiva de Trabalho (IRCT), em regulamento de empresa ou resultante de uso da empresa;
- b)** A interrupção ocasional do período de trabalho diário inerente à satisfação de necessidades pessoais inadiáveis do trabalhador ou resultante do consentimento do empregador;
- c)** A interrupção de trabalho por motivos técnicos, nomeadamente limpeza, manutenção ou afinação de equipamento, mudança de programa de produção, carga ou descarga de mercadorias, falta de matéria-prima ou energia, ou por factor climatérico que afecte a actividade da empresa, ou por motivos económicos, designadamente quebra de encomendas;
- d)** O intervalo para refeição em que o trabalhador tenha de permanecer no espaço habitual de trabalho ou próximo dele, para poder ser chamado a prestar trabalho normal em caso de necessidade;
- e)** A interrupção ou pausa no período de trabalho imposta por normas de segurança e saúde no trabalho.

³ Apesar de fazermos o paralelismo entre o regime da LTFP e do CT, como dissemos no ponto anterior, o CT só se aplica às relações de emprego público subsidiariamente, ou seja, quando a LTFP não tenha norma expressa.

O empregador público deve manter um registo onde constem as horas de trabalho prestadas por cada trabalhador, por dia e por semana, com indicação da hora de início e de fim, assim como os intervalos de descanso e outras pausas que não sejam consideradas tempo de trabalho (cfr. art. 104.º da LTFP). Sendo a lei omissa quanto a este aspecto, entendemos que a obrigatoriedade de registo abrange todos os trabalhadores, incluindo aqueles que estão sujeitos a um regime de isenção de horário de trabalho, como é o caso dos dirigentes⁴.

4. Período normal de trabalho

A definição de período normal de trabalho está prevista no art. 198.º do CT, designando-se como tal “o tempo de trabalho que o trabalhador se obriga a prestar, medido em número de horas por dia e por semana”. O primeiro é o designado **período normal de trabalho diário** e o segundo, o **período normal de trabalho semanal**.

A determinação dos limites máximos de ambos os períodos está, pois, regulada no art. 105.º, n.º 1, da LTFP, determinando que, em regra, o limite máximo do período normal de trabalho diário é de sete horas e o semanal é de trinta e cinco horas⁵, que pode ser reduzido por IRCT, desde que não resulte diminuição da retribuição dos trabalhadores.

5. Horário de trabalho

O conceito de horário de trabalho está previsto no art. 108.º da LTFP, o qual tem aspectos diferentes e comuns do conceito de horário de trabalho previsto no art. 200.º do CT. Têm de diferente o regime de alteração do intervalo de descanso. Têm em comum o facto de ambos determinarem que horário de trabalho delimita a hora concreta de início e de fim do período normal de trabalho diário, bem como os respectivos intervalos de descanso.

O intervalo de descanso está previsto no art. 109.º da LTFP, onde se estipula, no n.º 1, que a jornada de trabalho diária deve ser interrompida por um intervalo de descanso, que serve para o trabalhador tomar a sua refeição e repousar, de duração não inferior a uma hora nem superior a duas horas, de modo que o trabalhador não preste mais de cinco horas de trabalho consecutivo, excepto tratando-se de horário de trabalho em jornada contínua ou outro regime previsto em norma especial, onde não podem ser prestadas mais de seis horas consecutivas de trabalho, a não ser que se verifique algum dos casos excepcionais previstos no n.º 2 ou 3 do

⁴ Neste sentido, NUNES, Cláudia Sofia Henriques, *O contrato de trabalho em funções públicas face à lei geral do trabalho*, Coimbra Editora, 2014, pág. 247.

⁵ Anteriormente, os limites máximos, que eram iguais aos actuais, foram aumentados, respectivamente, para oito horas diárias e quarenta horas semanais, o que deu origem ao Ac. TC 18/12/2013 (Pedro Machete), proc. n.º 794/2013, URL: <http://www.dre.pt> (consultado em 31/12/2016), que, apesar das várias declarações de voto vencido, considerou não inconstitucional o aumento dos referidos limites, cujo regime perdurou até 30/06/2016. A partir de 01/07/2016, voltaram a ser reduzidos para os limites actuais pelo art. 2.º da Lei n.º 18/2016, de 20 de Junho, que procedeu à segunda alteração da LTFP. Os referidos limites máximos são o regime regra aplicável aos trabalhadores integrados nas carreiras gerais, com as correspondentes remunerações legalmente previstas, que não podem sofrer qualquer diminuição, conforme resulta do n.º 2 do art. 105.º da LTFP, bem como não podem sofrer qualquer alteração desfavorável das condições de trabalho. Para carreiras especiais e outros regimes específicos, v. g. o regime de trabalho a tempo parcial e por turnos, existem regimes especiais.

art. 109.º da LTFP. O conceito de intervalo de descanso previsto no art. 213.º do CT é semelhante, apenas se acrescentando que o trabalhador não deve prestar mais do que cinco horas de trabalho consecutivo, ou seis horas de trabalho consecutivo, caso o período de trabalho diário seja superior a dez horas. Fora deste último caso e dos casos excepcionais previstos no n.º 3 do art. 213.º, só por IRCT se pode permitir a prestação de trabalho até seis horas consecutivas.

Por seu turno, a cláusula 13.ª, n.º 1, do ACCG prevê, para os trabalhadores integrados em carreiras gerais, com aplicação preferencial em relação à LTFP, que aquele pode ser reduzido para quarenta e cinco minutos, para que uma vez por semana possa durar duas horas, podendo, uma das horas ser gozada nas plataformas fixas.

5.1. Modalidades

O art. 110.º da LTFP determina, a título exemplificativo, as modalidades de horário de trabalho, a que iremos fazer menção individualmente:

- a) Horário flexível;
- b) Horário rígido;
- c) Horário desfasado;
- d) Jornada contínua;
- e) Meia jornada;
- f) Trabalho por turnos.

As duas primeiras modalidades de horário de trabalho contêm regras especiais para trabalhadores com deficiência, tal como resulta dos arts. 111.º, n.º 4 e 112.º, n.º 3 da LTFP.

5.1.1. Horário de trabalho flexível

Esta modalidade, prevista no art. 111.º da LTFP e cláusula 7.ª do ACCG, é aquela que permite ao trabalhador gerir os seus tempos de trabalho e a sua disponibilidade, escolhendo as horas de entrada e saída, desde que:

- i) Tal não afecte o regular e eficaz funcionamento do serviço;
- ii) Sejam criadas plataformas fixas no período da manhã e da tarde que não podem ter, no seu conjunto, duração inferior a quatro horas;

iii) E não sejam prestadas mais de dez horas de trabalho diário, sendo o seu cumprimento aferido à semana, quinzena ou mês, num sistema de horas em débito ou em crédito, por onde se afere a assiduidade do trabalhador e respectivas consequências legais. Sobre o trabalhador impende um acrescido dever de zelo e diligência, devendo, no mínimo, assegurar, diariamente, as tarefas que lhe são programadas e nos prazos fixados pelo superior hierárquico, garantir a realização e a continuidade de tarefas urgentes e de contactos ou reuniões, mesmo que estes se prolonguem para além dos períodos de presença obrigatória e realizar o trabalho suplementar que seja determinado.

5.1.2. Horário de trabalho rígido

Esta modalidade, prevista no art. 112.º da LTFP, prevê que a duração semanal do trabalho seja repartida em dois períodos diários, com horas de entrada e de saída idênticas, separadas por um intervalo de descanso, tal como descritas no n.º 2 do referido preceito legal, salvo determinação em contrário do dirigente máximo do serviço.

5.1.3. Horário de trabalho desfasado

Esta modalidade, prevista no art. 113.º da LTFP, é aquela que, embora mantendo inalterado o período normal de trabalho diário, permite estabelecer, serviço a serviço ou para determinado grupo ou grupos de pessoal e sem possibilidade de opção, horas fixas diferentes de entrada e saída.

5.1.4. Jornada contínua

Esta modalidade, prevista de forma inovadora no art. 114.º da LTFP, embora já constasse da cláusula 8.ª do ACCG, cuja aplicação é preferencial para os trabalhadores integrados nas carreiras gerais, permite que o trabalhador preste a sua actividade diária de forma ininterrupta, predominantemente durante um dos períodos do dia, com um período de descanso nunca superior a trinta minutos, que se considera tempo de trabalho, determinando, assim, uma redução do período normal de trabalho diário nunca superior a uma hora. Como lembra e bem ALMEIDA, Paulo, *A lei geral do trabalho em funções públicas: comentário às principais alterações*, in Direito e justiça, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Vol. Especial, n.º 3, 2015, pág. 90, “há que ter em conta que o tempo máximo de trabalho seguido não poderá ser superior a 5 horas.”, excepto quando se trate de jornada contínua ou regime previsto em norma especial (cfr. art. 109.º, n.º 1, *in fine*, LTFP). É uma modalidade que apenas deve ser utilizada de modo excepcional, designadamente nos seguintes casos, previstos no n.º 3 do art. 114.º da LTFP⁶:

⁶ Agora não há dúvida que o elenco de causas previstas no n.º 3 é exemplificativo, o que não era líquido anteriormente, face à redacção do n.º 3 da cláusula 8.ª do ACCG.

- a) Trabalhador progenitor com filhos até à idade de doze anos, ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica;
- b) Trabalhador adoptante, nas mesmas condições dos trabalhadores progenitores;
- c) Trabalhador que, substituindo-se aos progenitores, tenha a seu cargo neto com idade inferior a 12 anos;
- d) Trabalhador adoptante, ou tutor, ou pessoa a quem foi deferida a confiança judicial ou administrativa do menor, bem como o cônjuge ou a pessoa em união de facto com qualquer daqueles ou com progenitor, desde que viva em comunhão de mesa e habitação com o menor;
- e) Trabalhador estudante;
- f) No interesse do trabalhador, sempre que outras circunstâncias relevantes, devidamente fundamentadas o justifiquem;
- g) No interesse do serviço, quando devidamente fundamentado.

5.1.5. Meia jornada

Esta modalidade, prevista no art. 114.º-A da LTFP, aditada pela Lei n.º 84/2015, de 7 de Agosto, que procedeu à primeira alteração daquela, consiste na prestação de trabalho diário num período reduzido em metade do período normal de trabalho, contando a antiguidade como se o trabalhador exercesse a sua actividade a tempo completo. A sua concessão depende do preenchimento dos seguintes requisitos:

- i) A sua duração não pode ser inferior a um ano;
- ii) Tem de ser requerida, por escrito, pelo trabalhador;
- iii) O trabalhador tem de ter pelo menos 55 anos de idade à data do requerimento e tem de ter netos ou filhos com idade inferior a doze anos ou, independentemente da idade, que sejam portadores de deficiência ou doença crónica.

5.1.6. Trabalho por turnos e nocturno

Na LTFP, apenas está prevista, no seu art. 115.º, a modalidade de horário de trabalho por turnos. No entanto, porque estão intimamente ligadas, dado que os turnos, na sua grande maioria, são realizados em horas que são consideradas nocturnas, neste ponto, faremos também alusão ao trabalho nocturno, sendo, por isso, os arts. 223.º a 225.º do CT aplicáveis subsidiariamente, *ex vi* art. 4.º, n.º 1, al. g), da LTFP.

No que concerne ao **horário de trabalho por turnos**, o art. 115.º da LTFP, tal como o art. 220.º do CT, esclarece que é assim considerado qualquer modo de organização do trabalho em equipa, em que os trabalhadores ocupam sucessivamente os mesmos postos de trabalho, a um determinado ritmo, que pode ser **rotativo com variação regular, contínuo, descontínuo ou fixo**, podendo o trabalho ser executado a horas diferentes no decurso de um dado período de dias ou semanas. Deve ser organizado por turnos de pessoal diferente sempre que o período de funcionamento ultrapasse os limites máximos dos períodos normais de trabalho. Se possível, devem ser organizados de acordo com os interesses pessoais e as preferências manifestados pelos trabalhadores. A duração de cada turno não pode ultrapassar os limites máximos dos períodos normais de trabalho e o trabalhador só pode ser mudado de turno após o dia de descanso semanal obrigatório, que deve coincidir com o Domingo, pelo menos uma vez em cada período de quatro semanas. Nos serviços de serviço permanente, não podem ser prestados mais de seis dias consecutivos de trabalho. No geral, não podem ser prestadas mais de cinco horas de trabalho consecutivo, sendo o intervalo de descanso não superior a trinta minutos incluído no período de trabalho.

O regime de turnos é **permanente** quando o trabalho for prestado em todos os dias da semana, é **semanal prolongado** quando for prestado nos cinco dias úteis da semana e no Sábado ou no Domingo e é **semanal** quando for prestado de segunda a sexta.

O regime de turnos é **total** quando for prestado em, pelo menos, três períodos de trabalho diário e é **parcial** quando for prestado em apenas dois períodos de trabalho diário, tudo conforme resulta do art. 116.º da LTFP.

Nos termos dos arts. 223.º a 225.º do CT, aplicável subsidiariamente, nos termos acima referidos, considera-se **trabalho nocturno** todo o trabalho que tenha a duração mínima de sete horas e máxima de onze horas, compreendendo o intervalo entre as zero e as cinco horas, podendo por IRCT ser estabelecido o período de trabalho nocturno, com observância destes limites. No caso das relações laborais na administração pública, a cláusula 10.ª do ACCG, com aplicação prioritária sobre a LTFP e sobre o CT, prevê que se considera trabalho nocturno o que for realizado entre as vinte horas de um dia e as sete horas do dia seguinte, para os trabalhadores afectos às carreiras gerais das actividades descritas nas várias alíneas do n.º 1 da referida cláusula não podendo, no entanto, prestar mais de nove horas num período de vinte e quatro horas. Sempre que o trabalhador nocturno⁷ preste a sua actividade em regime de adaptabilidade, o período normal de trabalho diário não deve ser superior a uma média semanal de sete horas diárias, salvo disposição em contrário, estabelecida em IRCT. O trabalhador nocturno cuja actividade implique riscos especiais ou uma tensão física ou mental significativa, não deve prestá-la por mais de sete horas num período de vinte e quatro horas em que execute trabalho nocturno, excepto se se tratar da prestação de trabalho suplementar devido a motivo de força maior.

⁷ De acordo com o n.º 2 da cláusula 10.ª do ACCG, é considerado trabalhador nocturno aquele que realize, durante o período nocturno, uma certa parte do seu tempo de trabalho anual, correspondente a, pelo menos, duas horas por dia.

5.2. Período de funcionamento e período de atendimento

O conceito de horário de trabalho tem de ser conjugado com os conceitos de período de funcionamento e de atendimento. É a própria LTFP que refere, no seu art. 108.º, n.º 2, que na definição do horário de trabalho o empregador público deve respeitar os limites dos períodos de funcionamento e de atendimento dos serviços.

O **período de funcionamento** está descrito no art. 103.º, n.º 1 e 2, da LTFP, como o período de tempo diário durante o qual os órgãos ou serviços podem exercer a sua actividade, que pode coincidir ou não com o horário de trabalho, não podendo, contudo, iniciar-se antes das 8 horas e terminar após as 20 horas, tendo obrigatoriamente de ser afixado em local visível para os trabalhadores.

O conceito de período de funcionamento tem sido classificado, na doutrina, como um conceito lateral ou exterior ao direito, dado que “trata de regular um aspecto específico da organização das actividades económicas”, mas a sua interferência com a organização do tempo de trabalho, designadamente com o conceito de horário de trabalho e suas modalidades é tão forte, que justifica que o mesmo seja acolhido no seio do direito laboral⁸.

O **período de atendimento**, segundo o art. 103.º, n.º 3 a 6, da LTFP, é aquele durante o qual os órgãos ou serviços estão disponíveis para o atendimento ao público, que pode coincidir ou ser inferior ao período de funcionamento e ao horário de trabalho, cuja duração mínima é de oito horas diárias, tendo obrigatoriamente de ser afixado em local visível ao público.

Na definição do horário de trabalho, o empregador público tem de ter em atenção estes conceitos. Nas palavras de CORREIA, André de Oliveira, *Os (não tão) novos horários de trabalho dos trabalhadores das carreiras gerais: perdidos entre a lei e instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho*, in *Questões laborais*, Coimbra Editora, n.º 45, Jul. - Dez. 2014, pág. 357, “*Em terceiro lugar, na determinação do horário de trabalho, o empregador público deve ainda ter em conta os períodos de funcionamento e de atendimento dos órgãos ou serviços em que o trabalhador se enquadra. Aqui, a lei atribui alguma flexibilidade ao empregador público, na medida em que estabelece as balizas para os horários de funcionamento e de atendimento, mas deixando a sua definição em concreto ao empregador público (artigo 103.º, n.º 8, da LTFP).*”.

5.3. Análise crítica sobre o regime jurídico da jornada contínua, a requerimento de trabalhador com responsabilidades familiares

Após uma análise, feita a partir da jurisprudência, a vários pedidos de concessão ou de manutenção de horário de trabalho em jornada contínua, verificámos que o fundamento mais

⁸ Apud MOREIRA, Maria João Marques Pacheco Botelho, *Tempos de trabalho e novos regimes de adaptabilidade*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano Lectivo 2009/2010, Relatório de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, pág. 20.

utilizado pelos trabalhadores que a ele recorrem, é a necessidade de acompanhamento de filhos menores de doze anos.

Outras questões de ordem surgem conflitos, estão relacionadas com o pagamento de trabalho suplementar nesta modalidade de horário de trabalho, conforme decorre do Ac. STA 24/09/2015 (Madeira dos Santos), proc. n.º 0440/15 e Ac. STA 25/02/2016 (José Veloso), proc. n.º 038/15 e com o estatuto de trabalhador-estudante, tal como decorre do Ac. TCAS 26/06/2008 (Rogério Martins), proc. n.º 03923/08 e Ac. TCAN 15/01/2009 (José Luís Paulo Escudeiro), proc. n.º 01540/04.8BEPRT, todos URL: <http://www.dgsi.pt> (todos consultados em 27/12/2016). Este último processo referenciado, tratou da questão de um trabalhador-estudante que tinha um filho a cargo menos de doze anos e praticava, há mais de quinze anos, um horário de trabalho em jornada de contínua das nove horas às quinze horas e trinta minutos. O empregador público, unilateralmente, alterou o referido horário de trabalho em jornada contínua, que passou a ser exercido das treze horas e trinta minutos às vinte horas. Atendendo que há muito que os requisitos da sua concessão tinham deixado de existir, o Tribunal não deu razão ao trabalhador, decisão que foi confirmada superiormente.

Num outro caso, no proc. n.º 1483/06.0BEPRT, este já não de concessão de horário de trabalho na modalidade de jornada contínua a pedido do trabalhador, mas sim por iniciativa do empregador público, por questões de organização do serviço, um grupo de trabalhadores de um Município, representados pelo respectivo Sindicato, impugnam o acto que lhes atribuiu, apenas a eles, um horário de trabalho à segunda-feira, que configurava um horário de trabalho em jornada contínua e outro de terça a sexta-feira, que configurava uma outra modalidade horário de trabalho, tendo invocado violação do princípio da igualdade de tratamento entre trabalhadores com as mesmas funções. Foi decidido que não era ilegal existirem dois horários de trabalho para diferentes dias da semana, para os mesmos trabalhadores, nem a sua estipulação para alguns trabalhadores, dado que ambas as situações se encontravam objectivamente justificadas por conveniência na organização do serviço do empregador público naquela actividade concreta.

Os vícios mais invocados são a violação de lei e o desvio de poder, conforme decorre do Ac. TCAS 17/12/1998 (António São Pedro), proc. n.º 01380/98, todos URL: <http://www.dgsi.pt> (todos consultados em 28/12/2016).

Da análise efectuada, verificámos e concluímos que, independentemente dos motivos mais ou menos invocados, nos anos noventa do século passado, na grande maioria dos casos, o empregador público concedeu a possibilidade de muitos trabalhadores exercerem a sua actividade em cumprimento de um horário de trabalho na modalidade de jornada contínua, sem realizar uma análise aprofundada dos motivos justificativos da sua atribuição. Assim, foi concedida a possibilidade de muitos trabalhadores exercerem a sua actividade segundo um horário de trabalho na modalidade de jornada contínua, uns justificados, outros não tanto.

Em várias situações, os pressupostos que na altura justificaram a concessão de tal modalidade de horário de trabalho deixaram de se verificar, mas, face à inércia do empregador público em

relação aos seus poderes de fiscalização dessas situações, os trabalhadores continuaram a exercer a sua actividade de acordo com esse horário.

Actualmente, passados vários anos, o empregador público começou a fiscalizar essas situações e foi verificando que em muitas delas, tal modalidade de horário de trabalho ou deixou de se justificar, ou nunca preencheu os seus pressupostos e foi indevidamente concedida.

Actualmente, para pôr cobro a estas situações, verifica-se que o empregador público passou a reapreciar os correspondentes procedimentos de concessão e começou a revogar muitos dos horários de trabalho em jornada contínua que outrora havia concedido. Mais, passou a ter relutância em atribuir/autorizar a efectivação desta modalidade de horário de trabalho a pedido dos trabalhadores, mesmo que estes aleguem necessitar de acompanhar os seus filhos menores de doze anos. Assim ocorre atendendo a que tal concessão implica a redução diária até uma hora de trabalho. Por vezes, implica a cumulação com outros direitos dos trabalhadores, designadamente, o período de dispensa para amamentação ou aleitação⁹, o que se traduz em períodos de ausência longos que podem perturbar o funcionamento do órgão ou serviço, especialmente quando o pedido é formulado por vários trabalhadores na mesma altura.

Por outro lado, é do conhecimento geral que, face à tendência que se vem verificando de protecção do trabalhador, considerado a parte mais fraca da relação laboral, muitos trabalhadores tentam obter vantagens para si em situação de abuso de direito, dado que na grande maioria dos pedidos formulados, os trabalhadores já usufruíam de um horário de trabalho flexível, concedido com o mesmo fundamento.

Verificámos, ainda, que muitos trabalhadores recorreram à Comissão para a Igualdade das Condições de Trabalho e no Emprego (CITE) para emissão de parecer sobre a recusa de concessão ou revogação desta modalidade de horário de trabalho, sendo o principal motivo invocado o acompanhamento de filhos menores de doze anos. A resposta substantiva foi-se mantendo ao longo do tempo, exortando-se sempre o empregador público para procurar sempre promover a conciliação da via profissional do trabalhador com a sua vida pessoal. A diferença formal reside no facto da CITE, pelo menos, no período entre 2000 e 2004¹⁰ ter o entendimento de que a jornada contínua era uma modalidade do horário flexível e mais recentemente, pelo menos em 2014 e 2015¹¹, entendia que apenas estava incumbida de dar parecer nas situações em que esteja em causa o horário flexível e horário a tempo parcial nos termos dos arts. 56.º e 57.º do CT, o que não se confunde com o horário em jornada contínua. Este entendimento alicerça-se no argumento de que ao contrário do primeiro, este último implica a redução do período normal de trabalho diário e, ao contrário do segundo, a redução até uma hora diária deste não determina a perda de retribuição ou de qualquer outro direito.

⁹ Neste sentido, ALVES, Luís, *O Regime de Dispensa para Amamentação na Função Pública*, in *Revista de Administração Local*, n.º 264, Nov.-Dez. 2014, pág. 674: “deste modo nada impede que a trabalhadora lactante beneficie de um horário de trabalho de jornada contínua – enquanto modalidade de trabalho a tempo completo –, e exerça o seu direito a dispensa para amamentação. Pelo que, à redução do período normal de trabalho dever-se-á acrescer a dispensa máxima para amamentar, com a duração máxima de duas horas.”.

¹⁰ Designadamente, nos Pareceres n.º 41/CITE/2003 e 8/CITE/2004.

¹¹ Designadamente, nos Pareceres n.º 418/CITE/2014, 54/CITE/2015 e 187/CITE/2015.

De acordo com este entendimento, o horário de trabalho em jornada contínua não é uma subcategoria do horário de trabalho flexível.

Na doutrina, há dois entendimentos diferentes sobre a modalidade de jornada contínua: por um lado, há quem entenda que é uma mera possibilidade, não automática, cuja concessão depende de um juízo discricionário do empregador¹². Por outro lado, há quem entenda que é um direito absoluto dos trabalhadores, que se ocorre automaticamente, desde que se verifique a ocorrência de uma das situações do n.º 3 do art. 114.º da LTFP.

Face ao exposto, cumpre-nos reflectir sobre a conciliação¹³, tanto quanto possível, dos interesses opostos em causa, face ao regime legal vigente.

Não há dúvida de que o horário de trabalho na modalidade de jornada contínua, a par de outros, é um instrumento que pode ser utilizado, além do mais, para a prossecução do princípio da conciliação da vida profissional com a vida familiar, constitucionalmente consagrado no art. 59.º, n.º 1, al. b), da CRP, que, desde a quarta revisão constitucional ocorrida em 1997, tem a seguinte redacção: “*todos os trabalhadores (...) têm direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a **permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar***”¹⁴.

Para tanto, a sexta revisão constitucional, ocorrida em 2004, introduziu uma nova alínea ao n.º 2 art. 67.º da CRP, ou seja, uma nova incumbência do Estado nesta matéria, com a seguinte redacção: “*h) **Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.***”.

Este princípio, utilizado com o fundamento ora enunciado, liga-se a um outro que visa a protecção da maternidade e da paternidade, constante do art. 68.º da CRP, que estabelece:

*“1. Os pais e as mães têm **direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos**, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país.*

2. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.”

¹² Nesta posição doutrinária inserem-se VEIGA, Paulo Mota e ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, I Vol., Coimbra Editora, Dezembro de 2014, págs. 394 e 395: “o emprego do termo “pode” inculca a ideia que a concessão da jornada contínua depende do juízo discricionário do empregador público, constituindo uma mera expectativa e não um direito do trabalhador.”.

¹³ MOREIRA, Maria Margarida Góis, *A conciliação do trabalho com a família na UE - uma análise da jurisprudência do TJ(UE)*, in *Questões Laborais*, n.º 42, n.º especial, Coimbra Editora, Janeiro/Junho 2013, pág. 403, levando este conceito mais longe, por envolver outras questões de extrema relevância como por exemplo a igualdade na tutela da via familiar, entende que cada vez mais se justifica tratar a conciliação “como um valor merecedor de tutela autónoma”.

¹⁴ Conforme reforça FERNANDES, Francisco Liberal, *Notas sobre o tempo de trabalho no contrato de trabalho em funções públicas*, in *Questões Laborais*, n.º 35-36, Jan. – Dez. 2010, Coimbra Editora, pág. 14, “nesse sentido, as garantias de ordem pública social relacionadas com a tutela do horário de trabalho (enquanto medidas de protecção do direito à autodisponibilidade do trabalhador) constituem manifestações ou concretizações do direito “à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar” (art. 59.º, n.º 1, alínea b), da CRP).”

Este princípio não se concretiza somente em não cruzar o horário do trabalho com o horário da escola, mas traduz-se, essencialmente, em passar tempo de qualidade com os filhos, seja a ouvi-los, a brincar com eles ou a ensinar-lhes algo, *“trata-se, além disto, do direito fundamental do trabalhador à educação dos seus filhos, que “contribui para a sua plena realização pessoal” (36.º, n.º 5, CRP)”*¹⁵, incumbindo ao empregador público, nos termos da al. b) do n.º 2 do art. 212.º, do CT, por remissão da al. d) do n.º 1 do art. 4.º, da LTFP, a elaboração de horários que proporcionem essa conciliação. Assim, resulta que o ordenamento jurídico português actual *“não confere ao empregador um jus variandi ilimitado nesta matéria, porquanto o regime legal em vigor assenta num equilíbrio entre os diferentes interesses em jogo.”*¹⁶.

Acontece que o princípio da prossecução do interesse público, também ele constitucionalmente consagrado no art. 266.º, n.º 1, da CRP, não pode ser descurado, pois trata de prosseguir o interesse de todos os cidadãos, o bem comum que só colectivamente pode ser atingido.

O legislador pretendeu a harmonização, tanto quanto possível, destes interesses opostos, na seguinte medida: ao trabalhador, não exige uma fundamentação e prova exaustiva dos fundamentos que conduzem ao pedido. Ao empregador público só é exigida a conciliação, apenas na medida do possível, o que significa que este apenas tem a obrigação de ajustar o horário de trabalho até à medida concreta das necessidades do trabalhador e da sua família¹⁷. Mas se recusar a concessão desta modalidade de horário de trabalho, sobre si recai um acrescido ónus de fundamentação da decisão de recusa, de forma a que o trabalhador consiga apreender o *iter cognoscitivo* que presidiu à decisão negativa que recaiu sobre o seu pedido. Pois *“não está já aqui em causa a necessidade de assegurar o descanso e a saúde do trabalhador, mas o objectivo de garantir que a sua actividade profissional seja compatível com tempos livres, que possa dedicar à sua vida pessoal e familiar.”*¹⁸.

Mas, como se disse, foram detectadas diversas situações em que os trabalhadores se socorriam desta modalidade de horário de trabalho, alegando ser a única compatível com a necessidade de acompanhamento de filhos menores, quando na realidade se verificava que ou os fundamentos não correspondiam à realidade. Ou então existiam outras modalidades de horário de trabalho menos gravosas para o funcionamento do serviço que asseguravam plenamente a conciliação da vida pessoal com a vida familiar no caso concreto. Aliás, muitos dos trabalhadores que recorriam à modalidade de jornada contínua já beneficiavam de um

¹⁵ MOREIRA, Maria Margarida Góis, *O princípio da conciliação da vida profissional com a vida familiar – algumas considerações*, in *Questões Laborais*, n.º 41, Janeiro/Junho 2013, Coimbra Editora, pág. 142.

¹⁶ FERNANDES, Francisco Liberal, *Notas sobre a flexibilização do tempo de trabalho*, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vol. II, Coimbra Editora, 2007, pág. 734.

¹⁷ Este entendimento, que ainda hoje predomina, vem já de tempos e legislações anteriores, conforme resulta do Ac. STA 24/09/1996 (Rui Pinheiro), proc. n.º 036807, URL: <http://www.dgsi.pt>: *“Os serviços públicos devem fixar os horários flexíveis a requerimento do interessado e sem prejuízo do cumprimento da duração semanal do trabalho, ajustados, na medida do possível, ao acompanhamento dos filhos menores de 12 anos”*, sendo que nesta altura entendia-se, ao contrário da maioria doutrinária actual, que o horário de trabalho em jornada contínua era uma (sub)modalidade do horário de trabalho flexível.

¹⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, 3.ª Ed., Almedina, 2003, pág. 504.

horário de trabalho flexível concedido sob o mesmo fundamento. Por este motivo, o empregador público começou a indeferir, sem mais, todos os pedidos formulados com esse fim, o que penalizava fortemente quem na realidade necessitava de utilizar essa modalidade por ser efectivamente a única, no caso concreto, compatível com a vida familiar. Em alternativa, começou também a revogar, sem qualquer justificação regimes de jornada contínua anteriormente concedidos, ainda que indevida ou desnecessariamente deferidos no passado, passando de um extremo caracterizado por uma época de dar para o outro extremo, caracterizado uma época de não dar ou de retirar. Esta tendência acentuou-se com a entrada em vigor da LTFP, excepto quando o motivo invocado fosse o acompanhamento de filho portador de deficiência comprovada documentalmente e a usufruir da respectiva bonificação em sede de abono de família. Esta tendência acentuou-se com a entrada em vigor da LTFP, tendo sido a sua concessão efectuada em moldes muito restritivos¹⁹.

Assim, para não colocar em verdadeiro risco famílias que na realidade necessitam efectivamente de usufruir desta modalidade de horário de trabalho, é que cada caso em que é legada a necessidade de acompanhamento de filhos menores de doze anos, tem de ser analisado em concreto e com todo o cuidado, pois só assim é possível verificar da verdadeira necessidade de usufruir desta modalidade de horário de trabalho e conciliar os vários interesses opostos de forma correcta e rigorosa.

Outra questão que se coloca, também, mas não só, nos casos de conciliação da vida profissional com a vida familiar, é a prossecução do **princípio da igualdade** entre trabalhadores em duas vertentes: no acesso à referida modalidade de horário de trabalho e entre homens e mulheres.

Ora, em relação à primeira vertente, se é certo que as condições de acesso devem ser iguais para todos os trabalhadores com responsabilidades familiares, já o seu deferimento ou indeferimento não tem de se verificar em todas e quaisquer situações. Tendencialmente, dois trabalhadores que invoquem as mesmas circunstâncias, devem ter um tratamento/decisão igual. No entanto, cada situação deve ser analisada em concreto e individualmente, pois só assim será possível decidir positivamente para quem realmente tem esta modalidade de horário de trabalho como a única forma de conciliar a vida profissional com a vida familiar e decidir negativamente para quem possa alcançar esse objectivo através de outra modalidade de horário de trabalho menos gravosa e perturbadora do normal funcionamento do serviço ou para quem pretenda iludir o empregador público com o preenchimento aparente dos respectivos requisitos legais.

No que concerne à segunda vertente, urge promover a igualdade no acesso à conciliação da vida profissional com a vida familiar entre homens e mulheres, de forma a evitar comportamentos discriminatórios em razão do sexo. Como é do conhecimento geral, na maioria das situações em que existem filhos menores a cargo, é a mãe trabalhadora utiliza as

¹⁹ Por causa desta referida tendência é que em Maio de 2013, a requerimento de um grupo de trabalhadores de um instituto público, o Provedor de Justiça dirigiu ao ministério que o tutelava uma orientação no sentido de, atendendo aos elevados valores que a jornada contínua visa acautelar, a sua apreciação não seja interpretada de forma tão restritiva, apelando a uma concreta verificação do preenchimento dos seus pressupostos para a sua concessão.

figuras legais que promovem o seu acompanhamento, o que pode degenerar, para ambos, em situações discriminatórias: da mãe trabalhadora que pode ser preterida no acesso ou nas condições de emprego por necessitar de dar assistência aos seus filhos e do pai trabalhador, que fica prejudicado em termos de tempo de qualidade que não passa com os seus filhos. Ora, esta visão antiquada deve ser gradualmente esbatida e substituída por outra, segundo a qual pai trabalhador e mãe trabalhadora usufruem ambos de tais prerrogativas, em moldes equivalentes. Na esteira de RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Estudos de direito do trabalho*, Almedina, 2003, pág. 271, temos em crer que “(...) parece-nos possível sustentar que o direito a uma repartição equitativa das responsabilidades inerentes à maternidade e à paternidade constitui um pressuposto do princípio da igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras.”.

Assim, concluímos que o horário de trabalho na modalidade de jornada contínua não é um direito absoluto e automático, mas sim uma faculdade ou um regime de exceção, cuja concessão está dependente do juízo discricionário do empregador público, desde que contido nos limites legalmente impostos, devendo respeitar os princípios constitucionais da conciliação da vida profissional com a vida familiar, da prossecução do interesse público e da igualdade.

6. Isenção de horário de trabalho

O regime de isenção de horário de trabalho está previsto nos arts. 117.º a 119.º da LTFP e na cláusula 9.ª do ACCG, aplicável nos termos já sobejamente referenciados *supra*, e corresponde à situação em que o trabalhador não está sujeito a um horário de trabalho, não lhe podendo ser impostas as horas de início e de fim do período normal diário, assim como os intervalos de descanso, estando, no entanto, sujeito ao cumprimento do dever geral de assiduidade e da duração semanal do período de trabalho legalmente estabelecida.

Tal como no regime do CT, compreende três modalidades distintas descritas no art. 118.º, n.º 1, da LTFP:

- a) Não sujeição aos limites máximos dos períodos normais de trabalho de sete horas por dia e trinta e cinco horas por semana;
- b) Possibilidade de alargamento da prestação a um determinado número de horas, por dia ou por semana;
- c) Observância dos períodos normais de trabalho acordados²⁰.

Nos termos dos respectivos estatutos, gozam de isenção de horário de trabalho, na modalidade de não sujeição aos limites máximos dos períodos normais de trabalho, os trabalhadores titulares de cargos dirigentes e que chefiem equipas multidisciplinares, conforme resulta do n.º 1 do art. 117.º da LTFP.

²⁰ Tal como a modalidade de horário de trabalho flexível, mas no reverso da mesma medalha, esta modalidade de isenção de horário de trabalho é regida pela flexibilidade, permitindo a escolha das horas de entrada e de saída.

Nos termos do n.º 2 do art. 117.º da LTFP, os demais trabalhadores podem gozar de isenção de horário em qualquer uma das suas modalidades, mediante a celebração de acordo escrito²¹. No entanto, tal só será admitido desde que a isenção de horário de trabalho seja admitida por lei especial, *v. g.* leis as que regulam carreiras especiais ou por IRCT²².

7. Trabalho suplementar

O trabalho suplementar está regulado no art. 120.º e 121.º da LTFP, cláusula 12.ª do ACCG e, subsidiariamente, nos arts. 226.º a 231.º do CT.

O trabalho suplementar corresponde àquele que é prestado fora do horário de trabalho ou fora dos limites estipulados para a isenção de horário de trabalho, que pode ocorrer durante os dias úteis da semana ou durante os dias não úteis de descanso obrigatório, complementar e feriados, desde que estejam preenchidos os requisitos para a sua admissibilidade, isto é, quando seja necessário fazer face a um acréscimo eventual e transitório de trabalho que não justifique a contratação de outro trabalhador, em caso de força maior, ou ainda, quando seja indispensável para prevenir prejuízo grave, conforme resulta do n.º 1 e 2 do art. 227.º do CT.

Para além da remissão genérica do art. 4.º, n.º 1, al. g), da LTFP, também no art. 120.º, n.º 1 da LTFP remete expressamente para o regime previsto no CT, limita-se aquela apenas a fixar os limites máximos anuais de trabalho suplementar permitido, no n.º 2, tal como ocorre na cláusula 12.ª do ACCG, pelo que o seu regime tem de ser aferido pelo CT.

Ainda que prestado fora do horário de trabalho, o art. 226.º, n.º 3, do CT determina que não se considera trabalho suplementar:

- a) O trabalho prestado por trabalhadores isentos de horário de trabalho em dia normal de trabalho;
- b) O trabalho prestado para compensar suspensões de actividade, independentemente da causa, de duração não superior a 48 horas seguidas ou interpoladas, por um dia de descanso ou feriado, quando haja acordo entre o empregador e o trabalhador;
- c) A tolerância de quinze minutos previstas nos limites máximos dos períodos normais de trabalho para concluir transacções, operações e serviços começados mas não acabados;
- d) A formação profissional, ainda que realizada fora do horário de trabalho, desde que não exceda duas horas diárias.

²¹ O referido acordo deve fixar a modalidade de isenção de horário de trabalho, a duração e a forma de cessação.

²² Tal como sucede na cláusula 9.ª do ACCG, que estabelece as carreiras gerais, as categorias de trabalhadores, a modalidade de isenção de horário de trabalho abrangidos, bem como os requisitos necessários para a sua válida celebração e ainda a sua forma de cessação.

O trabalhador não se pode recusar a prestar trabalho suplementar a não ser que tenha uma razão atendível e solicite expressamente a sua dispensa, como é o caso, *v. g.*, de trabalhadora grávida.

8. Regimes de flexibilização da organização do tempo de trabalho

8.1. Modalidades

8.1.1. Adaptabilidade e banco de horas

Os regimes de adaptabilidade e banco de horas, previstos no art. 106.º e 107.º da LTFP e, subsidiariamente, *ex vi* arts. 4.º, n.º 1, al. g), 106.º, n.º 1 e 107.º, n.º 2, todos da LTFP, os arts. 204.º a 208.º-B do CT, consistem na faculdade do período normal de trabalho ser definido em termos médios, tendo por referência períodos de tempo que não podem exceder doze meses.

O limite diário da adaptabilidade pode ser aumentado até quatro horas, a duração do período semanal pode ir até sessenta horas e a média contada num período de dois meses não pode exceder cinquenta horas, conforme resulta do art. 204.º, n.º 1 e 2, do CT.

O limite diário do banco de horas pode ser aumentado até duas horas, a duração do período semanal pode ir até cinquenta horas, não podendo exceder o limite máximo de cento e cinquenta horas anuais, conforme resulta do art. 208.º-A, n.º 1 do CT.

Os limites semanais incluem a prestação de trabalho suplementar, com exceção do que seja determinado por motivo de força maior.

Como se considera que o trabalhador está a cumprir o período normal de trabalho, não há lugar à alteração do valor da remuneração.

Ambos os regimes podem ser **individuais**, quando resultam do acordo entre o empregador público e o trabalhador e tenham como destinatário um trabalhador individualmente considerado, ou podem ser **grupais** quando, previstos em IRCT e tenham como destinatário um conjunto de vários trabalhadores, cujos regimes se encontram previstos, respectivamente, nos arts. 205.º e 208.º-A e 206.º e 208.º-B, todos do CT.

Aos trabalhadores da administração pública com vínculo de nomeação, apenas é aplicável o regime de adaptabilidade e banco de horas individual, conforme resulta do art. 106.º, n.º 2 e 107.º da LTFP, que segue os termos do regime estipulado no CT.

Também neste caso existem trabalhadores que não estão sujeitos a tais regimes, *v. g.*, as trabalhadoras grávidas.

9. Conclusões

Do exposto no presente estudo que incide sobre o tempo e período de trabalho, podemos retirar as seguintes conclusões:

- a)** O regime jurídico do tempo de trabalho está constitucionalmente previsto no art. 59.º, n.º 1, als. b) e d) e n.º 2, al. b), da CRP, legalmente previsto nos arts. 101.º a 121.º da LTFP e, subsidiariamente, nos arts. 197.º a 131.º do CT, contratualmente previsto nas cláusulas 7.ª a 10.ª e 12.ª a 13.ª do ACCG n.º 1/2009, de 28 de Setembro, comunitariamente previsto, principalmente nas Directivas n.º 2003/88/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro e 89/391/CEE, do Conselho, de 12 de Junho e internacionalmente previsto nas Convenções da OIT ratificadas por Portugal n.º 1, 4, 6, 89, 106, 109, 171 e 175.
- b)** O tempo de trabalho é o período de tempo que o trabalhador despende com a prestação da sua actividade profissional ou em que deve estar adstrito/disponível para a sua prestação, sendo também consideradas tempo de trabalho as interrupções previstas no art. 102.º, n.º 2, da LTFP.
- c)** O período normal de trabalho é diário e semanal, correspondendo, respectivamente, ao período de tempo que o trabalhador se obriga a prestar por dia e por semana, que actualmente são de sete horas diárias e trinta e cinco horas semanais.
- d)** O horário de trabalho delimita a hora concreta de início e de fim do período normal de trabalho diário, bem como os respectivos intervalos de descanso.
- e)** O intervalo de descanso é um período de tempo situado mais ou menos a meio da duração do horário de trabalho que serve para o trabalhador tomar a sua refeição e repousar, de duração não inferior a uma hora nem superior a duas horas, de modo a que este, salvo raras excepções, não preste mais do que cinco horas de trabalho consecutivo.
- f)** A cláusula 13.ª, n.º 1, do ACCG prevê regras especiais sobre a redução do intervalo de descanso.
- g)** O horário de trabalho é aquele que define, diariamente, a hora de início e de fim da prestação da actividade do trabalhador, bem como os intervalos de descanso.
- h)** Atendendo às especificidades dos diferentes trabalhadores e dos vários serviços, existem as seguintes modalidades de horário de trabalho:
 - i) Horário flexível;
 - ii) Horário rígido;
 - iii) Horário desfasado;

iv) Jornada contínua;

v) Meia jornada;

vi) Trabalho por turnos.

i) A jornada contínua deve ser atribuída de forma excepcional e apenas caso se verifique algum dos motivos previstos no art. 114.º, n.º 3, da LTFP, sendo primeiramente aplicável o regime da cláusula 8.ª do ACCG para os trabalhadores por ele abrangidos.

j) O trabalho por turnos pode:

i) Ser rotativo com variação regular, contínuo, descontínuo ou fixo, podendo o trabalho ser executado a horas diferentes no decurso de um dado período de dias ou semanas;

ii) Permanente quando o trabalho for prestado em todos os dias da semana, semanal prolongado quando for prestado nos cinco dias úteis da semana e no Sábado ou no Domingo e semanal quando for prestado de segunda a sexta;

iii) É total quando for prestado em, pelo menos, três períodos de trabalho diário e é parcial quando for prestado em apenas dois períodos de trabalho diário.

k) Apesar da LTFP não fazer menção ao trabalho nocturno como modalidade do horário de trabalho, aplicando-se, por isso, o regime previsto nos arts. 223.º a 225.º do CT, o seu regime está intimamente ligado ao regime do trabalho por turnos, dado que estes podem ocorrer em horas consideradas nocturnas, cujo regime tem especificidades, sobretudo ao nível da retribuição.

l) O período de funcionamento é o período de tempo diário durante o qual os órgãos ou serviços podem exercer a sua actividade, que pode coincidir ou não com o horário de trabalho e o período de atendimento é aquele durante o qual os órgãos ou serviços estão disponíveis para o atendimento ao público, que pode coincidir ou ser inferior ao período de funcionamento e ao horário de trabalho.

m) Analisando criticamente a concessão do horário em jornada contínua a requerimento do trabalhador com responsabilidades familiares, verificámos que o pedido mais comum é o que se fundamenta na necessidade de acompanhamento de filhos menores de doze anos de idade, apesar de existirem outros, como os trabalhadores-estudantes e de se levantarem outras questões como o pagamento de horas suplementares nesta modalidade de contrato de trabalho.

n) Devido a situações de abuso de direito preconizadas pelos trabalhadores, o empregador público tende a não deferir a realização deste tipo de horário de trabalho, sendo que ao fazê-lo, tem um dever especial de fundamentação da decisão de recusa.

- o)** Esta tendência generalizada de recusa da sua concessão, que se agravou com a entrada em vigor da LTFP, por ser a modalidade mais sacrificadora do interesse público, tem de ser revista, de forma a que sejam dadas iguais oportunidades a todos os trabalhadores de a ela recorrerem, devendo, em princípio, duas situações iguais, ter a mesma resposta.
- p)** No entanto, para evitar situações de recusa a quem realmente necessita de tal modalidade, cada caso deve ser analisado individualmente, de forma a permitir a conciliação da vida profissional com a vida pessoal, princípio constitucionalmente consagrado no art. 59.º, n.º 1, al. b), da CRP.
- q)** O horário de trabalho na modalidade de jornada contínua não é um direito absoluto e automático do trabalhador, é antes uma mera expectativa, uma faculdade que está dependente do juízo discricionário do empregador público para a sua concessão, dentro dos limites legalmente impostos e com respeito pelos princípios da conciliação da vida profissional com a vida familiar e da igualdade.
- r)** A isenção de horário de trabalho é situação em que o trabalhador não está sujeito a um horário de trabalho, não lhe podendo ser impostas as horas de início e de fim do período normal diário, assim como os intervalos de descanso, estando, no entanto sujeito ao cumprimento do dever geral de assiduidade e da duração semanal do período de trabalho legalmente estabelecida e pode ter uma de três modalidades previstas no art. 118.º, n.º 1, da LTFP.
- s)** O trabalho suplementar corresponde àquele que é prestado fora do horário de trabalho, ou fora dos limites estipulados para a isenção de horário de trabalho, que pode ocorrer durante os dias úteis da semana ou durante os dias não úteis de descanso obrigatório, complementar e feriados.
- t)** O art. 226.º, n.º 3, do CT determina que as situações aí previstas, ainda que ocorram fora do horário de trabalho, não se consideram trabalho suplementar.
- u)** Os regimes de adaptabilidade e banco de horas, consistem na faculdade do período normal de trabalho ser definido em termos médios, tendo por referência períodos de tempo que não podem exceder doze meses.
- v)** Como a regulação da LTFP é mínima no que respeita a estas matérias, ela própria remete directamente para a aplicação do regime do CT, podendo ambos os regimes ser individuais quando resultam do acordo entre o empregador público e o trabalhador e tenham como destinatário um trabalhador individualmente considerado, ou grupais quando, previstos em IRCT e tenham como destinatário um conjunto de vários trabalhadores.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

29. Descanso, Férias e Faltas

Maria João Bernardino Marques

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

DESCANSO, FÉRIAS E FALTAS

Maria João Bernardino Marques

1. Introdução
2. Descanso
 - 2.1. Descanso diário
 - 2.1.1. A interrupção durante a jornada de trabalho diária
 - 2.1.2. A interrupção entre jornadas de trabalho
 - 2.2. Descanso semanal
3. Férias
 - 3.1. Duração das férias: regra geral e acréscimos
 - 3.2. O gozo de férias
 - 3.3. Os efeitos dos contratos suspensos no gozo de férias
 - 3.3.1. Suspensão do contrato com início e fim no mesmo ano
 - 3.3.2. Suspensão do contrato com início num ano e *terminus* em ano seguinte
4. Faltas
 - 4.1. Efeitos das faltas justificadas e injustificadas
 - 4.2. Dois regimes de protecção social no emprego público: os efeitos nas faltas por doença
 - 4.2.1. O regime de protecção social e os efeitos nas férias, das faltas dadas por doença
5. Conclusões

1. Introdução

O presente trabalho tem como objecto o regime do descanso, férias e faltas no contexto do vínculo de emprego público.

Os institutos serão abordados de forma autónoma e numa perspectiva de direito público, enquanto categorias inseridas nos *tempos de não trabalho*. Mas, face à extensão e multiplicidade de configurações práticas que os institutos podem assumir, optámos por abordar o regime geral de cada um e aprofundar os efeitos nas férias da suspensão do contrato e a aplicação deste regime aos trabalhadores abrangidos pelo regime de protecção social convergente (aqueles cujo vínculo se constituiu antes de 1 de Janeiro de 2006). Ou seja, pretendeu-se abordar a diferença de regimes dentro do vínculo público para as faltas dadas em período superior a 1 mês (doença) e os seus efeitos nas férias. Mas para isso, será necessário desenhar o enquadramento prévio, ou seja, abordar o regime das férias e o regime da suspensão por faltas.

Por outro lado, o direito ao descanso fecha o círculo dos tempos de não trabalho, pelo que, para a compreensão global do tema, vamos percorrer as suas especificidades. Este será então o início da nossa viagem¹.

¹ Os feriados não serão abordados no presente estudo.

2. Descanso²

O tempo de descanso previsto na legislação laboral, seja no CT como na LTFP, funda-se no direito ao repouso, constitucionalmente previsto no artigo 59.º, n.º, 1 al. d) da CRP, onde se determina que todos os trabalhadores têm direito ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas.

2.1 Descanso diário

A LTFP configura como *tempo de trabalho* qualquer período durante o qual o trabalhador está a desempenhar a actividade ou permanece adstrito à realização da prestação (artigo 102.º, n.º 1), da mesma forma que o faz o CT (artigo 197.º, n.º 1). Ora, fora daquele período entramos nos *tempos de não trabalho* e dentro destes o descanso diário (artigo 199.º CT). Ou seja, o trabalho deve ser prestado pelo trabalhador, por norma, durante 7 horas diárias (artigo 105.º)³, mas esse período não deve ser consecutivo. O trabalhador tem direito a interrupções que podem, ou não, consistir em tempos de não trabalho.

A figura do descanso diário configura duas vertentes:

- (i) O direito a interromper a sua prestação laboral durante a jornada de trabalho (o dia de trabalho); e
- (ii) O direito à interrupção entre jornadas de trabalho (entre dias de trabalho sucessivos).

2.1.1. A interrupção durante a jornada de trabalho diária

Estipula a LTFP que, as interrupções da prestação do trabalho correspondem a tempos de não trabalho, como ocorre com a vulgarmente denominada pausa para almoço (artigo 109.º - pausa não inferior a 1 hora e não superior a 2 horas, de modo a que o trabalhador não preste mais de 5 horas de trabalho consecutivo).

Contudo, este intervalo de descanso poderá assumir outras configurações, como sucede com a jornada contínua (pausa não superior a 30 minutos e que se considera como tempo de trabalho (artigo 114.º, n.º 1 e 109.º, n.º 1) ou com trabalhadores com deficiência (artigo 109.º, n.º 2) ou ainda ser alterado por IRC (artigo 109.º, n.º 3 e 350.º, n.º 1, al. d) e e)).

Nas situações descritas (com excepção da jornada contínua), o intervalo de descanso conta como tempo de não trabalho. Mas existem outras pausas que, não obstante o trabalhador ter o direito a interromper a prestação, contam como tempo de trabalho. São os casos de curtas

² Para comparação entre os diferentes períodos de descanso nos países membros da ONU, *vide* site da Organização Internacional do Trabalho (agência das Nações Unidas):

http://www.ilo.org/dyn/travail/travmain.sectionChoice?p_structure=

³ Cf. redacção da Lei n.º 18/2016, 20/06.

paragens inerentes à satisfação de necessidades pessoais inadiáveis do trabalhador ou interrupções por motivos técnicos ou impostas por normas de segurança ou saúde (artigo 197.º, n.º 2, do CT, aplicável *ex vi* artigo 102.º, n.º 2).

2.1.2 A interrupção entre jornadas de trabalho

Além da pausa diária, o trabalhador tem direito a um período mínimo de descanso entre jornadas de trabalho. Por força do artigo 123.º, n.º 1, é garantido ao trabalhador um período mínimo de 11 horas seguidas entre dois períodos diários de trabalho consecutivos. Pense-se em sectores onde o trabalho é prestado em regime de turnos sucessivos e ininterruptos (*cf.* artigo 115.º).

O período mínimo de descanso de 11 horas sofre, contudo, várias exceções significativas, consoante o motivo (artigo 123.º, n.º 2, com direito a um período de descanso compensatório (*cf.* artigo 214.º, n.º 4, CT⁴) ou consoante características específicas da actividade (artigo 123.º, n.º 3, *e.g.* para trabalhadores com funções permanentes e obrigatórias⁵ ou serviços de limpeza, ou ainda, pelo artigo 123.º, n.º 4, quando a função é necessária para assegurar a continuidade do serviço⁶).

Da análise do quadro legal do descanso entre jornadas diárias, percebe-se que existem duas situações em que o trabalhador poderá ter de prestar trabalho com um intervalo inferior a 11 horas, sem que esteja expressamente previsto um mecanismo de descanso compensatório ou período de recuperação. Neste sentido, tendemos a defender que também nos casos onde a lei não prevê o descanso compensatório, o mesmo não poderá deixar de ser concedido por força do artigo 59.º, n.º 1, al. d), da CRP, enquanto direito análogo a DLG⁷.

2.2. Descanso semanal

O descanso semanal é um dos marcos que caracteriza a história recente dos direitos dos trabalhadores, tendo Portugal acompanhado a evolução internacional⁸.

⁴ Todas as normas referidas do CT no âmbito do “descanso” são aplicáveis, em regra, *ex vi* artigo 122.º, n.º 1, da LTFP, devendo considerar-se essa referência na sua falta expressa.

⁵ O que sucede, por exemplo, com o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, *cf.* artigo 8.º, n.º 1, do DL 252/2000, de 16/10: «serviço no SEF é de carácter permanente e obrigatório (...)».

⁶ A norma exemplifica alguns sectores, como ambulâncias, bombeiros e protecção civil, ou a recolha de lixo e incineração.

⁷ São válidas aqui as considerações feitas para o direito a férias, enquanto direito análogo a DLG, bem como doutrina e jurisprudência citada *in* ponto 3.

⁸ Em 1907, o regime de João Franco instituiu no país o direito ao descanso semanal com a promulgação do Decreto de 03 de Agosto de 1907 (promulgado em 07/08/1907, vide enquadramento no DL 409/71, de 27/09), prevendo-se como tal o domingo. Mais tarde, e já no pós-Grande Guerra, Portugal ratificou a Convenção n.º 14 de 1921, que instituiu o descanso semanal nos estabelecimentos industriais, público ou privado, pelo período de 24 horas consecutivas em cada 7 dias de trabalho (Conv. Conferência Geral da OIT da Sociedade das Nações, ratificada por Portugal pelo Decreto 15.362, de 03/04/1928, disponível in <http://www.ilo.org>). O mesmo descanso semanal está expressamente previsto no artigo 24.º da Declaração Europeia de Direitos Humanos, que veio a ser adoptada pelas Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948. A Carta Social Europeia (adoptada em Turim a 18/10/1961 e ratificada

É reconhecido ao direito ao descanso uma especial sensibilidade no plano dos direitos dos trabalhadores, pelo que a doutrina de forma generalizada o qualifica como um direito económico, social e cultural do trabalhador mas de natureza análoga aos DLG⁹.

Actualmente, o artigo 124.º prevê que os trabalhadores em funções públicas têm direito ao descanso no domingo e sábado (descanso obrigatório e complementar, respectivamente). O CT, por seu lado, prevê como descanso semanal apenas o domingo, ainda que a este deva acrescer, em continuidade, o período de 11 horas correspondente ao descanso diário (cf. artigo 233.º, n.º 1 e 214.º do CT).

Na LTFP, os dias de descanso podem não corresponder ao domingo e ao sábado, nos casos especificamente previsto no artigo 124.º, n.º 4. Nestes casos, e seguindo a jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa, conforme Acórdão de 23-09-1998¹⁰, não sendo o descanso obrigatório ao domingo, a prestação de trabalho nesse dia não consubstancia trabalho suplementar e não determina, conseqüentemente, um acréscimo remuneratório.

O descanso complementar, por sua vez, poderá não corresponder ao sábado ou ser gozado de forma repartida (artigo 124.º, n.º 5) e se não for contínuo ao dia de descanso obrigatório, deve adicionar-se um período de 11 horas (artigo 125.º, n.º 1). Há aqui uma aproximação ao regime do CT.

Este regime complementar reduzido¹¹, pode ser diferente para as situações de motivos de força maior ou necessidade iminente e, ainda, para determinadas actividades (*e.g.*, vigilância, transportes e tratamento de sistemas electrónicos de segurança), conforme resulta do artigo 125.º, n.º 3, 4 e 5.

Refira-se por último que, o trabalhador que preste trabalho em dia de descanso semanal obrigatório tem direito a um dia de descanso compensatório remunerado, a gozar nos 3 dias seguintes (artigo 229.º, n.º 4 do CT aplicável *ex vi* artigo 120.º, n.º 1). Tem ainda direito a um acréscimo de 50% da remuneração por cada hora de trabalho efectuado (artigo 162.º, n.º 2).

3. Férias

O direito a férias remuneradas, à semelhança do referido para o descanso semanal, é uma garantia constitucional¹², há muito consagrado internacionalmente¹³. O trabalhador não só

por Portugal em 08/1991 pelo Decreto PR 38/91), no seu artigo 2.º n.º 5, veio também prever o descanso semanal, no dia reconhecido pela tradição ou usos do país.

⁹ São válidas aqui as considerações feitas para o direito a férias, enquanto direito análogo a DLG, bem como doutrina e jurisprudência citada *in* ponto 3.

¹⁰ Publicado *in* CJ XXIII, T. IV, p. 173.

¹¹ À semelhança do regime do descanso de 11 horas entre jornadas de trabalho (ponto 2.1.2).

¹² Artigo 59.º n.º 1 d) *in fine* da CRP.

¹³ *Vide* artigo 24.º da Declaração Europeia de Direitos Humanos, artigo 7.º d) do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, artigo 2.º, n.º 3, da Carta Social Europeia e ainda Convenção da OIT n.º 132 ratificada por Portugal pelo Decreto-Lei 52/80, de 29/7.

tem direito a férias, como tem direito a férias pagas e, seguindo a doutrina constitucionalista¹⁴, o direito a férias, tal como o descanso, constitui um direito económico, social e cultural mas análogo aos DLG¹⁵.

Neste sentido, a natureza análoga imprime ao direito a férias uma outra dimensão, trazendo a aplicabilidade directa do seu núcleo essencial, por força da vinculatividade intrínseca aos DLG. É certo que o legislador ordinário tem liberdade para conformar certos aspectos, como a definição do momento temporal em que se vence o direito¹⁶ ou mesmo definir a duração dos dias de férias ou ainda os termos concretos de requisitos prévios¹⁷, mas terá de estar assegurado o conteúdo mínimo do direito¹⁸.

O direito às férias tem um fundamento subjectivo, na perspectiva da recuperação do trabalhador (artigo 237.º, n.º 4, do CT¹⁹) e um fundamento objectivo, com vista a maximizar a prestação laboral em benefício do serviço, e sendo ele um trabalhador em funções públicas, dos fins públicos prosseguidos pela Administração.

Analisando as disposições que regulam o direito às férias, é possível apontar três características fundamentais ao direito: irrenunciável, exclusivo e imprescritível²⁰.

Enquanto direito irrenunciável, as férias não podem ser substituídas por compensações monetárias, económicas ou de outra índole (artigo 237.º, n.º 3). Isto sem prejuízo do trabalhador renunciar aos dias que excedam a 20 dias úteis (ou a correspondente proporção, no caso de ainda estar a decorrer o ano de admissão, artigo 239.º, n.º 1, do CT). Neste caso, ainda que não haja o gozo completo, mantém-se o direito à remuneração por inteiro das férias e à remuneração completa dos dias não gozados (na prática, deve ser pago o subsídio de refeição).

Enquanto direito exclusivo, o trabalhador está impedido de exercer qualquer outra actividade remunerada durante as férias (excepto se já a vier exercendo cumulativamente, com autorização, cf. artigos 131.º, n.º 1 da LTFP e 269.º, n.º 1 e 4, da CRP).

Enquanto direito imprescritível, o trabalhador não perde o direito ao gozo de férias por prescrição. É a decorrência lógica da natureza do direito a férias. Ou seja, poder-se-ia discutir se o direito a férias se mantém como um direito imprescritível por ter sido eliminada essa referência na nova legislação, face ao artigo 8.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 100/99, de 31 de

¹⁴ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., 2007, Coimbra Editora, p. 770; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Editora T. IV 1998, p. 143; Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na CRP 1976*, Almedina, 3.ª Ed. 2004, p. 212.

¹⁵ Direitos económicos, sociais e culturais em regra não têm aplicabilidade directa, ao contrário dos DLG. Contudo, existem certos direitos, pelas suas características e fundamentos, têm natureza análoga a DLG (cf. artigos 17.º e 18.º CRP), como é o caso do direito a férias remuneradas.

¹⁶ Vide Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 555/99, de 19/10/1999.

¹⁷ Vide Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 52/03, de 29/01/2003.

¹⁸ Por todos, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 827/2014, de 03/12/2014.

¹⁹ Todas as normas referidas do CT no âmbito das “férias” são aplicáveis *ex vi* artigo 126.º n.º 1 da LTFP, pelo que se deve considerar daqui em diante essa referência quando não mencionada expressamente.

²⁰ Acompanhamos aqui a análise de Francisco Pimentel, *Regime Jurídico das férias, faltas e licenças dos trabalhadores com vínculo de emprego público*, Almedina, 2016, p. 41.

Março²¹ que previa que «o direito a férias é irrenunciável e imprescritível e o seu gozo efectivo não pode ser substituído por qualquer compensação económica (...)». Não obstante a falta de previsão igual na LTFP, defendemos que o direito continua imprescritível. Isto porque, não decorre o contrário da letra da lei e, por outro lado, essa característica é inerente à natureza do direito às férias enquanto direito fundamental, bem como à sua indisponibilidade e irrenunciabilidade. E isto, mesmo que se diga que o trabalhador poderá perder o seu direito caso não o exerça, *i.e.*, não proceda à marcação não obstante as diligências do empregador público, pois neste caso estaremos sempre perante a caducidade do direito por não exercício e não a sua prescrição²².

3.1. Duração das férias: regra geral e acréscimos

O período anual das férias será de 22 dias úteis (artigo 126.º, n.º 2), ao qual acresce 1 dia por cada 10 anos de serviço efectivamente prestado (artigo 126.º, n.º 4). O direito a férias é de formação sucessiva, que apenas se torna perfeito no termo do decurso do seu período de formação, ou seja, com o vencimento²³, nascendo aí outro direito, o direito ao gozo, que veremos em seguida²⁴.

Para efeitos da contagem dos anos de serviço, deve considerar-se todo o serviço prestado numa relação de emprego público e sem distinção de vínculo, ou seja, ainda que o trabalhador tenha iniciado as suas funções com uma modalidade de vínculo diferente, *e.g.* contrato individual de trabalho a termo certo²⁵, seguido de vínculo de nomeação, aquele período inicial é relevante para contagem do tempo de serviço.²⁶

Além deste acréscimo, podem ainda ser atribuídos dias de férias por força do regime do SIADAP (artigo 126.º, n.º 5) ou ainda da aplicação do regime de Banco de Horas²⁷ (artigo 106.º LTFP e ainda no artigo 208.º, n.º 4, al. a), ii), do CT). Contudo, o regime do SIADAP viu revogado o artigo 52.º, n.º 4 e 5 (Lei n.º 66.º-B/2007, de 28 de Dezembro), perdendo assim alcance útil o acréscimo da LTFP.

²¹ Diploma que regulava o regime das férias, faltas e licenças dos funcionários e agentes da Administração Pública e que foi revogado pela LTFP.

²² Impende sobre o empregador público a obrigação de elaborar o mapa de férias e chegar a acordo com o trabalhador (*cf.* artigo 241.º, n.º 9, CT) e se, por culpa sua, o direito a férias for violado, o trabalhador deverá obrigatoriamente gozá-lo até 30 de Abril do ano civil seguinte (artigo 130.º).

²³ Sobre esta qualificação, Parecer Conselho Consultivo PGR n.º P000092015, votado em 26-03-2015.

²⁴ O facto de ser um direito complexo de formação sucessiva, pode ter relevância prática para determinar a aplicação de leis no tempo, como decorreu com a Lei n.º 35/2014 que, tendo entrado em vigor em 01/08/2014, veio prever um número de dias de férias inferior ao previsto na Lei n.º 59/2008, de 11/09, artigo 173.º (25 dias úteis). Férias vencidas e a gozar em 2015, mas respeitantes a 2014, quantos dias teve direito o trabalhador em funções públicas: *Vide* Parecer Conselho Consultivo PGR *cit.*

²⁵ Ao abrigo de legislação anterior - DL 427/89, de 7/12, artigo 14.º n.º 3.

²⁶ Neste sentido, *vide* Parecer da Provedoria de Justiça proferido no proc. R-1387/11(A), disponível *in* http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Oficio_CMValenca_1387_11.pdf.

²⁷ O aumento do número de dias de férias não implica o aumento do subsídio de férias (artigo 152.º, n.º 4), que se mantém em valor igual a um mês de remuneração base mensal, sem subsídio de refeição (artigo 152.º, n.º 1 e 2 e artigo 1.º, n.º 2 al. a), do DL 57-B/84, de 20/02).

O período de férias não está condicionado à assiduidade do trabalhador ou à efectividade do serviço (*cf.* artigo 237.º, n.º 2, do CT), podendo contudo sofrer vicissitude no caso de suspensão do contrato, como veremos adiante.

3.2. O gozo de férias

O direito às férias vence-se, na íntegra, no dia 1 de Janeiro do ano seguinte à prestação do trabalho (artigo 126.º, n.º 3)²⁸.

As férias deverão ser gozadas no ano civil em que se vencem, em regra (artigo 240.º, n.º 1, do CT). Excepcionalmente, admite-se que o gozo ocorra no ano civil seguinte ao ano do vencimento, até dia 30 de Abril e ainda a cumulação de metade do período de férias vencidas no ano anterior com o vencido no ano em causa (artigo 240.º, n.º 2 e 3, do CT). Da norma parece resultar que a cumulação de férias deverá corresponder apenas a dois anos.

Nos vínculos de duração inferior a 6 meses, o trabalhador tem direito a gozar 2 dias úteis de férias por cada mês completo de duração do contrato (artigo 127.º, n.º 1) e que deve ocorrer em momento imediatamente anterior ao da cessação (artigo 127.º, n.º 3).

No ano em que inicia funções, o trabalhador tem direito a 2 dias de férias úteis por cada mês de duração do contrato, até 20 dias, mas que apenas os poderá gozar após decorridos 6 meses completos de execução do contrato (artigo 239.º, n.º 1).

Em regra, as férias podem ser gozadas de forma interpolada mas no mínimo deve ser respeitado o gozo seguido de 10 dias úteis (artigo 241.º, n.º 8, do CT).

Para efeitos de férias, são úteis os dias de semana de segunda-feira a sexta-feira, com excepção dos feriados, não podendo as férias ter início em dia de descanso semanal do trabalhador (artigo 126.º, n.º 6). Assim, se o sábado não for dia de descanso, se quiser gozá-lo como início de férias terá de o marcar como tal mas terminando numa sexta-feira, terá direito a gozar o fim-de-semana sem ter de o marcar como férias (por falta de previsão expressa do contrário).

3.3. Os efeitos dos contratos suspensos no gozo de férias

O artigo 129.º define o direito a férias dos trabalhadores que vejam os seus contratos suspensos *cf.* artigos 278.º, n.º 1, 2 e 4 e 279.º (*e.g.* suspensão do vínculo por impedimento superior a 1 mês por motivo não imputável ao trabalhador, nomeadamente doença). Um dos efeitos principais da suspensão do vínculo está no direito e gozo de férias.

Nos termos da norma, podemos enquadrar dois cenários em abstracto:

²⁸ Assim sendo, ainda que o vínculo de emprego público se inicie no dia 31 de Dezembro, no dia 1 de Janeiro seguinte o trabalhador tem o direito ao gozo de 22 dias úteis de férias.

- (i) Um, de suspensão com início e fim no mesmo ano;
- (ii) Outro, de suspensão com início num ano e *terminus* no ano seguinte (ou anos seguintes).

3.3.1. Suspensão do contrato com início e fim no mesmo ano

Parece resultar do artigo 129.º, n.º 1, que, caso a suspensão impeça o gozo de férias vencidas (férias de anos anteriores), o trabalhador tem direito à remuneração dessas férias não gozadas e respectivo subsídio.

Contudo, parece defensável extrair desta norma duas interpretações diferentes: uma, em que se considere que o trabalhador tem direito a receber o pagamento de férias vencidas nesse ano, referente ao trabalho do ano imediatamente anterior; e outra, em que se considere que o trabalhador tem direito a receber o pagamento de férias vencidas de dois anos anteriores. Dito de outra forma, o disposto no artigo 129.º, n.º 1, prevê o pagamento de *férias vencidas* e que não serão gozadas no ano em que o contrato esteve suspenso. Como “férias vencidas” pode entender-se aquelas que se venceram nesse ano, com referência ao ano anterior (*cf.* artigo 240.º, n.º 2, CT). Se assim for, o empregador público deverá pagar as férias que não foram gozadas nesse ano e respectivo subsídio. Contudo, parece-nos defensável uma outra interpretação, em que o trabalhador, em alternativa à remuneração, possa efectivamente gozar as férias no ano seguinte, até ao dia 30 de Abril, nos termos do artigo 240.º, n.º 2, do CT. Seguindo esta linha interpretativa, o artigo 129.º, n.º 1, estaria então a prever uma remuneração de “férias vencidas”, não nesse ano (ano do início e fim da suspensão) mas vencidas no ano anterior e que teriam de ser gozadas nesse ano obrigatoriamente. Esta interpretação leva a que o trabalhador seja obrigado a gozar essas férias até 30 de Abril do ano seguinte (o que poderá no limite corresponder à totalidade dos 22 dias úteis), antes das férias vencidas nesse ano.

Por último, refira-se que neste caso (de suspensão com início e fim no mesmo ano), o trabalhador tem direito a 22 dias úteis de férias, que se vencem nos termos gerais (1 de Janeiro do ano seguinte). A isto não obsta o facto de o contrato ter estado suspenso durante parte do ano anterior ao vencimento, até por ser essa a consequência para um trabalhador que inicia funções nos últimos dias do ano, por maioria de razão será a regra para trabalhadores que, já tendo vínculo, apenas tiveram o contrato suspenso. Por isto, entende-se que não é aplicável o 129.º, n.º 2, pensado para as situações em que a suspensão do contrato se prolongou para o ano seguinte, como veremos adiante.

3.3.2. Suspensão do contrato com início num ano e *terminus* em ano seguinte

Aqui, poderemos também apresentar alguns cenários diferentes. Caso a suspensão do contrato se prolongue para o ano seguinte, se o direito a férias vencidas no ano de início da

suspensão (mas referentes à prestação do ano anterior) foram gozadas, não há lugar à aplicação do artigo 129.º e tudo correu dentro da regra geral.

Contudo, se, por força da suspensão, o trabalhador não conseguiu gozar férias vencidas, aplicar-se-á as mesmas considerações para a hipótese anterior, ou seja, ou se aplica o pagamento dessas férias vencidas e não gozadas ou então defende-se o seu gozo para o ano civil seguinte pelo artigo 240.º (aqui com mais dificuldade de aplicação se não houver previsão ou certeza do fim da suspensão do contrato). E também aqui, por maioria de razão, o ano de início da suspensão dá lugar, no ano seguinte, ao vencimento de 22 dias úteis de férias, por apenas serem restringidas as férias no ano em que termina a suspensão. E aqui sim, opera a verdadeira restrição do artigo 129.º, n.º 2.

De acordo com aquela norma, as férias do trabalhador serão calculadas proporcionalmente pelo artigo 127.º no ano em que termine a suspensão. Assim, no ano em que cessar a suspensão, quando a mesma se tenha iniciado no ano anterior, o trabalhador terá direito a 2 dias úteis por cada mês completo de duração do trabalho, a gozar no próprio ano. De facto, é esse o sentido do artigo 127.º, ou seja, excepcionar a regra geral do gozo no ano seguinte à prestação, e permiti-lo no seguimento do contrato que tenha duração inferior a 6 meses.

Se assim é, o artigo 129.º, n.º 2, ao remeter para o artigo 127.º está, necessariamente, a prever que o gozo de férias desse ano se faça de tudo igual a um contrato de curta duração, gozando nesse ano as férias a que terá direito.

Por outro lado, caso o ano civil termine antes de gozado o direito a férias, o trabalhador poderá usufruí-lo até 30 de Abril do ano civil seguinte, nos termos do artigo 129.º, n.º 3^{29/30}. Se a suspensão se iniciar num ano, prolongar-se no seguinte e apenas terminar no outro, no ano intercalar não há direito a férias porque o contrato esteve integralmente suspenso nesse período. No ano do fim da suspensão terá então direito a férias proporcionais nos termos do artigo 127.º (artigo 129.º, n.º 2).

4. As faltas

O direito à falta justificada tem fundamento na conciliação da vida privada (entendida aqui de forma abrangente onde se inclui, educação, saúde e família) com a actividade profissional³¹. O trabalhador tem direito a que o trabalho seja organizado por forma a permitir-lhe manter organizada a sua vida privada. É esta a linha orientadora da LTFP e do CT, ao admitirem a falta do trabalhador não apenas por motivos urgentes e inadiáveis (como no caso de acidente ou doença súbita) mas também no âmbito das responsabilidades parentais (deslocações à

²⁹ Desde que a suspensão tenha cessado antes do fim do ano.

³⁰ Artigo 129.º n.º 3 remete para “antes de decorrido o prazo no número anterior (...)”. Parece-nos que esta remissão fazia sentido à luz do anterior regime, Lei 59/2008, de 11/9 que no seu artigo 179.º, com redacção idêntica ao actual 129.º, remetia para o então 172.º, n.º 3. Ora, esta última norma equivale ao actual 239.º, n.º 1, CT, regulando férias no ano de admissão, permitindo o gozo no prazo de 6 meses. A remissão actual para o 127.º, onde não há submissão a qualquer prazo, parece-nos de parca extensão.

³¹ Cf. artigo 59.º, n.º 1, al. b), CRP.

escola³², assistência a filho ou neto³³) ou para prestação de provas ao abrigo do estatuto trabalhador-estudante³⁴.

A LTFP considera como falta a ausência do trabalhador do local onde devia prestar a actividade durante o período normal de trabalho diário (artigo 133.º, n.º 1), sendo as ausências por períodos inferiores adicionadas para determinação da falta (artigo 133.º, n.º 2).

As faltas podem ser justificadas ou injustificadas.

Consideram-se como faltas justificadas as elencadas no artigo 134.º, n.º 2, sendo injustificadas todas aquelas que não estejam ali previstas (*cf.* artigo 134.º, n.º 6), bem como aquelas em que não seja apresentado o comprovativo legalmente exigido³⁵ ou quando não seja respeitada uma determinada formalidade (*e.g.* comunicação e justificação de ausência, nos termos dos artigos 253.º, n.º 5 e 254.º, n.º 5, ambos do CT³⁶).

Ora, as várias alíneas do n.º 2 do artigo 132.º elencam as faltas que podem ser justificadas, prevendo na al. n) uma norma de salvaguarda para outras faltas previstas na lei. É o caso daquelas dadas ao abrigo do estatuto de trabalhador estudante para prestação de provas de avaliação (*cf.* artigo 91.º do CT aplicável *ex vi* artigo 4.º, n.º 1, al. f)); ou aquelas dadas por encarregados de educação titulares de órgãos de associação de pais, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 372/90, de 27 de Novembro; ou ainda, as faltas por prisão preventiva e por prisão efectiva com trânsito em julgado. Enquanto na prisão preventiva é pacífico que as faltas devam considerar-se como justificadas, face ao princípio da presunção de inocência do artigo 32.º, n.º 2, da CRP, o mesmo já não sucede com a prisão efectiva, havendo grande discussão na doutrina sobre a qualificação da falta^{37/38/39}.

Das faltas justificadas previstas no n.º 2 do artigo 134.º, são elencadas 5 faltas específicas da LTFP que não têm paralelo no CT, a saber:

i) Tratamento ambulatorio, consultas médicas e exames complementares de diagnóstico, que não possam efectuar-se fora do período normal de trabalho;

³² Artigo 134.º, n.º 2, al. f).

³³ Artigo 134.º, n.º 2, al. e).

³⁴ Artigo 89.º e ss CT.

³⁵ *E.g.* ao trabalhadores em funções públicas sujeitos ao regime geral da segurança social – artigo 253.º, n.º 5. Para o trabalhador doente, sujeito ao regime de protecção social convergente – quando não apresente o documento comprovativo da doença no prazo de 5 dias úteis (contados pelo artigo 87.º CPA) e não apresente justificação para a omissão, as faltas serão dadas como injustificadas até à entrega do documento – *cf.* artigo 17.º, n.º 5, da Lei n.º 35/2014 (Lei Preambular que aprovou a LTFP).

³⁶ Todas as normas referidas do CT no âmbito das “faltas” são aplicáveis, em regra, *ex vi* artigo 122.º, n.º 1, da LTFP, devendo considerar-se essa referência na sua falta expressa.

³⁷ A situação deixou de ter regulação expressa, com a revogação do DL 100/99, de 31/03, que no artigo 64.º previa os efeitos da prisão preventiva e prisão efectiva.

³⁸ Destacamos Monteiro Fernandes que defende a qualificação como falta injustificada, por a imputar ao trabalhador face a comportamento doloso, judicialmente determinado, citado por Cláudia Sofia Henriques Nunes, *Contrato de Trabalho em Funções Públicas face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora 2014, p. 227 e ss 227 e ss.

³⁹ Por todos, *Vide* Cláudia Sofia Henriques Nunes, *Contrato de Trabalho em Funções Públicas face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 227 e ss.

- j) Isolamento profilático;
- k) Doação de sangue⁴⁰ e socorrismo⁴¹;
- l) Submissão a métodos de selecção em procedimento concursal;
- m) As dadas por conta do período de férias⁴².

Em contrapartida, o CT permite que sejam consideradas justificadas as faltas autorizadas ou aprovadas pelo empregador (artigo 249.º, n.º 2, i), do CT), quando o mesmo não está previsto na LTFP.

4.1. Efeitos das faltas justificadas e injustificadas

As faltas devidamente justificadas nos termos previstos na lei, não determinam a perda ou prejuízo de quaisquer direitos do trabalhador, sendo consideradas prestação efectiva de trabalho. O trabalhador mantém a remuneração, em regra – artigo 134.º, n.º 4, al. b) – ainda que possa não auferir o subsídio de refeição⁴³, e mantém a antiguidade na carreira⁴⁴ e na aposentação. Contudo, estão previstas faltas que determinam a perda de remuneração diária, como ocorre com as dadas por motivo de doença (desde que o trabalhador beneficie de um regime de protecção social na doença, que lhe atribuirá um subsídio) e as previstas na al. n) do n.º 2 do artigo 134.º (faltas que se consideram justificadas em outras disposições da lei) quando superiores a 30 dias.

As faltas injustificadas constituem uma violação do dever de assiduidade, determinando perda de antiguidade, bem como a perda de remuneração (artigo 256.º, n.º 1, do CT) e de subsídio de refeição⁴⁵. Constitui ainda infracção grave do dever de assiduidade, a falta injustificada que seja dada nos dias ou meios-dias imediatamente anteriores ou posteriores aos dias de descanso ou feriados (artigo 256.º, n.º 2, do CT), perdendo-se o direito à remuneração desse dia, bem como do dia de descanso ou feriado (artigo 256.º, n.º 3, do CT).

No caso de falta injustificada (ou mesmo em caso de falta justificada com perda de remuneração), o trabalhador pode ter interesse em utilizar o regime previsto no artigo 135.º - faltas por conta do período de férias. Este regime, específico da LTFP, admite que o trabalhador que se veja na necessidade de faltar, possa substituir a sua falta por um dia de

⁴⁰ Lei n.º 37/2012, de 27 de Agosto.

⁴¹ Faltas dadas por trabalhadores membro de associações de bombeiros voluntários ou associações humanitárias. Vide DL 241/2007, de 21/6 – diploma que prevê até 3 faltas por mês e não distingue entre trabalhador com vínculo público ou sujeito exclusivamente ao CT.

⁴² O CT prevê um mecanismo semelhante ao permitir que a perda de retribuição por motivo de faltas pode ser substituída por renúncia a dias de férias em igual número, até ao limite daqueles que excedam 20 dias (artigo 257.º, n.º 1, al. a) e artigo 238.º, n.º 5, do CT).

⁴³ Decreto-Lei n.º 57-B/84, de 20 de Fevereiro, artigo 2.º, exclui o subsídio de refeição nas situações de doença, casamento, nojo, assistência a familiares. Norma exemplificativa, admitindo que existam outras situações previstas em legislação especial.

⁴⁴ Existem excepções que veremos adiante.

⁴⁵ Decreto-Lei n.º 57-B/84, de 20 de Fevereiro, artigo 2.º, al. i).

férias (2 dias por mês, até ao máximo de 13 por ano, sendo admitidos meios-dias). Para o efeito, terá de comunicar com uma antecedência mínima de 24 horas ou no próprio dia (esta possibilidade pode ser recusada com fundamento em prejuízo para o serviço). Em paralelo, o n.º 4 do artigo 135.º prevê outra possibilidade semelhante, em que o trabalhador pode substituir a falta, que determine a perda de remuneração⁴⁶, por um dia de férias. Aqui, tem de estar garantido o gozo efectivo de 20 dias de férias e o empregador público não se pode opor⁴⁷.

4.2. Dois regimes de protecção social no emprego público: os efeitos nas faltas por doença

No actual quadro laboral de emprego público, coexistem dois sistemas de protecção social que, além de terem regimes autónomos, têm efeitos distintos quanto aos trabalhadores abrangidos, nomeadamente no que respeita às faltas e às férias.

A Lei n.º 60/2005, de 29 de Dezembro fechou as inscrições de novos trabalhadores na Caixa Geral de Aposentações e determinou que todo o pessoal que inicie funções a partir de 1 de Janeiro de 2006 seja inscrito no regime geral da Segurança Social. É com este diploma, reforçado com o artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 55/2006, de 15 de Março, bem como com o artigo 104.º da Lei de Bases da Segurança Social⁴⁸, que surge a dicotomia entre o *Regime de Protecção Social Convergente* (aplicável aos trabalhadores com vínculo anterior a 1 de Janeiro de 2006) e o *Regime Geral da Segurança Social* (aplicável a todos os restantes). Foi contudo a Lei n.º 4/2009, de 29 de Janeiro que veio clarificar (artigos 6.º e 7.º) que todos os trabalhadores com vínculo após 1 de Janeiro de 2006 passaram a estar integrados no Regime Geral da Segurança Social, não só para efeitos de pensão por velhice, invalidez ou morte, mas também para doença, parentalidade, desemprego, acidentes de trabalho e doenças profissionais.

Ora, face ao mesmo empregador público e, em muitos casos, para o mesmo tipo de funções, prestam serviço trabalhadores sujeitos a dois regimes de protecção social distintos e que vão determinar direitos distintos e formas também distintas de exercício desse direito. É o caso das faltas, em especial as faltas por doença.

Assim sendo, às faltas por doença dadas por trabalhador abrangido pelo regime da Protecção Social Convergente (na prática, aqueles com vínculo constituído antes de 1 de Janeiro de 2006), são aplicáveis as disposições previstas na Lei preambular⁴⁹, nos artigos 15.º a 41.º (*vide* artigo 14.º da Lei n.º 35/2014). Aos restantes, são aplicáveis as disposições da LTFP e do CT, bem como de legislação específica da Segurança Social para protecção na doença.

⁴⁶ Como o legislador não distingue, pelo que se entende que a falta tanto poderá ser justificada com perda de remuneração (e.g. por doença), bem como injustificada, por estas implicarem sempre perda de remuneração.

⁴⁷ Como *supra* referenciado, na nota 43, o CT prevê um mecanismo semelhante no artigo 257.º, n.º 1, al. a) e artigo 238.º, n.º 5, do CT, ao permitir que o trabalhador substitua o dia sem remuneração por um dia de férias, sem que isso ponha em causa o gozo de pelo menos 20 dias úteis. Assim, o CT aproxima-se do regime do n.º 4 do artigo 135.º mas não tem norma semelhante para o regime dos n.ºs 1, 2 e 3 do mesmo artigo.

⁴⁸ Lei n.º 4/2007, de 16/01.

⁴⁹ Lei 35/2014, que aprovou a LTFP.

Sem termos a intenção de esgotar os efeitos dos dois regimes, salientamos duas diferenças significativas relativas aos efeitos das faltas:

No Regime de Protecção Social Convergente, o trabalhador perde a totalidade da remuneração diária nos 3 primeiros dias (artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 35/2014), tal como o trabalhador abrangido pelo Regime da Segurança Social (artigo 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de Fevereiro, *a contrario*). Contudo, o trabalhador abrangido pelo regime convergente perde apenas 10% da remuneração diária entre o 4.º e o 30.º dia (artigo 15.º, n.º 2, al. b) da Lei n.º 35/2014) e a partir do 31.º não há qualquer perda de remuneração⁵⁰. O mesmo já não se verificará para as faltas do trabalhador abrangido pelo regime da Segurança Social. Este apenas tem direito a um subsídio por doença equivalente a 55% da sua remuneração de referência entre o 4.º e o 30.º dia, que, por períodos superiores, pode chegar no máximo até 75%⁵¹. As diferenças na perda de remuneração são bastante significativas nos 30 primeiros dias de doença.

Outra diferença que nos merece referência, corresponde à perda de antiguidade na carreira dos trabalhadores abrangidos pelo regime convergente, quando as faltas ultrapassem 30 dias, seguidas ou interpoladas, em cada ano civil (artigo 15.º, n.º 6). Os trabalhadores abrangidos pelo regime geral da segurança social não perdem qualquer antiguidade, por lhes ser aplicável a regra do CT prevista no artigo 255.º⁵², bem como o artigo 295.º, n.º 2 do CT. Se não fossem estas ressalvas, haveria naturalmente perda de antiguidade, por força da suspensão do contrato de trabalho (artigo 278.º do CT). Com estas duas diferenças procurou-se apenas alertar para a abrangência e especificidades imprimidas pela manutenção em simultâneo de dois regimes de protecção social para trabalhadores em funções públicas, cuja única diferença consiste na data da constituição do vínculo, situação essa particular do direito público laboral.

4.2.1 O regime de protecção social e os efeitos nas férias, das faltas dadas por doença

Aqui chegados, estamos em condições de abordar uma outra problemática decorrente da coexistência de dois regimes de protecção social em vigor para os trabalhadores com vínculo público: os efeitos nas férias, das faltas dadas por doença, quando estas são em número superior a 1 mês.

Como vimos no ponto 3.4, do artigo 278.º, n.º 1, resulta a suspensão do contrato quando o trabalhador esteja impedido de trabalhar por período superior a 1 mês, por facto que não lhe seja imputável, nomeadamente doença. Esta norma, quando conjugada com o disposto no artigo 129.º determina que o trabalhador pode ter as suas férias reduzidas nos termos do artigo 127.º (quando a suspensão termine em ano posterior àquele em que começou⁵³).

⁵⁰ *I.e.*, o artigo 15.º, n.º 2, apenas prevê dois casos de perda de remuneração, pelo que os não abrangidos não determinam qualquer corte.

⁵¹ Cf. DL 28/2004, de 4/2, artigo 16.º: Entre 30 e 90 dias = 60% subsídio; entre 91 e 365 dias = 70%; acima de 365 = 75%.

⁵² Determina que a falta justificada não afecta qualquer direito do trabalhador, salvo a perda de remuneração.

⁵³ *Vide* análise efectuada no ponto 3.3.2.

Por seu lado, as faltas dadas por trabalhador abrangido pelo regime de protecção social convergente são reguladas pelos artigos 15.º e seguintes da Lei preambular, onde, no n.º 1 determina que, as faltas dadas por motivo de doença devidamente comprovada «não afecta qualquer direito do trabalhador, salvo o disposto nos números seguintes». Os números seguintes da norma não fazem qualquer referência a férias ou à suspensão do contrato por impedimento superior a 1 mês, regulando apenas a limitação da remuneração e a referir que descontam na antiguidade para efeitos de carreira.

Ora, da conjugação do disposto na Lei preambular com o regime previsto nos artigos 278.º e 129.º, tem sido questionado se os trabalhadores com vínculo público abrangidos pelo regime de protecção social, também terão o contrato suspenso quando as faltas são superiores a 1 mês e em consequência, vejam as suas férias reduzidas proporcionalmente. Ou seja, os artigos 278.º, 129.º e 127.º são ou não aplicáveis ao trabalhadores abrangidos pelo regime convergente, considerando a disciplina específica do artigo 15.º da Lei preambular?

Consideramos que não⁵⁴. E isto por várias linhas argumentativas.

Antes de tudo, porque o artigo 15.º da Lei preambular definiu uma disciplina específica para os trabalhadores do regime convergente e se o fez, essas normas são aplicadas em alternativa ao disposto à LTFP. Define o artigo 15.º e como já referido que as suas disposições não afectam qualquer direito do trabalhador com excepção das aí mencionadas. Não sendo um dos efeitos atribuídos às faltas por doença a suspensão do contrato, teremos um indício forte da intenção do legislador em afastar este regime. Em seguida, retira-se do n.º 6 do artigo 15.º que as faltas superiores a 30 dias descontam na antiguidade para efeitos de carreira. Ora, se as faltas superiores a 30 dias têm um efeito específico na antiguidade, significa que o contrato está em vigor e não se suspendeu (apenas pode produzir efeitos o que está em vigor). O legislador, por admitir que o contrato não se suspende, sentiu necessidade de limitar um dos efeitos da manutenção⁵⁵.

Nesta linha condutora, consideramos que, para os trabalhadores do regime convergente, não há suspensão de contrato nas faltas por doença superiores a 30 dias. Assim sendo, não operando a suspensão do contrato, não terá necessariamente aplicação o disposto no artigo 129.º, nem a limitação das férias pelo artigo 127.º. De facto, se pensarmos em lógica sistemática para encontrar o raciocínio do legislador, verificamos que o artigo 15.º da Lei preambular define um regime específico e restritivo dos efeitos previstos na LTFP que aprovou, ou se assim não fosse bastaria sujeitar os trabalhadores do regime convergente ao regime geral.

A par deste raciocínio jurídico-positivo, sempre teríamos de interpretar o artigo 15.º da Lei preambular e a sua articulação com as normas da LTFP face ao regime constitucional do direito

⁵⁴ Acompanhando a posição de Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, Coimbra Editora, 1.º Vol, 2014.

⁵⁵ Repare-se que, como *supra* referido, o artigo 278.º determina a suspensão do vínculo e que, em regra isso determinaria a perda de antiguidade, mas entendemos que esse efeito é limitado por uma interpretação do artigo 255.º do CT e pelo 295.º, n.º 2, do CT, como referido em 4.3..

a férias, enquanto direito análogo a DLG⁵⁶. Seguindo então aqui a jurisprudência recente do Tribunal Central Administrativo Sul⁵⁷, impõe-se uma interpretação restritiva de normas de onde possam resultar uma limitação de um DLG. Do regime dos DLG, aplicável aos direitos análogos, resulta a vinculatividade genérica do legislador, restrições de carácter geral e abstracto e que estejam previstas na CRP (cf. artigo 18.º) e tendo como fundamento interesses públicos relevantes. A interpretação restritiva será, em si mesma, uma decorrência do direito enquanto DLG (neste caso, análogo). A interpretação de normas que seja susceptível de restringir um DLG sempre teria de efectuar-se dentro dos valores fixados na CRP e dentro da medida do artigo 18.º. Ou seja, se é certo que o legislador teria possibilidade de conformar a medida e o alcance da duração das férias (aliás, como o fez para a LTFP no artigo 129.º), da interpretação de norma onde essa restrição não foi expressamente efectuada, não poderá resultar uma restrição do direito a férias, inferior ao período previsto como regra. A intenção do legislador, no campo dos DLG deve ser conformada pela medida restrita e necessária aos interesses que quis regular. Se restringiu, por ter fundamento para o efeito, as férias no artigo 129.º, n.º 2 e 127.º, e não o fez quando definiu um regime próprio para o sistema convergente, então uma interpretação constitucional impõe que daí não resulte uma restrição ao período de férias nesses casos. Até se admitiria que a limitação das férias fosse concretizada, mas se não o fez, deve entender-se que o legislador pretendeu afastar esse regime dos trabalhadores do regime convergente.

5. Conclusões

Os *tempos de não trabalho* na LTFP correspondem ao descanso, férias e faltas. O descanso e as férias são a consagração legal do direito fundamental ao descanso do trabalhador e nesta perspectiva são verdadeiros direitos análogos a DLG, qualificação pacífica na doutrina e jurisprudência. As faltas, na nossa perspectiva não deixam de ser a consagração legal do direito do trabalhador à compatibilização da sua vida privada com o trabalho.

É neste campo constitucional que devem ser apreendidos e tratados as disposições dos *tempos de não trabalho*, pelo que a interpretação de uma qualquer norma que restrinja aqueles direitos deve merecer as maiores reservas.

Aqui chegados, consideramos que a problemática dos efeitos nas férias, das faltas superiores a 1 mês dadas por trabalhadores abrangidos por um regime próprio e diferente do previsto na LTFP (artigo 15.º da Lei preambular), deve ser enquadrada em função do regime constitucional dos DLG. Ou seja, pretender aplicar o regime geral da LTFP, quando está previsto um regime especial para trabalhadores abrangidos pelo regime protecção social convergente, para com isso restringir o direito a férias sem que o legislador o tenha feito expressamente, entramos no campo das regras da interpretação conforme o regime de DLG previsto na CRP.

É assim que entendemos que o regime da suspensão do artigo 278.º da LTFP e os seus efeitos nas férias, não é aplicável aos trabalhadores com vínculo público constituído antes de 1 de

⁵⁶ Vide enquadramento feito em 3.1, doutrina e jurisprudência referidas.

⁵⁷ Acórdão de 20/10/2016, proc. 13317/16, relator Pedro Marchão Marques.

Janeiro de 2006, por não estar expressamente previsto no artigo 15.º da Lei preambular. Mas, para alcançarmos esta conclusão, percorremos o regime da suspensão por faltas superiores a 1 mês e a sua restrição às férias e o regime do descanso, diário e semanal, fechando o ciclo da globalidade dos tempos de não trabalho.

No vínculo de emprego público actual coexistem normas transversais à generalidade dos trabalhadores (por força da aplicação do CT) com disposições específicas para os trabalhadores em funções públicas e dentro destas, ainda sobressaem regras próprias para um grupo (não tão restrito assim) que constituiu o seu vínculo com a Administração Pública antes de 1 de Janeiro de 2006 e por esse motivo são abrangidos por um regime próprio de protecção social. Emprego Público que vive entre normas de direito privado e de direito público, mas também entre dois regimes de protecção social.

É nesta complexidade normativa e, muitas vezes na dificuldade de aplicação de lei no tempo, que se deve movimentar o intérprete do regime laboral público.

Bibliografia

ANDRADE, Vieira de – Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa 1976, Coimbra: Almedina, 3.ª Ed., 2004.

CANOTILHO, Gomes/VITAL, Moreira - Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora., 2007.

FALCÃO, David – «*O Direito a Férias no Actual Regime Laboral*», in *Data Venia*, Ano 2 n.º 3, Fevereiro 2015.

FERNANDES, Monteiro - «*Alguns aspectos do regime jurídico das faltas ao trabalho*», in *Estudo Sociais e Corporativos* n.º 28.

MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 7.ª edição, 2016.

MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, Tomo IV, 1998.

MOREIRA, Teresa Coelho – «*O respeito pela vida privada do trabalhador: natureza jurídica das faltas cometidas por motivo de prisão baseada em crimes praticados fora do trabalho*» in *Questões Laborais* n.º 18, p. 155 a 189.

MOURA, Paulo Veiga e/ARRIMAR, Cátia – *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1.º Vol, 2014.

NUNES, Cláudia Sofia Henriques – *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas Face à Lei Geral do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

PIMENTEL, Francisco – *Regime Jurídico das Férias, Faltas e Licenças dos Trabalhadores com Vínculo de Emprego Público*. Coimbra: Almedina, 2016.

30. Da avaliação do desempenho dos trabalhadores em funções públicas – Traços gerais

Jorge Guerreiro de Morais

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

DA AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO DOS TRABALHADORES EM FUNÇÕES PÚBLICAS – TRAÇOS GERAIS –

Jorge Guerreiro de Morais

- I. Introdução
- II. Análise geral do regime da avaliação do desempenho dos trabalhadores em funções públicas (SIADAP 3)
 - 1. Considerações gerais
 - 2. Princípios da avaliação do desempenho
 - 3. Efeitos da avaliação do desempenho
 - 3.1. Em geral
 - 3.2. Dos efeitos da avaliação do desempenho, em especial
 - a) Alteração do posicionamento remuneratório
 - b) Prémios de desempenho
 - c) Efeitos disciplinares
 - 4. Requisitos, metodologia, intervenientes e processo de avaliação (remissão)
 - 5. Brevíssima nota jurisprudencial
- III. Referências bibliográficas

Palavras-chave: Trabalhadores em funções públicas; avaliação do desempenho; princípios; efeitos; SIADAP.

I. Introdução

Com o presente trabalho pretendemos fazer um breve périplo pela temática da avaliação do desempenho dos trabalhadores em funções públicas.

Atento o escopo e a dimensão pretendida, a delimitação do trabalho tem subjacente as seguintes premissas:

– Analisa-se o regime de avaliação do desempenho vigente, isto é, o instituído pela Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro (Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho na Administração Pública - SIADAP), alterada por último pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2013), na sua conjugação com a Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho (Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas), alterada por último pela Lei n.º 18/2016, de 20 de Junho ¹.

– A análise limita-se à avaliação do desempenho dos trabalhadores em funções públicas, não abrangendo a avaliação dos serviços nem dos dirigentes, isto é, limita-se ao Subsistema de Avaliação do Desempenho dos Trabalhadores da Administração Pública (SIADAP 3), previsto no artigo 9.º da Lei relativa ao SIADAP.

¹ Para uma pequena resenha da evolução do modelo da avaliação do desempenho na Administração Pública, veja-se, HELENA VAZ DA SILVA MARQUES, *A Avaliação do Desempenho na Administração Pública – Privatização e Regulação* (Tese de Mestrado) [Em linha], Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, disponível na Internet: <http://hdl.handle.net/10316/28582> [acedido em Dezembro de 2016].

– Por outro lado, abordaremos os vários aspectos da avaliação do desempenho dos trabalhadores nos seus traços gerais e naquilo que resulta em especial da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, nomeadamente os efeitos da avaliação. A metodologia e o procedimento específico de avaliação, nas suas diversas fases e intervenientes, ficará, necessariamente, de fora.

– Suscitam-se questões jurídicas muito interessantes no âmbito deste tema, como o seja a da (in)constitucionalidade do sistema de quotas máximas para a atribuição das menções qualitativas mais elevadas². Sem dúvida uma questão pertinente e a merecer estudo. Contudo, um estudo minimamente sério, consistente e fundamentado da questão exigiria um trabalho autónomo de igual dimensão ao presente, pelo que, sem prejuízo de ulterior regresso ao tema em trabalhos futuros, se terá, por agora, de prescindir de tal aventura. Não deixamos, todavia, de adiantar que cremos ser de duvidosa constitucionalidade a imposição das quotas máximas tal como se encontra previsto lei, até porque haverá medidas menos gravosas e mais *justas* para alcançar o mesmo objectivo pretendido com essa imposição e não tão ostensivamente violadoras dos princípios da igualdade, por um lado, e da proporcionalidade, por outro³.

Assim, depois de algumas considerações gerais a propósito da avaliação do desempenho dos trabalhadores em funções públicas, passaremos aos princípios subjacentes a essa avaliação e, concentrar-nos-emos, em especial, nos principais efeitos dessa avaliação, conforme resultam da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

II. Análise geral do regime da avaliação do desempenho dos trabalhadores em funções públicas (SIADAP 3)

1. Considerações gerais

Nos termos do artigo 89.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, doravante “LGTFP” (aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho), os trabalhadores estão sujeitos a avaliação do seu desempenho segundo o regime estabelecido em diploma próprio, referido na alínea a), do artigo 5.º daquela lei. Esse diploma vem a ser a Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro, que

² Cf. PAULO VEIGA E MOURA, *A Avaliação do Desempenho na Administração Pública – Comentários à Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 324-334 (anotação ao artigo 75.º).

³ Não desconhecemos o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 148/2008, de 12 de Março, onde, em questão idêntica, ainda que a propósito do sistema específico de avaliação do desempenho dos educadores de infância e dos professores dos ensinos básico e secundário, o Tribunal se pronunciou, por maioria, pela não inconstitucionalidade da previsão de quotas máximas para as menções mais elevadas de avaliação. No entanto, salvo o devido respeito e com as limitações de análise que já demos nota, não nos parece convincente a argumentação maioritária do Tribunal e revemo-nos no voto de vencido do Conselheiro Mário Torres, constante desse mesmo acórdão. Para além disso, como dissemos já, são possíveis outras medidas para alcançar os mesmos resultados pretendidos com a imposição de quotas máximas, que passam por maiores exigências de fundamentação e publicidade e o facto (que, de resto, é o que sucede no sistema vigente, da avaliação e o seu resultado passar pelo crivo de diversos intervenientes, incluindo órgãos colegiais, o que desde logo tende a obviar a possibilidade de classificações *absurdas*).

estabelece o Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho na Administração Pública (doravante “SIADAP”) ⁴.

Há quem critique ⁵ a existência deste artigo 89.º quando já o aludido artigo 5.º remete a matéria da avaliação de desempenho para diploma próprio. Tal como a enunciação, a seguir, dos princípios da avaliação (artigo 90.º da LGTFP) e dos seus efeitos (artigo 91.º da LGTFP), quando o SIADAP também tem normas específicas, quer quanto aos princípios subjacentes à avaliação (artigo 5.º do SIADAP), quer quanto aos efeitos da mesma (artigo 52.º do SIADAP).

Se, quanto aos artigos 89.º e 90.º, nos pareça que a crítica procede de algum modo (o primeiro porque completamente desnecessário face ao artigo 5.º da mesma lei; o segundo porque sobrepõe-se parcialmente, com as inerentes dificuldades acrescidas de interpretação e harmonização que poderiam ser evitadas, ao artigo 5.º do SIADAP ⁶), já no que respeita ao artigo 91.º, relativo aos efeitos da avaliação, cremos que se justifica, pois não repete nem se sobrepõe ao artigo 52.º do SIADAP, antes enuncia que, “para além dos efeitos previstos” no SIADAP, a avaliação terá ainda como efeitos os previstos na própria LGTFP em matéria de alteração do posicionamento remuneratório na carreira, de atribuição de prémios de desempenho e efeitos disciplinares. Tudo efeitos que ou se encontram apenas genericamente enunciados no SIADAP, mas apenas concretizados na LGTFP (é o caso das alterações de posicionamento remuneratório e atribuição de prémios de desempenho ⁷, por virtude da avaliação), ou são mesmo unicamente previstos na LGTFP (como é o caso dos efeitos disciplinares).

2. Princípios da avaliação do desempenho

Centrando-nos agora e apenas na avaliação do desempenho dos trabalhadores (SIADAP 3, portanto), temos como princípios dessa avaliação os constantes do artigo 90.º da LGTFP ⁸,

⁴ Sucessivamente alterada pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2009), pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2011), e pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2013). O SIADAP foi, por sua vez, adaptado à Administração Autárquica pelo Decreto Regulamentar n.º 18/2009, de 4 de Setembro e às Administrações Regionais da Madeira e dos Açores, respectivamente, pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2009/M, de 21 de Agosto, e pelo Decreto Legislativo Regional n.º 41-A/2008, de 27 de Agosto.

⁵ Cf. PAULO VEIGA E MOURA; CÁTIA ARRIMAR, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 344-345 (anotação ao artigo 89.º).

⁶ Cremos, contudo, que no que se refere aos princípios da avaliação do desempenho, há uma diferença entre os dois diplomas: ao passo que os princípios do SIADAP são genericamente aplicáveis ou estão subjacentes a toda a avaliação (dos serviços, dirigentes e trabalhadores), os princípios previstos no artigo 90.º da LGTFP referem-se apenas à avaliação do desempenho dos trabalhadores (*em funções públicas*), tendo assim um âmbito mais delimitado. Além disso, o âmbito de aplicação dos dois diplomas também não é inteiramente coincidente, até porque o SIADAP parece prever a possibilidade de se aplicar, ainda que com adaptações, a entidades à partida excluídas do seu âmbito de aplicação (cf. artigos 1.º e 2.º da LGTFP e artigos 2.º, 3.º e 83.º do SIADAP).

⁷ Sem prejuízo de, no que respeita aos prémios de desempenho e nos termos do artigo 168.º da LGTFP, poderem ser criados outros sistemas de recompensa do desempenho – que podem, inclusive, afastar a aplicação das normas gerais sobre aqueles prémios –, em função de resultados obtidos em equipa ou relativamente ao desempenho de trabalhadores que já se encontrem na última posição remuneratória da respectiva categoria.

⁸ Tenha-se em conta o que já dissemos na nota 3 sobre o artigo 5.º do SIADAP também relativo aos princípios do sistema de avaliação.

nomeadamente, e em termos gerais: a orientação para resultados⁹; a universalidade; a responsabilização e desenvolvimento; o reconhecimento e motivação; a transparência e imparcialidade.

3. Efeitos da avaliação do desempenho

3.1. Em geral

No que respeita aos efeitos da avaliação do desempenho dos trabalhadores, resulta do artigo 52.º, n.º 1, do SIADAP que daquela deve resultar: a identificação de potencialidades pessoais e profissionais do trabalhador que devam ser desenvolvidas; o diagnóstico de necessidades de formação; a identificação de competências e comportamentos profissionais merecedores de melhoria; a melhoria do posto de trabalho e dos processos a ele associados; a alteração de posicionamento remuneratório na carreira do trabalhador e atribuição de prémios de desempenho. Decorre ainda do n.º 2 do referido artigo que o reconhecimento da menção de “Desempenho excelente” em dois ciclos avaliativos consecutivos confere ao trabalhador o direito a frequentar estágios – quer em outro serviço público, quer em organismos de Administração Pública estrangeira ou organização internacional, organizações não governamentais ou entidades empresariais com actividade e métodos de gestão relevantes para a Administração Pública – ou acções de formação adequadas ao desenvolvimento de competências profissionais.

O artigo 52.º do SIADAP tem de ser conjugado com o artigo 91.º da LGTFP que prevê que para além dos efeitos previstos naquela primeira norma, os efeitos concretos da alteração de posicionamento remuneratório e a atribuição de prémios de desempenho, já aí previstos, se fazem nos termos da LGTFP¹⁰ e que a avaliação do desempenho tem também efeitos disciplinares¹¹.

3.2. Dos efeitos da avaliação do desempenho, em especial

Debrucemo-nos agora, mais em pormenor, nos três efeitos principais da avaliação do desempenho dos trabalhadores em funções públicas, que serão aqueles especialmente previstos na LGTFP: a alteração do posicionamento remuneratório, a atribuição de prémios de desempenho e os efeitos disciplinares.

a) Alteração do posicionamento remuneratório

⁹ Uma das notas mais relevantes do actual sistema de avaliação é precisamente a maior relevância da avaliação por objectivos, cf. HELENA VAZ DA SILVA MARQUES, ob. cit., pp. 16-21.

¹⁰ Regulado nos artigos 156.º a 158.º da LGTFP.

¹¹ Nomeadamente, o processo de averiguações regulado nos artigos 232.º a 234.º da LGTFP e o eventual processo disciplinar que daí possa resultar, nos termos do artigo 234.º, n.º 1, alínea a), do mesmo diploma.

As regras gerais de alteração do posicionamento remuneratório resultam do artigo 156.º da LGTFP, nos termos do qual, são elegíveis para essa alteração de posicionamento os trabalhadores que tenham obtido, nas últimas avaliações do seu desempenho relativamente às funções exercidas durante a posição remuneratória em que se encontram: uma menção máxima; duas menções consecutivas imediatamente inferiores às máximas; ou, três menções consecutivas imediatamente inferiores às anteriores, desde que consubstanciem desempenho positivo¹². Estes trabalhadores são depois ordenados, dentro de cada universo, por ordem decrescente da classificação quantitativa obtida na última¹³ avaliação do seu desempenho (cf. n.º 3 do artigo 156.º da LGTFP).

É então alterado o posicionamento remuneratório dos trabalhadores assim ordenados, mas até ao limite do orçamento previsto¹⁴ para as alterações de posicionamento remuneratório (cf. n.ºs 4 e 5 do artigo 156.º da LGTFP). Isto quer dizer que, na prática, as alterações de posicionamento remuneratório dos trabalhadores dependem das verbas previstas e disponíveis no orçamento do serviço no ano em causa, daqui decorrendo que não é garantido aos trabalhadores essa alteração de posicionamento remuneratório, ainda que preencham todos os requisitos de mérito para o efeito.

Situação diferente é a prevista no n.º 7 do artigo 156.º da LGTFP, onde se estabelece a alteração obrigatória¹⁵ para a posição remuneratória imediatamente seguinte (se existir) àquela em que o trabalhador se encontra, quando este tenha acumulado 10 pontos nas avaliações do desempenho relativamente às funções exercidas na posição remuneratória em que se encontra, contabilizando-se, para o efeito, seis pontos por cada menção de “Desempenho excelente”, quatro pontos por cada menção de “Desempenho relevante”, dois pontos por cada menção de “Desempenho adequado” e dois pontos negativos por cada menção de “Desempenho inadequado”.

Refira-se que, tendo em conta a alteração do SIADAP efectuada pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2013), que modificou a periodicidade da avaliação de anual para bienal (cf. artigo 41.º do SIADAP), na prática, as alterações de posição remuneratória ocorrem, por regra e havendo verba disponível no orçamento do serviço, após, pelo menos, 2 anos (no caso de menção de “Desempenho excelente”) e até, no máximo, 6 anos (no caso de três menções consecutivas de “Desempenho adequado” ou superior). Já as alterações obrigatórias ocorrerão após, pelo menos, 4 anos (o tempo necessário para acumular pelo menos 10 pontos, mesmo tendo sempre a menção de “Desempenho

¹² Da conjugação com os artigos 50.º a 52.º do SIADAP, verificamos que estas menções correspondem, respectivamente, a: “Desempenho excelente”, “Desempenho relevante” e “Desempenho adequado”.

¹³ Pode parecer algo injusto que perante dois trabalhadores com as mesmas menções qualitativas, a ordenação na lista de mérito seja feita apenas em função da classificação quantitativa mais recentemente obtida, parecendo melhor que se atendesse às médias das classificações quantitativas no período tomado em consideração. No entanto, também é possível argumentar que se se pretende um mérito *cada vez maior*, que a última classificação obtida é a que representa melhor o mérito *actual* dos trabalhadores e que, por essa via, seja o critério de ordenação considerado dentro do mesmo universo.

¹⁴ A este respeito, ver ainda o artigo 31.º da LGTFP.

¹⁵ Como é óbvio, isto não significa que as verbas necessárias não tenham de estar orçamentadas; significa antes que para estas situações têm necessariamente de estar previstas as verbas no orçamento e a satisfação destas situações têm preferência, no que se refere ao esgotar das verbas, face às alterações que resultam da regra geral, nos termos do artigo 31.º da LGTFP.

excelente”) e até, no máximo, 10 anos (obtendo sempre a menção mínima de “Desempenho adequado” e nenhuma menção de “Desempenho inadequado”). Por outras palavras, os períodos mínimos para uma alteração da posição remuneratória, mesmo que obrigatória, passaram para o dobro, quando comparados com a anterior versão da lei.

Depois, o artigo 157.º da LGTFP vem permitir duas situações especiais de alteração do posicionamento remuneratório, consoante o trabalhador preencha ou não os requisitos gerais para aquela alteração, ou seja, esteja ou não incluído na lista ordenada de elegíveis à alteração de posicionamento remuneratório¹⁶.

Se preencher os requisitos, o dirigente máximo do órgão ou serviço pode, ouvido o Conselho Coordenador da Avaliação ou órgão equiparado competente, determinar que a alteração do posicionamento remuneratório se faça para qualquer posição remuneratória seguinte na categoria que o trabalhador detém.

Se não preencher os requisitos, mas ainda assim tiver obtido pelo menos uma menção de “Desempenho relevante” ou de “Desempenho adequado”¹⁷, o dirigente máximo do órgão ou serviço pode, ouvido o Conselho Coordenador da Avaliação ou órgão equiparado competente, alterar o posicionamento remuneratório do trabalhador para a posição remuneratória imediatamente seguinte àquela em que este se encontra.

Ambas as situações estão limitadas, para além dos especiais requisitos de publicidade e de fundamentação previstos no n.º 4 do artigo 157.º da LGTFP, à posição remuneratória máxima na qual tenham sido posicionados os trabalhadores que, no âmbito das regras gerais, se encontrem ordenados em lugar superior (cf. n.º 3 do artigo 157.º da LGTFP).

Estas regras, com excepção das alterações obrigatórias, devem ser conjugadas com o disposto no artigo 158.º da LGTFP pois enquadram-se no âmbito de uma opção gestionária.

b) Prémios de desempenho

Para além das alterações de posicionamento remuneratório, a lei prevê a possibilidade de atribuição de prémios de desempenho, também por opção gestionária, nos termos do artigo 166.º da LGTFP.

¹⁶ Cf. n.ºs 1 e 2 do artigo 157.º da LGTFP.

¹⁷ No n.º 2 do artigo 157.º da LGTFP refere-se “desde que o trabalhador tenha obtido a menção máxima ou a imediatamente inferior [...]”, o que, usando a correspondência que já vimos, quereria dizer “Desempenho excelente” ou “Desempenho relevante”, respectivamente. Trata-se, cremos, de um lapso, provavelmente surgido das diversas alterações legislativas na matéria das menções qualitativas e dos requisitos para alteração de posicionamento remuneratório, a exigir aqui uma interpretação correctiva. Como é evidente, se o trabalhador tiver obtido a menção de “Desempenho excelente” tem desde logo direito a ser considerado e ordenado para alteração do posicionamento remuneratório nos termos gerais, ao abrigo do artigo 156.º da LGTFP, o que desproveria o citado n.º 2 do artigo 157.º de qualquer sentido. Julgamos, pois, que a interpretação mais correcta dentro do espírito do sistema é aquela que evidenciámos no texto. Alguns autores, no entanto, consideram que agora a lei apenas quer referir-se à menção de “Desempenho relevante”; cf. PAULO VEIGA E MOURA; CÁTIA ARRIMAR, ob. cit., pp. 473-476 (anotação ao artigo 157.º).

Os requisitos para a atribuição desses prémios, equivalentes a uma remuneração base mensal do trabalhador que o receba ¹⁸, são que o trabalhador esteja a exercer funções no órgão ou serviço em causa e que tenha obtido na última avaliação de desempenho a menção de “Desempenho excelente” ou de “Desempenho relevante” ¹⁹. Por outro lado, o trabalhador não poderá, no ano em causa, ter visto alterado o seu posicionamento remuneratório ²⁰. Também aqui, os prémios são atribuídos, por ordem decrescente da última classificação quantitativa, até ao limite das verbas disponíveis para o efeito ²¹.

Em jeito de nota conclusiva a respeito destes dois efeitos *pecuniários* da avaliação do desempenho, deve referir-se que, não obstante a sua previsão legal, a sua realização prática tem estado impedida ou extremamente limitada pelas sucessivas leis orçamentais ²², embora, segundos essas mesmas disposições, se proceda às avaliações do desempenho e os resultados obtidos sejam contabilizados para efeitos futuros, quando for restabelecida a *normalidade* legal nesta matéria ^{23 24}. Resta saber se, fruto de todas estas limitações temporalmente indefinidas, se o modelo de avaliação actualmente vigente cumpre os objectivos para os quais foi criado e se serve para os propósitos de criar uma Administração Pública altamente eficaz e eficiente e com os seus trabalhadores motivados e orientados para a prossecução do interesse público, com elevado mérito ²⁵.

c) Efeitos disciplinares

Determina expressamente o artigo 90.º da LGTFP a avaliação do desempenho dos trabalhadores tem, para além do mais, efeitos disciplinares.

Esta disposição é depois concretizada, nomeadamente, nos artigos 232.º a 234.º da LGTFP, no âmbito do “processo disciplinar especial de averiguações”. Apesar da terminologia adoptada, cremos que não se trata aqui de um verdadeiro processo disciplinar, mas antes de um procedimento prévio a um eventual (e verdadeiro) processo disciplinar, como melhor se verá.

Limitar-nos-emos a referir os aspectos principais deste processo de averiguações, mormente o seu início e os seus fins possíveis, remetendo a tramitação para a leitura do artigo 233.º da LGTFP.

¹⁸ Cf. n.º 3 do artigo 167.º da LGTFP.

¹⁹ Cf. n.º 1 do artigo referido.

²⁰ Cf. n.º 3 do mesmo artigo.

²¹ Cf. n.ºs 2, 3 e 4 do artigo referido.

²² Cf. CLÁUDIA HENRIQUES NUNES, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas Face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 336 e ss. Para uma análise das várias alterações trazidas pelas leis orçamentais, veja-se, HELENA VAZ DA SILVA MARQUES, ob. cit., pp. 21-30.

²³ A título de exemplo, a recente Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2017), vem no seu artigo 19.º, n.º 1, manter as restrições nesta matéria introduzidas pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2015).

²⁴ Cf. ANA CATARINA SÁ GOMES, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas* (Tese de Doutoramento) [Em linha], Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, pp. 439 a 447, disponível na Internet: <http://hdl.handle.net/10451/25141> [acedido em Dezembro de 2016].

²⁵ Para uma boa análise crítica dos resultados do actual sistema de avaliação, veja-se, HELENA VAZ DA SILVA MARQUES, ob. cit., pp. 92-101.

Assim, nos termos do artigo 232.º da LGTFP, deve ser obrigatoriamente instaurado pelo dirigente máximo do órgão ou serviço um processo de averiguações quando o trabalhador tenha obtidos duas avaliações negativas²⁶ consecutivas (n.º 1 do artigo referido), servindo este processo para apurar se o desempenho negativo constitui infracção disciplinar imputável ao trabalhador em causa, por violação culposa de deveres funcionais, designadamente do dever de zelo²⁷ (n.º 2 do mesmo artigo). O n.º 4 do presente artigo afasta a culpa do trabalhador pela não frequência de formação ou a frequência de formação inadequada, aquando da sua primeira avaliação negativa. Isto quer dizer que tendo o trabalhador obtido uma avaliação negativa, deve ser-lhe oferecida formação adequada às necessidades detectadas nessa mesma avaliação. Se tal não for feito ou a formação oferecida não for a adequada às necessidades detectadas, ficará excluída a culpa do trabalhador quando obtiver uma segunda avaliação negativa²⁸. Segundo o n.º 5 deste artigo, se a entidade competente não receber o relatório final do procedimento de averiguações no prazo de três meses, este prescreve. Por outro lado, impõe ainda o n.º 6 do mesmo artigo, que o instrutor deve participar os eventuais indícios de violação de outros deveres funcionais por parte de quaisquer intervenientes nos processos de avaliação do desempenho, para efeitos de eventual instauração de procedimentos de inquérito ou disciplinar²⁹.

Findo o processo de averiguações, o averiguante elabora o relatório final onde deve propor fundamentadamente ao dirigente máximo do órgão ou serviço, para decisão, o arquivamento do processo, se se entender não terem sido violados os deveres funcionais, ou a instauração de procedimento disciplinar, por violação de deveres funcionais. Neste último caso, o processo de averiguações pode constituir a fase de instrução do processo disciplinar, nos termos do artigo 231.º, n.º 4, da LGTFP, por remissão do artigo 234.º, n.º 4.

Concluindo-se pela instauração de processo disciplinar, a violação de deveres funcionais, nomeadamente, e em primeira linha como vimos já, do dever de zelo, indiciada em processo de averiguações instaurado após a obtenção de duas avaliações do desempenho negativas consecutivas, quando reiterada, constitui uma infracção disciplinar que se presume inviabilizar a manutenção do vínculo de emprego público, dando lugar à cessação desse mesmo vínculo, por despedimento ou demissão do trabalhador³⁰, nos termos do artigo 297.º, n.ºs 1, 2 e 3, alínea h), da LGTFP³¹.

²⁶ Que já vimos corresponder à menção de “Desempenho inadequado”.

²⁷ Será normalmente este o dever violado quando se concluir pela violação culposa de deveres funcionais por parte do trabalhador. Relembre-se que o dever de zelo é um dever geral dos trabalhadores, previsto no artigo 73.º, n.º 2, alínea e), da LGTFP e consiste, nos termos do n.º 7 deste mesmo artigo, “*em conhecer e aplicar as normas legais e regulamentares e as ordens e instruções dos superiores hierárquicos, bem como exercer as funções de acordo com os objectivos que tenham sido fixados e utilizando as competências que tenham sido consideradas adequadas*” (sublinhado nosso, na parte que estará, julgamos nós, primeiramente em causa aquando da constatação do dever de zelo por decorrência de avaliação do desempenho negativa).

²⁸ V. também, ANA CATARINA SÁ GOMES, ob. cit., pp. 240 e 241.

²⁹ Imagine-se a situação em que, no decorrer do processo de averiguações, se descobre que a avaliação negativa do trabalhador não era correcta porque atribuída em clara violação das regras e procedimentos, por violação culposa dos deveres funcionais, de outros intervenientes no processo de avaliação.

³⁰ Consoante se trate de vínculo constituído por contrato ou por nomeação, respectivamente.

³¹ Cf. RAQUEL CARVALHO, *Os Deveres Funcionais dos Trabalhadores em Funções Públicas*, in Direito e Justiça, Vol. III – Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2015, pp. 297 e 298.

4. Requisitos, metodologia, intervenientes e processo de avaliação (remissão)

No que respeita aos requisitos para avaliação, à metodologia, aos intervenientes no processo e ao processo de avaliação em si e as suas fases, ultrapassam o escopo e dimensão do presente trabalho, pelo que remetemos para as disposições pertinentes da lei, em particular, os artigos 41.º a 78.º do SIADAP.

5. Brevíssima nota jurisprudencial

Para concluir, há que referir apenas que, na jurisprudência, a maioria dos litígios no âmbito da avaliação do desempenho dos trabalhadores respeita à contratualização dos objectivos (cf. artigo 67.º do SIADAP) e à validação e reconhecimento de menções de mérito e ordenações nas listas finais de avaliação, face aos limites/quotas para cada menção de mérito.

Assim, a título meramente ilustrativo, veja-se, por exemplo ³²:

– Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 09/05/2012, Processo n.º 01118/11 (relator: Alberto Augusto Oliveira), e de 28/02/2013, Processo n.º 01202/12 (relator: Madeira dos Santos): onde se conclui que é prova suficiente da realização da entrevista obrigatória, a assinatura da ficha de avaliação normalizada pelo avaliador e pelo avaliado.

– Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 28/06/2012, Processo n.º 04528/08 (relator: Ana Celeste Carvalho): onde se conclui que na ausência da definição de objectivos em tempo útil e da sua comunicação ao interessado, bem como da não existência da sua auto-avaliação e da entrevista para fixação dos objectivos, fica inquinada a avaliação do desempenho, a final.

– Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Norte de 20/02/2015, Processo n.º 02882/11.1BEPRT (relator: Frederico Macedo Branco), de 24/04/2015, Processo n.º 00504/12.2BEPNF (relator: Frederico Macedo Branco), e de 19/02/2016, Processo n.º 00185/12.3BEPRT (relator: Luís Migueis Garcia): sobre a contratualização dos objectivos e a existência de objectivos partilhados.

– Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 16/01/2015, Processo n.º 00944/11.4BEAVR (relator: Frederico Macedo Branco): sobre o avaliador, onde se conclui que a avaliação deve ser efectuada pelo superior hierárquico mais próximo do avaliado, desde que tenha contacto funcional com o avaliado pelo período mínimo de seis meses.

– Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 25/02/2012, Processo n.º 00073/09.0BECBR (relator: José Augusto Araújo Veloso): neste acórdão faz-se alusão expressa à problemática constitucional das quotas máximas e sobre o dever de fundamentação, que se transcreve por impressivo: “Desde cedo este regime suscitou as

³² Embora alguns dos acórdãos referidos incidam sobre legislação anterior relativa ao SIADAP, mantêm, no que aqui importa, total aplicabilidade.

maiores reservas em termos de constitucionalidade e de legalidade, porque parece que a avaliação de tais trabalhadores deixa de ser igual para todos: uns obterão, pelo seu mérito, as classificações mais elevadas, e outros, que por igual mérito seriam merecedores das mesmas classificações, não as alcançam por mero impedimento administrativo, consubstanciado na fixação de quotas. [...] Resulta bastante claro, assim, que lidamos com matéria jurídica explosiva, porque no limiar da constitucionalidade e da legalidade, e se a limitação das classificações mais altas, através de percentagens, foi salva no âmbito da constitucionalidade abstracta, isso só significa que deve ser reforçadamente sindicada na sua aplicação concreta. O sistema de quotas não pode ser *cego*, não pode resultar numa aplicação *arbitrária*, o que significa que o trabalhador que não alcança a classificação mais elevada, que lhe foi proposta, e que corresponde ao seu *mérito* intrínseco, por mera imposição de um sistema de quotas, deverá ficar apto a perceber porque foi ele a vítima, e não outro. E este *dever* da Administração, de apresentar os motivos da sua decisão, de dar resposta ao *direito* subjectivo do trabalhador avaliado, de forma *clara, suficiente, congruente e contextual*, impõe-se neste caso, diríamos, como que de forma reforçada, porque, para além de servir os ditos fins de *ponderação* e de *pacificação*, é essa fundamentação que fará a diferença, no plano concreto, entre o constitucional e o não constitucional, entre o legal e o ilegal”.

– Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 19/02/2016, Processo n.º 02753/11.1BEPRT (relator: Frederico Macedo Branco): onde, ao abrigo do princípio do aproveitamento do acto administrativo, apesar de se considerar existirem vícios formais invalidantes no procedimento de avaliação do desempenho, não se anulou o acto final, atendendo a que, por força da quota máxima de 25% para a menção de “Desempenho relevante” e tendo a trabalhadora em causa na lista de ordenação pela ordem da classificação quantitativa, nota inferior à do último trabalhador a preencher aquela quota, não podia, por isso, um novo procedimento de avaliação resultar numa alteração da menção qualitativa.

III. Referências bibliográficas

– CARVALHO, RAQUEL, *Os Deveres Funcionais dos Trabalhadores em Funções Públicas*, in *Direito e Justiça*, Vol. III – Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2015, pp. 283-302.

– GOMES, ANA CATARINA SÁ, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas* (Tese de Doutoramento) [Em linha], Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, pp. 439 a 447, disponível na Internet: <http://hdl.handle.net/10451/25141> [acedido em Dezembro de 2016].

– MARQUES, HELENA MARIA VAZ DA SILVA, *A Avaliação do Desempenho na Administração Pública – Privatização e Regulação* (Tese de Mestrado) [Em linha], Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, disponível na Internet: <http://hdl.handle.net/10316/28582> [acedido em Dezembro de 2016].

- MOURA, PAULO VEIGA E, *A Avaliação do Desempenho na Administração Pública – Comentários à Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

- MOURA, PAULO VEIGA E; ARRIMAR, CÁTIA, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

- NUNES, CLÁUDIA HENRIQUES, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas Face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

31. Prémio de Desempenho

Marisa Gameiro Neves Duarte

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

PRÉMIO DE DESEMPENHO

Marisa Gameiro Neves Duarte

- I. Introdução
- II. A remuneração e os seus componentes
- III. Breve evolução dos regimes remuneratórios da Administração Pública
- IV. O prémio de desempenho na LVCR
- V. O Regime do Prémio de Desempenho na LGTFP
 - 1. Âmbito subjetivo
 - 2. Preparação da atribuição
 - 3. Condições de atribuição dos prémios de desempenho
 - 4. Outros sistemas de recompensa de desempenho
- VI. A relação dos prémios de desempenho com o Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho
- VII. Conclusão
- VIII. Bibliografia

Sumário

A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, que estabeleceu os Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas (LVCR) introduziu pela primeira vez a possibilidade de atribuição de prémios de desempenho. Os prémios de desempenho passaram, assim, a integrar a estrutura remuneratória, à semelhança da remuneração base e dos suplementos remuneratórios.

Não obstante a revogação da LVCR operada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LGTFP), atualmente em vigor, a estrutura remuneratória manteve-se. A disciplina dos prémios de desempenho encontra-se prevista nos artigos 166.º e seguintes da LGTFP e está diretamente relacionada com o desempenho do trabalhador e com o Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho (SIADAP), aprovado pela Lei n.º 66.º-B/2007, de 28 de dezembro.

Palavras-chave: Prémio de desempenho; Evolução dos regimes remuneratórios; Remuneração; Componentes da Remuneração; Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho.

I. Introdução

Constitui objeto do presente trabalho a temática do prémio de desempenho no âmbito da função pública. Num primeiro momento, e considerando que o prémio de desempenho constitui um dos componentes da remuneração, daremos nota de alguns aspetos que a caracterizam.

Num segundo momento da exposição, percorreremos de forma breve a evolução dos regimes remuneratórios da Administração Pública, adiantando-se desde já que com a Lei n.º 12-A/2008, de 26 de fevereiro (LVCR), os prémios de desempenho passaram a integrar a estrutura remuneratória; num terceiro momento, concretizar-se-á o que constituem, dar-se-á conta do seu regime e ainda da forma como eram atribuídos na LVCR e como são atribuídos na LGTFP, atualmente em vigor.

De seguida, veremos de que forma o regime dos prémios de desempenho se relaciona com o Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho na Administração Pública (SIADAP). Por último, vamos refletir sobre os aspetos expostos, analisando as questões que envolvem a atribuição de prémios de desempenho.

II. A remuneração e os seus componentes

A remuneração corresponde à contrapartida económica a que o trabalhador tem direito, face à prestação do seu trabalho. Segundo o artigo 144.º, n.º 1, da LGTFP as normas legais em matéria de remunerações não podem ser afastadas ou derogadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando previsto expressamente na lei. Mais, a determinação do valor da remuneração deve ser feita tendo em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual¹.

O direito à remuneração, que é devida com o início de funções (cfr. artigo 145.º, n.º 1 da LGTFP) e que cessa com a extinção do vínculo de emprego público (cfr. artigo 145.º, n.º 4 da LGTFP), é considerado a principal obrigação ou dever por parte do empregador².

O artigo 146.º da LGTFP, sob a epígrafe “Componentes da remuneração” estabelece que a remuneração dos trabalhadores com vínculo de emprego público é composta por:

- a) Remuneração base;
- b) Suplementos remuneratórios;
- c) Prémios de desempenho.

A remuneração base é o montante pecuniário correspondente ao nível remuneratório da posição remuneratória onde o trabalhador se encontra na categoria de que é titular ou do cargo exercido em comissão de serviço (cfr. artigo 150.º, n.º 1, da LGTFP) e é paga em 14 mensalidades, correspondendo uma delas ao subsídio de Natal e outra ao subsídio de férias (artigo 150.º, n.º 2, da LGTFP).

Todos os níveis remuneratórios constam da Tabela Remuneratória Única, aprovada pela Portaria n.º 1553-C/2008, de 31 de dezembro (cfr. artigo 147.º, da LGTFP), que não pode

¹ Trata-se de um princípio com assento constitucional (cfr. artigo 59.º, n.º 1, alínea a), da CRP), segundo o qual “Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:

a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna”.

Segundo MONTEIRO FERNANDES, António, *Direito do Trabalho*, Almedina, 17.ª Edição, 2014, p. 414, afirmam-se aqui dois princípios respeitantes ao salário: o da equidade e o da suficiência. A este propósito, *vide* Acórdão da Relação de Coimbra, de 14/06/2012 (Manuela Fialho), processo n.º 222/11.9TTVIS.C1, acessível em www.dgsi.pt.

² Neste sentido, *vide*, entre outros, MONTEIRO FERNANDES, António, *op. cit.*, p. 405; MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito do Trabalho*, Almedina, 4.ª Edição, 2014, p. 333 e XAVIER, Bernardo, *Introdução ao estudo da retribuição no direito do trabalho português*, Revista de Direito e Estudos Sociais, Livraria Almedina, janeiro – março de 1986, pp. 67.

prever níveis remuneratórios de montante inferior ao da retribuição mínima mensal garantida³ (cfr. 148.º, da LGTFP).

Por sua vez, os suplementos remuneratórios são os acréscimos remuneratórios devidos pelo exercício de funções em postos de trabalho que apresentam condições mais exigentes relativamente a outros postos de trabalho caracterizados por idêntico cargo ou por idênticas carreira e categoria (cfr. artigo 159.º, n.º 1, da LGTFP, v.g. o suplemento devido por trabalho noturno, subsídio de transporte, suplemento de secretariado de direção, suplemento de abono para falhas).

Por fim, os prémios de desempenho de que nos ocuparemos são uma parcela retributiva que pretende premiar o mérito, sendo atribuídos em função do desempenho do trabalhador (artigo 166.º e seguintes, da LGTFP).

III. Breve evolução dos regimes remuneratórios da Administração Pública⁴

As considerações atrás tecidas reportam-se ao atual regime remuneratório, previsto na Lei n.º 34/2015, de 20 de junho (LGTFP). Porém, importa conhecer, ainda que de forma perfuntória, a evolução histórica dos regimes remuneratórios.

Com a aprovação do Decreto-Lei n.º 26 115, de 23 de novembro, que tinha por base o sistema de letras, iniciava-se a primeira grande reforma da Administração Pública. Corria o ano de 1935.

Posteriormente, em 1969, o Decreto-Lei n.º 49 410, de 24 de novembro, procedeu a alguns ajustamentos ao sistema retributivo.

Com o Decreto-lei n.º 191-C/79, de 25 de junho, que manteve o sistema de letras, procedeu-se à definição dos princípios gerais orientadores do ordenamento das carreiras dos técnicos superiores, dos técnicos, do pessoal técnico-profissional e administrativo e do pessoal operário e auxiliar.

Em 1989, o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de junho, veio consagrar princípios sobre o estatuto remuneratório da Administração Pública e sobre a estrutura das remunerações base das carreiras e categorias, passando a remuneração base mensal correspondente a cada categoria e escalão a referenciar-se por índices.

Nesta senda, o Decreto-lei n.º 353-A/89, de 16 de outubro, aprovou o novo sistema retributivo da função pública (NSR 89), sendo que integravam esta nova estrutura das remunerações os seguintes elementos:

³ Retribuição mínima mensal garantida fixada para 2016, em €530, pelo Decreto - Lei. N.º 254-A/2015, de 31 de dezembro e para 2017, em €557, pelo Decreto-Lei 86-B/2016, de 29 de dezembro.

⁴ Seguiremos de perto a evolução do sistema retributivo da Administração Pública traçada no Relatório Preliminar, de 19 de dezembro de 2013, intitulado “Caracterização geral dos sistemas remuneratórios da Administração Pública, de acordo com a informação reportada nos termos da Lei nº 59/2013, de 23 de agosto”, elaborado pela Direção Geral da Administração e do Emprego Público (DGAEP).

- i) Remuneração base;
- ii) Prestações sociais e subsídio de refeição;
- iii) Suplementos.

Outra grande reforma na Administração Pública ocorreu com a aprovação dos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, levada a cabo pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro (LVCR). Com a LVCR o regime remuneratório dos trabalhadores em funções públicas passou a integrar (cfr. artigo 67.º):

- i) Remuneração base – cfr. artigo 70.º da LVCR;
- ii) Suplementos remuneratórios – cfr. artigo 73.º da LVCR;
- iii) Prémios de desempenho – cfr. artigo 75.º da LVCR.

Relativamente ao regime anterior, merece destaque a remoção das prestações sociais e o subsídio de refeição, enquanto componentes da remuneração, que com a LVCR passaram a ser considerados no âmbito da proteção social e benefícios sociais (cf. artigo 114.º da LVCR) e a introdução, pela primeira vez, da possibilidade de atribuição de prémios de desempenho.

Destaque ainda para o facto de a remuneração base passar a estar referenciada à titularidade de uma categoria ou cargo e ao respetivo posicionamento remuneratório e nível remuneratório correspondente, constantes da denominada Tabela Remuneratória Única (TRU), aprovada pela Portaria n.º 1553-C/2008, de 31 de dezembro.

A Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, revogou a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro (LVCR) mas a verdade é que a estrutura remuneratória se manteve de forma semelhante à LVCR, sendo composta pelos seguintes elementos (cfr. artigo 146.º da LGTFP):

- i) Remuneração base – cfr. artigos 149.º e 150.º/1 da LGTFP;
- ii) Suplementos remuneratórios – cfr. artigo 159.º da LGTFP;
- iii) Prémios de desempenho – cfr. artigo 166.º da LGTFP.

IV. O Prémio de Desempenho na LVCR

Foi a Lei nº 12-A/2008, de 27 de fevereiro, que estabeleceu os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas (LVCR), que veio introduzir pela primeira vez a possibilidade de atribuição de prémios de desempenho.

Com efeito, o nº 5 do artigo 117.º da LVCR apresentava o seguinte teor: “A partir da data de entrada em vigor do presente diploma, há lugar à atribuição de prémios de desempenho nos termos previstos nos artigos 74.º a 76.º e 113.º da presente lei.” É, pois, com a LVRC que os prémios de desempenho passam a constituir um dos componentes da remuneração na função pública.

Conforme *supra* referido, na vigência da LVCR, o conceito de remuneração podia integrar três elementos (cfr. artigo 67.º): a remuneração base (cfr. artigo 70.º), os suplementos remuneratórios (cfr. artigo 73.º) e os prémios de desempenho (cfr. artigo 75.º).

Por sua vez, os artigos 7.º, n.º 1, al. c) e 74.º, n.º 1, da citada LVCR, atribuíam ao dirigente máximo do serviço a competência para tomar decisão sobre a atribuição de prémios de desempenho e determinação do universo dos cargos e carreiras/categorias onde a atribuição podia ter lugar.

O regime de atribuição de prémios de desempenho previsto na LVRC passou praticamente na íntegra para a LGTFP, com pequenas alterações conforme veremos *infra*.

V. O Regime do Prémio de Desempenho na LGTFP

a) Âmbito subjetivo

O artigo 167.º, n.º 1, da LGTFP⁵, define o âmbito subjetivo dos prémios de desempenho, ali se dispondo que são elegíveis para a atribuição de prémios de desempenho os trabalhadores que, cumulativamente, exerçam funções no órgão ou serviço e, na falta de lei especial em contrário, tenham obtido, na última avaliação do seu desempenho, a menção máxima ou a imediatamente inferior a ela.

Na verdade, os prémios de desempenho correspondem a bonificações que acrescem à remuneração base, cujo âmbito subjetivo de atribuição se reporta a dois requisitos que a própria lei qualifica como cumulativos: trabalhadores que exerçam funções no órgão ou serviço e, na falta de lei especial em contrário, tenham obtido, na última avaliação do seu desempenho, a menção máxima ou a imediatamente inferior a ela⁶.

⁵ Corresponde ao artigo 75.º da LVCR, *vide* PIRES, Miguel Lucas, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, anotada e comentada, Almedina, 2014, pp. 200.

⁶ Veremos com mais profundidade a relação entre os prémios de desempenho e o Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho, *infra*, pp. 12.

b) Preparação da atribuição

Sob a epígrafe “Preparação da atribuição”, o n.º 1 do artigo 166.º⁷ da LGTFP estabelece que o dirigente máximo do órgão ou serviço fixa, fundamentadamente, no prazo de 15 dias após o início da execução do orçamento, o universo dos cargos e o das carreiras e categorias onde a atribuição de prémios de desempenho pode ter lugar, com as desagregações necessárias do montante disponível em função de tais universos, tendo em conta as verbas orçamentais destinadas a suportar este tipo de encargos. É aplicável à atribuição de prémios de desempenho, com as necessárias adaptações, o disposto nos n.ºs 3 a 5 do artigo 158.º⁸

c) Condições da atribuição dos prémios de desempenho

Reunidas as condições cumulativas que definem o âmbito subjetivo de aplicação dos prémios de desempenho [serem trabalhadores que exerçam funções no órgão ou serviço e terem obtido, na última avaliação do seu desempenho, a menção máxima ou a imediatamente inferior a ela - Desempenho Excelente ou de Desempenho Relevante], são os trabalhadores que preenchem cada um dos universos definidos ordenados, dentro de cada universo, por ordem decrescente da classificação quantitativa obtida naquela avaliação (cfr. artigo 167.º, n.º 2, do LGTFP).

Em face dessa ordenação, e após exclusão dos trabalhadores que, nesse ano, tenham alterado o seu posicionamento remuneratório na categoria por cujo nível remuneratório se encontrem a auferir a remuneração base, o montante máximo dos encargos fixado por cada universo nos termos do artigo anterior é distribuído, pela ordem mencionada, de modo a que cada trabalhador receba o equivalente à sua remuneração base mensal (cfr. artigo 167.º, n.º 3, da LGTFP).

Porém, dispõe o artigo 167.º, n.º 4, que não há lugar a atribuição de prémio de desempenho quando, não obstante reunidos os requisitos previstos no n.º 1 [os trabalhadores exerçam funções no órgão ou serviço e tenham obtido, na última avaliação do seu desempenho, a menção máxima ou a imediatamente inferior a ela - Desempenho Excelente ou de Desempenho Relevante], o montante máximo dos encargos fixado para o universo em causa se tenha esgotado com a atribuição de prémio a trabalhador ordenado superiormente.

Por fim, o artigo 167.º, n.º 5, refere que os prémios de desempenho estão referenciados ao desempenho do trabalhador objetivamente revelado e avaliado⁹.

Para além dos condicionalismos relacionados com a função exercida e com a menção obtida na avaliação existem outros de ordem económico-financeira. Na verdade, desde a Lei do Orçamento de Estado de 2011 que se encontra vedada a prática de quaisquer atos que consubstanciem valorizações remuneratórias, incluindo a atribuição de prémios de

⁷ Corresponde ao artigo 74.º da LVCR, *vide* PIRES, Miguel Lucas, *op. cit.*, pp. 199.

⁸ Corresponde ao artigo 46.º da LVCR, *vide* PIRES, Miguel Lucas, *op. cit.*, pp. 191.

⁹ Sobre a relação entre os prémios de desempenho e o Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho, *infra*, pp. 12.

desempenho (v.g. artigo 24.º, n.º 2, alínea b), da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (LOE para 2011), artigo 20.º, n.º 1, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (LOE para 2012), artigo 35.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (LOE para 2013), artigo 39.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro (LOE para 2014), artigo 38.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro (LOE para 2015), e artigo 18.º, n.º 2, alínea b), da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março (LOE para 2016).

Contudo¹⁰, o n.º 18 do artigo 35.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (LOE para 2013) e o n.º 19 artigo 39.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro (LOE para 2014) comportam uma exceção, uma vez que a proibição da prática de atos que impliquem valorizações e outros acréscimos remuneratórios não impede a concretização dos reposicionamentos remuneratórios decorrentes da transição para carreiras revistas ou, sendo o caso, da transição para novos regimes de trabalho, desde que os respetivos processos de revisão se encontrem concluídos até 1 de janeiro de 2013; da transição para as novas tabelas remuneratórias dos militares da GNR e do pessoal com funções policiais da PSP, bem como a atualização do suplemento por serviço nas forças de segurança e da participação para aquisição do fardamento das mesmas forças; da transição dos assistentes e assistentes convidados para a categoria de professor auxiliar, nos termos do Estatuto da Carreira Docente Universitária; da transição dos assistentes para a categoria de professor adjunto e dos trabalhadores equiparados a professor-coordenador, professor-adjunto ou assistente para a categoria de professor-coordenador e professor-adjunto em regime de contrato de trabalho em funções públicas na modalidade de contrato por tempo indeterminado, nos termos do Estatuto da Carreira do Pessoal Docente do Ensino Superior Politécnico; e da transição dos assistentes de investigação científica para a categoria de investigador auxiliar, nos termos do Estatuto da Carreira de Investigação Científica.

Também o artigo 39.º da LOE para 2015 veio permitir a atribuição, com caráter excepcional, de prémios de desempenho ou de natureza afim, de acordo com o disposto nos artigos 166.º e 167.º da LGTFP, mas com o limite de 2% dos trabalhadores do serviço, tendo como referência a última avaliação de desempenho efetuada, desde que não implicasse aumento global da despesa com pessoal na entidade em que aquela atribuição tivesse lugar (n.º 1). Acrescentava o n.º 2 do mesmo preceito que o limite previsto no número anterior podia ser aumentado até 5%, associado a critérios de eficiência operacional e financeira das entidades empregadoras, nos termos e condições a definir por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública.

No que concerne ao panorama futuro, a proposta de Lei para o Orçamento de Estado de 2017¹¹ prevê, no seu artigo 18.º, a prorrogação das restrições à atribuição de prémios de desempenho na função pública. Ali se dispõe que “Durante o ano de 2017, são prorrogados os efeitos dos artigos 38.º a 42.º, 44.º a 46.º e 73.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro, cujas medidas são progressivamente eliminadas”.

¹⁰ Nesta fase, seguimos de perto Ana Catarina Salgado, *op. cit.*, pp. 442 e 443.

¹¹ Acessível em <https://www.dgo.pt>.

d) Outros sistemas de recompensa do desempenho

Dispõe o artigo 168.º da LGTFP¹² que podem ser criados outros sistemas de recompensa do desempenho, designadamente em função de resultados obtidos em equipa ou do desempenho de trabalhadores que se encontrem posicionados na última posição remuneratória da respetiva categoria (n.º 1), sendo que estes sistemas de recompensa do desempenho podem afastar a aplicação dos prémios de desempenho (n.º 2).

Porém, como salienta MIGUEL LUCAS PIRES, o legislador não esclarece, no n.º 1 do artigo 168.º da LGT, qual a fonte normativa criadora destes sistemas de recompensa de desempenho, ao contrário do que sucedia com o artigo 76.º da LVCR que mencionava como tal a lei e os instrumentos de regulamentação coletiva. Face ao silêncio da lei a este respeito, defende o autor que apenas a lei deverá ser considerada como fonte normativa criadora dos sistemas de recompensa de desempenho.

VI. A relação dos prémios de desempenho com o Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho (SIADAP)

Desenvolvendo o conceito de prémios de desempenho, ANA CATARINA SALGADO¹³ afirma que “Os prémios de desempenho pressupõem a existência de um processo de avaliação de desempenho prévio, relativo à prestação de trabalho efetivo por parte do trabalhador no órgão ou serviço, e têm como finalidade marcar a diferença retributiva tendo por base o mérito, no caso dos trabalhadores que prestaram o seu trabalho com uma qualidade destacável, tendo em conta indicadores previamente fixados que permitam, nomeadamente, a transparência e a imparcialidade”.

Conforme resulta da própria designação, os prémios de desempenho estão interrelacionados com o desempenho do trabalhador. No que respeita à matéria de avaliação, a Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro¹⁴, que revogou a Lei n.º 10/2004, de 22 de março, veio estabelecer o sistema integrado de gestão e avaliação do desempenho na Administração Pública (SIADAP). O SIADAP aplica-se ao desempenho dos serviços públicos, dos respetivos dirigentes e dos demais trabalhadores da Administração Pública, independentemente da modalidade de constituição da relação jurídica de emprego público (cfr. artigo 2.º, n.º 4, do SIADAP).

De acordo com o artigo 9.º, n.º 1, daquele diploma, o SIADAP integra três subsistemas:

– O Subsistema de Avaliação do Desempenho dos Serviços da Administração Pública, abreviadamente designado por SIADAP 1 [cfr. alínea a)];

¹² Corresponde ao artigo 76.º da LVCR, *vide* PIRES, Miguel Lucas, *op. cit.*, pp. 200.

¹³ SALGADO, Ana Catarina Sá Gomes de Melo Matos, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, Tese de Doutoramento orientada pelo Professor Doutor Luís Manuel T. de Menezes Leitão, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015.

¹⁴ Com a redação da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

- O Subsistema de Avaliação do Desempenho dos Dirigentes da Administração Pública, abreviadamente designado por SIADAP 2 [cfr. alínea b)];
- E o Subsistema de Avaliação do Desempenho dos Trabalhadores da Administração Pública, abreviadamente designado por SIADAP 3 [cfr. alínea c)].

Ora, a atribuição de prémios de desempenho está intrinsecamente relacionada com o SIADAP, na medida em que a obtenção da menção máxima ou da imediatamente inferior a ela, na última avaliação do desempenho do trabalhador, é condição *sine qua non* da atribuição destes prémios (cfr. artigo 167.º, n.º 1, da LGTFP). Nesse sentido, o artigo 167.º, n.º 5, da LGTFP refere que os prémios de desempenho estão referenciados ao desempenho do trabalhador objetivamente revelado e avaliado.

Segundo o artigo 167.º, n.º 4, não há lugar a atribuição de prémio de desempenho quando, não obstante estarem reunidos os requisitos, o montante máximo dos encargos fixado para o universo em causa se tenha esgotado com a atribuição de prémio a trabalhador ordenado superiormente. Deste modo, o trabalhador tem especial interesse em obter uma boa avaliação, de forma a garantir que fique bem posicionado na ordem segundo a qual se procede à distribuição dos montantes afetos a prémios de desempenho e a garantir o acesso ao prémio de desempenho. Com efeito, o prémio de desempenho pode ser atribuído a trabalhador ordenado superiormente e esgotar os montantes disponíveis para o efeito.

A avaliação de desempenho dos trabalhadores é de carácter bienal (cfr. artigo 41.º, n.º 1, do SIADAP) e respeita ao desempenho dos dois anos civis anteriores (cfr. artigo 41.º, n.º 2, do SIADAP).

VII. Conclusões

Os prémios de desempenho na função pública surgiram com a LVCR, em 2008, e configuram, a par da remuneração base e dos suplementos remuneratórios, um componente da remuneração (cfr. artigo 67.º da LVCR, já revogada, e artigo 146.º da LGTFP, atualmente em vigor). A LGTFP, aprovada pela Lei n.º 34/2015, de 20 de junho, revogou a LVCR, mas manteve a estrutura remuneratória nos mesmos moldes, continuando a incluir como elementos da remuneração a remuneração base (cfr. artigos 149.º e 150.º, n.º 1, da LGTFP), os suplementos remuneratórios (cfr. artigo 159.º, da LGTFP) e os prémios de desempenho (cfr. artigo 166.º da LGTFP).

Os prémios de desempenho pretendem valorizar o desempenho dos trabalhadores na função pública e a sua atribuição está prevista nos artigos 166.º e seguintes da LGTFP.

São condicionalismos da atribuição de prémios de desempenho ser trabalhador que exerça funções em órgão ou serviço abrangido pela LGTFP e ter obtido menção máxima ou a imediatamente inferior a ela (Desempenho Excelente ou Desempenho Relevante), na última avaliação de desempenho.

Por conseguinte, a atribuição de prémios de desempenho, tal como indica a designação, depende do desempenho do trabalhador e está diretamente relacionada com o SIADAP, aprovado pela Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro, com a redação da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

Este sistema de avaliação aplica-se ao desempenho dos serviços públicos, dos respetivos dirigentes e dos demais trabalhadores da Administração Pública, independentemente da modalidade de constituição da relação jurídica de emprego público (cfr. artigo 2.º, n.º 4, do SIADAP) e integra três subsistemas: o Subsistema de Avaliação do Desempenho dos Serviços da Administração Pública, abreviadamente designado por SIADAP 1 [cfr. artigo 9.º, n.º 1, alínea a)]; o Subsistema de Avaliação do Desempenho dos Dirigentes da Administração Pública, abreviadamente designado por SIADAP 2 [cfr. artigo 9.º, n.º 1, alínea b)]; e o Subsistema de Avaliação do Desempenho dos Trabalhadores da Administração Pública, abreviadamente designado por SIADAP 3 [cfr. artigo 9.º, n.º 1, alínea c)].

O procedimento de atribuição de prémios de desempenho tem por base a ordenação dos trabalhadores, mediante a avaliação obtida, distribuindo-se o montante máximo dos encargos fixado por cada universo, pela ordem mencionada, de modo a que cada trabalhador receba o equivalente à sua remuneração base mensal (cfr. artigo 167.º, n.º 3, da LGTFP).

Os prémios de desempenho estão referenciados ao desempenho do trabalhador objetivamente revelado e avaliado (cfr. artigo 167.º, n.º 5 da LGTFP), sendo a avaliação obtida condição *sine qua non* de atribuição do prémio de desempenho. Ademais, o trabalhador tem todo o interesse em obter uma boa avaliação uma vez que, não obstante reunidos os requisitos, não há lugar a atribuição de prémio de desempenho quando o montante máximo dos encargos fixado para o universo em causa se tenha esgotado com a atribuição de prémio a trabalhador ordenado superiormente (cfr. artigo 167.º, n.º 4, da LGTFP).

O artigo 168.º da LGTFP prevê ainda a criação de outros sistemas de recompensa do desempenho, designadamente em função de resultados obtidos em equipa ou do desempenho de trabalhadores que se encontrem posicionados na última posição remuneratória da respetiva categoria.

Nos últimos anos, assistiu-se a uma vedação da atribuição de prémios de desempenho, levada a cabo pelas Leis do Orçamento de Estado. Nesse sentido, a proposta de Lei para o Orçamento de Estado de 2017, acessível em <https://www.dgo.pt>, prevê, no seu artigo 18.º, a prorrogação das restrições à atribuição de prémios de desempenho na função pública.

Contudo, verificaram-se algumas exceções a esta tendência, como são os casos do n.º 18 do artigo 35.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (LOE para 2013), do n.º 19 artigo 39.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro (LOE para 2014) e ainda do artigo 39.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro (LOE para 2015).

VIII. Bibliografia

MAIA, Olga/ BUSTO, Maria Manuel, *O Novo Regime Laboral da Administração Pública*, Almedina, 2006.

MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito do Trabalho*, Almedina, 4.ª Edição, 2014.

MONTEIRO FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, Almedina, 17.ª Edição, 2014.

PIRES, Miguel Lucas, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, anotada e comentada, Almedina, 2014.

RELATÓRIO PRELIMINAR, de 19 de dezembro de 2013, intitulado “*Caracterização geral dos sistemas remuneratórios da Administração Pública, de acordo com a informação reportada nos termos da Lei nº 59/2013, de 23 de agosto*”, elaborado pela Direção Geral da Administração e do Emprego Público (DGAEP), acessível em <file:///C:/Users/AU10171/Downloads/sistemas%20-%20rem.pdf>.

SALGADO, Ana Catarina Sá Gomes de Melo Matos, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, Tese de Doutoramento orientada pelo Professor Doutor Luís Manuel T. de Menezes Leitão, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, acessível em http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/25141/1/ulsd729635_td_Ana_Salgado.pdf.

XAVIER, Bernardo, *Introdução ao estudo da retribuição no direito do trabalho português*, Revista de Direito e Estudos Sociais, Livraria Almedina, janeiro – março de 1986, pp. 67.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**32. Os suplementos remuneratórios no âmbito do vínculo de emprego público
- Análise dos aspectos gerais do regime**

Ana Rita Quinta Nova

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

OS SUPLEMENTOS REMUNERATÓRIOS NO ÂMBITO DO VÍNCULO DE EMPREGO PÚBLICO - ANÁLISE DOS ASPECTOS GERAIS DO REGIME -

Ana Rita Quinta Nova

1. Nota introdutória.
 2. Breve análise da evolução legislativa.
 3. Os pressupostos da atribuição dos suplementos remuneratórios
 - 3.1. Generalidades
 - 3.2. A existência de condições de trabalho mais exigentes
 - 3.3. A prestação efectiva de trabalho
 - 3.4. A perduração das particulares condições que determinaram a atribuição do suplemento remuneratório
 4. Considerações finais
- Bibliografia
Jurisprudência

Palavras-chave: vínculo de emprego público; remuneração; suplementos remuneratórios; pressupostos.

1. Nota introdutória

O tema que nos propomos tratar prende-se com os suplementos remuneratórios auferidos pelos trabalhadores que exercem funções públicas, matéria que tem sido caracterizada por alguma obscuridade e dispersão, razão pela qual o seu regime tem desencadeado preocupações legislativas de harmonização e sistematização.

A temática surge integrada no plano da remuneração no âmbito do vínculo de emprego público¹, cujas linhas estruturantes vêm consagradas na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho)².

A remuneração vem regulada nos artigos 144º e seguintes do referido diploma, pese embora não se encontre no texto da lei um conceito que explicita o que se deva entender por remuneração, à semelhança do que se verifica no Código do Trabalho a propósito da noção (paralela) de retribuição, cujo artigo 258º, n.º 1, determina que se considera “retribuição a prestação a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito em contrapartida do seu trabalho”³. O conceito de remuneração poderá ser preenchido por apelo à doutrina laboral comum, sem, contudo, negar as especificidades da matéria no contexto do trabalho em funções públicas.

¹ O art.º 6º, n.º 1, da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas estabelece que o trabalho em funções públicas pode ser prestado mediante vínculo de emprego público ou contrato de prestação de serviço. O seu n.º 3 prevê que o vínculo de emprego público pode revestir a modalidade de contrato de trabalho em funções públicas, nomeação ou comissão de serviço. De acordo com o art.º 7º do citado diploma, a regra é a da constituição do vínculo por contrato de trabalho em funções públicas.

² Doravante, abreviadamente designada de LTFP.

³ Decorrem da definição legal os seguintes elementos essenciais da retribuição: a contrapartida da actividade do trabalhador; o pagamento de prestações de forma regular e periódica e a prestação em dinheiro ou em espécie, isto é, o carácter patrimonial da retribuição – neste sentido, vide PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 578.

Ultrapassadas que estão as concepções clássicas do emprego público, segundo as quais o funcionário era um servidor do interesse público, e a relação jurídica que se estabelecia entre ele e a Administração se pautava pela não patrimonialidade, assumindo a remuneração a natureza de uma compensação e não de uma contraprestação pelo trabalho realizado⁴, podemos afirmar que a remuneração reveste a natureza de contrapartida pela prestação do trabalho. Tal evidencia o carácter sinalagmático do contrato de trabalho e do vínculo de emprego público, através do qual uma pessoa singular presta a sua actividade a um empregador público, de forma subordinada e *mediante remuneração* (cfr. artigo 6º, n.º 2, da LTFP).

Assumindo um nexó de corresponsividade com o trabalho prestado⁵, a remuneração é um elemento fundamental do contrato de trabalho, consubstanciando, ainda, o principal dever do empregador, *in casu*, do empregador público⁶.

Nesta medida, gozando de tutela no plano jurídico-constitucional, a remuneração apresenta-se como um direito fundamental do trabalhador, integrando o conjunto de normas disciplinadoras das relações laborais previstas na nossa lei fundamental, quer ao nível dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (artigos 53º a 57º da CRP), quer ao nível dos direitos e deveres económicos (artigos 58º e 59º, ainda, da CRP), que formam o “bloco constitucional do trabalho”⁷. De entre aqueles últimos, é de salientar o disposto no artigo 59º, n.º 1, al. a), da Constituição, determinando que todos os trabalhadores têm direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade e erigindo, em torno da retribuição, o princípio de que para trabalho igual salário igual.

O comando constitucional foi, por sua vez, acolhido pelo legislador ordinário, no artigo 144º da LTFP, referente aos princípios gerais da remuneração, o qual consagrou expressamente a regra de que a determinação do valor da remuneração deve ser feita tendo em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho a prestar, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, à semelhança do que já previa a Constituição.

Cumprido salientar, que embora os direitos constitucionalmente consagrados dos trabalhadores, entre eles o direito à retribuição, estejam inseridos no âmbito dos direitos económicos, muitos assumem natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias. Disso mesmo é exemplo o direito à retribuição, por configurar uma condição necessária a uma existência condigna.

Como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “a dicotomia entre «direitos, liberdades e garantias» e «direitos económicos, sociais e culturais», assenta, em grande medida, na ideia da natureza *negativa* e *aplicabilidade directa* dos primeiros em contraposição à natureza *positiva* e *inexequibilidade directa* dos segundos (...). Mas os direitos dos trabalhadores aqui

⁴ A este propósito, cfr. VERA LÚCIA SANTOS ANTUNES, *O Contrato de Trabalho na Administração Pública – Evolução, reflexos e tendências para o emprego público*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 66-69.

⁵ Assim, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “A noção de retribuição no regime do contrato de trabalho: uma revisão da matéria”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 295-325, em especial, p. 297.

⁶ Vide art.º 71º, n.º 1, al. b), da LTFP.

⁷ Neste sentido, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 34.

consagrados não são uma categoria homogénea e, sob o ponto de vista estrutural, alguns deles apresentam *natureza análoga* aos direitos, liberdades e garantias (cfr. artigo 17º). É o caso, designadamente, do direito à retribuição do trabalhador” (...)⁸. Daqui decorre que a especial natureza do direito à retribuição lhe confere a protecção inerente aos direitos, liberdades e garantias, partilhando dos aspectos essenciais de regime que os caracteriza, sobretudo, o disposto no artigo 18º da CRP.

Da leitura conjugada da Constituição com as disposições infraconstitucionais, designadamente os preceitos da LTFP em matéria de remuneração, é possível destacar os princípios fundamentais pelos quais esta se rege. Em primeiro lugar, ambos os diplomas fazem apelo ao princípio da suficiência remuneratória, ínsito no estabelecimento e protecção do salário mínimo nacional, enquanto garantia de uma existência condigna [cfr. artigos 59º, n.º 2, al. a), da CRP e 148º da LTFP].

Por outro lado, como já referimos, a Constituição consagrou o princípio de que para trabalho igual salário igual, igualmente acolhido na LTFP, apelando ao princípio da igualdade remuneratória. Cumpre ressaltar que, a existência de diferenças remuneratórias, não constitui, por si só, uma denegação do princípio da igualdade, pois este apenas proíbe diferenciações discriminatórias. Como explicam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “a igualdade de retribuição como *determinante constitucional positiva* (e não apenas como princípio negativo de proibição de discriminação) impõe a existência de *critérios objectivos* para a descrição de tarefas e avaliação de funções necessárias à caracterização de *trabalho igual* (trabalho prestado à mesma entidade quando são iguais ou de natureza objectivamente igual as tarefas desempenhadas) e *trabalho de valor igual* (trabalho com diversidade de natureza das tarefas, mas equivalentes de acordo com os critérios objectivos fixados)”⁹.

Daqui decorre que o direito à remuneração segundo a quantidade, natureza e qualidade do trabalho impõe, por um lado, a existência de remunerações igualitárias, que remuneram a posição e não a qualidade do trabalho¹⁰ e, por outro lado, a consagração de componentes essencialmente desigualitárias, que tutelam as diferenças na quantidade ou natureza do trabalho prestado, disso sendo exemplo os suplementos remuneratórios¹¹.

Ainda no que aos princípios estruturantes da remuneração diz respeito, convém salientar o princípio da (tendencial) irredutibilidade da remuneração, constituindo uma garantia do

⁸ Neste sentido, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 770 e JORGE LEITE, “As disposições da lei do Orçamento Geral do Estado para 2011 relativas aos trabalhadores do sector público”, *Questões Laborais*, Coimbra, Coimbra Editora, n.º 38, Ano XVIII, Julho/Dezembro 2011, pp. 261-289, em especial, pp. 266 e 267.

⁹ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição ...*, p. 772.

¹⁰ Tal igualdade reflecte-se na existência de uma Tabela Remuneratória Única (TRU), aprovada pela Portaria n.º 1553-C/2008, de 31 de Dezembro, que contém a totalidade dos níveis remuneratórios, com base nos quais será fixada a remuneração base.

¹¹ Neste sentido, cfr. PAULO VEIGA E MOURA, “Remunerações do trabalho em funções públicas em tempos de crise”, *Trabalho em Funções Públicas em Tempos de Crise: Que Direito(s)? - Atas das I Jornadas de Direito do Emprego Público*, Braga, Sindicato dos Trabalhadores em Função Pública e Sociais do Norte, 2013, pp. 155-164, em especial, p. 158. Para maiores desenvolvimentos, a propósito do princípio da igualdade remuneratória, vide PAULO VEIGA E MOURA, *A Privatização da Função Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 148 e seguintes.

trabalhador o facto de a remuneração não poder ser, em princípio, diminuída¹². Na verdade, conforme o disposto no artigo 72º, n.º 1, al. d), da LTFP, é proibido ao empregador público “diminuir a remuneração, salvo nos casos expressamente previstos na lei”, daqui resultando a garantia infraconstitucional da tendencial impossibilidade de diminuição da remuneração. Só a própria lei pode ressalvar os casos em que tal redução poderá ocorrer, assim como as situações de diminuição ou extinção de certas prestações complementares, pelo que, desde que determinadas pela lei e não pelo empregador e se conformem com os princípios constitucionais, o princípio da irredutibilidade da remuneração não se opõe a reduções remuneratórias.

Como salienta PEDRO ROMANO MARTINEZ, “os complementos salariais que são devidos enquanto contrapartida do modo específico da prestação de trabalho – como um subsídio de «penosidade», de «isolamento», de «toxicidade», de «trabalho noturno», de «turnos», de «risco» ou de «isenção de horário de trabalho» – podem ser reduzidos, ou até suprimidos, na exata medida em que se verifiquem modificações ou a supressão dos mencionados condicionalismos externos do serviço prestado”¹³.

Fora destas hipóteses, não sendo a irredutibilidade uma garantia absoluta em matéria de remuneração, necessário se torna que as situações de redução tenham subjacentes uma causa objectiva e que respeitem os princípios da proporcionalidade e da tutela da confiança¹⁴.

Para além dos traços gerais em matéria de remuneração e dos suplementos remuneratórios, impõe-se dar conta da evolução legislativa neste âmbito para, depois, analisar os pressupostos da atribuição dos suplementos, à luz das normas reguladoras previstas da LTFP e dos contributos jurisprudenciais. Procuraremos, ainda, dar conta das mais recentes alterações legislativas, introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 25/2015, de 6 de Fevereiro.

¹² O princípio em análise, juntamente com o princípio da igualdade, da proporcionalidade e da protecção da confiança, foram fortemente debatidos a propósito das reduções remuneratórias que estiveram em vigor desde 2011 até 30 de Setembro de 2016. Para maiores desenvolvimentos desta temática (que não cabe por ora tratar), e, bem assim, das pronúncias do Tribunal Constitucional a ela respeitantes, cfr. JORGE LEITE, “As disposições...”, em especial, pp. 272 e seguintes; CLÁUDIA SOFIA HENRIQUES NUNES, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 311 e seguintes; RAVI AFONSO PEREIRA, “Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, Ano 33, 2013, pp. 317-370, em especial, pp. 327 e seguintes (disponível, e consultado em 27 de Dezembro de 2016, em www.dialnet.unirioja.es) e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2011”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. IV, Ano 71, Outubro/Dezembro 2011, pp. 1225-1285, em especial, pp. 1279 e seguintes; ainda do mesmo Autor, vide “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. I, Ano 72, Janeiro/Março 2012, pp. 359-420, em especial, pp. 415 e seguintes e “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. IV, Ano 72, Outubro/Dezembro 2012, pp. 1483-1784, em especial, pp. 1777 e seguintes – todos disponíveis, e consultados em 27 de Dezembro de 2016, em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/>.

¹³ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito...*, p. 618.

¹⁴ Com este entendimento, vide ANA FERNANDA NEVES, “O Direito da Função Pública”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. IV, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 359-556, em especial, p. 510.

2. Breve análise da evolução legislativa

Com o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, intitulado de “Novo Sistema Retributivo”, estabeleceram-se os princípios gerais em matéria de emprego público, remunerações e gestão de pessoal da função pública. Ali estabelecia-se, no artigo 15.º, que o sistema retributivo da função pública era composto pela remuneração base, pelas prestações sociais e subsídios de refeição e pelos suplementos. No que a estes últimos diz respeito, o artigo 19.º do diploma em apreço, de forma inovadora¹⁵, veio dispor sobre os fundamentos da atribuição de suplementos remuneratórios¹⁶.

Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, veio desenvolver e regulamentar os princípios gerais estabelecidos no diploma anteriormente referido, dispondo no seu artigo 11.º, n.º 1, que se consideram “suplementos os acréscimos remuneratórios atribuídos em função de particularidades específicas da prestação de trabalho, cujos fundamentos obedecem ao estabelecido nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho”, reafirmando, ainda, no seu artigo 12.º que “o regime e as condições de atribuição de cada suplemento são fixados mediante decreto-lei”.

Do citado regime, decorria que os suplementos remuneratórios susceptíveis de serem auferidos pelos, então, “funcionários e agentes da Administração Pública”, eram apenas aqueles que se alicerçavam em algum dos fundamentos previstos no artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, dado o carácter taxativo do seu elenco¹⁷.

Por seu turno, a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro (LVCR), que aprovou os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas passou a determinar que o regime remuneratório era composto pelos seguintes elementos: remuneração base; suplementos remuneratórios e prémios de desempenho¹⁸. Os suplementos remuneratórios continuavam a ser qualificados pelo legislador como acréscimos remuneratórios devidos pelo exercício de funções em postos de trabalho que apresentam

¹⁵ De ressaltar, contudo, que o primeiro diploma a introduzir a grande reforma da Administração Pública, o Decreto-Lei n.º 26 115, de 23 de Novembro de 1935, que tinha por base o sistema de letras, já previa a existência de gratificações, enquanto complementos ao vencimento. A sua lógica assentava, igualmente, nas condições específicas do exercício de determinada função, pese embora tivessem um âmbito muito mais restrito, já que a sua atribuição só poderia efectuar-se com base em dois fundamentos: acumulação de cargos e exercício de funções especiais de direcção ou inspecção, tratando-se, nesta última hipótese, de diferenciar no mesmo serviço funções de responsabilidade acrescida.

¹⁶ Dispunha o referido preceito: “1 - Os suplementos são atribuídos em função de particularidades específicas da prestação de trabalho e só podem ser considerados os que se fundamentem em: a) Trabalho extraordinário, nocturno, em dias de descanso semanal ou feriados, em disponibilidade permanente ou outros regimes especiais de prestação de trabalho; b) Trabalho prestado em condições de risco, penosidade ou insalubridade; c) Incentivos à fixação em zonas de periferia; d) Trabalho em regime de turnos; e) Falhas; f) Participação em reuniões, comissões ou grupos de trabalho, não acumuláveis com a alínea a). 2 - Podem ser atribuídos suplementos por compensação de despesas feitas por motivos de serviço que se fundamentem, designadamente, em: a) Trabalho efectuado fora do local normal de trabalho, que dê direito à atribuição de ajudas de custo, ou outros abonos devidos a deslocações em serviço; b) Situações de representação; c) Transferência para localidade diversa que confira direito a subsídio de residência ou outro. 3 - A fixação das condições de atribuição dos suplementos é estabelecida mediante decreto-lei”.

¹⁷ Também assim, PAULO VEIGA E MOURA, *Função Pública – Regime Jurídico, Direitos e Deveres dos Funcionários e Agentes*, 1.º Volume, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 316.

¹⁸ Cfr. art.º 67.º da LVCR.

condições mais exigentes relativamente a outros postos de trabalho da mesma carreira, categoria ou cargo. Os fundamentos justificativos do abono dos suplementos passam a estar enunciados de forma exemplificativa, dentro de uma tipologia bipartida¹⁹.

A regulamentação actualmente vigente, introduzida pela LTFP, que veio revogar a Lei n.º 129-A/2008, de 27 de Fevereiro²⁰, corresponde, no essencial, à que estava prevista nesta última, mantendo-se, deste modo, inalteradas as condições que legitimam a atribuição de suplementos remuneratórios.

Acontece que, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 25/2015, de 6 de Fevereiro, explicitam-se os fundamentos e as condições de atribuição dos suplementos remuneratórios, delimitados pelo artigo 159º da LTFP, bem como a forma da sua integração numa Tabela Única de Suplementos (TUS), que concretiza o processo de revisão e simplificação dos suplementos remuneratórios há muito intencionado²¹.

O objectivo é rever os suplementos existentes, conformando-os com o regime agora previsto na LTFP e no Decreto-Lei n.º 25/2015, devendo estes, de acordo com o resultado do processo de revisão, ser mantidos, total ou parcialmente, como suplementos remuneratórios, por integração na tipologia de fundamentos definida no artigo 2º, que veremos adiante, determinação do respectivo grau e integração na TUS; ser integrados, total ou parcialmente, na remuneração base; deixar de ser auferidos ou ser extintos²². Previa-se um prazo de 60 dias para a referida revisão que, no entanto, não foi cumprido, aguardando-se as alterações previstas.

¹⁹ Estabelecia-se no art.º 73º da LVCR, sob a epígrafe “Condições de atribuição dos suplementos remuneratórios”, o seguinte: “(...) 3 - São devidos suplementos remuneratórios quando trabalhadores, em postos de trabalho determinados nos termos do n.º 1, sofram, no exercício das suas funções, condições de trabalho mais exigentes: a) De forma anormal e transitória, designadamente as decorrentes de prestação de trabalho extraordinário, nocturno, em dias de descanso semanal, complementar e feriados e fora do local normal de trabalho; ou b) De forma permanente, designadamente as decorrentes de prestação de trabalho arriscado, penoso ou insalubre, por turnos, em zonas periféricas e de secretariado de direcção.”

²⁰ Com excepção das normas transitórias abrangidas pelos art.ºs 88º a 115º, de acordo com o disposto no art.º 42º, al. c), do diploma que aprova a LTFP. De entre aqueles preceitos, constava uma disposição referente aos suplementos - o art.º 112º da LVCR - que determinava a sua revisão, no prazo de 180 dias por forma a que fossem mantidos, total ou parcialmente, como suplementos remuneratórios; integrados, total ou parcialmente, na remuneração base; ou que deixassem de ser auferidos. Contudo, tal revisão não ocorreu no prazo estabelecido, tendo o processo de revisão dos suplementos o seu início com a Lei n.º 59/2013, de 23 de Agosto, que veio determinar a obrigatoriedade de prestação de informação sobre remunerações, suplementos e outras componentes remuneratórias dos trabalhadores de entidades públicas, com vista à sua análise, caracterização e determinação de medidas adequadas de política remuneratória. A este propósito, cfr. o relatório preliminar sobre a caracterização geral dos sistemas remuneratórios da Administração Pública, de acordo com a informação reportada nos termos da Lei n.º 59/2013, de 23 de Agosto, elaborado pela DIRECÇÃO-GERAL DA ADMINISTRAÇÃO E DO EMPREGO PÚBLICO, de 19 de Dezembro de 2013 (disponível, e consultado a 8 de Dezembro de 2016, em www.atam.pt).

²¹ A necessidade de racionalização dos suplementos remuneratórios existentes e, bem assim, a extinção daqueles que não encontram fundamento na estrutura de funções actual vem prevista no “Documento de Estratégia Orçamental 2014-2018”, enquanto uma das componentes a abranger pela reforma da Administração Pública. A este propósito, cfr. PAULO ALMEIDA, “A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Comentário às Principais Alterações”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 79-107, em especial, p. 102.

²² Cfr. art.º 6º do Decreto-Lei n.º 25/2015, de 6 de Fevereiro. Para estes efeitos, determinou-se que os órgãos e serviços comunicassem todos os suplementos remuneratórios por si processados e respectivos fundamentos e critérios de atribuição. A compilação dos elementos comunicados pode ser consultada em https://www.dgaep.gov.pt/upload/homepage/Noticias/Noticias_2015/Suplementos_remuneratorios_compilacao_dos_elementos_comunicados.pdf.

Conforme se pode retirar da leitura do preâmbulo do citado Decreto-Lei, “explicita-se um conjunto de pressupostos para a atribuição de suplementos num leque alargado de situações específicas, sejam estas permanentes ou temporárias, com os quais se visa retribuir os trabalhadores que exercem funções em ambiente e condições mais gravosas do que os demais”.

Vejamos, então, as condições de atribuição dos suplementos remuneratórios, à luz dos normativos vigentes.

3. Os pressupostos da atribuição dos suplementos remuneratórios

3.1. Generalidades

De acordo com o preceituado no artigo 146º da LTFP, a remuneração dos trabalhadores com vínculo de emprego público é composta pela remuneração base, pelos suplementos remuneratórios e pelos prémios de desempenho.

Os suplementos remuneratórios vêm regulados na secção IV do Capítulo VI (artigos 159º e seguintes), do referido diploma legal, sendo considerados como “os acréscimos remuneratórios devidos pelo exercício de funções em postos de trabalho que apresentam *condições mais exigentes* relativamente a outros postos de trabalho caracterizados por idêntico cargo ou por idênticas carreira e categoria” (itálico nosso), nos termos do n.º 1 do artigo 159º da LTFP. Como facilmente se retira da leitura do preceito, a *ratio* dos suplementos remuneratórios prende-se com a necessidade de compensar o trabalhador pelas particularidades do trabalho por si prestado, que se caracteriza por uma maior onerosidade. Destarte, e como bem salientam PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, “a previsão dos suplementos remuneratórios traduz a concretização legislativa do direito fundamental à retribuição segundo a quantidade, natureza e qualidade do trabalho”²³.

Assim, o artigo 159º da LTFP contém as condições de atribuição dos suplementos remuneratórios, em relação às quais se impõe, actualmente, uma leitura conjugada com o disposto no artigo 2º do Decreto-Lei n.º 25/2015, de 6 de Fevereiro. Os preceitos seguintes versam sobre aspectos específicos de algumas das circunstâncias que legitimam o abono de suplemento, a saber: prestação de trabalho nocturno (artigo 160º), por turnos (artigo 161º), suplementar (artigos 162º e 163º), com isenção de horário de trabalho (artigo 164º) e em dia feriado (artigo 165º).

Conforme resulta das disposições conjugadas dos artigos 159º, n.º 6, e 355º, n.º 1, al. a), da LTFP, os suplementos remuneratórios são criados por lei, podendo, no entanto, ser regulamentados por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.

²³ Vide PAULO VEIGA E MOURA/CÁTIA ARRIMAR, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1º Vol., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 480.

Acresce que, nos termos do preceituado nos artigos 159º, n.º 5, da LTFP e 4º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 25/2015, de 6 de Fevereiro, os suplementos devem ser fixados em montantes pecuniários e só excepcionalmente podem ser fixados em percentagem da remuneração base mensal. Esta distinção assume relevância, designadamente, quanto à problemática da actualização do valor dos suplementos²⁴, determinando-se, no artigo 4º, n.º 3, *in fine*, do referido Decreto-Lei n.º 25/2015, que os suplementos remuneratórios não são, em regra, actualizados com a progressão na carreira, o que, de resto, está em consonância com a regra da fixação do seu valor em montantes pecuniários.

Atentemos, por agora, nos seus pressupostos.

3.2. A existência de *condições de trabalho mais exigentes*

Os suplementos remuneratórios representam acréscimos na remuneração, que espelham a regra de que a determinação do valor da remuneração deve ser feita tendo em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho a prestar.

Na verdade, se um trabalhador exerce funções num determinado posto de trabalho e estas revelam uma onerosidade acrescida, que poderá resultar de diversas circunstâncias, quando comparadas com as funções exercidas por trabalhadores colocados em postos de trabalho caracterizados por idêntico cargo ou idênticas carreira e categoria, então, as particulares exigências da prestação do trabalho que decorrem para aquele trabalhador deverão reflectir-se positivamente na sua remuneração, isso mesmo ditando o princípio da igualdade. Assim, justifica-se um acréscimo remuneratório quando o trabalhador exerce funções num posto de trabalho, com um maior nível de exigência relativamente a outros postos de trabalho, nos quais existe cargo ou carreira e categoria idênticos, mas cujo desempenho é menos oneroso.

²⁴ A Lei n.º 43/2005, de 29 de Agosto, veio determinar o congelamento do montante de todos os suplementos remuneratórios auferidos pelos “funcionários, agentes e demais servidores do Estado”, tendo os seus efeitos sido estendidos até 31 de Dezembro de 2007, por força da prorrogação levada a cabo pela Lei n.º 53-C/2006, de 29 de Dezembro. Na sequência da cessação dessa medida, a Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2008, veio definir no seu artigo 15º, n.º 1, a actualização daqueles suplementos remuneratórios pela taxa de 2,1%, fixada pela Portaria n.º 30-A/2008, de 10 de Janeiro, tendo, igualmente, determinado que a actualização dos suplementos remuneratórios em 2008 incidia sobre o valor abonado em 2007, com referência à data de 31 de Dezembro desse ano (art.º 119º, n.º 9). Neste seguimento, a Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2009, veio permitir uma nova actualização, pela taxa de 2,9%, fixada na Portaria n.º 1553-D/2008, de 31 de Dezembro, tendo, à semelhança do que se verificara no ano antecedente, estabelecido que essa actualização tivesse por base os valores dos suplementos à data de 31 de Dezembro de 2008.

Entretanto, a Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, que aprovou o Orçamento do Estado para 2010, veio permitir que os suplementos remuneratórios fossem, de novo, actualizados, nesse ano, mas não foi aprovada qualquer portaria que permitisse levar a cabo essa actualização.

A Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2011, estabeleceu a proibição de valorizações remuneratórias, proibição essa que se mantém na presente data, por força das sucessivas leis do Orçamento do Estado (a Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro, que aprova o Orçamento do Estado para o presente ano, mantém a referida proibição), pelo que, desde 2009 que os suplementos remuneratórios de valor indexado à remuneração base mantêm o mesmo valor. Com uma análise detalhada da questão do congelamento e actualizações subsequentes, apontando os problemas que estas levantaram no modo de cálculo dos suplementos, cfr. o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 01/02/2010, n.º P000362009 (disponível em www.dgsi.pt).

Isto significa que, quando não existe essa diferenciação na qualificação do trabalho prestado, isto é, quando certas especificidades constituem característica de todos os postos de trabalho dentro do mesmo cargo, categoria ou carreira, sendo o modo normal da prestação de trabalho, a que todos os trabalhadores ficam sujeitos, então não deverá haver lugar ao pagamento de qualquer suplemento, por inexistência do pressuposto em análise²⁵.

A existência de condições de exigência acrescida pode ocorrer de forma anormal e transitória ou de forma permanente, dando origem a fundamentos de atribuição dos suplementos diferentes. A distinção reveste-se de importância prática, não só porque tem efeitos ao nível da regularidade do pagamento como, também, contenderá com o abono do suplemento em situações legalmente equiparadas ao exercício efectivo de funções, como veremos.

Os fundamentos para a atribuição dos suplementos resultam do elenco taxativo previsto no artigo 2º, n.ºs 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 25/2015, de 6 de Fevereiro. Assim, constituem fundamento para a atribuição de suplementos remuneratórios com *carácter permanente*, as seguintes obrigações ou condições específicas:

- 1) Disponibilidade permanente para a prestação de trabalho a qualquer hora e em qualquer dia, sempre que solicitada pela entidade empregadora pública;
- 2) Prevenção ou piquete para assegurar o funcionamento ininterrupto do órgão ou serviço;
- 3) Isenção de horário de trabalho;
- 4) Penosidade da actividade ou tarefa realizada, originada pela sobrecarga física ou psíquica ou pelo horário em que é prestada a função;
- 5) Risco inerente à natureza das actividades e tarefas concretamente cometidas: de investigação criminal ou de apoio à investigação criminal, protecção e socorro, informações de segurança, segurança pública, quer em meio livre, quer em meio institucional, fiscalização e inspecção;
- 6) Insalubridade susceptível de degradar o estado de saúde do trabalhador, devido aos meios utilizados ou pelas condições climatéricas ou ambientais inerentes à prestação do trabalho;

²⁵ É o que acontece, designadamente, nas situações de isenção de horário de trabalho, podendo o pagamento de suplementos não ter lugar nos casos de carreiras especiais e cargos em que o regime de isenção de horário de trabalho constitua o regime normal de prestação do trabalho (cfr. art.º 164º, n.º 2, da LTFP). Ver, a este propósito, ANA FERNANDA NEVES, “O Direito ...”, p. 504 e, ainda, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31/05/2016, Proc. n.º 1039/13 (disponível em www.dgsi.pt), onde se pode ler que “constituindo a isenção de horário de trabalho o regime em regra correspondente ao exercício de funções dirigentes, a compensação correspondentemente devida já está incluída na remuneração (mais elevada) fixada para os cargos de direcção/chefia, sem que por isso seja devido qualquer suplemento remuneratório específico”.

- 7) Manuseamento ou guarda de valores, numerário, títulos ou documentos representativos de valores ou numerário;
- 8) Alojamento ou residência determinada pelo Estado, sem possibilidade de usufruir de alojamento ou residência facultado por este;
- 9) Necessidades de representação do cargo ou função;
- 10) Exercício de funções de administração e cobrança tributária e aduaneira.

Por sua vez, consubstanciam fundamentos para a atribuição de suplemento remuneratório com *carácter transitório*, as seguintes obrigações ou condições específicas (pressuposta a sua delimitação no tempo):

- 1) Missão humanitária e de paz;
- 2) Mudança ou alteração temporária do local de trabalho determinada pelo Estado, sem possibilidade de usufruir de alojamento ou residência facultado por este;
- 3) Prevenção ou piquete temporário;
- 4) Trabalho suplementar;
- 5) Trabalho nocturno ocasional;
- 6) Exercício de funções de coordenação, quando legalmente previstas e não integradas em categoria ou cargo;
- 7) Exercício de funções nas Regiões Autónomas por trabalhadores com vínculo de emprego público afectos a órgão ou serviço sediado no continente e cuja deslocação seja da iniciativa do órgão ou serviço.

Note-se que do referido Decreto-Lei n.º 25/2015, resulta, ainda, um requisito acrescido neste âmbito. É que não basta a verificação de algum destes fundamentos para que haja automaticamente lugar ao abono de um suplemento. Necessário se torna que tais exigências acrescidas que caracterizam a prestação do trabalho não tenham já sido consideradas, de forma expressa, na fixação da remuneração base da carreira ou cargo, nos termos do artigo 2º, n.º 1, do diploma em apreço.

Embora esta ressalva esteja em sintonia com o intuito legislativo de revisão dos suplementos, extinguindo todos os que não reúnam os pressupostos exigidos para a sua atribuição, cremos que a mesma não carecia de ser feita, na medida em que se particulares condições em que o trabalho é executado são tidas em conta na fixação da remuneração base, isso significa que estamos na presença de situações que não se compaginam com a natureza dos suplementos remuneratórios e que estão, naturalmente, fora do seu âmbito. Isto é, se condições específicas

ou mais exigentes são consideradas na remuneração base de certa carreira ou cargo, é porque tais condições não se revelam mais exigentes em face dos demais postos de trabalho da mesma carreira ou cargo, pelo que já não estariam reunidas as condições para a atribuição de um suplemento.

Por força do que ficou dito, a sua atribuição só é devida a quem ocupe um posto de trabalho que faça apelo às condições específicas e mais exigentes a que nos referimos, o que revela a ligação indissociável que existe entre os suplementos, tais postos de trabalho e a pessoa que os ocupe²⁶.

Ademais, convém salientar que, na prática, existem casos em que, por força das especificidades inerentes à prestação do trabalho, são convocados mais do que um fundamento para a atribuição de um suplemento remuneratório, acabando tais fundamentos por ser consumidos por um deles, que se revela mais abrangente.

É o que acontece, designadamente, com o suplemento por disponibilidade permanente, que destinado a compensar o sacrifício imposto pela permanente disponibilidade para a prestação do trabalho, acaba por afastar a atribuição de qualquer outro acréscimo remuneratório fundamentado em trabalho suplementar, em dia feriado ou trabalho nocturno²⁷. Acontece, de igual modo, com o suplemento de turno que, na medida em que pressupõe que um dos turnos seja total ou parcialmente coincidente com o período de trabalho nocturno, acaba por consumir o suplemento que fosse devido por trabalho nocturno.²⁸

3.3. A prestação efectiva de trabalho

Nos termos dos artigos 159º, n.º 4, *in fine*, da LTFP e 2º, n.º 1, *in fine*, do Decreto-Lei n.º 25/2015, de 6 de Fevereiro, os suplementos remuneratórios são devidos quando haja exercício efectivo de funções ou como tal considerado em lei. Esta é uma regra que evidencia a ligação existente entre o abono do suplemento e as condições de exigência acrescida em que o trabalho é prestado²⁹, não bastando a ocupação de um posto de trabalho com particulares características face aos demais.

²⁶ Neste sentido, veja-se PAULO VEIGA E MOURA/CÁTIA ARRIMAR, *Comentários...*, p. 481.

²⁷ Cfr., a este propósito, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, de 03/03/2005, Proc. n.º 01146/04 (disponível em www.dgsi.pt) e de 06/12/2011, Proc. n.º 0252/10 (disponível em www.dgsi.pt) e Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 14/04/2005, Proc. n.º 00170/04 (disponível em www.dgsi.pt).

²⁸ Isso mesmo resulta do disposto no art.º 161º, n.º 4, da LTFP. No entanto, a própria norma ressalva a remuneração que seja devida por trabalho suplementar, pelo que poderá ser possível cumular o suplemento de turno com o suplemento por trabalho suplementar, quando se encontrem verificadas as circunstâncias justificativas da sua atribuição.

²⁹ O suplemento está ligado à natureza de certo tipo de trabalho, havendo uma correlação directa entre a sua atribuição e o esforço acrescido decorrente do exercício efectivo de funções, razão na qual se fundou o entendimento perfilhado no Acórdão do TCAN, de 06/11/2015, Proc. 00241/12 (disponível em www.dgsi.pt), segundo o qual aquilo que releva para efeitos do direito à percepção do suplemento atribuído pelo Fundo de Estabilização Tributária (FET), não é se o funcionário estava em efectividade de funções no momento do pagamento desse suplemento, mas se o funcionário exerceu funções e deu o seu contributo para o acréscimo de produtividade no período a que esse suplemento se reporta.

Compreende-se a imposição do exercício efectivo de funções naquele posto de trabalho, pois só assim se pode afirmar a existência de uma situação mais onerosa para um determinado trabalhador, a reclamar tutela no plano remuneratório, de forma a repor a igualdade no interior de uma dada carreira, categoria ou cargo.

Acontece existirem situações em que, não obstante não se verificar o exercício de funções efectivo, a lei equipara a ausência de trabalho a esse exercício, designadamente, quanto a efeitos remuneratórios.

A primeira dessas situações diz respeito à remuneração durante o período de *férias*.

Determina a LTFP, no seu artigo 152º, n.º 1, que a remuneração do período de férias corresponde à remuneração que o trabalhador receberia se estivesse em serviço efectivo, com excepção do subsídio de refeição. Daqui decorre que a remuneração a que o trabalhador tem direito durante o período de férias integra não só a remuneração base, como, também, o(s) suplemento(s) a que o trabalhador tenha direito e que receberia se estivesse a trabalhar³⁰.

A este propósito, cumpre fazer referência ao entendimento expandido no Acórdão do TCAN, de 03/05/2013³¹. Diz o aresto o seguinte: “é certo que os suplementos remuneratórios são devidos quando um posto de trabalho envolve um sacrifício funcional diferenciado relativamente aos demais postos de trabalho, como acontece com o trabalho por turnos daí que só é devido enquanto durar o exercício efectivo de funções do concreto posto de trabalho. Mas, tal não contende, a nosso ver, com as férias, porque as férias são relativas a concretas funções que se exercem. Daí que quando um trabalhador se encontra de férias estas o têm de ser relativamente às funções que efectivamente exerceu no período a que correspondem as mesmas. (...) O legislador estabeleceu uma diferença entre o que o trabalhador deve auferir nas férias e o que deve receber no subsídio de férias: naquelas receberá a remuneração que auferiria se estivesse em serviço efectivo e no subsídio de férias apenas a remuneração base, o que se compagina com a ideia de que as férias são um período de recuperação relativamente a um período de trabalho já prestado e o subsídio de férias é tão só um complemento salarial.”.

Ressalve-se, contudo, que o ficou dito tem plena validade quanto aos suplementos de natureza permanente, mas já não quanto aos suplementos atribuídos com base em circunstâncias que revistam carácter transitório³². Com efeito, salvo melhor entendimento, consideramos que durante o período de férias o trabalhador tem direito à remuneração que receberia se estivesse em serviço efectivo, pelo que esta deverá incluir os suplementos

³⁰ Para além da referida remuneração, o trabalhador tem direito, durante o período de férias, ao pagamento de um “subsídio de férias de valor igual a um mês de remuneração base mensal”, nos termos do art.º 152º, n.º 2, da LTFP. Significa isto que a remuneração do período de férias e o subsídio de férias não são correspondentes, na medida em que, como vimos, aquela abrange todas as componentes da remuneração, ao passo que o subsídio é calculado tendo por referência apenas o montante da remuneração base. Assim, *vide* Acórdãos do STA de 25/01/2006, Proc. n.º 0820/05 e de 13/11/2008, Proc. n.º 0616/08 e do TCAN, de 18/01/2007, Proc. 00110/05 (todos disponíveis em www.dgsi.pt).

³¹ Proc. n.º 00030/11 (disponível em www.dgsi.pt).

³² Cremos ser, igualmente, este o entendimento de PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, quando afirmam que “se quando está em serviço efectivo o trabalhador recebe, para além da remuneração base, um qualquer *suplemento de natureza permanente* (...), a remuneração que terá direito a auferir no período de férias será a correspondente ao somatório daquela remuneração base e daquele suplemento remuneratório” (itálico nosso) – *in Comentários...*, p. 460).

remuneratórios decorrentes de situações de carácter permanente, mas já não as de carácter anormal e transitório, porquanto, os efeitos remuneratórios que se produzem durante as férias têm uma relação de continuidade ou sequencialidade com a situação remuneratória do trabalhador durante o período de trabalho, razão pela qual tais efeitos correspondem ao trabalho normalmente prestado³³.

Nesta medida, apenas os suplementos que visam compensar particularidades estáveis e permanentes de um concreto posto de trabalho estão em condições de concorrer para o cálculo da remuneração a que o trabalhador tem direito durante o período de férias, pois só esses correspondem ao trabalho por si prestado em condições de normalidade, antes de ter início aquele período.

Por outro lado, outra das situações em que, por equiparação legal, o trabalhador tem direito a auferir a remuneração correspondente ao exercício efectivo de funções, prende-se com o tempo de ausência por *acidente de trabalho*. Esta matéria vem regulada no Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro³⁴, que logo no seu artigo 4º, n.º 1, determina que os trabalhadores têm direito à reparação, em espécie e em dinheiro, dos danos resultantes de acidentes de trabalho, concretizando, no n.º 4, que o direito à reparação em dinheiro compreende, designadamente, a “remuneração, no período das faltas ao serviço motivadas por acidente em serviço ou doença profissional” [al. a)].

Por sua vez, especifica o artigo 15º do referido diploma legal, que “no período de faltas ao serviço³⁵, em resultado de acidente, o trabalhador mantém o direito à remuneração, *incluindo os suplementos de carácter permanente* sobre os quais incidam descontos para o respectivo regime de segurança social, e ao subsídio de refeição.” (itálico nosso). Isto significa que, no período de baixa médica em que o trabalhador falta ao serviço por incapacidade temporária absoluta, este terá direito à remuneração que receberia caso se encontrasse em exercício efectivo de funções, incluindo qualquer suplemento remuneratório de carácter permanente que lhe fosse abonado à data do acidente³⁶.

Valem aqui, *mutatis mutandis*, as considerações tecidas a propósito da exigência do carácter permanente do suplemento para efeitos do seu englobamento na remuneração devida durante o período de férias.

Na verdade, mais uma vez aqui se compreende a necessidade de o suplemento revestir uma natureza permanente para entrar no cálculo da remuneração a atribuir ao trabalhador durante o período em que falta ao trabalho por motivo de incapacidade resultante de acidente³⁷. É que

³³ Neste sentido, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “A noção de retribuição...”, p. 318.

³⁴ Cfr. art.ºs 5º, al. b), da LTFP e 2º do mencionado Decreto-Lei.

³⁵ Prevê-se, no art.º 19º, n.º 1, do referido diploma, que as faltas ao serviço são consideradas como exercício efectivo de funções, resultando do n.º 5 deste preceito o que se deve entender por faltas ao serviço.

³⁶ Neste sentido, cfr. os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul, de 18/06/2009, Proc. n.º 05024/09 e do STA, de 29/01/2015, Proc. n.º 0969/14 (disponíveis em www.dgsi.pt).

³⁷ Exemplificando, o trabalhador, durante o período de faltas por acidente de trabalho, terá direito a auferir o suplemento de turno mas já não o suplemento por trabalho suplementar, já que este reveste carácter anormal e transitório, *ex vi* actuais art.ºs 159º, n.º 3, al. a), da LTFP e 2º, n.º 3, al. d), do Decreto-Lei n.º 25/2015, de 6 de

havendo durante todo o período de baixa médica uma equiparação ao desempenho efectivo de funções, há que atender ao modo regular em que tais funções eram desempenhadas e ao correspondente padrão de remuneração.

Conforme se pode retirar da leitura do já citado aresto do STA, de 29/01/2015, “com tal regime de proteção/garantia pretendeu e pretende-se, por efeito da equiparação legal àquilo que era o cargo/função e serviço prestado pelo A. à data do acidente, assegurar-lhe o mesmo padrão de remuneração que decorreria do mesmo continuar no mesmo cargo/função, integrando todos os serviços permanentes/regulars e escalas que até ali executava (...), tanto mais que neste período de baixa não é possível encontrar ou fazer apelo a outro padrão funcional.”.

3.4. A perduração das particulares condições que determinaram a atribuição do suplemento remuneratório

Face ao que antecede, facilmente se compreende que a lei exija a manutenção das condições de trabalho que determinaram a atribuição do suplemento, para que este continue a ser devido (cfr. artigos 159º, n.º 4, da LTFP e 2º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 25/2015, de 6 de Fevereiro). Na verdade, há que olhar para o conteúdo funcional de um concreto posto de trabalho e perceber se se exige do trabalhador que o ocupa um esforço acrescido no exercício das suas funções, ao nível da qualificação ou da quantidade do trabalho prestado. Quando assim não se verifique, cessa o direito à percepção do suplemento.

Como se afirma no Acórdão do STA, de 10/09/2008³⁸, «o suplemento, como se referiu, é atribuído em função de particularidades específicas da prestação de trabalho (artigo 19º/1/d) do DL 184/89). E, por mais regular e habitual que seja, o direito ao seu recebimento jamais se consolida, como direito adquirido, na esfera jurídica do trabalhador já que, face às citadas disposições, constitui uma prestação distinta da remuneração base, atribuída em “*função de particularidades específicas da prestação de trabalho*” ou seja enquanto durarem ou se verificarem essas particularidades específicas. (...) Pelo que, a partir do momento em que o recorrente cessou a prestação de trabalho por turnos, desapareceu o pressuposto legal que determinava a atribuição do atinente suplemento ou subsídio de turno, deixando de existir fundamento legal para a sua atribuição».

O mesmo se passa nas situações em que o trabalhador, após regressar de baixa médica, por incapacidade permanente, deixa de exercer as funções que lhe conferiam o direito ao suplemento, ou seja, deixam de existir as condições de trabalho que determinaram o seu abono. A hipótese em análise, quanto a saber se um suplemento remuneratório deve ou não continuar a ser abonado a um trabalhador que o recebia no momento em que foi vítima de acidente de trabalho e que em virtude das lesões padecidas foi colocado a exercer funções às quais não corresponde o dito suplemento, foi apreciada pelo STA, no Acórdão de

Fevereiro – com este entendimento, veja-se o Acórdão do TCAN, de 07/12/2012, Proc. n.º 00355/11 (disponível em www.dgsi.pt).

³⁸ Proc. n.º 0366/08 (disponível em www.dgsi.pt).

03/12/2015³⁹, segundo o qual, da leitura conjugada dos artigos 15º, 19º e 23º do já mencionado Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro, decorre que, «de acordo com a *fictio juris* prevista no n.º 1 do artigo 19º, a equiparação ao desempenho efectivo de funções abrange todo o período da baixa médica e cessa, nos termos do n.º 5 do artigo 23º, com o “reinício de funções nos termos do n.º 3”. Ou seja, a partir do momento em que se dá a reintegração profissional do trabalhador sinistrado com o exercício efectivo de funções compatíveis com o seu estado, cessa a tal ficção. A partir daí, a não ser que aquele preste efectivamente serviço ao qual corresponde o pagamento do suplemento remuneratório reclamado pelo recorrente, não terá a ele direito». No caso em apreço, estava em causa o abono do suplemento de turno, tendo sido considerado no referido aresto que o trabalhador, após a alta clínica e consequente reintegração profissional, já não estava sujeito a uma escala de serviço, pelo que deixou de se justificar o recebimento do referido suplemento.

De salientar, por fim, que o princípio da irredutibilidade da remuneração, a que *supra* aludimos, não obsta à supressão dos suplementos remuneratórios sempre que deixar de existir fundamento para a sua atribuição⁴⁰.

4. Considerações finais

Procurou-se dar conta dos principais aspectos do regime geral dos suplementos remuneratórios no âmbito do vínculo de emprego público, visando a compreensão dos pressupostos gerais que, de acordo com as normas actualmente aplicáveis, legitimam a atribuição de um suplemento remuneratório, sem a intenção de analisar, especificamente, aspectos próprios de um ou de outro suplemento.

A política remuneratória no âmbito das relações laborais na Administração Pública tem suscitado, mormente desde a reforma de 2008/2009, grandes preocupações de uniformização, dado o carácter disperso das suas componentes.

No que aos suplementos remuneratórios diz respeito, há uma intenção legislativa clara de controlar a racionalidade dos fundamentos que servem de base à sua atribuição e, bem assim, de agregação dos suplementos numa tabela única, à semelhança do que se verificou a propósito da integração da remuneração base de todos os cargos, carreiras e categorias numa Tabela Remuneratória Única. Tal traduzirá, recorrendo às palavras do legislador, um “alinhamento ao nível das práticas de gestão entre as componentes remuneratórias”.

Como se viu, a lógica dos suplementos assenta nas especiais condições em que determinado trabalho é executado, tendo por referência outros postos de trabalho caracterizados por idêntico cargo ou por idênticas carreira e categoria. Visam, assim, compensar o trabalhador pela maior onerosidade do trabalho por si prestado, encontrando ainda justificação no princípio da igualdade remuneratória, insito no artigo 59º, n.º 1, al. a), da CRP e acolhido,

³⁹ Proc. n.º 01027/15 (disponível em www.dgsi.pt).

⁴⁰ Neste sentido, veja-se CLÁUDIA SOFIA HENRIQUES NUNES, *O Contrato...*, p. 327 e, ainda, o Acórdão do STA, de 23/11/2005, Proc. n.º 01191/04 (disponível em www.dgsi.pt).

também, na LTFP. Por essa razão, o direito à sua percepção tem de passar pelo crivo da existência de condições de trabalho mais exigentes, da efectiva prestação de trabalho e da perduração daquelas condições, como requisito de manutenção de um suplemento já auferido.

De tudo quanto ficou dito, resulta que esta é uma matéria que reclama particulares exigências de igualdade e transparência, razões estas que estão na base do processo de revisão dos suplementos no âmbito do emprego público, do qual se aguarda desenvolvimentos.

Bibliografia

- **ALMEIDA**, Paulo, “A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Comentário às Principais Alterações”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 79-107.
- **AMADO**, João Leal, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.
- **ANTUNES**, Vera Lúcia Santos, *O Contrato de Trabalho na Administração Pública – Evolução, reflexos e tendências para o emprego público*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- **CANOTILHO**, J. J. Gomes/**MOREIRA**, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- **DIRECÇÃO-GERAL DA ADMINISTRAÇÃO E DO EMPREGO PÚBLICO**, Relatório preliminar sobre a caracterização geral dos sistemas remuneratórios da Administração Pública, de acordo com a informação reportada nos termos da Lei n.º 59/2013, de 23 de Agosto, de 19 de Dezembro de 2013 (disponível, e consultado a 8 de Dezembro de 2016, em www.atam.pt).
- **FERNANDES**, António Monteiro, “A noção de retribuição no regime do contrato de trabalho: uma revisão da matéria”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 295-325.
- **LEITÃO**, Luís Manuel Teles de Menezes
 - “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2011”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. IV, Ano 71, Outubro/Dezembro 2011, pp. 1225-1285 (disponível, e consultado em 27 de Dezembro de 2016, em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/>).
 - “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. I, Ano 72, Janeiro/Março 2012, pp. 359-420 (disponível, e consultado em 27 de Dezembro de 2016, em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/>).
 - “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. IV, Ano 72, Outubro/Dezembro 2012, pp. 1483-1784 (disponível, e consultado em 27 de Dezembro de 2016, em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/>).

– LEITE, Jorge, “As disposições da lei do Orçamento Geral do Estado para 2011 relativas aos trabalhadores do sector público”, *Questões Laborais*, Coimbra, Coimbra Editora, n.º 38, Ano XVIII, Julho/Dezembro 2011, pp. 261-289.

– MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2015.

– MOURA, Paulo Veiga e,

- *A Privatização da Função Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

- *Função Pública – Regime Jurídico, Direitos e Deveres dos Funcionários e Agentes*, Volume 1º, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

- “Remunerações do trabalho em funções públicas em tempos de crise”, *Trabalho em Funções Públicas em Tempos de Crise: Que Direito(s)? - Atas das I Jornadas de Direito do Emprego Público*, Braga, Sindicato dos Trabalhadores em Função Pública e Sociais do Norte, 2013, pp. 155-164.

– MOURA, Paulo Veiga e/ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1º Vol., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

– NEVES, Ana Fernanda, “O Direito da Função Pública”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. IV, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 359-556.

– NUNES, Cláudia Sofia Henriques, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

– PEREIRA, Ravi Afonso, “Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, Ano 33, 2013, pp. 317-370 (disponível, e consultado a 27 de Dezembro de 2016, em www.dialnet.unirioja.es).

Jurisprudência

– Acórdão do **Supremo Tribunal Administrativo**, de 03/03/2005, Proc. n.º 01146/04 (disponível em www.dgsi.pt).

– Acórdão do **Supremo Tribunal Administrativo**, de 23/11/2005, Proc. n.º 01191/04 (disponível em www.dgsi.pt).

– Acórdão do **Supremo Tribunal Administrativo**, de 25/01/2006, Proc. n.º 0820/05 (disponível em www.dgsi.pt).

– Acórdão do **Supremo Tribunal Administrativo**, de 10/09/2008, Proc. n.º 0366/08 (disponível em www.dgsi.pt).

- Acórdão do **Supremo Tribunal Administrativo**, de 13/11/2008, Proc. n.º 0616/08 (disponível em www.dgsi.pt).
- Acórdão do **Supremo Tribunal Administrativo**, de 06/12/2011, Proc. n.º 0252/10 (disponível em www.dgsi.pt).
- Acórdão do **Supremo Tribunal Administrativo**, de 29/01/2015, Proc. n.º 0969/14 (disponível em www.dgsi.pt).
- Acórdão do **Supremo Tribunal Administrativo**, de 03/12/2015, Proc. n.º 01027/15 (disponível em www.dgsi.pt).
- Acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça**, de 31/05/2016, Proc. n.º 1039/13 (disponível em www.dgsi.pt).
- Acórdão do **Tribunal Central Administrativo Norte**, de 14/04/2005, Proc. n.º 00170/04 (disponível em www.dgsi.pt).
- Acórdão do **Tribunal Central Administrativo Norte**, de 18/01/2007, Proc. n.º 00110/05 (disponível em www.dgsi.pt).
- Acórdão do **Tribunal Central Administrativo Norte**, de 07/12/2012, Proc. n.º 00355/11 (disponível em www.dgsi.pt).
- Acórdão do **Tribunal Central Administrativo Norte**, de 03/05/2013, Proc. n.º 00030/11 (disponível em www.dgsi.pt).
- Acórdão do **Tribunal Central Administrativo Norte**, de 06/11/2015, Proc. n.º 00241/12 (disponível em www.dgsi.pt).
- Acórdão do **Tribunal Central Administrativo Sul**, de 18/06/2009, Proc. n.º 05024/09 (disponível em www.dgsi.pt).

33. Infração disciplinar e sanção disciplinar

Vanda Coutinho

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

INFRAÇÃO DISCIPLINAR E SANÇÃO DISCIPLINAR

Vanda Coutinho

Introdução

1. A definição infração disciplinar
2. A qualificação dos factos praticados ou omitidos como infração disciplinar
3. A escolha da sanção aplicável
4. A medida da sanção
5. A produção de efeitos da sanção. Caducidade e prescrição

Conclusões

Bibliografia

Jurisprudência

Palavras-chave: LTFP, procedimento disciplinar, infração disciplinar, sanção disciplinar, medida da sanção, controlo jurisdicional.

Introdução

A matéria da infração e sanção disciplinar encontra-se regulada nos art.ºs 180.º a 193.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas¹ (LTFP – diploma de que serão todos os artigos referidos, sem menção expressa a outro diploma legal), inserida no capítulo dedicado ao exercício do poder disciplinar. Pode afirmar-se que a aplicação de sanções disciplinares aos trabalhadores é a materialização desse poder, do qual é titular o empregador público², e que assume para os titulares de cargos dirigentes, a natureza de um dever³.

O exercício do poder disciplinar pelo empregador público, quer na vertente do exercício da ação disciplinar, quer na vertente da aplicação de sanções disciplinares por consequência do primeiro, visando assegurar o regular e bom funcionamento dos serviços públicos, constitui um dos principais instrumentos do empregador público para garantir o cumprimento dos deveres e obrigações por parte dos seus trabalhadores. Sendo certo que não é o único – pensemos nas instruções de serviço e códigos de conduta, nas quais o empregador expressa o que espera do cumprimento dos deveres pelos seus trabalhadores, ou nos estímulos positivos – traduz a prática de um ato administrativo com eficácia externa e lesivo: a aplicação ao trabalhador de uma sanção disciplinar. Essa sanção será levada, não raras vezes, à apreciação dos tribunais.

Propomo-nos então, abordar o conteúdo do ato sancionatório disciplinar, quer na perspetiva da verificação da infração, quer na determinação da sanção, emanado pela Administração Pública na veste de empregador público, mas ainda Administração Pública e, portanto, sujeita aos princípios gerais da atividade administrativa.

¹ Aprovada pela Lei n.º 35/2014 de 20/06, retificada pela Retificação n.º 37-A/2014, de 19/08, e alterada pelas seguintes Leis: n.º 82-B/2014 de 31/12; n.º 84/2015, de 07/08 e n.º 18/2016, de 20/06.

² Cfr. art.º 76.º da LTFP.

³ Cfr. art.º 188.º, n.º 1, al. a), da LTFP.

1. Definição de infração disciplinar

Sabendo que o bem jurídico protegido pelo direito administrativo disciplinar é o interesse do serviço⁴ em que se insere o trabalhador infrator, há que retirar como consequência que é à luz dos interesses do empregador público, reportados necessariamente à prossecução do interesse público, que cumpre aferir, quer a qualificação dos factos como infrações disciplinares, quer as sanções a aplicar àquela infração em concreto e a sua medida.

O art.º 183.º da LTFP define infração disciplinar como «o comportamento do trabalhador, por ação ou omissão, ainda que meramente culposo, que viole deveres gerais ou especiais inerentes à função que exerce». Esta definição corresponde, em traços gerais, aquela que se retira da jurisprudência, a qual sempre identificou como elementos essenciais da infração disciplinar: o facto [ação ou omissão], a ilicitude da conduta e a culpa do agente⁵.

Tal conceito, legal ou jurisprudencial, parte da verificação do incumprimento pelo trabalhador de um dever funcional geral ou de um dever específico, qualquer deles associado às concretas tarefas e funções desempenhadas, ou que deveria desempenhar.

Deste modo, constitui pressuposto essencial de qualquer infração disciplinar, a demonstração da existência de violação de um qualquer dever geral ou especial decorrente da função exercida pelo trabalhador, a ponto de que só serão disciplinarmente relevantes os factos que possam ser objeto de um juízo de ilicitude por referência à norma ou princípio jurídico que imponha àquele trabalhador um dever funcional geral ou especial.

Como tal, é o dever violado que individualiza a infração disciplinar, ou por outras palavras, é a violação a esses deveres que constitui infração disciplinar.

Todavia, não é qualquer violação a esses deveres que virá a constituir uma infração disciplinar e/ou determinante da aplicação efetiva de uma sanção disciplinar. Acresce que atualmente na Administração Pública, os trabalhadores são avaliados qualitativa e quantitativamente por um sistema integrado de gestão e avaliação do desempenho (SIADAP), regulado em diploma autónomo à LTFP, o qual não se confunde com a sujeição e exercício do poder disciplinar, mesmo face ao disposto no art.º 232.º⁶.

⁴ Entre outros, Acórdão do STA, de 16/01/2003, no processo 0604/02.

⁵ Entre outros, Acórdão do STA, de 13/07/2016, no processo 0516/14, pontos LXX e LXXI.

⁶ Que dispõe: «1 - Quando um trabalhador com vínculo de emprego público tenha obtido duas avaliações do desempenho negativas consecutivas, o dirigente máximo do órgão ou serviço instaura, obrigatória e imediatamente, processo de averiguações. 2 - O disposto no número anterior não é aplicável ao titular de cargos dirigente ou equiparado. 3 - O processo de averiguações destina-se a apurar se o desempenho que justificou aquelas avaliações constitui infração disciplinar imputável ao trabalhador avaliado por violação culposa de deveres funcionais, designadamente do dever de zelo. 4 - É causa de exclusão da culpabilidade da violação dos deveres funcionais a não frequência de formação, ou a frequência de formação inadequada, aquando da primeira avaliação negativa do trabalhador. 5 - O procedimento de averiguações prescreve decorridos três meses, contados da data em que foi instaurado quando, nesse prazo, não tenha tido lugar a receção do relatório final pela entidade competente. 6 - Quando, no processo de averiguações, sejam detetados indícios de violação de outros deveres funcionais por parte de quaisquer intervenientes nos processos de avaliação do desempenho, o instrutor participas ao dirigente máximo do órgão ou serviço, para efeitos de eventual instauração do correspondente procedimento de inquérito ou disciplinar.»

Os deveres gerais dos trabalhadores em funções públicas encontram-se atualmente previstos no art.º 73.º. Sendo eles o de prossecução do interesse público, de isenção, de imparcialidade, de informação, de zelo, de obediência⁷, de lealdade, de correção, de assiduidade e pontualidade. No art.º 264.º está ainda previsto o dever de frequentar ações de formação e aperfeiçoamento profissional na atividade em que exerce funções. Estes deveres prendem-se com a prestação do trabalho, a organização em que o trabalhador se insere e com as relações que necessariamente estabelece, com os superiores hierárquicos, com os seus pares e com o público, destinatário do serviço que integra.

A estes deveres gerais, a que acrescem os previstos no art.º 128.º do Código do Trabalho, por remissão do art. 4.º da LTFP e que, enquanto tal, obrigam todos os trabalhadores com vínculo de emprego público, podem crescer deveres especiais, aplicáveis a determinados grupos de trabalhadores, em razão da especificidade das suas funções, como por exemplo a carreira docente ou militar, entre outras.

Tais deveres especiais constam de outros diplomas legais e regulamentos estatutários ou de acordos coletivos de trabalho – cfr. n.º 1 do art.º 73.º⁸, relativamente aos quais a LTFP pode ser de aplicação subsidiária, se assim o preverem.

A densificação legal ou jurisprudencial⁹ destes deveres, por exemplo, nos n.ºs 3 a 12 do art.º 73.º, não tem por única função delimitá-los para efeitos de definição de infrações disciplinares, pelo que, como regra geral, a infração disciplinar é atípica.

Só em certos casos a lei define expressamente as condições da existência de uma infração disciplinar, criando assim um tipo. É o caso dos números 5 dos artigos 22.º e 24.º ou do n.º 3 do art.º 297.º da LTFP. Mas mesmo nos casos em que as normas legais especificam factos ou comportamentos, como nas alíneas dos artigos 185.º e 186.º, a propósito das sanções de multa e de suspensão, essa especificação não só não é taxativa, como recorre muitas vezes a conceitos vagos e indeterminados, servindo apenas de parâmetro para a entidade que for competente, qualificar os factos cometidos como infração disciplinar.

Sobre a utilização de conceitos vagos e indeterminados na definição dos deveres cuja infração pode conduzir a uma sanção disciplinar, pronunciou-se já o Tribunal Constitucional (TC) no seu Acórdão n.º 229/2012, datado de 02/05/2012, no processo 82/10.

Como ali se refere, a propósito do regulamento disciplinar da GNR, a lei utiliza a técnica legislativa dos "exemplos-padrão", habitual no direito disciplinar e que consiste na cumulação dum conceito aberto com uma série de exemplos que o concretizam e, dessa forma,

⁷ Sobre este dever, ainda que a propósito da exclusão da responsabilidade do trabalhador, também o art.º 177.º da LTFP.

⁸ A título de exemplo: o Estatuto dos Magistrados Judiciais, Lei n.º 21/85, 30/6; o Estatuto dos Magistrados do Ministério Público, Lei n.º 47/86, 15/10; o Estatuto do Pessoal da PSP, Decreto-lei n.º 299/2009, 14/10; o Estatuto dos Militares da GNR, Decreto-lei n.º 265/93, 31/7; o Estatuto dos Guardas Prisionais, Decreto-lei n.º 3/2014, de 3/1.

⁹ A título meramente exemplificativo: o Acórdão do STA de 03/12/2015, no processo n.º 1888/13; o Acórdão do STA de 25/09/2008, no processo n.º 451/08; o Acórdão do STA de 25/06/2009, no processo n.º 550/09.

delimitam. Citando Taipa de CARVALHO (*Direito Penal*, 2.ª ed., 2008, p. 147), "Diferentemente do direito penal, e até do direito de ordenação social, o direito disciplinar utiliza, na definição das infrações disciplinares, a técnica da *cláusula geral com enumeração exemplificativa*, exceto no caso da menos grave das infrações disciplinares em que há apenas a cláusula geral", conclui o TC que «Esta é, portanto, a técnica característica do direito disciplinar.».

Poderá censurar-se a técnica de definição das infrações através do incumprimento de "deveres" em vez da indicação de "factos", mas conclui o TC que é a primeira que «permite maior amplitude na apreciação dos factos (que podem revelar-se mais ou menos complexos) em vista das exigências de adequação material da sanção disciplinar.».

E ainda que «Não se pode afirmar que as exigências de tipicidade valham no domínio disciplinar com o mesmo rigor que no direito criminal. Aliás nem sequer existe no artigo 29.º da Constituição, que se refere às garantias substantivas do direito criminal, um preceito semelhante àquele que existe no artigo 32.º a respeito das garantias processuais, alargando-as, com as necessárias adaptações, a todos os outros processos sancionatórios (artigo 32.º, n.º 10). Ainda assim, deve entender-se que, pelo menos no que respeita às infrações mais graves, devem evitar-se conceitos demasiado vagos na definição de tais infrações.».

A propósito do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9/09, revogado pela LTFP, conclui o TC que este «fixa uma ligação clara entre as infrações e as penas ou, pelo menos, entre as penas mais graves e os respetivos pressupostos. Delimita, pois, os *pressupostos específicos de cada um* dos tipos de penas mais graves (artigos 16.º a 19.º).».

Ora, estes preceitos correspondem atualmente aos artigos 185.º a 188.º da LTFP, pelo que, podemos concluir que a técnica da *cláusula geral com enumeração exemplificativa*, sendo a que melhor respeita as exigências de justiça concreta e adequação material, foi também utilizada na LTFP.

Não podemos, no entanto, deixar de dar nota do teor do art.º 297.º com a epígrafe "Fundamento de despedimento ou demissão por motivo disciplinar". Por se tratar da sanção mais grave, constatamos que os fundamentos da sua aplicação são relativamente precisos, tipificando exemplos concretos da infração a que se aplica tal sanção.

Acompanhamos assim a conclusão de Paulo Veiga Moura¹⁰ «A infração disciplinar assume-se, porém, como uma infração atípica, sendo esta justamente uma das características que a distinguem do ilícito criminal. (...) Significa isto que a infração disciplinar decorre mais da violação de um dever e menos da adoção de uma conduta descrita na lei (descrição essa que pode nem sequer ser efetuada), pelo que a lei enumera os deveres que impendem em geral ou particular sobre o trabalhador público e considera ilícito o comportamento que atente contra

¹⁰ In *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública Anotado*, Coimbra 2009, pp. 33), *apud* Acórdão do TC, n.º 229/2012, datado de 02/05/2012, processo 82/10.

tais deveres, mesmo que a conduta adotada não esteja descrita na previsão de qualquer preceito.».

Corolário de o grau de formalização legal constitucionalmente exigido ao direito disciplinar ser menor do que aquele que é requerido ao direito criminal, é a relevância geral da omissão e da negligência, para a prática de infrações disciplinares.

Assim, ainda que a lei preveja a omissão e a negligência a propósito da medida das sanções (art.º 189.º da LTFP), consideramos que logo na fase de formulação do juízo de ilicitude sobre o comportamento do trabalhador e a violação do dever funcional, há que considerar não só o conteúdo desses deveres, no modo como estão densificados na lei e na jurisprudência, mas também as características do serviço “atingido”, as características subjetivas do trabalhador e as circunstâncias em que foram praticados os factos imputados ao trabalhador.

Referimo-nos, no fundo, às circunstâncias atenuantes especiais ou agravantes especiais da infração detetada, previstas no art.º 191.º da LTFP.

Tal ponderação será ainda feita posteriormente a propósito da responsabilidade disciplinar daquele trabalhador em concreto, por se encontrarem legalmente previstas no art.º 190.º da LTFP, circunstâncias dirimentes dessa responsabilidade.

Por conseguinte, não podem ser indiferentes à qualificação jurídica dos factos como infração disciplinar e portanto à intensidade da violação do dever legal, o cargo, a categoria, tempo de experiência profissional ou a formação específica do trabalhador. Pense-se a título de exemplo, num jurista de formação e que desempenhe funções jurídicas e num engenheiro informático que desempenhe funções de informático. Apesar de ambos estarem sujeitos ao mesmo dever de zelo, e portanto, o poderem violar por condutas próprias, será mais patente e grave a violação do dever de zelo, por desconhecimento das normas legais pelo primeiro do que pelo segundo.

Podemos assim concluir que a verificação ou não da infração disciplinar depende desde logo, também, do grau de responsabilidade (e culpa) do trabalhador.

Perante o modo como os deveres dos trabalhadores estão descritos na lei e a necessária ponderação *ab initio* da responsabilidade do trabalhador, encontram-se nesta matéria significativos traços de discricionariedade administrativa. Contudo, antecipando a conclusão de que também neste domínio, a discricionariedade não é arbitrária, importa identificar, pelo menos, os princípios orientadores da “escolha” da Administração, na veste de empregador público, nos seguintes momentos:

- i) Na qualificação dos factos como infração disciplinar;
- ii) Na escolha da sanção aplicável; e
- iii) Na medida da sanção.

2. A qualificação dos factos (praticados ou omitidos) como infração disciplinar

Os factos suscetíveis de constituírem uma infração disciplinar são os que consubstanciam um comportamento do trabalhador contrário àquele que o cumprimento do dever pelo trabalhador impunha. Isto é, o trabalhador agiu de maneira diferente da que devia ou não agiu como devia ter agido. Em suma, tem que existir uma conduta, um comportamento externo – por ação ou omissão – que chegue ao conhecimento de um superior hierárquico.

A notícia de uma infração disciplinar, ou melhor, dos factos que a possam consubstanciar, e o seu conhecimento por um superior hierárquico, pode ter lugar pela conclusão de um processo de inquérito – art.º 229.º que se aproveite para processo¹¹ disciplinar – art.º 231.º n.º 3 e 4; de um processo de averiguações – art.º 232.º, n.º 4; ou de uma participação – art.º 206.º, todos da LTFP.

Conhecidos factos suscetíveis de configurar infração disciplinar, decidida na fase liminar prevista no art.º 207.º, a instauração de processo disciplinar, só poderá ter como finalidade última (e única) indagar sobre a ocorrência de factos suscetíveis de configurar infração disciplinar, mas sobretudo, sobre o seu circunstancialismo, quer subjetivamente em relação ao trabalhador a quem são imputados os factos, quer às circunstâncias objetivas e subjetivas em que tais factos ocorrem.

Só um procedimento disciplinar justo e imparcial pode cumprir as finalidades do poder disciplinar que a lei confere ao empregador público. Sempre que a decisão de sancionar um trabalhador esteja tomada previamente à instauração do processo disciplinar, este não será justo, pelo que não poderá cumprir qualquer das finalidades sancionatórias. Esta observação permite-nos olhar com reservas para a solução legal vertida no art.º 211.º, a propósito da suspensão preventiva do trabalhador, durante o processo disciplinar. Esta suspensão preventiva e, portanto, sem perda de remuneração, até ao prazo de 90 dias, só pode ter lugar no caso de a infração – que note-se está a ser apurada porque está a decorrer o procedimento disciplinar – for punível com sanção disciplinar de suspensão ou superior (o despedimento ou demissão). Afigura-se neste caso, que antes de concluir pela prática da infração, já se tem que conhecer a sanção a aplicar, o que pode comprometer a imparcialidade e isenção do próprio procedimento disciplinar. Pense-se que a participação pode invocar factos muito graves que a verificarem-se determinam a aplicação de sanção de suspensão ou despedimento, mas afinal, os factos que se vieram a provar determinam apenas uma sanção inferior, ou nem dão lugar a qualquer infração disciplinar. Em qualquer dos casos, nessa investigação e apuramento, a presença do trabalhador no serviço, poderá não ser conveniente.

Não cabe no objeto do presente trabalho, visitar sequer as fases do processo disciplinar, regulado nos artigos 205º a 228º. Contudo, há que referir que, até por determinação legal, nos art. 212º e 218º, nº 9; a sua instrução, através das diligências ali previstas, visa esclarecer a verdade. Neste sentido, fica salvaguardada, a possibilidade de o instrutor, finda a fase de

¹¹ Esta é a designação legal. Contudo, damos nota da nossa preferência pela designação de procedimento. Embora em matéria sancionatória, é de procedimento administrativo que se trata, pois é a Administração, sujeita ao CPA, enquanto tal, que o realiza.

instrução (art. 213º), ou já no relatório final, após a defesa do trabalhador (art. 219º, nº 1) propor o arquivamento do processo.

Assim, de um modo geral temos que a lei permite que no processo disciplinar se realizem todas as diligências convenientes e necessárias à descoberta da verdade, aqui em expressa remissão para os princípios gerais do processo penal – art. 201º, nº 2.

Neste sentido, e à semelhança do que sucede no processo penal, no processo disciplinar, o ónus da prova dos factos constitutivos da infração pertence, em última linha, ao titular do poder disciplinar: o empregador público; embora numa fase instrutória, ao instrutor designado, nos termos do art.º 208º.

De qualquer forma, não é o trabalhador que tem de provar que é inocente da acusação que lhe é imputada. Nesse sentido, um *non liquet* em matéria de prova terá de ser resolvido em favor do trabalhador, por efeito da aplicação dos princípios da presunção de inocência do arguido e do *in dubio pro reo*¹², característicos do direito penal, mas que nada impede que sejam aplicados, logo numa fase administrativa e portanto no curso do processo disciplinar.

A acusação (art.º 213.º, n.º 3) deve assentar em provas que permitam um juízo de certeza, uma convicção segura que esteja para além de toda a dúvida razoável, de que o trabalhador praticou os factos que lhe são imputados¹³ e que os mesmos consubstanciam uma infração disciplinar.

A prova da prática da infração que é exigida e que tem que necessariamente constar do processo disciplinar, deve ser conclusiva e inequívoca no sentido de que o sancionado é o autor responsável, não podendo impor-se (ou subsistir) uma sanção com base em simples indícios, presunções ou conjeturas subjetivas.¹⁴

Ainda que o Pleno do STA tenha uniformizado jurisprudência¹⁵ no sentido de que «O recurso contencioso não constitui uma renovação ou revisão do processo disciplinar, pelo que é pela prova neste produzida que deverá conhecer-se da sua regularidade, da prática das faltas imputadas ao arguido e da qualificação jurídica das apuradas»;

Na fixação dos factos que funcionam como pressupostos da infração e subsequente aplicação das sanções disciplinares, a Administração não detém um poder insindicável em sede contenciosa. Nada obsta a que o Tribunal sobreponha o seu juízo de avaliação àquele que foi adotado pela Administração, mormente por reputar existir uma situação de insuficiência probatória¹⁶. O que não pode é fazer um controle direto dessa prova, seja por iniciativa do trabalhador enquanto autor, seja por iniciativa da Administração, enquanto entidade

¹² Cfr. Acórdão do STA de 13/07/2016, no processo 0516/14, ponto LXXV.

¹³ cfr. entre outros, Acórdãos do STA de 07/10/2004, no processo 0148/03, e de 15/03/2012, no processo 0426/10.

¹⁴ Cfr. Acórdão do STA de 13/07/2016, no processo 0516/14, ponto LXXVII.

¹⁵ Acórdão de 19/01/2006, no processo n.º 733/04.

¹⁶ cfr., entre outros, os Acórdãos do STA de 24/01/2002, no processo n.º 48147; de 07/10/2004, no processo n.º 148/03; de 07/06/2005, no processo n.º 374/05; de 14/04/2010, no processo n.º 803/09; de 28/06./2011, no processo n.º 900/10.

demandada, apresentando novos factos que configurem infração disciplinar ou contendam com a sanção aplicada.

A prova dos factos integrantes da infração disciplinar tem de atingir um grau de certeza que permita desferir um juízo de censura baseado em provas convincentes para um apreciador arguto e experiente, pois é a única forma de garantir a segurança e certeza jurídicas na aplicação do direito sancionatório.¹⁷ Sempre que essa segurança não se encontre evidenciada pela prova coligida no processo disciplinar, por não legitimar uma convicção segura da materialidade dos factos imputados ao trabalhador, para além de toda a dúvida razoável, cumpre ao Tribunal anular a decisão sancionatória, por erro nos pressupostos de facto.

Por conseguinte, conclui ainda o STA¹⁸ que não podem considerar-se como provados os factos integradores da infração em que se funda a aplicação da pena disciplinar apenas porque o trabalhador não contestou a participação.

O trabalhador pode não aceitar a factualidade nem confessar os factos que lhe são imputados, conclusão que se deve retirar apenas de uma leitura integrada e devidamente articulada de toda a defesa apresentada¹⁹. Mas também pode reconhecer e aceitar os factos que lhe são imputados e pretender ver reapreciada a qualificação jurídica dos mesmos, designadamente se substanciam aquela infração disciplinar que lhe é imputada, suscetível de determinar aquela sanção que lhe vê aplicada.

Independentemente da atitude do trabalhador, durante o processo disciplinar ou em fase de reação contenciosa, o que se exige é que os factos enquadráveis como infração disciplinar resultem da prova efetuada no processo disciplinar. Mais se entende que «A consequência da nulidade insuprível por omissão de diligências de prova que se impunham é a anulabilidade do ato.»²⁰

Por outro lado, e segundo o Pleno do STA, no seu acórdão de 23.01.2013, no processo n.º 772/10: “quem averigua da responsabilidade disciplinar de um arguido por via de certos factos deve esgotar todas as consequências sancionatórias que desses factos derivem; porque, se o não fizer, não poderá a perspectiva omitida ser recuperada num outro processo - seja «a se», seja em conjunto com a parte já antes tida em conta - por isso traduzir um segundo juízo punitivo sobre os mesmos factos”. Note-se que embora não se possa punir disciplinarmente o mesmo facto mais do que uma vez, por aplicação no direito disciplinar, do princípio *ne bis in idem*²¹, a condenação anterior tem de ser tida em conta na apreciação da conduta do trabalhador em sede de nova infração, mesmo para além dos casos de reincidência, como está prevista no n.º 3 do art.º 191º.

Em conclusão, o que está ainda vedado ao Tribunal, por força do princípio da Separação de Poderes e do disposto no art.º 3.º do CPTA, mesmo num contencioso que se reclama de plena

¹⁷ cfr. Acórdão do STA de 07/06/2005, no processo n.º 374/05.

¹⁸ Acórdão de 14/01/2016, no processo n.º 1546/14.

¹⁹ Cfr. art.º 215.º a 218.º e 224.º a 227.º, todos da LTFP.

²⁰ In Acórdão do STA de 14/01/2016, no processo n.º 1546/14.

²¹ Entre outros, Acórdão do STA de 13/07/2016, no processo n.º 516/14.

jurisdição, é substituir-se à Administração, qualificando os factos noutra infração, ou aplicar outra sanção.²²

3. A escolha da sanção aplicável

Verificada uma infração disciplinar, assim qualificada por lei ou por conclusão do processo disciplinar que reúna prova dos factos que a consubstanciam, há que aplicar uma sanção disciplinar, a qual porque não deixa de ter uma natureza condenatória, é competência indelegável do superior hierárquico, no caso da repreensão escrita ou do dirigente máximo do serviço – cfr. art.º 197º.

A aplicação de uma sanção disciplinar pressupõe sempre, como já referimos, a censurabilidade da conduta do trabalhador que está na base da sua aplicação, configurando-se a sanção, como uma reação à violação do direito, à prática de um ato (por ação ou omissão) ilícito e censurável. Não obstante, o elenco taxativo das sanções disciplinares aplicáveis às infrações cometidas pelos trabalhadores em funções públicas no art.180º anteceder a definição legal de infração disciplinar, prevista no art. 183º.

Por força do princípio da tipicidade das penas, previsto para a lei penal no art. 29º da Constituição, e embora a LTPF as designe de sanções; só estas sanções²³, previstas no art.180º, podem ser aplicadas perante a constatação de uma infração disciplinar. O órgão titular do poder sancionatório pode escolher, ainda que por proposta do instrutor do processo, aplicar qualquer uma delas, mas só pode escolher uma delas, por infração disciplinar, ainda que no processo se identifiquem mais do que uma infração, ou que a mesma conduta, viole mais do que um dever funcional – cfr. n.º 3 do art.º 180.º.²⁴

No elenco das sanções disciplinares possíveis de serem aplicadas aos trabalhadores (art.º 180.º), facilmente se identifica uma escala crescente da gravidade no modo como essas sanções vão atingir a esfera jurídica e pessoal do trabalhador. Podemos afirmar que visam corresponder à gravidade da infração cometida, e ao modo como esta atingiu a esfera jurídica do empregador. Assim, quanto maior e mais grave for a infração, mais sancionada, deve ser a conduta do trabalhador, condenando-o numa sanção mais grave.

As sanções disciplinares legalmente previstas são de natureza corretiva ou expulsiva.

Têm uma natureza corretiva, a repreensão escrita, a multa e a suspensão, na medida em que a sua aplicação visa estimular o trabalhador a melhor cumprir os seus deveres ou a ter mais cuidado no seu cumprimento futuro.

A repreensão escrita não deixa de ser uma sanção moral, por ser o “mero reparo pela irregularidade praticada” – art.º 181.º, n.º 1; a multa trata-se de uma sanção pecuniária – art.º

²² Entre outros, Acórdão do STA de 14/10/2003, no processo n.º 586/03.

²³ Como se refere no Acórdão do Pleno do STA de 07/07/2016, no processo n.º 1678/13.

²⁴ Como exemplo prático, o caso do Acórdão do TCAS de 05/12/2013, no processo n.º 7793/11.

181.º, n.º 2; e a suspensão, é iminentemente uma sanção profissional, por ter como efeito não só o não exercício de funções durante determinados dias, mas também a perda das remunerações correspondentes e a perda desses dias na contagem do tempo de serviço para antiguidade – art.º 182.º, n.º 2.

Embora os efeitos das sanções enunciados no art.º 182.º, se reconduzam numa primeira linha, à esfera do trabalhador, pois é este que vê registada a sanção no seu processo individual – cfr. n.º 4 do art.º 180.º; paga a multa ou não exerce funções nem auferir remuneração durante os dias da suspensão – cfr. n.º 2 do art.º 182.º; entendemos que a aplicação das sanções não é inócua do ponto de vista do empregador. Para além do mais, este tem a seu cargo o dever legal de aplicar a sanção que no seu tipo e medida, melhor alcance os fins do poder disciplinar.

As sanções expulsivas abrangem hoje, apenas a sanção de despedimento disciplinar ou demissão. A primeira, para os trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas; e a segunda, para os trabalhadores nomeados – cfr. art.º 181.º, n.º 5 e 6. Mas é apenas uma questão de designação, pois ambas têm o mesmo efeito: a cessão do vínculo de emprego público – cfr. art.º 297.º, afastando o trabalhador cuja presença no serviço se tornou incompatível com os interesses, dignidade e prestígio desse serviço. Sendo a mais grave das sanções previstas na lei, precisamente pelo efeito que tem, os pressupostos da sua aplicação, estão ali bastante tipificados. De tal forma que estas sanções só podem ser aplicáveis aos casos em que pela prática dos factos que constituem a infração, nomeadamente os elencados no art.º 297.º, fique inviabilizada a manutenção da relação jurídica de emprego público – cfr. art.º 187.º²⁵, a qual por natureza, é baseada numa relação de competência, confiança e lealdade recíprocas.

Encontramos ainda uma sanção que podemos qualificar de mista ou intermédia. Aquela que se prende com a cessação da comissão de serviço, prevista no n.º 2, do art.º 180.º, n.º 7, do art.º 181.º, n.º 5, do art.º 182.º e 188.º. Embora consistindo na “cessação compulsiva do exercício de cargo dirigente ou equiparado”, não faz cessar o vínculo de emprego público. Logo, o empregador apenas perde um dirigente, mas que afinal se revelou inabilitado para essas funções, por ter violado algum dos deveres específicos dessa função, designadamente, os previstos no n.º 1 do art.º 188.º.

Por entendermos que é reciprocamente gravosa a aplicação de uma sanção disciplinar a um trabalhador, na escolha da sanção aplicável assumem especial relevo as finalidades do poder disciplinar, apesar de a LTFP fazer-lhe apenas menção sem qualquer densificação, no seu art.º 192.º e a propósito da suspensão da execução da sanção.

Por um lado temos a censura do Direito à conduta do trabalhador e a necessidade de uma melhor organização e moralização do serviço que foi atingido por aquela conduta ilícita do trabalhador. Mas por outro lado, é a qualidade e mérito desse serviço e das funções do Estado que o mesmo realiza, que deve ser visada com a sanção do trabalhador. Mesmo que se entenda que as ações ou omissões indevidas são punidas independentemente de terem

²⁵ Entre outros, e a título de exemplo, o Acórdão do STA de 25/02/2016, no processo n.º 212/15.

produzido algum resultado, e apenas pelo perigo que em si mesma representam. Segundo este entendimento, a produção de resultados pela prática da infração é agravante da responsabilidade do trabalhador. O qual de resto, veio a ter consagração legal. Vejam-se as alienas a) e b) do art.º 185.º, a propósito da sanção de multa; e as al. a) e b) do n.º 1 do art.º 191.º, quanto às circunstâncias agravantes da responsabilidade disciplinar. Nestes casos, há ainda que provar, por parte da entidade disciplinar, o nexo de causalidade entre o resultado prejudicial e a conduta ilícita do trabalhador.

Assim, há que admitir, em teoria, que existem casos em que uma sanção menos grave ou suspensão na sua execução, pode até alcançar melhor estas finalidades, designadamente recolocar o trabalhador numa situação de cumprimento.

Neste sentido, ainda que a propósito da culpa do trabalhador, prevê o n.º 3 do art.º 190.º que a sanção disciplinar pode ser atenuada, aplicando-se sanção disciplinar inferior.

A repreensão escrita, aplicável a infrações leves – art.º 184.º, põe em causa a honra do trabalhador. É uma sanção que qualificamos já como moral. Não traz qualquer dispêndio financeiro ao trabalhador, e portanto, é a sua honra que poderá ficar abalada. Mais, pode ser aplicada por qualquer superior hierárquico, e não depende de processo disciplinar.

Mas mesmo estas infrações legalmente qualificadas como leves, da perspetiva do trabalhador (o que até seria discutível), terão que ser suficientemente graves, da perspetiva do serviço, de modo a justificar a aplicação de uma sanção disciplinar. Ou seja, a eficiência e eficácia do serviço em que se integra o trabalhador infrator, tem que reclamar a aplicação daquela sanção, designadamente, compelindo o trabalhador a não voltar a cometer a mesma infração, até por uma questão de reabilitação nos termos do art.º 240.º ou servir de exemplo para os demais trabalhadores.

Considerando as finalidades do poder disciplinar, há que reconhecer que é o empregador quem reúne uma série de melhores condições para escolher a sanção a aplicar, a qual tem que alcançar da melhor forma essas finalidades.

Em tese, é para estas situações que a lei confere a discricionariedade administrativa: quando é a Administração que está em melhores condições sejam elas técnicas ou fácticas, para decidir, encontrando com essa decisão o critério de Justiça que só ela pode obter.²⁶

Assim, salvo os casos de manifesta ilegalidade, o erro grosseiro de alguma jurisprudência, hoje absorvido pela aferição do cumprimento dos princípios da atividade administrativa, os tribunais não podem alterar a sanção aplicada²⁷ ou como veremos, pelas mesmas razões, a medida da sanção.

²⁶ Entre outros, Acórdão do STA de 29/03/2007, no processo n.º 412/05.

²⁷ Entre outros, Acórdão do STA de 14/10/2003, no processo n.º 586/03.

4. A medida da sanção

A decisão de aplicação de uma sanção disciplinar pressupõe ainda a quantificação da sanção, quando a prossecução do interesse público, através do juízo de ilicitude daqueles factos, determinou a aplicação de uma sanção de multa ou de suspensão.

Esta quantificação é ainda mais discricionária que a escolha da sanção em si, na medida em que da lei constam apenas os limites máximos, no caso da multa, e mínimos e máximos no caso da suspensão – cfr. art.º 181.º, n.º 3 e 4.

A medida da sanção prende-se necessariamente com o grau de culpa do trabalhador. Esta apenas tem lugar, quando o trabalhador seja imputável, tenha agido com dolo ou negligência e não existam causas de exclusão da culpa. Assim, o trabalhador tem culpa quando, estando consciente e livre, deixe de cumprir o seu dever funcional por distração, leviandade ou falta de conhecimento das normas legais e/ou instruções de serviço.

Já a intenção, pressupõe que a conduta tenha sido adotada no desígnio de produzir determinado resultado, em si mesmo, ilegal ou danoso. Se esta intenção existir 24 horas antes do comportamento, a lei qualifica-a de premeditação - cfr. n.º 2, do art.º 191.º.

Para sancionar disciplinarmente um trabalhador é suficiente a mera culpa – cfr. art.º 183.º; tanto que a intenção surge prevista na lei como circunstância agravante especial da responsabilidade disciplinar – art.º 191.º, n.º 1, al. a).

Para além do juízo objetivo de culpa para a qualificação da infração, a medida da sanção depende ainda do grau de responsabilidade do agente. A apreciação desta, por sua vez, pertence também aos titulares do poder disciplinar, que a devem avaliar de acordo com os conhecimentos da personalidade do infrator e das circunstâncias em que agiu, bem como as relativas ao funcionamento do serviço em causa.

As circunstâncias dirimentes da responsabilidade disciplinar, previstas no n.º 1 do art.º 190.º, são portanto, relevantes na determinação concreta da sanção.

Consistindo a consideração dessas circunstâncias uma verdadeira ponderação da Administração, sobretudo quando chegamos à “não exigibilidade de conduta diversa”, os critérios que a devem nortear são essencialmente de proporcionalidade, sobretudo na vertente da necessidade, e da adequação, mas sobretudo de igualdade.

Deste modo, quanto ao erro na quantificação da sanção disciplinar, facilmente constatamos que os poderes do Tribunal se encontram significativamente restringidos.²⁸ Excluindo as situações de erro grosseiro ou manifesta ilegalidade – que enquanto tal deveriam sempre ser detetadas e corrigidas pela própria Administração; ou por exemplo, quando exceda os limites máximos legalmente previstos, não existe qualquer fundamento para que o Tribunal possa

²⁸ Entre outros, vide Acórdão do STA de 15/09/2016, no processo n.º 356/15.

fixar a multa em 4 remunerações diárias em vez das 5 fixadas pela Administração (sendo que o máximo são 6 por cada infração); ou 30 dias de suspensão em vez dos 40 fixados pela Administração.

Retomemos o exemplo do jurista e do engenheiro informático. Ambos podem violar o dever de zelo por condutas próprias e autónomas. À violação do dever de zelo corresponde a pena de multa. Cabe ao decisor, sancionar de modo mais grave o primeiro, por exemplo através de uma multa de valor mais elevado, observando desta forma o princípio da igualdade.

5. A produção de efeitos da sanção. Caducidade e prescrição

Quanto à aplicação efetiva da sanção, cumpre referir as normas relativas ao início da produção de efeitos das sanções.

Efeitos estes a que já nos referimos e constam do n.º 4 do art.º 180.º: as sanções são registadas no processo individual do trabalhador; bem como do art.º 182.º, quanto à suspensão e despedimento.

Como regra geral e por força do disposto no art.º 223.º, temos que as sanções disciplinares produzem efeitos no dia seguinte ao da notificação do trabalhador, ou quando esta não seja possível, 15 dias após a publicação de aviso no Diário da República. Contudo, o recurso hierárquico ou tutelar previsto nos art.º 224.º e ss. suspende estes efeitos, numa clara expressão do princípio do *in dubio pro reo*. Note-se que este princípio sofre derrogações, nos casos previstos no n.º 4 do art.º 225.º. Assim, este efeito suspensivo não se verifica quando o autor do ato ou o membro do Governo que apreciar o recurso hierárquico, considerem que a não execução imediata da sanção, causa grave prejuízo ao interesse público. Uma vez que as únicas sanções que aqui nos parecem contempladas são a suspensão disciplinar e o despedimento, afigura-se possível, desde que fundamentadamente demonstrado no caso concreto, que a prossecução do interesse público deva prevalecer sobre o princípio do *in dubio pro reo*.

No caso da ação judicial, não prevendo o CPTA qualquer efeito suspensivo automático, e o contrário resultar do n.º 2 do seu art.º 50.º, só através do recurso a uma tutela cautelar, poderá o trabalhador obter esse efeito suspensivo, sem prejuízo de também neste domínio a Administração poder invocar que essa suspensão seria gravemente prejudicial para o interesse público – art.º 128.º do CPTA.

Sem prejuízo da caducidade do direito de aplicar a sanção disciplinar, por inobservância dos prazos para decisão no processo disciplinar, previstos no art.º 220.º n.º 6; as sanções disciplinares podem prescrever nos prazos previstos no art.º 193.º, que se contam a partir da data em que a decisão condenatória se tornou inimpugnável, quer administrativa, quer judicialmente.

Conclusões

A existência e o exercício do poder disciplinar visam em última análise, a plena realização dos fins que justificam a existência dos serviços públicos, pelo que é imprescindível à coesão e eficiência dos mesmos.

Neste sentido, só constitui infração disciplinar, a conduta de um trabalhador que possa afetar as suas relações com a entidade empregadora, resultante do vínculo particular que os liga.

Como tal, o exercício do poder disciplinar tem que observar uma série de ponderações: na determinação da infração disciplinar – sendo que a fixação de factos e respetiva prova não é discricionária; na necessidade de punir o trabalhador através de uma sanção disciplinar; efetiva e em que medida.

A proximidade do direito disciplinar com o direito penal, não desapareceu por a LTFP ter alterado as designações de “arguido” para “trabalhador”, ou de “pena” para “sanção”. Pelo que a par dos princípios gerais da atividade administrativa, também os princípios do direito penal como sejam, o princípio da presunção de inocência do arguido, o princípio do *in dubio pro reo* ou o princípio do *ne bis in idem*, balizam e limitam a atividade da Administração, enquanto empregador público, no exercício do poder disciplinar.

Sabendo que a razão de ser da Administração Pública e por conseguinte qualquer atividade por ela empreendida, é sempre reconduzível à prossecução do interesse público, através de cada uma das tarefas do Estado, é este o primeiro e último limite, também do poder disciplinar.

Bibliografia

- CAETANO, Marcelo, *Manual de Direito Administrativo*, 9ª Edição, Coimbra Editora, 1972
- E-Book do CEJ - “Curso de Especialização Temas de Direito Administrativo”, 2013 “http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/TemasDireitoAdmin/Curso_Especializacao_Temas_Direito_Administrativo.pdf - Intervenções de Ana Fernanda Neves, Ana Celeste Carvalho e Carlos Cadilha
- Pires, Miguel Lucas, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, Anotada e Comentada, Almedina, 2014

Jurisprudência Constitucional

Acórdão do TC n.º 229/2012, datado de 02/05/2012, processo n.º 82/10

Jurisprudência Administrativa

Acórdão do Pleno do STA de 19/01/2006, no processo n.º 733/04

Acórdão do Pleno do STA de 07/07/2016, no processo n.º 1678/13

Acórdão do STA de 24/01/2002, no processo n.º 48147

Acórdão do STA de 16/01/2003, no processo n.º 604/02

Acórdão do STA de 14/10/2003 no processo n.º 586/03

Acórdão do STA de 07/10/2004, no processo n.º 148/03

Acórdão do STA de 07/06/2005, no processo n.º 374/05

Acórdão do STA de 29/03/2007, no processo n.º 412/05

Acórdão do STA de 25/09/2008 no processo n.º 451/08

Acórdão do STA de 25/06/2009, no processo n.º 550/09

Acórdão do STA de 14/04/2010, no processo n.º 803/09

Acórdão do STA de 28/06/2011, no processo n.º 900/10

Acórdão do STA de 15/03/2012, no processo n.º 426/10

Acórdão do TCAS de 05/12/2013, no processo n.º 7793/11

Acórdão do STA de 03/12/2015, no processo n.º 1888/13

Acórdão do STA de 25/02/2016, no processo n.º 212/15

Acórdão do STA de 14/01/2016, no processo n.º 1546/14

Acórdão do STA de 13/07/2016, no processo n.º 516/14.

Acórdão do STA de 15/09/2016, no processo n.º 356/15

Todos estes Acórdãos estão disponíveis em www.dgsi.pt

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

34. Responsabilidade criminal e o procedimento disciplinar

Ana Sofia de Magalhães e Carvalho

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

RESPONSABILIDADE CRIMINAL E PROCEDIMENTO DISCIPLINAR

Ana Sofia de Magalhães e Carvalho

Introdução

1. Responsabilidade criminal

1.1. O crime e a sanção penal

2. Responsabilidade disciplinar

2.1. A infração disciplinar, o procedimento disciplinar e a sanção disciplinar

3. Análise do problema: “Quando o procedimento disciplinar e o processo penal versam sobre o mesmo facto”

Conclusões

Referências

Palavras-chave: Administração Pública; procedimento disciplinar; responsabilidade criminal.

Introdução

Sobre a responsabilidade criminal e o procedimento disciplinar, começaremos por elencar os principais traços da responsabilidade criminal e da responsabilidade disciplinar, seguidos da análise das principais questões que se levantam quando o procedimento disciplinar e o processo penal versam sobre o mesmo facto.

A título introdutório e de enquadramento, sendo este trabalho realizado no âmbito da componente formativa de Direito das Relações Laborais da Administração Pública, faremos aqui um sucinto enquadramento da história recente do emprego público e do regime disciplinar¹, centrando a nossa análise apenas no regime atualmente vigente, constante da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

Antes de 2009 a legislação disciplinadora do emprego público era constituída pelos Decretos-Lei n.ºs 184/89, de 2 de junho (aprova os princípios gerais em matéria de emprego público) e 427/89, de 7 de dezembro (estabelece o regime da constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública), a que acrescia a Lei n.º 23/2004, de 22 de junho, que veio definir o regime jurídico do contrato individual de trabalho. Outros diplomas regulavam um conjunto de outras especificidades do regime do emprego público, como o Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de outubro (aprova o estatuto remuneratório dos funcionários); o Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de março (prevê o regime de férias, faltas e licenças) e o Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de janeiro (aprova o estatuto disciplinar)².

¹ Seguimos aqui de perto os principais ensinamentos sobre a matéria de Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias in OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, José Eduardo Figueiredo de, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ª edição, 2016, Almedina, pp. 343-367.

² O antecessor deste diploma foi o Decreto-Lei n.º 191-D/79, de 25 de junho, relativo ao Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, cuja aprovação visou sobretudo a adaptação das normas disciplinares ao novo texto constitucional de 1976, adotando o processo penal como modelo – neste sentido, CUNHA, José M. Damião da, “Ilícito Criminal/Ilícito Disciplinar - Incongruências e Contradições”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, pp. 299 e ABREU, Luís Vasconcelos, *Para o Estudo do Procedimento Disciplinar no Direito Administrativo Português Vigente: As Relações com o Processo Penal*, Almedina, 1993, pp. 22.

Entre 2009 e 2014 outros diplomas regularam a matéria, a saber, a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro (regula o regime de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas), a Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro (aprova o regime de contrato de trabalho em funções públicas), a Lei n.º 58/2008, de 9 de setembro (aprova o estatuto disciplinar dos trabalhadores que exercem funções públicas) e a Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de janeiro (regula a tramitação do procedimento concursal na Administração Pública).

Em 2014 a Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, que aprova a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (doravante LTFP), veio atualmente regular o regime disciplinar aplicável aos trabalhadores em funções públicas.

Relativamente à responsabilidade criminal, segundo Ana Neves, “A responsabilidade penal dos trabalhadores da Administração Pública insere-se na responsabilidade penal do funcionário público, segundo o conceito penal deste, o qual é mais amplo do que o conceito administrativo, onde o funcionário não constitui senão uma espécie ou categoria de trabalhadores. Para o Direito Penal, o funcionário é aquele que, a qualquer título, de base não eletiva, e sem necessária integração orgânica, exerce funções públicas, ainda que não administrativas e ainda que em organismo não integrado na Administração Pública. Quer-se proteger a actividade de administração pública e jurisdicional de acordo com «certos valores-deveres».

Os funcionários públicos são passíveis de responsabilidade penal por certas actuações no exercício de funções e somente eles pelas mesmas o são. Depois, crimes há em que a relação jurídica do trabalhador é um elemento de qualificação ou agravamento do crime. No que se refere aos «crimes comuns», uma vez verificada específica conexão ou reflexo negativo para as funções exercidas, pode o juiz aplicar-lhe pena acessória que o iniba, por determinado período de tempo, do respectivo exercício.

Com carácter cautelar, o trabalhador da Administração Pública pode ser judicialmente suspenso do exercício de funções.”³.

Vejamos os fundamentos de tal responsabilidade criminal.

1. Responsabilidade criminal

A responsabilidade criminal deriva do que for estabelecido no Direito Penal, que é o ramo do Direito que “em cada momento histórico, enuncia, de forma geral e abstracta, os factos ou condutas humanas susceptíveis de pôr em causa os valores ou interesses jurídicos tidos por essenciais numa dada comunidade, e estabelece as sanções que lhes correspondem”⁴.

³ NEVES, Ana Fernanda, “O Direito da Função Pública”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. IV, Almedina, 2010, pp. 532 e 533.

⁴ SANTOS, M. Simas e LEAL-HENRIQUES, M., *Noções Elementares de Direito Penal*, 3ª edição revista e atualizada, Editora Rei dos Livros, 2009, pp. 13.

De acordo com M. Simas Santos e M. Leal-Henriques⁵, os mais importantes princípios informadores do Direito Penal são:

- O princípio da legalidade e da tipicidade do crime⁶, segundo o qual os crimes e as penas aplicáveis têm de estar previstos em lei anterior à prática do facto;
- O princípio da não retroatividade da lei penal⁷, que determina que os crimes e respetivas penas se aplicam a situações futuras e não a situações passadas – este princípio sofre exceção no caso de aplicação retroativa de lei mais favorável ao agente;
- O princípio da proibição de criação de direito incriminador por via analógica ou similar⁸, o qual impede que, fora de lei formal e previamente em vigor, se qualifique um facto como crime, se defina um estado de perigosidade ou se determine uma pena ou medida de segurança;
- O princípio da culpabilidade⁹, segundo o qual toda a pena tem como suporte axiológico/normativo uma culpa concreta;
- O princípio da proporcionalidade, que preconiza a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito das sanções penais;
- O princípio da autonomia do Direito Penal, da subsidiariedade e da fragmentariedade. Atenta a sua importância para este trabalho, dedicaremos uma especial reflexão a este último princípio.

Segundo o princípio da autonomia do Direito Penal “deve considerar-se independente o sistema de tutela de interesses contido pelo direito penal”¹⁰, sendo que, em princípio, “as leis penais se devem interpretar autonomamente, sem atender ao modo como os outros ramos do direito defendem os interesses por eles tutelados”¹¹.

O princípio da subsidiariedade traduz a ideia de que “só deve recorrer-se ao direito penal, como instrumento de tutela de bens jurídicos, quando os outros meios de intervenção menos gravosos se mostrarem insuficientes”¹². E deste princípio decorre o princípio da fragmentariedade, segundo o qual “nem todos os comportamentos socialmente danosos constituem crimes, mas só aqueles que, pela sua gravidade, justificam a intervenção do direito penal”¹³.

⁵ *Idem*, pp. 15 a 25.

⁶ Cf. artigo 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, da CRP e artigo 1.º do CP.

⁷ Cf. artigo 29.º, n.º 4, da CRP e artigo 2.º do CP.

⁸ Cf. artigo 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, da CRP e artigo 1.º, n.º 3, do CP.

⁹ Cf. artigos 13.º e 40.º, n.º 2, do CP.

¹⁰ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português*, I, Verbo, 1997, pp. 92.

¹¹ *Idem*, pp. 84.

¹² SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *op. cit.*, pp. 25.

¹³ *Idem*.

O Direito Penal gira em torno do crime e do sancionamento que lhe cabe, importando aprofundar a matéria.

1.1. O crime e a sanção penal

Na senda de Simas Santos e Leal Henriques, entende-se por crime “a ação ou conduta material (*nullum crimen sine actione*), que preencha um tipo descrito na lei (*nullum crimen sine lege*), que tenha sido praticado culposamente (*nullum crimen sine culpa*) e que seja lesivo de algum interesse juridicamente protegido (*nullum crimen sine injuria*)”¹⁴.

De acordo com os referidos autores¹⁵, a conduta é o ponto de partida de toda a elaboração do direito criminal, abrangendo tanto a ação, como a omissão, com referência ao resultado produzido. “Por conduta entende-se o *comportamento humano*, expresso de forma *voluntária* e *consciente* (não é conduta o acto meramente reflexo ou inconsciente), *activo* (isto é, expresso de forma positiva, actuante) ou *negativo* (ou seja, manifestado pela inactividade, abstenção, a omissão, o não fazer), que produz um *resultado* (o mesmo é dizer, uma alteração no mundo exterior).”¹⁶.

Como vimos, a **conduta** pode manifestar-se por ação ou por omissão. “Acção é o facto positivo, a actuação, que implica que o agente leve a cabo um ou mais movimentos corporais que conduzem à produção do evento (...) Com a acção viola-se a norma jurídica, **fazendo o que a lei proíbe**. (...) Omissão será a abstenção de actuar, isto é, o não fazer ou deixar de fazer (...) Com a omissão viola-se a norma jurídica, **não fazendo o que a lei manda**.”¹⁷.

Quanto à compreensão das noções de tipo de crime, de ilicitude e de culpabilidade, acolhemos os contributos dados pela doutrina¹⁸.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 55.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 56.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 57.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 58.

¹⁸ Segundo Simas Santos e Leal Henriques (*op. cit.*, pp. 59 e 60), “**Tipo** é a descrição legal de um crime ou delito, ou seja, o molde concebido pelo legislador e que nos oferece os modelos ou padrões do comportamento humano tidos em cada momento histórico como merecedores de censura, na medida em que violam valores essenciais da comunidade.

Em suma, pois, o tipo será o desenho do crime, ou mais precisamente, a indicação dos elementos que constituem determinado ilícito criminal e que devem ser preenchidos pela conduta do agente.

A **ilicitude** é a desconformidade com o direito.

Assim diz-se que é ilícita toda a conduta humana que é contrária ao estabelecido na lei criminal (...).

Ou seja: o acto é ilícito quando ofende ou põe em perigo um bem jurídico tutelado por lei.

(...)

Por seu turno a **culpabilidade** é o elemento subjectivo do delito e consiste na relação que se estabelece entre a vontade do agente em cometer o facto e a conduta que põe em prática essa vontade, conduzindo à realização desse mesmo facto.

Isto é: a vontade de infringir o dever de agir ou não agir, imposto por lei.

No fundo, é a possibilidade de o comportamento assumido pelo agente vir a ser-lhe censurado por lhe ter dado causa.

A culpabilidade pode manifestar-se através do *dolo* ou *intenção* (propósito de cometer o facto ilícito – *culpabilidade directa*) e da *negligência* (falta de cuidado devido que leva a esse cometimento – *culpabilidade indirecta*).”.

A consequência jurídica da prática de um crime deverá ser a aplicação ao seu autor de uma sanção penal pela respetiva prática. Tal sanção poderá ser uma pena ou uma medida de segurança¹⁹.

O n.º 1 do artigo 40.º do Código Penal (doravante CP) explicita quais as finalidades das penas e das medidas de segurança que são a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. “Tomou assim o legislador posição quanto ao problema dos fins das penas [a aplicação das penas (e das medidas de segurança) tem como finalidade a prevenção geral (positiva, de integração: «protecção de bens jurídicos») e a prevenção especial («reintegração do agente na sociedade»)] (...)”²⁰.

A pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa, conforme estabelecido no n.º 2 do artigo 40.º do CP.

As penas principais abstratamente aplicáveis pela prática de factos criminosos são as penas de multa e prisão.

A pena de multa, de natureza pecuniária, em geral, faz face à criminalidade menos grave e à de importância média, sendo a medida preferencial por excelência em relação à pena de prisão.

A pena de prisão é a *ultima ratio* do sistema punitivo, constituindo a única alternativa para os casos de grave criminalidade e plurireincidência²¹.

O Código Penal, ao lado das penas principais, contempla ainda as penas acessórias, que são aquelas “que o juiz pode aplicar na sentença condenatória, *conjuntamente* com uma pena principal e destinadas a reforçar o efeito desta – v.g. proibição do exercício de direitos ou profissões).”²².

De notar que decorre da Constituição que nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos (cf. artigos 30.º, n.º 4, da CRP e 65.º, n.º 1, do CP). No entanto, nos termos do n.º 2 do artigo 65.º do CP “a lei pode fazer corresponder a certos crimes a proibição do exercício de determinados direitos ou profissões”, o que é compatível com o princípio geral enunciado no n.º 1 do mesmo artigo, porquanto se trata de atribuição de efeitos à prática de crime concreto praticado pelo agente. Com efeito, “em tais casos, há a constatação de que o agente não podia continuar a desempenhar *o cargo de que estava incumbido*. A sociedade sabe que o delinquente foi proibido de exercer funções

¹⁹ A medida de segurança é uma sanção criminal destinada a “completar o sistema punitivo consubstanciado nas penas e visando o espaço carecido de protecção que estas não logram atingir, dirigindo-se assim à futura delinquência, e tendo por pressuposto a perigosidade criminal do agente”. Nos termos do n.º 3 do artigo 40.º do CP, a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente. Na verdade, as medidas de segurança subordinam-se a um núcleo de princípios tradicionalmente aceites (como o da legalidade, da post-delitualidade, da perigosidade, da proporcionalidade e do monopólio judicial), assumindo-se como meios de defesa da sociedade para efeitos de prevenção de futuros comportamentos associativos do agente – cf. SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *op. cit.*, pp. 285.

²⁰ *Idem*, pp. 160.

²¹ *Ibidem*, pp. 170 e 171.

²² *Ibidem*, pp. 214.

porque era incapaz ou indigno de desempenhar o cargo concreto em que estava investido e, por conseguinte, encontrar-se-á muito mais disposta a recebê-lo em outro cargo que não tenha ligação à função concreta em causa.

Não cai assim sobre o delinquente uma incapacidade geral, uma verdadeira *capitis deminutio*, que induza a considerá-lo indigno para o desempenho de qualquer cargo, público ou particular.”²³.

Com maior interesse prevê o artigo 66.º, do CP²⁴ a pena acessória de proibição do exercício de função, que passamos a transcrever:

“Artigo 66.º
Proibição do exercício de função

1 – O titular de cargo público, funcionário público ou agente da Administração, que, no exercício da actividade para que foi eleito ou nomeado, cometer crime punido com pena de prisão superior a 3 anos, é também proibido do exercício daquelas funções por um período de 2 a 5 anos quando o facto:

a) For praticado com flagrante e grave abuso da função ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes;

²³ *Ibidem*, pp. 217.

²⁴ Relacionada com a aplicação deste artigo veja-se a seguinte jurisprudência:

- Acórdão do TRE de 19-12-2013, em cujo sumário se afirma: “I. O n.º 2 do artigo 66.º do Código Penal não é aplicável à profissão de advogado, no seguimento de uma interpretação «fortemente restritiva» do preceito, restringindo-o aos casos de exercício de função «fortemente ligada ao interesse público» (Prof. Fig. Dias). II. E se o referido n.º 2 dispõe que o disposto no número 1 é correspondentemente aplicável às «profissões ou actividades cujo exercício depender de título público ou de autorização ou homologação da autoridade pública», o título de advogado não pode ser qualificado como «título público» ou que seja concedido por «autoridade pública». III. A pena a atender na aplicação do artigo 66.º do Código Penal é a efectivamente aplicada e não a prevista na moldura penal abstracta. IV. Em caso de concurso de crimes é exigível que pelo menos um dos crimes tenha sido punido com pena superior a três anos de prisão. V. Se a pena aplicada foi suspensa na sua execução ganhando autonomia como pena de substituição, fica vedada a aplicação do disposto no artigo 66.º do C.P. VI. Se houve suspensão da execução da pena de prisão, o juízo que tal permitiu não é adequado a co-existir com uma pena acessória de tal gravidade. VII. Por argumento de maioria de razão, são aplicáveis à pena acessória de proibição de profissão as razões e fundamentos que se prescrevem no acórdão de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7/2008 relativo à aplicação da pena acessória de proibição de conduzir, para a qual se exige que as disposições legais aplicáveis constem da acusação ou da pronúncia. VIII. Como se fundamenta naquele acórdão - e como é jurisprudência constitucional pacífica - o arguido não tem que se defender apenas dos factos que lhe são imputados na acusação. «A vertente jurídica da defesa em processo penal é, em muitos casos, mais importante. E esta para ser eficaz pressupõe que o arguido tenha conhecimento do exacto significado jurídico-criminal da acusação, o que implica, evidentemente, lhe seja dado conhecimento preciso das disposições legais que irão ser aplicadas. Por isso, qualquer alteração que se verifique da qualificação jurídica dos factos feita na acusação ou na pronúncia (...) nomeadamente qualquer alteração que importe um agravamento, terá necessariamente de ser dada a conhecer ao arguido para que este dela se possa defender, sob pena de se trair o favor defensionis». IX. A não consideração deste princípio implica nulidade de decisão por ocorrer o vício previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 379.º do Código de Processo Penal.”;

- Acórdão do TRC de 11-03-2015, com o seguinte sumário: “I. Com a medida de coacção prevista no artigo 199.º do CPP pretende a lei acautelar a eficácia punitiva da sanção acessória prevista no artigo 66.º do CP. II. Por conseguinte, aquela medida cautelar tem por objecto a função, profissão ou actividade no âmbito da qual o arguido manifestou indignidade ou desadequação para as exercer e não qualquer acto concreto no âmbito do seu específico quadro profissional. III. A aptidão dos factos à aplicação da sanção acessória do artigo 66.º do CP não determina necessariamente a imposição da medida de coacção correspondente, ou seja, a regulada no artigo 199.º do CPP, uma vez que, para tanto, é indispensável a verificação de algum dos requisitos elencados no artigo 204.º, a par das condições descritas no artigos 191.º, n.ºs 1 e 2 (ambas as normas do último dos dois diplomas legais referidos).”.

- b) Revelar indignidade no exercício do cargo; ou
- c) Implicar a perda da confiança necessária ao exercício da função.

2 – O disposto no número anterior é correspondentemente aplicável às profissões ou actividades cujo exercício depender de título público ou de autorização ou homologação da autoridade pública.

3 – Não conta para o prazo de proibição o tempo em que o agente estiver privado da liberdade por força de medida de coacção processual, pena ou medida de segurança.

4 – Cessa o disposto nos n.ºs 1 e 2 quando, pelo mesmo facto, tiver lugar a aplicação de medida de segurança de interdição de actividade, nos termos do artigo 100.º.

5 – Sempre que o titular de cargo público, funcionário público ou agente da Administração, for condenado pela prática de crime, o tribunal comunica a condenação à autoridade de que aquele depender.”.

Sobre os requisitos do n.º 1 deste artigo, sintetizaremos aqui a posição de M. Simas Santos e M. Leal Henriques²⁵.

Relativamente ao flagrante e grave abuso da função ou manifesta e grave violação dos deveres inerentes à função: “flagrante” significa evidente, manifesto; “grave abuso” traduzir-se-á no comportamento do funcionário que produz ou acarreta prejuízo ou descrédito para o serviço; “violação manifesta” será a que for clara, inequívoca, evidente e “deveres que lhe são inerentes” não pretende tomar posição quanto aos concretos deveres a ter em conta, abrangendo quer a violação de deveres gerais, quer a de deveres especiais.

No que toca ao facto revelador de indignidade, tal sucederá quando for desprezível, indecoroso, impróprio e inadequado ao prestígio que o cargo exige dos seus servidores.

Quanto à “perda de confiança necessária” ao exercício da função tal ocorrerá quando os utentes do serviço deixaram de ver no funcionário a pessoa em quem podem confiar os seus interesses (v.g., pode gerar perda de confiança a condenação de um tesoureiro por furto ou abuso de confiança de dinheiros públicos).

Segundo os mesmos autores²⁶, com os quais concordamos, apesar da jurisprudência citada em sentido discordante (Acórdão do TRE de 19-12-2013), integram-se no n.º 2 do artigo 66.º do CP, as profissões de advogado, médico, engenheiro e enfermeiro.

Não se aplicará a pena acessória de proibição do exercício de profissão quando, pelo mesmo facto, for de aplicar a medida de segurança de interdição de actividade, prevista no artigo 100.º do CP e mencionada no n.º 4 do artigo 66.º do CP, dando-se privilégio a uma medida mais protetora, sem pôr em risco o princípio “*non bis in idem*”.

O artigo 67.º²⁷ do CP rege sobre a suspensão do exercício de função e o artigo 68.º²⁸ sobre os efeitos da proibição e da suspensão do exercício de função, sendo de sublinhar que a proibição

²⁵ SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *op. cit.*, pp. 217 a 219.

²⁶ *Idem*, pp. 218.

do exercício de função pública não impossibilita o titular, funcionário ou agente de ser nomeado para cargo ou para função que possam ser exercidos sem as condições de dignidade e confiança que o cargo ou a função de cujo exercício foi proibido exigem.

2. A responsabilidade disciplinar

Como antes referido, em 2014 foi publicada a Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP). A LTFP, embora não assuma a natureza de um Código²⁹, reúne num único diploma muitas matérias até então tratadas em legislação dispersa, seguindo uma tendência de aproximação do regime de emprego público ao regime laboral comum. Tendo revogado entre outros diplomas a Lei n.º 12-A/2008, a Lei n.º 59/2008 e a Lei n.º 58/2008³⁰, a LTFP regula agora de uma forma tendencialmente global o vínculo do emprego público. Como regime subsidiário aplicável foi previsto o Código do Trabalho e respetiva legislação complementar, sendo algumas matérias mais específicas reguladas por diplomas próprios, como as constantes do artigo 5.º da LTFP.

Assim, atualmente o regime disciplinar dos trabalhadores que exercem funções públicas é regulado nos artigos 176.º a 240.º da LTFP, que constituem normas base definidoras do regime e âmbito do vínculo de emprego público (cf. artigo 3.º, al. i), da LTFP). “Tal significa que as normas ali constantes têm valor paramétrico e que portanto qualquer tipo de intervenção legislativa deve observar o que o legislador da LTFP estabeleceu.”³¹. Recorde-se que as bases do regime e âmbito da função pública e o regime geral da punição das infrações disciplinares constituem matérias de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, nos termos respetivamente das alíneas t) e d) do artigo 165.º, n.º 1, da CRP.

²⁷ Transcrevemos aqui o conteúdo de tal artigo do CP:

“Artigo 67.º

Suspensão do exercício de função

1 - O arguido definitivamente condenado a pena de prisão, que não for demitido disciplinarmente de função pública que desempenhe, incorre na suspensão da função enquanto durar o cumprimento da pena.

2 - À suspensão prevista no número anterior ligam-se os efeitos que, de acordo com a legislação respectiva, acompanham a sanção disciplinar de suspensão do exercício de funções.

3 - O disposto nos números anteriores é correspondentemente aplicável a profissões ou actividades cujo exercício depender de título público ou de autorização ou homologação da autoridade pública.”

²⁸ Transcrevemos aqui o conteúdo de tal artigo do CP:

“Artigo 68.º

Efeitos da proibição e da suspensão do exercício de função

1 - Salvo disposição em contrário, a proibição e a suspensão do exercício de função pública determinam a perda dos direitos e regalias atribuídos ao titular, funcionário ou agente, pelo tempo correspondente.

2 - A proibição do exercício de função pública não impossibilita o titular, funcionário ou agente de ser nomeado para cargo ou para função que possam ser exercidos sem as condições de dignidade e confiança que o cargo ou a função de cujo exercício foi proibido exigem.

3 - O disposto nos números anteriores é correspondentemente aplicável a profissões ou actividades cujo exercício depender de título público ou de autorização ou homologação da autoridade pública.”

²⁹ Cf. exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 184/XII.

³⁰ Cf. alíneas c), d) e e), do n.º 1, do artigo 42.º da Lei n.º 35/2014.

³¹ CARVALHO, Raquel, “O regime disciplinar na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas”, in *Questões Laborais*, Ano XXI, Número 45, Coimbra Editora, 2014, pp. 306.

O novo regime disciplinar agora instituído não é revolucionário face ao que constava no Estatuto Disciplinar de 2008, existindo apenas algumas diferenças de redação e agregação de alguns preceitos, sublinhando-se as soluções relevantes para o tema em análise³².

As alterações legais mais significativas da LTFP em matéria disciplinar dizem respeito ao modo de designar o até agora chamado “arguido” que passa a ser referenciado apenas como “trabalhador”³³, assim como a alteração da designação de “penas disciplinares” que foram substituídas por “sanções disciplinares”³⁴.

Segundo Raquel Carvalho³⁵, para uma cabal compreensão do atual regime disciplinar é necessário conjugar os artigos 176.º a 240.º da LTFP com outros do mesmo diploma, como é o caso dos artigos:

- 1.º e 2.º, relativos ao âmbito de aplicação³⁶;
- 21.º e seguintes, relativos às regras sobre a acumulação de funções;
- 73.º, relativo aos deveres do trabalhador;
- 76.º, relativo à titularidade do poder disciplinar;
- 297.º a 302.º, sobre a extinção da relação de emprego por motivos disciplinares³⁷.

³² Neste sentido CARVALHO, Raquel, *Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas*, Universidade Católica Editora, 2014, pp. 16.

³³ Interessante verificar que esta mudança de designação acaba por estar em desconformidade com o preceituado no artigo 269.º, n.º 3, da CRP que preceitua que “Em processo disciplinar são garantidas ao arguido a sua audiência e defesa.”, assim como com o artigo 32.º, n.º 10, da CRP que dispõe que “Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.” – ver a propósito DIAS, José Eduardo Figueiredo, “Enquadramento do Procedimento Disciplinar na Ordem Jurídica Portuguesa”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXIII, 1997, pp. 190 e 191.

³⁴ CARVALHO, Raquel, *Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas*, op. cit., pp. 16.

³⁵ CARVALHO, Raquel, “O regime disciplinar ...”, op. cit., pp. 308.

³⁶ Quanto ao âmbito de aplicação da LTFP, as normas disciplinares aplicam-se àqueles a quem se aplica a LTFP, ou seja, de acordo com o artigo 1.º da LTFP, à Administração Pública “tradicional” (administração direta do Estado, indireta, autárquica e regional); aos órgãos e serviços de apoio do Presidente da República, Assembleia da República, dos Tribunais e do Ministério Público e respetivos órgãos de gestão e outros órgãos independentes; aos trabalhadores dos serviços periféricos externos do Ministério dos Negócios Estrangeiros e ainda a outros trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas que não exerçam funções nas entidades supra referidas. Para aferição do âmbito de aplicação importa também analisar o artigo 2.º que exclui da aplicação da LTFP, entre outros, os gabinetes de apoio aos membros do governo e dos titulares dos órgãos referidos nos n.ºs 2 a 4 do artigo 1.º da LTFP, as entidades públicas empresariais, as entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo e Banco de Portugal, os militares das Forças Armadas e da Guarda Nacional Republicana, o pessoal com funções policiais da Polícia de Segurança Pública, o pessoal da carreira de investigação criminal, da carreira de segurança e o pessoal com funções de inspeção judiciária e de recolha de prova da Polícia Judiciária e o pessoal da carreira de investigação e fiscalização do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, cujos regimes constam de lei especial.

³⁷ Na matéria de extinção da relação laboral por motivos disciplinares, a jurisprudência, sob domínio do Código do Trabalho e da legislação laboral pública, tem reiterado que não basta a mera verificação de algum dos comportamentos elencados na lei aplicável, sendo necessário demonstrar a inviabilidade de manutenção da relação funcional – ver exemplificativamente sobre esta matéria o Acórdão do TCA Sul, de 6-6-2013, in processo n.º 06850/10 (relatora: Ana Celeste Carvalho), cujo sumário se transcreve na parte mais relevante para este efeito: “II. É exigível à Administração que concretize os comportamentos que, imputados ao arguido, atinjam um grau de

O trabalhador público é responsável disciplinarmente pelo cumprimento dos seus deveres. No respeitante à titularidade do poder disciplinar, o artigo 76.º da LTFP dispõe que o empregador público tem poder disciplinar sobre o trabalhador ao seu serviço, enquanto vigorar o vínculo de emprego público. Com efeito, de acordo com o artigo 176.º, n.º 3, da LTFP os trabalhadores ficam sujeitos ao poder disciplinar desde a constituição do vínculo de emprego público, em qualquer das suas modalidades. Nos termos do n.º 4 de tal preceito, a alteração da situação jurídica-funcional do trabalhador não impede a punição por infrações cometidas no exercício da função.

2.1. A infração disciplinar, o procedimento disciplinar e a sanção disciplinar

A infração disciplinar consiste no comportamento do trabalhador que, por ação ou omissão, ainda que meramente culposos, viole os deveres gerais ou especiais inerentes à função que exerce (cf. artigo 183.º da LTFP). “Tal comportamento não tem de ser doloso, intencional, podendo ser meramente negligente [quando o trabalhador não previu, como devia, a ocorrência da infração (negligência inconsciente) ou, tendo-a previsto, confiou que não teria lugar (negligência consciente)].”³⁸.

Para Luís Vasconcelos Abreu os elementos essenciais da infração disciplinar são “*o sujeito* (necessariamente um agente administrativo), *o facto* (a violação de deveres), e *o nexos de imputação do facto ao agente*, assentando sobre o *princípio da culpabilidade*, sendo em regra suficiente a simples negligência.

O bem jurídico tutelado, ou seja, a capacidade funcional da Administração, não se incorpora num objecto material, logo pode ser ofendido independentemente da produção de qualquer resultado danoso externo. É a *violação de deveres* que dá forma à infracção disciplinar. O evento jurídico da mesma – o referido dano para a capacidade funcional da Administração – está longe de se realizar necessariamente através de um resultado prejudicial e carácter externo provocado pela conduta do agente administrativo (evento material).”³⁹.

De que deveres falamos então?

O n.º 1 do artigo 73.º da LTFP preceitua que o trabalhador está sujeito aos deveres previstos na LTFP, noutros diplomas legais, regulamentos e instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável.

Seguidamente, no n.º 2 de tal preceito são enumerados e explicitados o conteúdo dos deveres gerais dos trabalhadores, a saber:

desvalor que quebre, definitiva e irreversivelmente, a confiança que deve existir entre o serviço e o agente, explanando os motivos pelos quais se infere a inviabilidade da manutenção do vínculo funcional.”

³⁸ OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, José Eduardo Figueiredo de, *op. cit.*, pp. 366.

³⁹ ABREU, Luís Vasconcelos, *op. cit.*, pp. 25.

- a)** O dever de prossecução do interesse público, que segundo o n.º 3 do preceito em análise consiste na defesa do interesse público, no respeito pela Constituição, pelas leis e pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos;
- b)** O dever de isenção, que segundo o n.º 4 do mesmo preceito “consiste em não retirar vantagens, diretas ou indiretas, pecuniárias ou outras, para si ou para terceiro, das funções que exerce”;
- c)** O dever de imparcialidade, que segundo o n.º 5 do mesmo preceito “consiste em desempenhar as funções com equidistância relativamente aos interesses com que seja confrontado, sem discriminar positiva ou negativamente qualquer deles, na perspetiva do respeito pela igualdade dos cidadãos”;
- d)** O dever de informação, que segundo o n.º 6 do mesmo preceito “consiste em prestar ao cidadão, nos termos legais, a informação que seja solicitada, com ressalva daquela que, naqueles termos, não deva ser divulgada”;
- e)** O dever de zelo, que segundo o n.º 7 do mesmo preceito “consiste em conhecer e aplicar as normas legais e regulamentares e as ordens e instruções dos superiores hierárquicos, bem como exercer as funções de acordo com os objetivos que tenham sido fixados e utilizando as competências que tenham sido consideradas adequadas”;
- f)** O dever de obediência, que segundo o n.º 8 do mesmos preceito “consiste em acatar e cumprir as ordens dos legítimos superiores hierárquicos, dadas em objeto de serviço e com a forma legal”;
- g)** O dever de lealdade, que segundo o n.º 9 do mesmo preceito “consiste em desempenhar as funções com subordinação aos objetivos do órgão ou serviço”;
- h)** O dever de correção, que segundo o n.º 10 do mesmo preceito “consiste em tratar com respeito os utentes dos órgãos ou serviços e os restantes trabalhadores e superiores hierárquicos”;
- i)** Os deveres de assiduidade e pontualidade, que segundo o n.º 11 do mesmo preceito “consistem em comparecer ao serviço regular e continuamente e nas horas que estejam designadas”.

Segundo Raquel Carvalho⁴⁰, a grande novidade da LTFP é a consagração legislativa dos deveres de frequentar ações de formação e de aperfeiçoamento profissional e os deveres especiais no âmbito da relação de requalificação. Além disso, como na LTFP continuam a existir duas carreiras, as gerais e as especiais, serão deveres especiais os que decorrem da descrição específica de funções especiais, segundo os regimes estatutários – artigo 8.º da LTFP-relacionados com as situações de nomeação. Acresce a possibilidade de existir negociação

⁴⁰ CARVALHO, Raquel, “Os deveres funcionais dos trabalhadores em funções públicas”, *in Estudos dedicados ao Prof. Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, U.C. Editora, 2015, pp. 286, 288 e 289.

coletiva em ambas as carreiras, que pode vir a traduzir-se no surgimento de deveres especiais. Há ainda que ter em conta os trabalhadores em comissão de serviço, que, além dos deveres funcionais gerais, estarão sujeitos também a deveres especiais associados à função dirigente. Neste caso, existem sanções disciplinares e regime disciplinar específico (cf. artigo 188.º da LTFP).

A responsabilidade disciplinar apura-se mediante um procedimento, administrativo de tipo sancionador⁴¹, que assenta em seis grandes princípios⁴²: o princípio do contraditório⁴³, o princípio da publicidade⁴⁴, o princípio da celeridade⁴⁵, o princípio da independência face aos processos de apuramento de outras formas de responsabilidade⁴⁶, o princípio da presunção de inocência⁴⁷ e o princípio do inquisitório temperado⁴⁸.

De acordo com Luís Vasconcelos Abreu⁴⁹, podemos apontar como princípios fundamentais do Direito Disciplinar material e processual: o princípio da não tipicidade⁵⁰, o princípio da unidade da infração disciplinar⁵¹, o princípio da oportunidade⁵², o princípio da legalidade no exercício do poder disciplinar⁵³ e o princípio da proporcionalidade⁵⁴.

⁴¹ Cf. CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, 9ª edição revista e atualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Tomo II, Coimbra Editora, 1972, pp. 809 e DIAS, José Eduardo Figueiredo, *op. cit.*, pp. 188.

⁴² NEVES, Ana Fernanda, *op. cit.*, pp. 525.

⁴³ Este princípio “exige, por um lado, o confronto prévio do trabalhador com todos os elementos que possam depor contra si, influenciando na decisão de o sancionar e na medida da sanção e, por outro lado, a possibilidade de se defender, (...)” - cf. *idem*, pp. 525.

⁴⁴ Nos termos deste princípio, salvaguardada a necessidade de eficácia da investigação e de reserva da intimidade e do bom nome do trabalhador arguido, deve ser garantido o direito à informação – cf. *ibidem*, pp. 526 e 527.

⁴⁵ O princípio da celeridade reflete-se nos prazos perentórios para instaurar, decidir e concluir o procedimento disciplinar, assim como para executar a sanção disciplinar punitiva, precludindo a sua inobservância a possibilidade de praticar os atos pertinentes – cf. *ibidem*, pp. 526.

⁴⁶ Com efeito, entre o procedimento disciplinar e os processos de apuramento de outras formas de responsabilidade (nomeadamente, o processo penal) não existe consumção, por serem diferentes os fundamentos, o recorte da relação jurídica pertinente e os fins – cf. *ibidem*, pp. 527.

⁴⁷ Este princípio obsta a que a pendência do apuramento da responsabilidade disciplinar se projete sobre a situação laboral do trabalhador, sem prejuízo da existência de tutela cautelar – cf. *ibidem*, pp. 527.

⁴⁸ Aqui deve ter-se em conta que o instrutor tem o poder-dever de realizar ou promover a realização das diligências de provas necessárias ao accertamento da responsabilidade disciplinar e o trabalhador pode requerer as diligências instrutórias que se lhe afigurarem necessárias, devendo o seu indeferimento ser justificado – cf. *ibidem*, pp. 528.

⁴⁹ ABREU, Luís Vasconcelos, *op. cit.*, pp. 44 a 64.

⁵⁰ Segundo o qual a infração disciplinar é atípica, ou seja, “não tem como condição necessária da sua existência, diferentemente da criminal (art. 1.º CP), o tipo legal, facto que, no entanto, não significa que aqui tenha sido postergado o princípio da legalidade, com a sua função garantística. A criação de verdadeiros tipos deixaria de fora muitas condutas disciplinarmente relevantes, que ficariam impunes, com sacrifício da igualdade e da justiça.” - cf. *idem*, pp. 30.

⁵¹ Segundo o qual “baseado em factos concretos, o juízo disciplinar reporta-se à globalidade do comportamento do agente administrativo. Por isso, diversos factos, em sentido naturalístico, praticados em momentos diferentes, e violando distintos deveres, irão dar origem, em regra, a uma única infração disciplinar.” – cf. *ibidem*, pp. 45.

Com efeito, note-se que a LTFP no seu artigo 180.º, n.º 3 preceitua que não pode ser aplicada mais de uma sanção disciplinar por cada infração, pelas infrações acumuladas que sejam apreciadas num único processo ou pelas infrações apreciadas em processos apensados.

⁵² Este princípio traduz uma discricionariedade de ação, “ou seja, liberdade de a Administração desencadear, ou não, uma determinada actuação.

Pressupondo o prévio esclarecimento dos factos, pois só após o mesmo se pode decidir com justeza sobre a conveniência de uma reacção disciplinar, o princípio da oportunidade significa que a Administração não tem o dever de perseguir disciplinarmente todas as infracções. Com efeito, no juízo disciplinar não é apenas a reafirmação do direito que está em causa. A Administração tem que fazer valer os interesses de que é portadora, os quais podem justificar que determinada falta fique impune. Sendo exercido em proveito do seu próprio titular e não de outrem, designadamente o destinatário da actuação, não há fundamento para que o respectivo exercício seja obrigatório, isto é, o poder disciplinar não consubstancia um *poder-dever*.

Adicionalmente, podemos enunciar um princípio de aplicação retroativa de lei mais favorável⁵⁵.

No âmbito do procedimento disciplinar, caso se conclua ter sido cometida uma infração disciplinar, poderá haver lugar a uma sanção disciplinar⁵⁶.

Segundo Ana Neves⁵⁷, “A sanção disciplinar constitui uma censura e uma interpelação formal ao trabalhador quanto à sua actuação no quadro da relação jurídica de emprego”⁵⁸. Na sua base estão necessidades de prevenção geral e de prevenção especial, negativas e positivas. A função de prevenção geral positiva e negativa traduz-se na interpelação e dissuasão geral: “chama a atenção dos demais trabalhadores para o desvalor funcional da conduta do trabalhador, demovendo-os da prática de ilícitos disciplinares. Este não é, no entanto, (...), o fim determinante da punição disciplinar.”⁵⁹. Com efeito, o fim é sobretudo o de prevenção especial, negativa e positiva, sem deixar de envolver a reprovação: pretende-se que o trabalhador não reitere na conduta, que atue no cumprimento dos deveres e obrigações laborais que sobre si impendem. Nalguns casos, a prevenção negativa traduz-se apenas na cessação da relação de trabalho com a aplicação de sanção disciplinar extintiva da relação jurídica de emprego.

As sanções disciplinares aplicáveis aos trabalhadores em funções públicas pelas infrações que cometam são as seguintes:

a) Repreensão escrita, que consiste num mero reparo pela irregularidade praticada, aplicável a infrações leves de serviço nos termos do artigo 184.º da LTFP;

O *princípio da oportunidade* faz com que a Administração disponha da flexibilidade necessária a poder adequar a sua conduta às exigências do interesse público no caso concreto, encontrando-se em estreita conexão com os fins do direito disciplinar, que seriam violentados pela obrigatoriedade de punir, por exemplo, uma simples bagatela, como é o facto de um agente administrativo chegar esporadicamente atrasado ao serviço.” – cf. *ibidem*, pp. 52 e 53.

⁵³ Este princípio pressupõe que “a Administração tenha o *dever* de proceder ao esclarecimento dos factos que se encontram na base das suas decisões, sob pena de, não o fazendo, violar os parâmetros constitucionais que dirigem a sua acção (art. 266.º CRP).

Relativamente à investigação dos factos vale, pois, o *princípio da legalidade*, como regra geral (...). Essa investigação poderá ser feita quer num processo de inquérito, sindicância ou de meras averiguações (...), quer na fase inicial de um procedimento disciplinar.” – cf. *ibidem*, pp. 56.

No entanto, recorde-se que não fica posta em causa a margem de discricionariedade existente: “dever de investigar não significa dever de punir” – cf. *ibidem*, pp. 57.

⁵⁴ Este princípio estabelece “a conexão, no que respeita à actividade administrativa, entre a legalidade e a adequação aos respectivos fins” – cf. *ibidem*, pp. 58. Trata-se de um “princípio normativo, que serve de padrão de conduta e é juridicamente vinculativo, revestindo a maior importância no controlo jurisdicional dos actos administrativos disciplinares” – cf. *ibidem*, pp. 60.

⁵⁵ Pois, ao abrigo da norma transitória contida no artigo 11.º, n.º 1, da Lei que aprova a LTFP, “o regime disciplinar previsto na LTFP é imediatamente aplicável aos factos praticados, aos processos instaurados e às penas em curso de execução na data de entrada em vigor da presente lei, quando se revele, em concreto, mais favorável ao trabalhador e melhor garanta a sua audiência e defesa” (ou seja, a partir de 1 de agosto de 2014 – data da entrada em vigor da LTFP, por força do artigo 44.º, n.º 1, da Lei que aprova a LTFP).

⁵⁶ Vejam-se a propósito os artigos 190.º, n.º 1 (sobre circunstâncias dirimentes da responsabilidade disciplinar), e 213.º, n.º 1 (sobre não exigência de responsabilidade disciplinar em caso de prescrição ou outro motivo), da LTFP.

⁵⁷ NEVES, *op. cit.*, pp. 529 e 530.

⁵⁸ *Idem*, pp. 529.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 530.

b) Multa, que consiste no pagamento de uma quantia certa, aplicável a casos de negligência ou má compreensão dos deveres funcionais nos termos do artigo 185.º da LTFP;

c) Suspensão, que se traduz na “cessação dos efeitos da relação de emprego público, designadamente do vencimento, da obrigação de exercício de funções e da contabilização do tempo para efeitos de antiguidade, exceto as prestações do regime de proteção social”⁶⁰, sendo aplicável aos trabalhadores que atuem com grave negligência ou com grave desinteresse pelo cumprimento de deveres funcionais e àqueles cujos comportamentos atentem gravemente contra a dignidade e prestígio da função nos termos do artigo 186.º da LTFP;

d) Demissão ou despedimento, que consistem no “afastamento definitivo do trabalhador do órgão ou do serviço, fazendo cessar a relação jurídica de emprego público e implicando a perda de todos os direitos, exceto quanto à aposentação e reforma por velhice”⁶¹, “mas não o impossibilitam de voltar a exercer funções em órgão ou serviço que não exijam as particulares condições de dignidade e confiança que aquelas de que foi despedido ou demitido exigiam”⁶² e são aplicáveis quando a infração cometida inviabilize a manutenção do vínculo de emprego público nos termos do artigo 187.º da LTFP.

Também a cessação da comissão de serviço se apresenta como uma sanção aplicável, a título principal ou acessório, aos titulares de cargos dirigentes e equiparados, implicando o termo do exercício do cargo de dirigente ou equiparado e a impossibilidade de exercício de qualquer cargo dirigente ou equiparado durante o período de três anos, a contar da data da notificação da decisão, nos termos dos artigos 180.º, n.º 2, e 182.º, n.º 5, da LTFP.

3. Análise do problema: “Quando o procedimento disciplinar e o processo penal versam sobre o mesmo facto”

No que respeita à autonomia do direito disciplinar dos trabalhadores em funções públicas: “A *autonomia* do ilícito disciplinar encontra-se expressa na possibilidade de cumulação das responsabilidades disciplinar e criminal pela prática do mesmo facto, sem violação do *ne bis in idem*. Reafirmando um lugar-comum: o ilícito disciplinar não é um *minus* relativamente ao criminal, mas sim um *aliud*. Aliás, a conhecida subsidiariedade da intervenção do direito penal é suficiente para justificar a referida possibilidade de aplicação cumulativa de uma medida disciplinar e de uma sanção criminal pela prática do mesmo facto.”⁶³. Com efeito, “os vários ramos do direito têm funções distintas”⁶⁴: “O direito disciplinar da função pública visa precisamente assegurar a capacidade funcional da Administração - sem disciplina não há produtividade -, condição da perfeita realização do interesse público. A responsabilidade disciplinar pode e deve ser completada por outras formas de responsabilidade,

⁶⁰ OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, José Eduardo Figueiredo de, *op. cit.*, pp. 366.

⁶¹ *Idem*, pp. 366.

⁶² Cf. artigo 182.º, n.º 4, da LTFP.

⁶³ ABREU, Luís Vasconcelos, *op. cit.*, pp. 32 e 33.

⁶⁴ *Idem*, pp. 33.

designadamente a civil e a penal.”⁶⁵. A responsabilidade criminal deriva do que for estabelecido pelo Direito Penal, que é o ramo do Direito que “em cada momento histórico, enuncia, de forma geral e abstracta, os factos ou condutas humanas susceptíveis de pôr em causa os valores ou interesses jurídicos tidos por essenciais numa dada comunidade, e estabelece as sanções que lhes correspondem”⁶⁶.

Segundo Ana Neves⁶⁷, a linha de separação entre responsabilidade disciplinar e responsabilidade penal é tradicionalmente objeto de discussão, por a prática de crimes de direito comum poder figurar entre os atos suscetíveis de implicar medidas disciplinares e por certas atuações dos trabalhadores no exercício de funções públicas consubstanciarem crime. “Entre o procedimento disciplinar e o processo penal (e os processos de apuramento de outras formas de responsabilidade) não existe, no entanto, consumpção, por serem diferentes os fundamentos, o recorte da relação jurídica pertinente e os fins.”⁶⁸.

Sobre a autonomia do poder e do procedimento disciplinar face ao procedimento penal veja-se, por exemplo⁶⁹, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 27-1-2011, *in* processo n.º 01079/09 (relator: Pais Borges), cujo sumário pela sua importância aqui se transcreve na parte relevante:

“IV. O processo disciplinar é distinto e autónomo do processo penal, assentando essa autonomia (hoje, aliás, reconhecida no art. 165.º do EMP) na diversidade de pressupostos da responsabilidade criminal e disciplinar, bem como na diferente natureza e finalidade das penas nesses processos aplicáveis, podendo ser diversas as valorações que cada um deles faz dos mesmos factos e circunstâncias.”

Que relações pertinentes se poderão estabelecer aqui então entre a responsabilidade criminal e o procedimento disciplinar? São sobretudo relações de independência e autonomia⁷⁰, pois as responsabilidades são autónomas, podendo um facto dar origem às duas responsabilidades sem que seja ofendido o princípio do *ne bis in idem*, mas ao mesmo tempo relações de obrigatoriedade de comunicações (entre Ministério Público e entidade empregadora e vice-versa) para efeitos de preservação das finalidades dos sistemas disciplinar e penal⁷¹. Vejamos então.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 18.

⁶⁶ SANTOS e LEAL-HENRIQUES, M. Leal, *op. cit.*, pp. 13.

⁶⁷ NEVES, *op. cit.*, pp. 527.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ Referem-se outros exemplos jurisprudenciais históricos nesta matéria: o Acórdão do STA (Pleno), de 16-12-1946 (Col.(P), v, pp. 129); Acórdão do STA de 15-10-1991, *in* BMJ, 410-846; Acórdão do STA de 22-04-1993, *in* processo n.º 28 804; Acórdão do STA de 14-10-1993, *in* processo n.º 031885; Acórdão do STA de 21-04-1994, *in* processo n.º 32 164; Acórdão do STA de 13-10-1994, *in* processo n.º 29716 ; Acórdão do STA de 24-1-2002, *in* processo n.º 48147; Acórdão do STA de 6-12-2005, *in* processo n.º 42203; Acórdão do STA de 21-05-2008, *in* processo n.º 0989/07; Acórdão do STA de 7-1-2009, *in* processo n.º 0223/08 e Acórdão do STA de 25-2-2010, *in* processo n.º 01035/08.

⁷⁰ Neste sentido, CARVALHO, Raquel, “O regime disciplinar...”, *op. cit.*, pp. 318.

⁷¹ Neste sentido, MOURA, Paulo Veiga e e ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º Vol., Coimbra Editora, 2014, pp. 515.

O próprio artigo 179.º, n.º 3, da LTFP dispõe que “A condenação em processo penal não prejudica o exercício da ação disciplinar quando a infração penal constitua também infração disciplinar.”. Como sabemos, há independência nos procedimentos e na aplicação de sanções, tendo os mesmos finalidades diversas, pelo que não há ofensa ao princípio *ne bis in idem*⁷², previsto no artigo 29.º, n.º 5, da CRP.

De notar que o artigo 178.º da LTFP, no seu n.º 1, dispõe que quando a infração disciplinar consubstanciar também infração penal os prazos de prescrição a aplicar à infração disciplinar são os estabelecidos na lei penal à data da prática dos factos, em vez do prazo regra de 1 ano. Por outro lado, dispõe o n.º 6 deste artigo 178.º da LTFP que a prescrição do procedimento disciplinar se suspende durante o tempo em que, por força da decisão ou de apreciação judicial de qualquer questão, a marcha do correspondente processo não possa começar ou continuar a ter lugar.

Os n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 179.º⁷³ da LTFP referem-se às situações de obrigatoriedade de comunicações entre Ministério Público e entidade empregadora e vice-versa, para efeitos de preservação das finalidades dos sistemas disciplinar e penal. “As autoridades jurisdicionais estão, por isso, vinculadas à comunicação sempre que ocorra uma pronúncia por crimes cuja moldura penal seja normalmente superior a 5 anos (v., contudo, os arts. 13.º e 14.º do CPP, onde se determinam as causas cujo julgamento compete ao Tribunal colectivo e de júri) e, independentemente da pena aplicada, sempre que um trabalhador público seja definitivamente condenado pela prática de um crime.”⁷⁴. Por outro lado, o n.º 2 do artigo 179.º da LTFP relaciona-se, nomeadamente, no caso de penas acessórias, com o n.º 5 do artigo 66.º do CP⁷⁵ e ainda com os n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 499.º⁷⁶ do Código de Processo Penal.

⁷² Neste sentido, ver também, desde muito cedo, CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, 9ª edição revista e atualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Tomo II, Coimbra Editora, 1972, pp. 780.

⁷³ Pela sua importância, transcreve-se o artigo completo:

“Artigo 179.º

Efeitos da pronúncia e da condenação em processo penal

1 - Quando o agente de um crime cujo julgamento seja da competência do tribunal de júri ou do tribunal coletivo seja um trabalhador em funções públicas, a secretaria do tribunal por onde corra o processo, no prazo de 24 horas sobre o trânsito em julgado do despacho de pronúncia ou equivalente, entrega, por termo nos autos, cópia de tal despacho ao Ministério Público, a fim de que este a remeta ao órgão ou serviço em que o trabalhador desempenha funções.

2 - Quando um trabalhador em funções públicas seja condenado pela prática de crime, aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no número anterior.

3 - A condenação em processo penal não prejudica o exercício da ação disciplinar quando a infração penal constitua também infração disciplinar.

4 - Quando os factos praticados pelo trabalhador sejam passíveis de ser considerados infração penal, dá-se obrigatoriamente notícia deles ao Ministério Público competente para promover o procedimento criminal, nos termos do artigo 242.º do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, na redação atual.”.

⁷⁴ MOURA, Paulo Veiga e e ARRIMAR, Cátia, *op. cit.*, pp. 515.

⁷⁵ Norma que aqui recordamos:

“5 - Sempre que o titular de cargo público, funcionário público ou agente da Administração, for condenado pela prática de crime, o tribunal comunica a condenação à autoridade de que aquele depender.”.

⁷⁶ Que aqui se transcreve:

“Artigo 499.º CPP

Decisão e trâmites

1 - A decisão que decretar a proibição ou a suspensão de exercício de função pública é comunicada ao dirigente do serviço ou organismo de que depende o condenado.

Nesta matéria tenha-se em consideração que não existem, nem devem existir sob pena de inconstitucionalidade, por violação do princípio da presunção de inocência consagrado no artigo 32.º, n.º 2, da CRP, quaisquer efeitos automáticos decorrentes da pronúncia ou recebimento da acusação em processo criminal, como sucedia nomeadamente no Estatuto Disciplinar de 1984 e, mais recentemente, na norma do artigo 38.º, n.º 1, do Regime Disciplinar da Polícia de Segurança Pública (RDPSP), constante da Lei n.º 7/90, de 20 de fevereiro. Aliás, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 107/2016, de 24 de fevereiro de 2016, 62/2016, de 3 de fevereiro de 2016 e 273/2016, de 4 de maio de 2016 julgaram inconstitucional a referida norma do artigo 38.º, n.º 1 do RDPSP, na parte em que determina a suspensão de funções e a perda de um sexto do vencimento base por efeito do despacho de pronúncia em processo penal, por infração a que corresponda pena de prisão superior a 3 anos, por violação do princípio da presunção da inocência do arguido, consagrado no artigo 32.º, n.º 2, da CRP, conjugado com o princípio da proporcionalidade, ínsito no artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

Segundo Raquel Carvalho⁷⁷, as questões mais delicadas de relacionamento entre responsabilidade criminal e disciplinar colocam-se relativamente à factualidade considerada no processo disciplinar e a considerada no processo penal. E neste, o alcance da factualidade caso o arguido seja condenado ou absolvido. Ora vejamos.

1.ª questão: A Administração fica vinculada à decisão judicial penal quanto à factualidade dada como provada?⁷⁸

Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar⁷⁹ consideram que a força de caso julgado da sentença penal se impõe à Administração relativamente aos factos que foram dados por provados pelo Tribunal, seja no âmbito de uma sentença condenatória ou absolutória, argumentando da seguinte forma:

“(...) os factos dados por provados na sentença penal condenatória são incontestáveis em sede de procedimento disciplinar, tendo a Administração que dar por assentes tais factos e apenas podendo proceder à qualificação jurídica dos mesmos para efeitos de ilícito disciplinar.

Por sua vez, os factos dados por provados na sentença penal absolutória também têm que ser dados por assentes para efeitos disciplinares, pelo que, se em sede criminal foi provado que os factos não ocorreram ou que não foi o arguido que os praticou, não pode em sede disciplinar fazer-se prova nem dar por provados os factos contrários.

2 - A decisão que decretar a proibição ou a suspensão de exercício de profissão ou actividade que dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública é comunicada, conforme os casos, ao organismo profissional em que o condenado esteja inscrito ou à entidade competente para a autorização ou homologação.
3 - O tribunal pode decretar a apreensão, pelo tempo que durar a proibição, dos documentos que titulem a profissão ou actividade.”

⁷⁷ CARVALHO, Raquel, “O regime disciplinar ...”, *op. cit.*, pp. 319.

⁷⁸ Para uma síntese das posições sobre esta questão na doutrina juspublicista, nomeadamente em termos históricos e várias subquestões hipotéticas que a matéria suscita, veja-se CARVALHO, Raquel, “O regime disciplinar ...”, *op. cit.*, pp. 319 a 324 e CARVALHO, Raquel, Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas, *op. cit.*, pp. 139 e 140.

⁷⁹ MOURA, Paulo Veiga e ARRIMAR, Cátia, *op. cit.*, pp. 520.

Já relativamente aos factos que não foram dados por provados pelo Tribunal criminal, nomeadamente por falta ou insuficiência de prova, nada impede que a Administração sobre eles faça prova em sede disciplinar e considere como assente aquilo que no procedimento criminal não foi tido como provado.”⁸⁰.

Raquel Carvalho nesta matéria conclui que “Independentemente da força de caso julgado e respetivo alcance unanimemente aceite, a verdade é que, dada a independência das infrações, algum espaço juridicamente valorativo há de ficar na disponibilidade da Administração. O poder disciplinar não é jurisdicional, mas administrativo. Portanto, pelo menos quanto à relevância dos factos em sede disciplinar, mantém-se a autonomia da Administração Pública, sob pena de intolerável intromissão na reserva de função administrativa.”⁸¹.

Sobre esta matéria, relativamente à decisão penal condenatória, veja-se o Acórdão do STA, de 19 de junho de 2007, *in* processo n.º 01058/06 (relatora: Fernanda Xavier), cujo sumário se transcreve na parte relevante:

“II - A decisão penal condenatória, transitada em julgada, vincula a decisão disciplinar no que respeita à verificação da existência material dos factos e dos seus autores, sem prejuízo da sua valoração e enquadramento jurídico para efeitos disciplinares”.

Por outro lado, a jurisprudência tem entendido que o facto de existir uma absolvição no plano penal não obsta a que possa existir sanção disciplinar precisamente porque os bens jurídicos tutelados por cada um dos ramos do direito em questão são distintos. Veja-se, exemplificativamente, o Acórdão do STA, de 6 de dezembro de 2005⁸², *in* processo n.º 42203 (relator: São Pedro), cujo sumário se transcreve na parte que ora releva:

“III - O processo disciplinar não está subordinado ao processo-crime. Trata-se de processos distintos e autónomos, cuja independência assenta fundamentalmente na diversidade de pressupostos da responsabilidade criminal e disciplinar, bem como na diferente natureza e finalidade das penas nesses processos aplicáveis.

IV- Pelo que, em princípio torna-se irrelevante em processo disciplinar a invocação do facto de o processo-crime ter sido arquivado. O invocado arquivamento ou uma eventual absolvição em processo criminal, não é fator impeditivo de a mesma conduta vir posteriormente a ser dada como demonstrada em procedimento disciplinar e se apresente como violadora de determinados deveres gerais ou especiais decorrente do exercício da atividade profissional exercida e por isso suscetível de integrar um comportamento disciplinarmente punível.”.

2.ª questão: Os Tribunais Administrativos estão vinculados ao caso julgado dos tribunais penais quanto à factualidade, aquando da impugnação de decisões disciplinares baseadas nos mesmos factos da sentença penal?

⁸⁰ *Idem*, pp. 521.

⁸¹ CARVALHO, Raquel, Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas, *op. cit.*, pp. 139.

⁸² *Vide* também Acórdão do STA de 24-1-2002, *in* processo n.º 48147 e Acórdão do TCA (Sul) de 17-06-2010, *in* processo n.º 5896/10.

Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar entendem que os Tribunais Administrativos poderão conhecer os factos, ainda que constem de decisão penal, para efeitos de apreciação da decisão administrativa disciplinar, sob pena de sofrerem uma *capitis deminutio* relativamente aos demais tribunais, o que se lhes afigura ser de rejeitar à luz do quadro constitucional e legal⁸³. Baseiam tal entendimento nos artigos 623.º e 624.º do CPC, que versam respetivamente sobre a “Oponibilidade a terceiros da decisão penal condenatória” e “Eficácia da decisão penal absolutória” e determinam que a decisão penal condenatória “constitui, em relação a terceiros, presunção ilidível no que se refere à existência dos factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal, bem como dos que respeitam às formas do crime” e que a decisão absolutória constitui “simples presunção legal da inexistência desses factos, ilidível mediante prova em contrário”. Tais autores parecem olvidar que a presunção decorrente da decisão penal condenatória apenas pode ser ilidida por terceiros.

Raquel Carvalho entende que “os Tribunais Administrativos mantêm pelo menos a possibilidade, em caso de sentença penal de absolvição, poderem valorizar de modo diferente os factos”, o que a jurisprudência reconhece, conforme referido.

Conclusões

Apresentados os principais traços da responsabilidade criminal e da responsabilidade disciplinar, foram analisadas as principais questões que se levantam quando o procedimento disciplinar e o processo penal versam sobre o mesmo facto, tendo chegado às seguintes conclusões:

a) A responsabilidade criminal dos trabalhadores da Administração Pública insere-se na responsabilidade penal do funcionário público, segundo o seu conceito penal, o qual é mais amplo do que o conceito administrativo, onde o funcionário não constitui senão uma espécie ou categoria de trabalhador. Os funcionários públicos são passíveis de responsabilidade criminal por certas atuações no exercício de funções. Existem crimes em que a relação jurídica do trabalhador é um elemento de qualificação ou agravamento. No que se refere aos crimes comuns, uma vez verificada uma específica conexão ou reflexo negativo para as funções exercidas, pode o juiz aplicar-lhe pena acessória que o iniba do respetivo exercício, por determinado período de tempo. Adicionalmente, a título cautelar, o trabalhador da Administração Pública pode ser judicialmente suspenso do exercício de funções.

b) A Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP), embora não assuma a natureza de um Código, reúne num único diploma muitas matérias até então tratadas em legislação dispersa, seguindo uma tendência de aproximação do regime de emprego público ao regime laboral comum, pelo que atualmente o regime disciplinar dos trabalhadores que exercem funções públicas é regulado pela LTFP, nos artigos 176.º a 240.º.

⁸³ MOURA e ARRIMAR, *op. cit.*, pp. 521.

- c) Entre a responsabilidade disciplinar e a responsabilidade criminal não existe consumpção, por serem diferentes os fundamentos, o recorte da relação jurídica pertinente e os fins das referidas responsabilidades [cf. exemplificativamente o Acórdão do STA, de 27-1-2011, *in* processo n.º 01079/09 (relator: Pais Borges)].
- d) Por isso, não há violação do princípio do *ne bis in idem* previsto no artigo 29.º, n.º 5, da CRP, se o mesmo facto for punido criminal e também disciplinarmente.
- e) Atualmente, as questões mais delicadas de relacionamento entre responsabilidade criminal e disciplinar colocam-se relativamente à factualidade considerada no processo disciplinar e a considerada no processo penal, e relativamente à factualidade a considerar em processos administrativos de impugnação de sanções disciplinares baseadas em processos penais previamente existentes.
- f) Parece-nos que para resolver essas questões teremos de recorrer sempre ao princípio da autonomia entre as responsabilidades em causa e respetivos fundamentos e finalidades, recordando o já defendido por Marcello Caetano: o ilícito disciplinar não é um *minus* relativamente ao criminal, mas sim um *aliud*.
- g) Esta afirmação permite-nos refletir sobre os fins dos ramos de Direito: o Direito Penal visa proteger os bens jurídicos e os interesses mais importantes da comunidade, enquanto o Direito Disciplinar, como sub-ramo do Direito Administrativo, visa garantir a capacidade funcional da Administração.
- h) As questões que se levantam sobre a relevância da factualidade nos diversos processos poderão encontrar uma solução mais simples e correta se atentarmos na autonomia e independência dos processos, assim como nos diferentes fundamentos e fins dos ramos de direito envolvidos, como tem sido defendido pela jurisprudência constante do Supremo Tribunal Administrativo.
- i) Sendo o ilícito disciplinar um *aliud* face ao criminal e valendo nele atualmente regras próprias do Direito Administrativo, é com base nessa diferença que hão-de ser resolvidas as questões que se suscitam entre o relacionamento entre o processo penal e o disciplinar.
- j) As incompatibilidades antes existentes (ao abrigo de legislação anterior), nomeadamente por remissões expressas para a legislação penal e processual penal, foram dissolvidas pela caracterização clara do procedimento disciplinar como um procedimento administrativo (embora especial), mantendo-se as remissões para a legislação penal e processual penal apenas em caso de responsabilidade criminal (cf. artigo 179.º da LTFP).
- k) No mesmo sentido, versa o artigo 2.º, n.º 5, do Código de Procedimento Administrativo (CPA) de 2015, que prevê a sua aplicação subsidiária aos procedimentos administrativos especiais.

Referências

ABREU, Luís Vasconcelos, *Para o Estudo do Procedimento Disciplinar no Direito Administrativo Português Vigente: As Relações com o Processo Penal*, Almedina, 1993.

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, 9ª edição revista e atualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Tomo II, Coimbra Editora, 1972, pp. 776-853.

CARVALHO, Raquel, "Os deveres funcionais dos trabalhadores em funções públicas", *in Estudos dedicados ao Prof. Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, U.C. Editora, 2015, pp. 283-302.

CARVALHO, Raquel, *Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas*, Universidade Católica Editora, 2014.

CARVALHO, Raquel, "O regime disciplinar na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas", *in Questões Laborais*, Ano XXI, Número 45, Coimbra Editora, julho/dezembro de 2014, pp. 305-325.

CUNHA, José M. Damião da, "Ilícito Criminal/Ilícito Disciplinar - Incongruências e Contradições", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, pp. 295-319.

DIAS, José Eduardo Figueiredo, "Enquadramento do Procedimento Disciplinar na Ordem Jurídica Portuguesa", *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXIII, 1997, pp. 183-210.

LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Procedimento Disciplinar*, 3ª edição, 1997, Rei dos Livros.

MOURA, Paulo Veiga e e ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º Vol., Coimbra Editora, 2014.

NEVES, Ana Fernanda, "O Direito da Função Pública", *in Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. IV, Almedina, 2010, pp. 359-556.

OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, José Eduardo Figueiredo de, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ª edição, 2016, Almedina, pp. 343-367.

SANTOS, M. Simas e LEAL-HENRIQUES, M., *Noções Elementares de Direito Penal*, 3ª edição revista e atualizada, Editora Rei dos Livros, 2009.

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português*, I, Verbo, 1997.

Sítio das Bases Jurídico-Documentais do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P. (IGFEJ), disponível em www.dgsi.pt (3.1.2017).

Sítio da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (PGDL), disponível em www.pgdlisboa.pt (3.1.2017).

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

35. Exercício do poder disciplinar e procedimento disciplinar

Ana Carolina Rolo

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR E PROCEDIMENTO DISCIPLINAR

Ana Carolina Rolo

Sumário

- I. O exercício do poder disciplinar
 - I.1. A responsabilidade disciplinar
 - I.2. A competência para o exercício do poder disciplinar
- II. O procedimento disciplinar
 - II.1. Os princípios do procedimento disciplinar
 - II.1.1. Os princípios da legalidade e da obrigatoriedade
 - II.1.2. O princípio do contraditório
 - II.1.3. O princípio da publicidade
 - II.1.4. O princípio da oportunidade
 - II.1.5. O princípio do inquisitório
 - II.1.6. O princípio da presunção de inocência
 - II.2. A prescrição
 - II.3. As nulidades do procedimento disciplinar
 - II.4. As fases do procedimento disciplinar
 - II.4.1. A instauração do procedimento disciplinar
 - II.4.2. A instrução
 - II.4.3. A defesa do trabalhador
 - II.4.4. A decisão
- III. Conclusões
- Jurisprudência
- Referências Bibliográficas

Sumário

O vínculo de trabalho em funções públicas estabelecido entre o empregador e o trabalhador comporta um conjunto de direitos e de deveres de ambas as partes e encontra-se regulado pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (doravante, LGTFP), cujo âmbito de aplicação se encontra delimitado pelos artigos 1.º e 2.º.

No presente trabalho iremos analisar um dos poderes legais que o empregador público pode exercer em relação ao trabalhador: o poder disciplinar.

O elenco dos poderes funcionais do empregador público engloba o poder disciplinar que se encontra previsto no artigo 76.º da LGTFP nos seguintes termos: «O empregador público tem poder disciplinar sobre o trabalhador ao seu serviço, enquanto vigorar o vínculo de emprego público».

A LGTFP regula o exercício do poder disciplinar no Capítulo VII - Exercício do poder disciplinar, do Título IV - Conteúdo do vínculo de emprego público, da Parte II - Vínculo de emprego público, onde se inclui a regulamentação do procedimento disciplinar, cujas principais normas da sua tramitação iremos estudar.

O presente estudo referenciará alguma jurisprudência relevante sobre estes dois temas: o exercício do poder disciplinar e o procedimento disciplinar.

Palavras-Chave: poder disciplinar; procedimento disciplinar.

Exercício do poder disciplinar e procedimento disciplinar

I. O exercício do poder disciplinar

A Administração Pública é uma estrutura organizacional composta por pessoas, sendo necessário o exercício de um poder orientador no sentido de desenvolver e alcançar os objectivos inerentes à sua actividade, nomeadamente a prossecução do interesse público, nos termos previstos nos artigos 266.º n.º 1 e 269.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP).

O empregador público dispõe de vários poderes, entre os quais, o poder de direcção e o poder disciplinar, os quais se encontram previstos, respectivamente, nos artigos 74.º e 76.º da LGTFP.

A doutrina tem amplamente discutido a relação entre estes poderes, sendo diversas as posições assumidas quanto à (in)dependência do poder disciplinar em relação ao poder de direcção existente numa relação hierárquica. Entendemos que estes poderes são autónomos, não sendo o poder disciplinar meramente acessório do poder de direcção.

Ana Fernanda Neves sintetiza as várias teses em torno desta questão: «*Mas, se para uns, o poder disciplinar funda-se na hierarquia, para outros é inerente à hierarquia, ou potenciando-a, e para outros ainda o poder disciplinar é uma "competência de controlo subjectivo do superior face aos subalternos", funcionando "como uma garantia da própria relação hierárquica", um corolário lógico do poder de direcção. A eficácia do poder de direcção - essencial na hierarquia administrativa - está dependente do poder de supervisão e do poder disciplinar*»¹.

Por sua vez, Isabel Azevedo Ferreira esclarece que «*(...) os deveres funcionais a que o trabalhador está sujeito a partir do momento da constituição da relação jurídica de emprego público não têm a ver com o poder de direcção, não foram estabelecidos pela entidade empregadora mas sim por lei*»².

Ana Fernanda Neves salienta, ainda, que «*b) A inclusão entre os poderes do superior do poder disciplinar não o circunscreve às relações hierárquicas, nem essa inclusão faz da hierarquia necessariamente o seu fundamento, desde logo porque os órgãos investidos do poder disciplinar podem ser outros que não os superiores hierárquicos, como, por exemplo, um conselho de disciplina, um inspector-geral*»³.

¹ NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar da Função Pública. Volume II*, p. 28.

² FERREIRA, Isabel Azevedo, *Do despedimento do trabalhador em funções públicas: processo e defesa*, p. 47.

³ NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar...*, p. 31.

O artigo 76.º da LGTFP determina que o empregador público tem poder disciplinar sobre o trabalhador ao seu serviço, enquanto vigorar o vínculo de emprego público. Do outro lado, encontramos o trabalhador que é disciplinarmente responsável perante os seus superiores hierárquicos (cfr. artigo 176.º, n.º 1, da LGTFP).

O poder disciplinar permite ao empregador público instaurar um procedimento disciplinar com vista a aplicar uma sanção disciplinar caso se verifique a prática de uma infracção disciplinar e caracteriza-se por ser unilateral, uma vez que apenas pode ser exercido pelo empregador público em relação ao trabalhador.

Para Ana Fernanda Neves o poder disciplinar do empregador público fundamenta-se na relação jurídica de emprego público: por um lado, o empregador pretende que o trabalhador cumpra os deveres e as obrigações que assumiu com o vínculo de emprego público e, por outro lado, o trabalhador encontra-se numa posição de subordinação disciplinar.⁴

O exercício do poder disciplinar procura, essencialmente, assegurar o bom funcionamento dos serviços.

Deste modo, o seu exercício é fulcral e imprescindível, pois, como salienta Isabel Azevedo Ferreira «(...) se deve a ele, “direta ou indiretamente” o bom funcionamento das estruturas hierarquizadas, contribuindo para a eficácia da Administração (...) no direito disciplinar dos trabalhadores em funções públicas este mesmo poder é utilizado para que os serviços públicos não se afastem da prossecução das competências a que estão adstritos»⁵.

Ana Fernanda Neves não caracteriza o poder disciplinar do empregador público como um direito subjectivo, uma vez que a posição de vantagem em que este poder coloca o empregador público está funcionalizada aos interesses públicos que lhe cabe prosseguir, «(...)sujeito a vinculações jurídicas mesmo quando se reconhece um relevante espaço de apreciação e decisão»⁶.

Questão geralmente colocada consiste em saber se o exercício do poder disciplinar tem natureza meramente facultativa ou se constitui um poder-dever.

Sobre este ponto haverá que chamar a atenção para o disposto no artigo 207.º da LGTFP que determina que a entidade competente para instaurar o procedimento disciplinar decide se a ele deve ou não haver lugar. Raquel Carvalho entende que estamos perante um poder discricionário de avaliar se a matéria em causa é ou não suficiente para instaurar procedimento disciplinar.⁷ Se for suficiente, e não existindo outros impedimentos ou razões de interesse público que se oponham à instauração, parece-nos que não se poderá deixar de instaurar o respectivo procedimento disciplinar. Em anotação ao artigo 41.º do anterior

⁴ NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar...*, p. 38.

⁵ FERREIRA, Isabel Azevedo, *Do despedimento...*, p.21.

⁶ NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar...*, p. 8.

⁷ CARVALHO, Raquel, *Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas*, p.227.

Estatuto Disciplinar⁸, Paulo Veiga e Moura citava o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 08/06/2000, proferido no processo nº 41879, que afirmou o seguinte: «(...), ao poder de participar não corresponde, do lado passivo, outro dever que não seja o de receber a participação e sobre ela, proferindo despacho liminar, decidir se instaura ou não o procedimento adequado»⁹.

Isabel Azevedo Ferreira não segue «(...) a opinião de que o poder disciplinar é um poder-dever, porque a entidade competente não é obrigada a instaurar um procedimento disciplinar ao tomar conhecimento da infração – princípio da oportunidade. (...) a entidade empregadora pública pode optar entre instaurar ou arquivar o procedimento disciplinar, se não existir grave prejuízo para o interesse público, opção que deve ser devidamente fundamentada. Se a entidade competente decidir que com a não instauração do procedimento se salvaguarda um valor mais importante, nomeadamente o interesse público, então esse interesse suplantar a punição da infração»¹⁰.

Neste sentido, também entende Freitas do Amaral¹¹ ao sublinhar que o empregador público tem o direito de iniciar o procedimento quando seja necessário para a prossecução dos fins públicos que lhe cabe prosseguir.

I. 1. A responsabilidade disciplinar

A responsabilidade disciplinar é imputada ao trabalhador quando se verifica a violação de um dos seus deveres previstos, designadamente, no artigo 73.º da LGTFP.

Para Manuel Leal-Henriques a responsabilidade disciplinar constitui «(..) a consequência da violação dos deveres por parte dos trabalhadores, objectivando precisamente a restauração do normal funcionamento dos serviços, através da sujeição dos funcionários e agentes a determinadas medidas sancionatórias. (...) decorre do facto de o trabalhador da Administração se ter desviado das obrigações do seu cargo, pondo em causa a realização plena e eficaz dos objectivos que lhe cumpria prosseguir»¹².

Isabel Azevedo Ferreira recorda-nos que: «Na definição de Ana Neves a responsabilidade disciplinar “corresponde a uma garantia de um modelo de comportamento exigível a determinada pessoa no quadro de uma relação jurídica em que aquela é um dos sujeitos da mesma»¹³.

⁸ Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública (Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro, revogada pela alínea d) do n.º 1 do artigo 42.º da LGTFP).

⁹ MOURA, Paulo Veiga e, Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública Anotado, p. 223.

¹⁰ FERREIRA, Isabel Azevedo, *Do despedimento...*, p. 48.

¹¹ *Apud* FERREIRA, Isabel Azevedo, *Do despedimento...*, p. 48.

¹² LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira, *Procedimento Disciplinar*, p. 28.

¹³ FERREIRA, Isabel Azevedo, *Do despedimento...*, p. 28.

Em anotação ao artigo 76.º da LGTFP, Raquel Carvalho afirma que «*Desapareceu a menção, que constava do n.º 3 do artigo 4.º, parte final, do EDR, de que o poder disciplinar também existia se houvesse exercício efetivo de funções anterior à constituição do vínculo*»¹⁴.

A LGTFP prevê uma exceção à responsabilidade disciplinar do trabalhador no artigo 177.º, n.º 1. Esta disposição legal determina que o trabalhador não será disciplinarmente responsável quando actuar no cumprimento de ordens ou de instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço, quando previamente delas tenha reclamado ou exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito, em conformidade com o disposto no artigo 271.º n.º 2, da CRP.

Para Raquel Carvalho o artigo 177.º, n.º 1, da LGTFP consagra uma causa de exculpação da ilicitude, cabendo ao trabalhador afirmar naquela reclamação que considera ilegal a ordem ou a instrução recebida¹⁵.

I. 2. A competência para o exercício do poder disciplinar

O exercício do poder disciplinar depende da competência para instaurar o procedimento disciplinar, para realizar a instrução e para aplicar as sanções disciplinares.

As competências quanto à instauração do procedimento disciplinar e à aplicação da sanção disciplinar podem não caber à mesma pessoa. Dispõe o artigo 196.º, n.º 1, da LGTFP que é competente para instaurar ou mandar instaurar procedimento disciplinar contra os respectivos subordinados qualquer superior hierárquico, ainda que não seja competente para aplicar a sanção. No que respeita à competência para aplicar uma sanção disciplinar, competência indelegável (cfr. n.º 6, do artigo 197.º, da LGTFP), distingue-se a competência para aplicar uma repreensão registada (cabe a todos os superiores hierárquicos em relação aos seus subordinados) da competência para aplicar as restantes sanções disciplinares (cabe ao dirigente máximo do órgão ou serviço), conforme resulta do n.º 1, do artigo 197.º, da LGTFP.

No que respeita à situação de faltas injustificadas do trabalhador, o artigo 206.º, n.º 3, da LGTFP obriga a que o superior hierárquico participe o facto de imediato ao dirigente máximo do serviço.

II. O procedimento disciplinar

O artigo 269.º, n.º 3, da CRP determina que o trabalhador "*arguido*" pela prática de uma infracção disciplinar goza das garantias de audiência e de defesa no âmbito de um processo disciplinar.

¹⁴ CARVALHO, Raquel, *Comentário...*, p. 84.

¹⁵ CARVALHO, Raquel, *Comentário...*, p. 125.

Deste modo, o trabalhador tem direito a que a responsabilidade disciplinar que o empregador lhe imputa se apure mediante a instauração de um determinado procedimento, que, nas palavras de Ana Fernanda Neves, se deve basear «(...) no princípio do contraditório, no princípio da publicidade, no princípio da celeridade, no princípio da independência face aos processos de apuramento de outras formas de responsabilidade, no princípio da presunção da inocência e no princípio do inquisitório temperado»¹⁶.

O procedimento disciplinar constitui um procedimento administrativo especial de natureza sancionatória aplicando-se-lhe as regras especiais previstas na LGTFP, só sendo de aplicar as regras gerais consagradas no Código de Procedimento Administrativo (CPA) de forma subsidiária, conforme determinado pelo seu artigo 2.º, n.º 5. Assumindo essa natureza sancionatória, o legislador consagrou as garantias de audiência e de defesa do trabalhador, em cumprimento dos artigos 32.º, n.º 10 e 269.º, n.º 3, da CRP. O Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 18/06/2008, proferido no processo n.º 0145/08, realça essa natureza ao afirmar que: «(...) o que o procedimento disciplinar tem de diferente dos demais procedimentos administrativos é o facto de visar a aplicação de uma pena disciplinar».

Consideramos que mais do que visar a aplicação de uma sanção disciplinar, o procedimento disciplinar procura a descoberta da verdade material, podendo terminar com uma decisão de conclusão pela inexistência de infracção disciplinar e pela não aplicação de qualquer sanção disciplinar.

Conforme determina o artigo 1.º do CPA, o procedimento administrativo consiste na sucessão ordenada de actos e formalidades relativos à formação, manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública.

Constituindo um procedimento administrativo especial, o procedimento disciplinar implica a observância de um percurso formal e determinado por lei com vista à prática de um acto administrativo final que poderá consistir na aplicação de uma sanção disciplinar.

Ana Fernanda Neves refere que «O procedimento constitui um limite, constitucionalmente previsto, da actividade administrativa, independentemente da sua forma: para a Constituição, a actividade administrativa exerce-se processadamente, nos concretos termos definidos em lei específica»¹⁷.

A LGTFP prevê dois tipos de procedimento disciplinar: o procedimento disciplinar comum e o procedimento disciplinar especial.

O primeiro aplica-se a todos os casos em que a lei não preveja um procedimento especial. Por sua vez, os procedimentos especiais aplicam-se apenas aos casos expressamente previstos na lei: o processo de inquérito e de sindicância (artigos 229.º a 231.º da LGTFP), de averiguações (artigos 232.º a 234.º da LGTFP), de revisão do procedimento disciplinar (artigos 235.º a 239.º da LGTFP) e de reabilitação (artigo 240.º da LGTFP). Os dois primeiros procedimentos especiais

¹⁶ NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar...*, p. 525.

¹⁷ NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar...*, p. 292.

situam-se num momento precedente, uma vez que se destinam a indagar da prática de eventuais infracções disciplinares. Já a revisão e a reabilitação surgem num momento posterior, pois o primeiro tem como finalidade a revogação ou a alteração da decisão proferida no procedimento revisto e o segundo procura cessar os efeitos da decisão de condenação ainda subsistentes, não podendo, todavia, restabelecer-se o vínculo de emprego público extinto por despedimento disciplinar ou demissão.

Importa, apenas, dar uma breve nota de que existem regimes disciplinares específicos previstos em legislação avulsa que consagram regras próprias dos procedimentos disciplinares aplicáveis, designadamente:

- i) Regime Disciplinar do Ministério Público para os magistrados do Ministério Público (Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro);
- ii) Regulamento Disciplinar da Polícia de Segurança Pública para o pessoal com funções policiais dos quadros da PSP (Lei n.º 7/90, de 20 de Fevereiro);
- iii) Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana para os oficiais, sargentos e praças dos quadros da GNR (Lei n.º 145/1999, de 1 de Setembro);
- iv) Regulamento de Disciplina Militar para os militares das Forças Armadas (Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de Julho).

II. 1. Os princípios do procedimento disciplinar

II. 1.1. Os princípios da legalidade e da obrigatoriedade

O princípio da legalidade encontra-se previsto no artigo 3.º do CPA aí se estipulando que os órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respectivos fins. Este princípio determina que toda a actividade da Administração, incluindo o exercício do poder disciplinar, está subordinada à lei e pressupõe a sujeição da Administração às exigências essenciais dos princípios fundamentais que orientam a actividade administrativa.

Em sede de procedimento disciplinar, o princípio da legalidade vincula o empregador público a respeitar e a cumprir as regras estabelecidas na lei.

Ao longo daquele procedimento devem ser respeitados todos os princípios e normas que o regem, pois o poder disciplinar é limitado pela lei, sob pena de ser praticado um acto inválido passível de anulação jurisdicional.

Raquel Carvalho refere que «*O poder disciplinar é uma competência e não um direito subjetivo do superior hierárquico. Isto significa que o exercício desse poder está balizado pelo princípio da legalidade e por todas as demais condicionantes legais*»¹⁸.

A exigência legal de procedimento disciplinar configura em si mesma uma garantia da legalidade e de protecção do trabalhador, evitando a tomada de decisões arbitrárias pelo empregador público.

A LGTFP consagra uma excepção quanto à obrigatoriedade de procedimento disciplinar na medida em que a sanção disciplinar de repreensão escrita pode ser aplicada sem necessidade de prévio procedimento disciplinar, mas com audiência e defesa do trabalhador, nos termos do artigo 194.º, n.º 2.

II. 1.2. O princípio do contraditório

Um dos princípios basilares do procedimento disciplinar consiste no princípio do contraditório que exige que ao trabalhador sejam dados a conhecer todos os elementos que possam influir na possível decisão de aplicar uma sanção disciplinar.

Os artigos 214.º a 218.º da LGTFP aplicam-se à defesa do trabalhador que tem o direito de constituir advogado, de consultar o processo, de apresentar defesa escrita, de arrolar testemunhas e de solicitar a realização de diligências de prova.

II. 1.3. O princípio da publicidade

A regra estabelecida no artigo 200.º da LGTFP é a da confidencialidade do procedimento disciplinar até à dedução de acusação.

Raquel Carvalho refere que «*A natureza secreta do procedimento justifica-se pelos particulares interesses pessoais do trabalhador envolvidos, bem como os interesses de garantir o êxito das investigações necessariamente existentes para o apuramento dos factos*»¹⁹.

Haverá que chamar a atenção para o facto de os artigos 82.º a 85.º do CPA consagrarem a regra da transparência da informação administrativa procedimental, regra essa que constitui uma excepção (até à acusação) no âmbito do procedimento disciplinar.

Todavia, o princípio da publicidade, que não deixa de estar presente, implica que ao trabalhador seja garantido o direito à informação, podendo consultar o respectivo processo e requerer a emissão de certidões mesmo antes da apresentação da acusação, conforme determina o artigo 200.º da LGTFP. Este direito de acesso ao processo constitui uma garantia para o exercício efectivo do contraditório.

¹⁸ CARVALHO, Raquel, *Comentário...*, p. 84.

¹⁹ CARVALHO, Raquel, *Comentário...*, p. 209.

II. 1.4. O princípio da oportunidade

O artigo 207.º da LGTFP estabelece que a entidade competente para instaurar o procedimento disciplinar decide se o mesmo deve ou não ter lugar, consoante, refere Isabel Azevedo Ferreira, «(...) a decisão de instaurar o procedimento “é ou não suscetível de causar maior dano à própria disciplina dos serviços do que a resultante de uma eventual decisão de cariz contrário”»²⁰. O princípio da oportunidade confere ao empregador público a flexibilidade para adaptar a sua actuação aos comandos do interesse público no caso concreto²¹.

Nos termos previstos no artigo 207.º da LGTFP, assim que seja recebida uma participação ou queixa, o órgão competente para instaurar o procedimento disciplinar deve apurar se aquelas têm fundamento e se o comportamento imputável ao trabalhador pode ou não constituir infracção disciplinar.

Se entender que poderá haver responsabilidade disciplinar do trabalhador, então o órgão competente deve instaurar o competente procedimento disciplinar.

Salienta Isabel Azevedo Ferreira que «Quando da ponderação da abertura de procedimento, a entidade competente deve ter presente o princípio da proporcionalidade e da prossecução do interesse público, fazendo uma ponderação entre a conduta do trabalhador, os benefícios da instauração do procedimento disciplinar e o interesse público violado. Em caso de dúvida a entidade competente deve optar sempre pela abertura do procedimento porque é mais garantístico para o bem comum e está mais de acordo com os princípios da igualdade e legalidade»²².

II. 1.5. O princípio do inquisitório

O instrutor deve adoptar uma atitude activa no decurso do procedimento disciplinar, podendo realizar as diligências que considere convenientes para a descoberta da verdade.

O artigo 212.º da LGTFP estipula que o instrutor procede a exames e a mais diligências que possam esclarecer a verdade, podendo indeferir o pedido de realização de diligências do trabalhador sempre que julgue suficiente a prova produzida, conforme determina o n.º 4 do artigo 212.º daquela lei.

II. 1.6. O princípio da presunção de inocência

O artigo 32.º, n.º 2, da CRP determina que todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação.

²⁰ FERREIRA, Isabel Azevedo, *Do despedimento...*, p. 79.

²¹ *Apud* FERREIRA, Isabel Azevedo, *Do despedimento...*, 79.

²² FERREIRA, Isabel Azevedo, *Do despedimento...*, p. 79.

Considerando que o procedimento disciplinar pode conduzir à aplicação de uma sanção (disciplinar), sem dúvidas que se aplica, nesta sede, o princípio da presunção de inocência do trabalhador até à decisão final.

II. 2. A prescrição

Conforme nos explica Raquel Carvalho, são razões de segurança jurídica que exigem que o direito de instaurar o procedimento disciplinar esteja limitado no tempo²³.

Assim, o artigo 178.º, n.º 2, da LGTFP estabelece que aquele direito prescreve no prazo de sessenta dias sobre o conhecimento da infracção por qualquer superior hierárquico, aplicando-se as causas de suspensão constantes do n.º 3 da mesma disposição legal.

Por sua vez, o procedimento disciplinar prescreve no prazo de dezoito meses a contar da data em que foi instaurado quando, nesse prazo, o trabalhador não tenha sido notificado da decisão final (cfr. artigo 178.º, n.º 5, da LGTFP). A suspensão deste prazo poderá ocorrer nos termos previstos no n.º 6 do artigo 178.º da mesma lei.

Sobre a temática da prescrição do direito de instaurar o procedimento disciplinar, o Supremo Tribunal Administrativo tem-se pronunciado sobre a contagem daquele prazo de sessenta dias, afirmando o Acórdão do Pleno (CA) de 22/06/2006, proferido no processo nº 02054/02, que: «(...) Entendeu-se ainda no acórdão recorrido que «a jurisprudência tem entendido que este conhecimento pelo dirigente máximo do serviço tem de se reportar a todos os elementos caracterizadores da situação de modo a poder efectuar uma ponderação criteriosa para se determinar de forma consciente quanto a usar ou não do poder sancionador». Também o Acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Administrativo de 23/01/2007, proferido no processo nº 021/03, decidiu neste sentido: «Como conhecimento relevante para os efeitos de prescrição não é suficiente o mero conhecimento de uma certa materialidade dos factos, sendo necessário que o dirigente tome conhecimento de tais factos em termos de os poder enquadrar como ilícito disciplinar».

Com o mesmo entendimento se pronunciou o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 19/06/2007, proferido no processo nº 01058/06: «Refira-se ainda que a jurisprudência deste STA tem entendido que este conhecimento pelo dirigente máximo do serviço tem de se reportar a todos os elementos caracterizadores da situação, de modo a poder efectuar uma ponderação criteriosa para se determinar, de forma consciente, quanto a usar ou não do poder sancionador. cf. acs. 14.10.03, rec. 586/03, de 20.03.03, rec. 2017/02, de 16.03.06, rec. 141/06 e de 22.06.06, rec. 2054/02».

²³ CARVALHO, Raquel, *Comentário...*, p. 130.

II. 3. As nulidades do procedimento disciplinar

O artigo 203.º da LGTFP prevê a existência de nulidades supríveis e insupríveis. A nulidade estará suprida, não podendo ser alegada como causa de invalidade, se o trabalhador não reclamar da mesma até à decisão final, conforme dispõe o n.º 2 do artigo 203.º da LGTFP. Contudo, se a nulidade resultar da falta de audiência do trabalhador ou da omissão de quaisquer diligências essenciais para a descoberta da verdade, a mesma é considerada insuprível pelo n.º 1 do artigo 203.º daquela lei.

Raquel Carvalho refere que «*Na maioria dos Acórdãos consultados, a nulidade insuprível redonda em sanção disciplinar anulável [cfr. Acórdão do TCA (S) de 19/06/2014, P. nº 8665/12]. No entanto, quando a nulidade disser respeito à falta de audiência ou quando existir o incumprimento de uma formalidade que redunde em falta de defesa do arguido, então a decisão punitiva também é nula [vide Acórdão do TCA (N) de 23/03/2012, P. nº 290/09.3BEPNF]*»²⁴.

Lê-se naquele Acórdão do TCA (S) de 19/06/2014, que: «*A formalidade omitida, não obstante constituir uma nulidade insuprível não implica a nulidade do acto impugnado, mas sim a sua anulação, uma vez que as nulidades insupríveis constantes do n.º1 do artigo 42.º do E.D., dizem respeito ao próprio procedimento disciplinar e não ao acto punitivo final, relevando por isso o regime dos artigos 133.º e 135.º do C.P.A.*».

O Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22/06/2010, proferido no processo nº 1091/08 pronunciou-se nestes termos: «*I. A nulidade insuprível decorrente de falta de audiência do arguido ou de omissão de diligências essenciais em processo disciplinar, não é a nulidade dos actos administrativos a que se alude nos artigos 133.º e 134.º do CPA, antes respeita à nulidade do procedimento disciplinar, por preterição de formalidades essenciais, a qual é geradora de mera anulabilidade do acto administrativo punitivo, sendo-lhe, portanto, aplicável o regime previsto nos artigos 135.º e 136.º do CPA*».

Leal-Henriques aponta algumas situações que devem corresponder à falta de audiência do trabalhador e, nessa medida, geradoras de nulidade insuprível: «*- falta de formalidades essenciais à acusação e à defesa (...); - falta de notificação da acusação (...); - disponibilidade do processo em local ou circunstâncias de consulta difícil ou inacessível (...); - concessão de prazo insuficiente para a defesa (...); falta de nomeação de curador quando necessário (...); falta de audição do arguido em actos posteriores à apresentação da defesa (...)*»²⁵.

No que se refere a casos de nulidade insuprível por omissão de diligências essenciais, Leal-Henriques exemplifica as seguintes: «*- falta de inquirição de testemunhas oferecidas pelo arguido (...); - falta de realização de exames, peritagens ou quaisquer outras diligências indispensáveis à prova ou esclarecimento dos factos (...)*»²⁶.

²⁴ CARVALHO, Raquel, *Comentário...*, p. 214.

²⁵ LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira, *Procedimento...*, p. 263.

²⁶ LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira, *Procedimento...*, p. 264.

II. 4. As fases do procedimento disciplinar

O procedimento disciplinar constitui um conjunto ordenado de fases destinadas a apurar os factos imputáveis ao trabalhador, susceptíveis de constituir infracção disciplinar, e a verificar se importa ou não aplicar uma sanção disciplinar.

A este procedimento são, geralmente, apontadas quatro fases: a fase de instauração, a fase de instrução, a fase de defesa e a fase de decisão.

II. 4.1. A instauração

Previamente à decisão de instauração do procedimento disciplinar, é necessário que ocorra o conhecimento da suposta infracção pela entidade com competência para aplicar sanções disciplinares. Esse conhecimento pode surgir através de participação ou de queixa, ou mediante o conhecimento directo da alegada infracção.

Ao tomar conhecimento desses factos, a entidade competente para instaurar o procedimento disciplinar pode proferir despacho liminar de arquivamento da participação ou da queixa caso considere que não existe infracção disciplinar.

Se decidir em sentido contrário, toma a decisão de instaurar o respectivo procedimento, se não existirem outros obstáculos legais, como a prescrição do direito de instaurar o procedimento ou da infracção. A decisão de instauração dá, assim, início ao procedimento disciplinar, colocando em curso uma diversidade de actos.

Ao decidir-se pela instauração do procedimento disciplinar, deverá nomear-se um instrutor que deve ser escolhido de entre os trabalhadores do mesmo órgão ou serviço, titular de cargo ou carreira ou categoria de complexidade funcional superior à do trabalhador ou, quando impossível, com antiguidade superior no mesmo cargo ou em carreira ou categoria de complexidade funcional idêntica ou no exercício de funções públicas, preferindo os que possuam adequada formação jurídica (artigo 208.º, n.º 1, da LGTFP).

II. 4.2. A instrução

A instrução tem por finalidade a recolha de elementos de prova dos factos imputados ao trabalhador no sentido da respectiva confirmação ou negação.

A fase da instrução é dirigida pelo instrutor nomeado, competindo-lhe realizar todas as diligências de prova que julgue necessárias para o esclarecimento da verdade quanto à prática da infracção e quanto à responsabilidade do trabalhador.

O artigo 212.º, n.º 1, da LGTFP consagra o princípio do inquisitório, podendo, o instrutor, com alguma margem de liberdade, realizar exames, diligências e inquirições de testemunhas que entenda necessárias.

A diligência mais importante será a audição do trabalhador nos termos referidos no artigo 212.º, n.º 2, da LGTFP que prevê expressamente que o instrutor ouve o trabalhador a requerimento deste e sempre que o entenda conveniente até ao final da instrução.

A LGTFP, no artigo 210.º, permite, ainda, que o instrutor adopte medidas cautelares necessárias, adequadas e proporcionais com vista a impedir a alteração do estado dos factos e de documentos em que se descobriu ou presume existir alguma irregularidade e a impedir a subtracção de provas.

A suspensão preventiva do trabalhador, sem perda de retribuição, até à decisão final do procedimento prevista no artigo 211.º da LGTFP constitui uma dessas medidas, podendo aplicar-se nos casos em que se considere que a sua presença se mostra inconveniente para o serviço ou para o apuramento da verdade. Esta medida só pode ser adoptada se a infracção em questão for punível com sanção de suspensão ou superior.

Tem-se colocado a questão de saber se a decisão de suspender preventivamente o trabalhador, deve ou não ser precedida de audiência prévia.

Para quem entende que deverá ter lugar a audiência prévia, argumenta-se que está em causa um acto que restringe a situação jurídico-laboral do trabalhador.

Na posição contrária, com a qual concordamos, encontramos o entendimento, citado por Raquel Carvalho, de «*Ana Neves que sustenta que "a sua [da suspensão] finalidade e natureza não sancionatória, antes cautelar, de aplicação imediata, não se coaduna com a audiência prévia*»²⁷.

A fase de instrução termina com a elaboração do relatório final pelo instrutor que pode propor o arquivamento do procedimento disciplinar, caso considere que não foi praticada uma infracção disciplinar, que não foi o trabalhador o autor da infracção ou que a responsabilidade disciplinar não lhe pode ser exigida por prescrição ou por outro motivo atendível. No caso contrário, o instrutor deduz, no prazo de dez dias e de modo articulado, a acusação que deve conter a descrição dos factos, das circunstâncias de tempo, modo e lugar da prática da infracção, indicando as disposições legais e as sanções disciplinares aplicáveis.

Refere Isabel Azevedo Ferreira que: «*A acusação deve conter uma exposição suficientemente clara e concisa dos factos e dos preceitos legais forma a que o arguido perceba todo o seu conteúdo, portanto "sob pena de nulidade, por desrespeito do direito de audiência e defesa do arguido em processo disciplinar, a acusação deve conter indicação concreta e precisa dos factos integrantes da infracção que àquele é imputada."* (...). *Mais, "o arguido tem de saber de*

²⁷ CARVALHO, Raquel, *Comentário...*, p. 234.

forma clara e concreta, os factos de que é acusado de molde a poder apresentar defesa pertinente a esses mesmos factos, quer no sentido de provar que os não praticou e como tal que é inocente, quer com o objetivo de demonstrar que não se justifica a aplicação de sanções por não constituírem infrações disciplinares”»²⁸.

Por último, cabe referir que o trabalhador e o participante podem deduzir a suspeição do instrutor nomeado quando creiam que este não será isento e imparcial no exercício daquelas funções, nos termos previstos no artigo 209.º da LGTFP.

O incidente de suspeição é decidido pela entidade competente pela instauração do procedimento disciplinar, em despacho devidamente fundamentado, no prazo máximo de quarenta e oito horas.

II. 4.3. A defesa do trabalhador

A terceira fase corresponde à possibilidade de o trabalhador apresentar defesa, podendo requerer as diligências probatórias que considerar necessárias.

Isabel Azevedo Ferreira refere que «*O direito de audição e defesa é a forma que o trabalhador tem de provar que a sua responsabilidade se processa em termos diferentes daqueles expostos do procedimento ou exculpar-se das acusações*»²⁹.

Esta fase tem o seu início com a notificação da acusação ao trabalhador para apresentar, querendo, a sua defesa por escrito, no prazo entre dez e vinte dias. O trabalhador pode consultar o processo a qualquer hora de expediente, juntar documentos e requerer a realização de inquirição de testemunhas e de outras diligências de prova que se mostrem indispensáveis para a descoberta da verdade, conforme determina o artigo 216.º da LGTFP.

O artigo 218.º da LGTFP contém regras essenciais referentes à produção de prova requerida pelo trabalhador, estabelecendo, no n.º 9, que o instrutor pode promover a realização de novas diligências que se tornem indispensáveis para o cabal esclarecimento da verdade.

No que respeita às diligências solicitadas pelo trabalhador, estas podem ser recusadas pelo instrutor, mediante despacho fundamentado, se forem manifestamente impertinentes e desnecessárias. A inquirição das testemunhas arroladas pelo trabalhador também podem ser recusada se o instrutor considerar suficientemente provados os factos alegados por aquele.

A CRP prevê garantias de audiência e de defesa em sede de procedimento disciplinar onde devem ser utilizados, na medida do possível, os princípios de defesa constitucionalmente estabelecidos para o processo penal.³⁰ Refira-se que o Acórdão do Tribunal Constitucional nº

²⁸ FERREIRA, Isabel Azevedo, *Do despedimento...*, p. 93.

²⁹ FERREIRA, Isabel Azevedo, *Do despedimento...*, p. 113.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 841.

161/95, de 23/03/1995, entendeu que «*A Constituição não impõe a transferência de todas as garantias de processo penal consagradas no artigo 32º para o domínio disciplinar (...)*».

Posto isto, o artigo 32.º da CRP prevê que todos os arguidos em processo criminal têm direito a todas as garantias de defesa. Já o artigo 269.º, n.º 3, da CRP consagra expressamente os direitos de audiência e de defesa no âmbito de procedimento disciplinar, que são concretizados pela LGTFP em vários momentos daquele procedimento, tendo o trabalhador oportunidade para ser ouvido e para se pronunciar sobre o seu andamento. Para Gomes Canotilho e Vital Moreira «*O sentido útil da explicitação constitucional do direito de audiência e defesa é o de se dever considerar a falta de audiência do arguido ou a omissão de formalidades essenciais à defesa como implicando a ofensa do conteúdo essencial de um direito fundamental de defesa, daí resultando a nulidade de procedimento disciplinar*»³¹.

Isabel Azevedo Ferreira recorda que: «*(...) João Pacheco de Amorim refere que, nos procedimentos sancionatórios, tem-se verificado uma tendência para considerar a preterição da audiência do arguido como uma causa de nulidade do procedimento, devendo ter-se em linha de conta a gravidade da decisão na esfera jurídica daquele*»³².

II. 4.4. A decisão

A decisão tomada pela entidade competente terá de se basear no relatório elaborado pelo instrutor, que deve descrever os factos imputados ao trabalhador, qualificando-os juridicamente.

Perante a factualidade descrita no relatório e ponderada a condição concreta do trabalhador e a situação em causa, pode o órgão competente decidir pela aplicação ou não de uma sanção disciplinar ou pela realização de novas diligências instrutórias. Refere Ana Fernanda Neves que: «*Não se trata, aqui, de o decisor fazer a instrução, refazer a acusação ou elaborar o relatório do instrutor, ao qual não pode substituir-se. Ajuíza da legalidade da decisão proposta pelo instrutor, desde logo, do ponto de vista do seu apoio factual e da suficiência probatória e impõe, sendo necessário, a realização de instrução complementar*»³³.

A elaboração do relatório final está sujeita às regras previstas no artigo 219.º da LGTFP, devendo o mesmo conter uma descrição completa e pormenorizada dos factos apurados e considerados provados, indicando o respectivo enquadramento jurídico, e das diligências realizadas.

Este relatório apresenta uma proposta no sentido do arquivamento do procedimento ou da aplicação de uma sanção disciplinar, caso em que se torna fundamental determinar o grau de culpa do trabalhador e actuar em conformidade com o princípio da igualdade considerando as

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição...*, p. 841.

³² FERREIRA, Isabel Azevedo, *Do despedimento...*, p. 114, 115.

³³ NEVES, Ana Fernanda, *O Direito da Função Pública*, p. 529.

sanções disciplinares já aplicadas a outros trabalhadores por condutas e em situações semelhantes.

O prazo de cinco dias previsto no artigo 213.º, n.º 1, da LGTFP para a elaboração do relatório é um prazo meramente ordenador. O Acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Administrativo (CA), de 09/12/1998, proferido no processo nº 038100, refere que: «*O prazo de 5 dias de que, segundo o art. 65º nº 1 do mesmo Estatuto, o instrutor dispõe para elaborar o relatório tem carácter meramente ordenatório, visando exclusivamente a preservação do interesse público de uma rápida decisão do processo, pelo que o seu desrespeito, não implica, por si mesmo, a extinção da acção disciplinar*».

Este relatório é remetido à entidade que determinou a instauração do procedimento disciplinar que, se não dispuser de competência para o decidir, o deve enviar à entidade competente para emitir a decisão final.

Conforme se pode ler no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, proferido no processo n.º 00047/10.9BEBRG, de 10/05/2012, «*(...) a prova coligida no processo disciplinar tem que legitimar uma convicção segura da materialidade dos factos imputados ao arguido (...) bem como do circunstancialismo que rodeou a prática da infração imputada*» e no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 14/10/2003, proferido no processo n.º 0586/03, «*(...) não basta o mero conhecimento dos factos na sua materialidade, sendo necessário o conhecimento destes e do respetivo circunstancialismo, de molde a possibilitar um juízo fundado de que podem integrar infração disciplinar*».

A decisão final conclui o procedimento disciplinar e deve ser notificada ao trabalhador, ao instrutor e ao participante (caso exista) conforme previsto pelo artigo 222.º da LGTFP. Esta decisão deverá ser fundamentada quando não concorde com a proposta contida no relatório final, devendo ser proferida no prazo máximo de trinta dias a contar dos factos elencados no artigo 220.º, n.º 4, da LGTFP, sob pena de caducidade do direito de aplicar a sanção disciplinar (artigo 220.º, n.º 6, da LGTFP).

A decisão constitui o acto administrativo cuja preparação e instrução teve lugar com o procedimento³⁴ e determina «*(...) os efeitos jurídicos no procedimento concreto em termos de preclusão formal ou material*»³⁵.

Subjacente à decisão final do procedimento disciplinar encontramos o dever de fundamentação para os actos que neguem, extingam, restrinjam ou afectem de qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, devendo a mesma ser expressa, clara e suficiente conforme previsto nos artigos 152.º n.º 1 alínea a) e 153.º do CPA.

A entidade competente para proferir a decisão pode determinar a realização de novas diligências caso subsistam dúvidas, não podendo escusar-se a decidir o respectivo procedimento disciplinar. Sobre a entidade competente recai um dever legal de decisão, seja

³⁴ *Apud*, FERREIRA, Isabel Azevedo, *Do despedimento...*, p. 100.

³⁵ Canotilho e Moreira, FERREIRA, Isabel Azevedo, *Do despedimento...*, p. 100.

no sentido do arquivamento ou no sentido de aplicação da sanção disciplinar, conforme resulta do previsto no artigo 13.º do CPA.

Conforme refere Raquel Carvalho «*Não podem dar-se como provados factos que não constem da acusação, sob pena de nulidade. A exceção reconduz-se aos factos que beneficiem a posição jurídica do trabalhador, designadamente circunstâncias dirimentes ou atenuantes ou excludentes da responsabilidade disciplinar*»³⁶.

Por último, Isabel Azevedo Ferreira distingue, ainda, uma outra fase: «*(...) aquela que, após a decisão, Figueiredo Dias chama de “fase integrativa da eficácia”, que se processa com a notificação da decisão ao arguido que é condição para produção de efeitos em relação a ele*»³⁷. O artigo 223.º da LGTFP estabelece que as sanções disciplinares produzem efeitos no dia seguinte ao da notificação do trabalhador ou, não podendo este ser notificado, quinze dias após a publicação de aviso na 2ª série do Diário da República.

III. Conclusões

1. O exercício do poder disciplinar é imprescindível à prossecução do interesse público, pois procura, essencialmente, assegurar o bom funcionamento dos serviços.
2. O poder disciplinar permite ao empregador público instaurar um procedimento disciplinar com vista a aplicar uma sanção disciplinar caso se verifique a prática de uma infracção disciplinar.
3. O trabalhador não será responsável disciplinarmente quando actuar no cumprimento de ordens de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço se tiver previamente reclamado das mesmas, expressando que as considera ilegais.
4. A competência para a instauração do procedimento disciplinar e para a aplicação da sanção disciplinar pode não caber à mesma pessoa.
6. O procedimento disciplinar constitui um procedimento administrativo especial de natureza sancionatória que implica a observância de um percurso formal e determinado por lei com vista à prática de um acto administrativo final.
7. A LGTFP prevê a existência do procedimento disciplinar comum e de procedimentos disciplinares especiais.
8. O procedimento disciplinar encontra-se sujeito aos princípios da legalidade, da obrigatoriedade, do contraditório, da publicidade, da oportunidade, do inquisitório e da presunção de inocência.

³⁶ CARVALHO, Raquel, *Comentário...*, p. 253.

³⁷ FERREIRA, Isabel Azevedo, *Do despedimento...*, p. 102.

9. O direito de instaurar o procedimento disciplinar prescreve no prazo de sessenta dias sobre o conhecimento da infração por qualquer superior hierárquico.

10. O procedimento disciplinar prescreve no prazo de dezoito meses a contar da data em que foi instaurado quando, nesse prazo, o trabalhador não tenha sido notificado da decisão final.

11. A nulidade do procedimento disciplinar resultante da falta de audiência do trabalhador ou da omissão de quaisquer diligências essenciais para a descoberta da verdade é insuprível. As demais nulidades são supríveis.

12. O procedimento disciplinar integra quatro fases: a instauração, a instrução, a defesa e a decisão.

Jurisprudência

Ac. TC Nº 161/95 23/03/1995, Proc. Nº 498/92 URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt>

Ac. STA 09/12/1998, Proc. Nº 038100 URL: <http://www.dgsi.pt>

Ac. STA 08/06/2000, Proc. Nº 41879 URL: <http://www.dgsi.pt>

Ac. STA 18/06/2000, Proc. Nº 0145/08 URL: <http://www.dgsi.pt>

Ac. STA 14/10/2003, Proc. Nº 0586/03 URL: <http://www.dgsi.pt>

Ac. STA 22/06/2006, Proc. Nº 02054/02 URL: <http://www.dgsi.pt>

Ac. STA 23/01/2007, Proc. Nº 021/03 URL: <http://www.dgsi.pt>

Ac. STA 19/06/2007, Proc. Nº 01058/06 URL: <http://www.dgsi.pt>

Ac. STA 22/06/2010, Proc. Nº 1091/08 URL: <http://www.dgsi.pt>

Ac. TCAN 10/05/2012, Proc. Nº 00047/10.9BEBRG URL: <http://www.dgsi.pt>

Ac. TCAS 19/06/2014, Proc. Nº 8665/12 URL: <http://www.dgsi.pt>

Referências Bibliográficas

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. II.* 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2007. ISBN 978-972-32-1839-8.

CARVALHO, Raquel - *Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas.* Lisboa: [Universidade Católica](#), 2014. ISBN 978-972-540-4263.

FERREIRA, Isabel Azevedo - *Do despedimento do trabalhador em funções públicas: processo e defesa.* [em linha]. 2013. [Consult. 11 Dezembro. 2016]. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/28403/1/Isabel%20Azevedo%20Ferreira.pdf>.

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira - *Procedimento Disciplinar.* 5ª ed. Rei dos Livros, 2007. ISBN: 9789725111103.

MOURA, Paulo Veiga e – *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública. Anotado.* 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1913-5.

NEVES, Ana Fernanda - *O Direito Disciplinar da Função Pública.* Volume II. Dissertação de Doutoramento Ciência Jurídico-Políticas [em linha]. 2007. [Consult. 30 Dezembro. 2016]. Disponível em http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/164/2/ulsd054618_td_vol_2.pdf.

NEVES, Ana Fernanda - O Direito da Função Pública. In Otero, Paulo; Costa Gonçalves, Pedro - *Tratado de Direito Administrativo Especial Vol. IV.* Coimbra: [Almedina](#), 2010. ISBN 978-972-404-3135.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

36. Impugnações administrativas e reexercício do poder disciplinar

Cristiana Cardoso Lopes

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

IMPUGNAÇÕES ADMINISTRATIVAS E REEXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR

Cristiana Cardoso Lopes

1. Prévia incursão
2. As impugnações administrativas: breve explicitação
3. O carácter facultativo ou necessário das impugnações administrativas
4. Impugnação administrativa e reexercício do poder disciplinar: limites cognitivos
 - 4.1. O princípio da proibição da “reformatio in pejus”
 - 4.2. O princípio da vinculação temática
 - 4.3. Outros princípios aplicáveis em sede de impugnação administrativa.
5. O recurso aos meios de impugnação administrativa e a renovação do procedimento disciplinar.
6. A revisão do procedimento disciplinar.
7. Notas conclusivas

1. Prévia incursão

No domínio do Direito das relações laborais da Administração Pública, são muitas as questões que suscitam interesse. Principalmente num tempo em que o direito nacional não se encontra só, sendo necessário “olhá-lo” também a partir do direito de outros Estados, do direito de outros organismos, sejam eles europeus ou internacionais.

Poderíamos, aqui, destacar vários temas de entre tantos outros. O processo de integração europeia e a sua relação com os termos em que é possível o acesso à função pública de um Estado-membro por nacionais de outro Estado-membro¹. Ou o regime jurídico disciplinar da função pública europeia, o qual encerra algumas contradições².

Também no plano interno, são vários os “desassossegos de regime da função pública”³.

Na presente reflexão, a atenção incidirá sobre um tema tão desafiante quanto os referidos, como se poderá comprovar. O desafio traduz-se em relacionar o recurso aos meios de impugnação administrativa com o conseqüente reexercício do poder disciplinar.

Assim, num primeiro momento, analisaremos os meios de impugnação administrativa ao dispor daquele a quem é aplicada uma sanção disciplinar. Abordaremos, de forma breve, uma das problemáticas que, em sede disciplinar, se debatem devido às alterações introduzidas em 2015 ao Código do Procedimento Administrativo (CPA). De seguida, iremos, então, refletir sobre o reexercício do poder disciplinar pelo órgão para o qual se

¹ Veja-se, sobre este tema, IBAÑEZ, Santiago González-Vara, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Thomson Civitas, 2008, pág. 193 e ss.

² Sobre as dimensões desta função pública e as contradições do regime disciplinar a que se encontra submetida, FRANCHINI, Claudio, “La Funzione Pubblica Comunitaria”, in *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Tomo I, Giuffrè Editore, 2.ª edição, pág. 467 e ss.

³ Expressão utilizada por Ana Fernanda Neves, no âmbito de um artigo sobre a privatização das relações de trabalho na Administração Pública. Cfr. NEVES, Ana Fernanda, “Os “Desassossegos” de regime da função pública”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2000, Vol. 41, V. 1, pág. 49 e ss.

recorre administrativamente, analisando alguns dos limites cognitivos ínsitos a este reexercício.

2. As impugnações administrativas: breve explicitação

O *direito disciplinar* traduz-se no conjunto de normas que consagram os deveres jurídicos que impendem sobre os trabalhadores da Administração Pública vinculados a uma relação jurídica de emprego público e que definem o procedimento que deverá ser seguido para garantir a responsabilidade desses trabalhadores pelo incumprimento daqueles deveres. Uma responsabilidade que se efetiva através da aplicação de sanções disciplinares tipificadas na lei. Já o *poder disciplinar* corresponde à prerrogativa de que dispõe a Administração Pública de sancionar o comportamento que não coincide com a conduta esperada de um trabalhador normalmente diligente e que causa um prejuízo ao funcionamento, imagem ou prestígio do serviço. A relação disciplinar será, por sua vez, a relação jurídica que subjaz à relação de emprego público e que apoia esta mesma relação, na medida em que visa garantir que o trabalhador cumpre os seus deveres e obrigações⁴.

Como refere a doutrina, ambos, direito disciplinar e poder disciplinar, encerram uma dupla finalidade: conferir à Administração a possibilidade de se defender contra as faltas do trabalhador e controlar a ordem no interior dos serviços; e proteger o trabalhador contra o arbítrio do poder, através da previsão de um conjunto de garantias⁵.

Nesse conjunto de garantias encontram-se as garantias administrativas impugnatórias.

De acordo com o artigo 224.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP), os atos proferidos em processo disciplinar podem ser impugnados hierárquica ou tutelarmente, nos termos do Código do Procedimento Administrativo (CPA), ou jurisdicionalmente.

Apesar de a lei apenas referir o recurso hierárquico e o recurso tutelar, há que também incluir nos meios de impugnação administrativa a reclamação⁶.

Relativamente ao recurso hierárquico, este implica a existência de uma relação de hierarquia entre os órgãos de cujo ato se recorre e para o qual se recorre. Permite-se ao trabalhador e ao participante impugnar um ato praticado ou de reagir contra a omissão ilegal de atos administrativos por um órgão subalterno junto do respetivo superior hierárquico, considerando-se este como o mais elevado superior hierárquico do autor do ato impugnado (193.º e 194.º do CPA). O pedido no recurso hierárquico poderá consistir na solicitação da declaração de nulidade, anulação ou convalidação do ato, se o mesmo for considerado ilegal, ou na sua suspensão, revogação, modificação ou substituição, por razões de oportunidade ou conveniência, embora neste último caso apenas quando o superior

⁴ NEVES, Ana Fernanda, “O Direito da Função Pública”, in Tratado de Direito Administrativo especial, Volume IV, Almedina, 2010, pág. 523.

⁵ Assim VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º Volume, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2014, págs. 501 e 502.

⁶ Assim VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, *ob. cit.*, págs. 628.

hierárquico dispuser de poderes dispositivos, por não se tratar de uma competência exclusiva do subalterno⁷.

Já o recurso tutelar pressupõe uma especial relação entre órgãos de pessoas coletivas diferentes, em que um desses órgãos exerça sobre o outro poderes de tutela ou de superintendência. Só pode haver recurso tutelar quando esta possibilidade se encontre expressamente prevista na lei. Ao abrigo do CPA, os recursos tutelares fazem parte da categoria de recursos administrativos especiais, da qual fazem também parte os antigos recursos hierárquicos impróprios. No âmbito deste diploma, o recurso tutelar apenas poderá ter como fundamento a inconveniência ou inoportunidade do ato ou da omissão quando a lei preveja uma tutela de mérito (199.º, n.º 3, do CPA). E neste tipo de recurso, a modificação ou a substituição do ato recorrido ou omitido apenas será possível se a lei conferir poderes de tutela substitutiva e no âmbito deste (199.º, n.º 4, do CPA). A este recurso é aplicável o regime do recurso hierárquico, com as adaptações necessárias à garantia da autonomia da entidade tutelada (199.º, n.º 5, do CPA).

Na Administração Central, o recurso deverá ser interposto para o membro do Governo de que dependa o autor do ato ou que exerça poderes de tutela sobre a pessoa coletiva onde se integre o autor do ato, devendo o recurso ser interposto no prazo de 15 dias, a contar da notificação do despacho ou da decisão, ou de 20 dias, a contar da publicação do aviso a que se refere o n.º 2 do artigo 214.º (225.º, n.º 2, da LTFP).

Já nas autarquias locais, associações e federações de municípios, bem como nos serviços municipalizados, não há lugar a recurso tutelar, como decorre do n.º 6 do artigo 225.º. Nestes casos, ao arguido e participante resta a possibilidade de recorrer hierarquicamente, se houver, no caso, uma relação hierárquica, devendo o recurso ser dirigido ao dirigente máximo do serviço, por aplicação analógica do n.º 2 do artigo 225.º⁸.

Relativamente à reclamação administrativa, esta deverá seguir os trâmites previstos no CPA, já que é o próprio artigo 224.º que remete para este diploma, devendo considerar-se que, como lei geral, o mesmo deverá se aplicado em tudo o que estiver omissa na LTFP.

Quanto aos atos praticados no procedimento disciplinar que poderão ser objeto de impugnação administrativa, uma vez que o artigo 224.º remete para o CPA, deverá ser à luz deste diploma que devermos responder a esta primeira questão.

Sobre esta matéria dispõe o artigo 148.º do CPA, nos termos do qual “(...) consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta.”. Assim, teremos de

⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Lições de Direito Administrativo*, 4.ª Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, pág. 248 e ss; OLIVEIRA, Fernanda Paula/FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo, *Noções fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina, 4.ª Edição, 2016, pág. 312 e ss.

⁸ Assim VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, ob. cit., pág. 630. Como refere António Manuel Moura Pega, este regime decorre do princípio da autonomia local, consagrado no artigo 6.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Cfr. PEGA, António Manuel Moura, *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas Comentado*, Almedina, 2009, pág. 72.

estar perante uma estatuição autoritária, praticada por um sujeito de Direito Administrativo, no exercício de poderes jurídico-administrativos, ou seja, poderes conferidos por “normas de direito público”, relativa a uma situação individual e concreta, destinada a produzir efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos, isto é, tem de estar destinada a atingir diretamente a esfera jurídica dos destinatários. Excluem-se, assim, deste conceito os atos preparatórios que inseridos no procedimento não visem produzir efeitos jurídicos externos por si, mas através do ato principal/final⁹.

Consequentemente, o arguido poderá impugnar administrativamente todos os atos que preencham os requisitos acima referidos, nomeadamente, atos praticados na fase da instrução (artigo 212.º e ss); na fase de defesa (artigo 214.º e ss); bem como atos praticados na fase do relatório e da decisão final (artigo 219.º e ss)¹⁰. De fora ficam, como a própria lei indica, os atos de mero expediente (225.º, n.º 1).

3. O carácter facultativo ou necessário das impugnações administrativas

De acordo com a LTFP, o recurso hierárquico ou tutelar suspende a eficácia do despacho ou da decisão recorridos, excepto quando o seu autor considere que a sua não execução imediata causa grave prejuízo ao interesse público (225.º, n.º 4). Ou seja, em regra, a utilização de meios impugnatórios administrativos em sede disciplinar suspende a produção dos efeitos para que tende o ato impugnado. Pelo contrário, no caso da reclamação administrativa, considera-se que a mesma terá efeito meramente devolutivo¹¹.

⁹ Seguimos de perto VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Lições...*, ob. cit., pág. 170 e ss. Contudo, o Autor exclui das notas caracterizadoras do ato administrativo a asserção “situação individual”, na medida em que admite a categoria dos atos administrativos gerais. Sobre estes atos, veja-se, a título exemplificativo, o interessante acórdão do STA acórdão do STA, de 10/09/2015, proferido no proc. n.º 0595/15 (Relator: Maria Benedita Urbano). Veja-se, também, sobre o conceito de ato administrativo e a contraposição entre o conceito adoptado pelo CPA antes da revisão de 2015 e aquele que se contra hoje consagrado no CPA, AROSO DE ALMEIDA, Mário, *Teoria Geral do Direito Administrativo, O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, Almedina, 2.ª Edição, 2015, pág. 181 e ss.

¹⁰ Sobre exemplos de atos que podem ser impugnados administrativamente pelo arguido e de atos que poderão ser impugnados administrativamente pelo participante, veja-se VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, ob. cit., pág. 630.

¹¹ VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, ob. cit., pág. 628. Contudo, perguntamo-nos se de facto a reclamação terá de ter efeito meramente devolutivo. De facto, à reclamação não subjazem as mesmas razões de ser em que, por exemplo, o recurso hierárquico se fundamenta. A importância deste último decorre da própria Constituição, que, nos artigos 272.º, n.º 4, e 267.º, n.º 2, atribui grande relevância ao princípio da unidade da ação administrativa no âmbito das forças policiais e, consequentemente, atribui relevância decisiva ao princípio hierárquico nesta sede. No entanto, parece-nos que o efeito suspensivo decorrente do recurso a meios de impugnação administrativa no domínio disciplinar decorre não do tipo de recurso em causa, mas dos interesses que se visam garantir com esse efeito e que se traduzem na proteção do trabalhador face à gravidade que em regra representa para a sua vida a imediata execução de qualquer uma das sanções disciplinares previstas na lei, como acontecerá com a aplicação da pena de suspensão ou com a própria pena de demissão. Vide, sobre a importância de, em sede disciplinar, o recurso a meios de impugnação administrativa ter efeito suspensivo, ainda que as mesmas sejam facultativas e não necessárias (questão que hoje, com a revisão de 2015 ao CPA, pode considerar-se controvertida), PACHECO DE AMORIM, João, “*Sobre os conceitos de ato administrativo e de ato administrativo impugnável no CPA e no CPTA*”, in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, Volume I, 3.ª Edição, AAFDL Editora, 2016, pág. 102. Acerca da importância do efeito suspensivo do recurso a meios de impugnação administrativa neste domínio, ainda que sobre o recurso hierárquico quando necessário, veja-se, também, SALGADO DE MATOS, André, “*Recursos hierárquicos necessários previstos em leis especiais: o recurso em matéria disciplinar no âmbito da GNR*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 87, pág. 42 e ss.

Ora, é precisamente aqui que se coloca a primeira grande questão: a de saber se as impugnações administrativas referidas são necessárias ou facultativas, ou seja, se a prévia impugnação administrativa é pressuposto processual para a posterior impugnação judicial ou se, pelo contrário, o recurso aos meios impugnatórios administrativos é facultativo.

E a questão coloca-se precisamente hoje e devido à revisão de 2015 do CPA.

Com exceção da impugnação administrativa necessária prevista no artigo 203.º, n.º 3, da LTFP, nos termos do qual sempre que seja requerida pelo arguido a produção de prova e a mesma seja indeferida, é obrigatória a interposição de recurso hierárquico ou tutelar para o respetivo membro do Governo, no prazo de cinco dias, nos restantes casos, o recurso aos meios de impugnação administrativa parece ser, à luz da LTFP, facultativo. Isto porque tanto o artigo 224.º estabelece que "Os atos proferidos em processo disciplinar podem ser impugnados hierárquica ou tutelarmente (...)", como o artigo 225.º, n.º 1, dispõe que "O trabalhador e o participante podem interpor recurso hierárquico ou tutelar (...)". Ou seja, utiliza a lei o termo "podem", indicando assim que caberá ao trabalhador ou ao participante decidirem se recorrem ou não aos meios de impugnação administrativa, não havendo obrigatoriedade na respectiva utilização¹².

Porém, como decorre do n.º 4 do artigo 225.º da LTFP, o recurso hierárquico e tutelar têm efeito suspensivo. E é aqui que encontramos, então, uma contradição com o regime legal procedimental delineado após a revisão de 2015 ao CPA. De acordo com o artigo 3.º, n.º 1, alínea c), do diploma preambular do novo CPA, "As impugnações administrativas existentes à data da entrada em vigor do presente decreto-lei só são necessárias quando previstas em lei que utilize uma das seguintes expressões: (...) A utilização de impugnação administrativa «suspende» ou «tem efeito suspensivo» dos efeitos do ato impugnado.". Por conseguinte, coloca-se a questão: as impugnações administrativas das sanções disciplinares previstas pela LTFP serão, então, necessárias por terem efeito suspensivo?¹³

Se o artigo 3.º, n.º 1, acima transcrito, for interpretado no sentido de estabelecer que são os concretos procedimentos impugnatórios já intentados antes da revisão de 2015 ao CPA e ainda existentes nessa data que deverão ser considerados necessários caso a lei em que estejam previstos utilize uma daquelas expressões referidas nas várias alíneas do artigo 3.º, então o problema resolve-se, entendendo-se que, em abstrato, as impugnações administrativas apenas serão necessárias se, por força do artigo 185.º, n.º 2, do CPA, a lei onde as mesmas estejam consagradas as denominar de necessárias, seja essa lei anterior ou posterior ao novo CPA¹⁴.

Contudo, de acordo com outro entendimento, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro consagra disposições transitórias que visam regular a matéria no que diz respeito à generalidade das previsões legais, anteriores à data de entrada em vigor do novo CPA. Ou seja,

¹² Contudo, este carácter facultativo das impugnações administrativas era já alvo de crítica por alguma doutrina. Cfr. VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, *ob. cit.*, pág. 628.

¹³ Esta é a pergunta feita por Pacheco de Amorim. Cfr. PACHECO DE AMORIM, João, *ob. cit.*, pág. 101 e ss.

¹⁴ Assim, PACHECO DE AMORIM, João, *ob. cit.*, pág. 99 e ss.

aquele artigo não se aplicaria às concretas impugnações administrativas existentes à data de entrada em vigor do novo CPA, mas às normas legais existentes a essa data¹⁵. E, mais concretamente sobre a alínea c) do artigo 3.º, n.º 1, daquele Decreto-Lei, este entendimento seria justificado pelo facto de que o efeito suspensivo de uma impugnação administrativa implica o seu carácter necessário¹⁶.

Propendemos para a primeira posição. Não só porque o artigo 3.º só poderá ser considerado uma disposição transitória se for interpretado naquele sentido, como também pelo facto de o efeito suspensivo de uma impugnação administrativa não implicar o seu carácter necessário. Apesar de o carácter necessário de uma impugnação administrativa implicar que a mesma tenha efeito suspensivo, o inverso não se verifica. De facto, em sede disciplinar, ao abrigo da LTFP, as impugnações administrativas são facultativas e têm efeito suspensivo, precisamente devido à natureza de algumas sanções disciplinares e ao impacto que as mesmas possam ter sobre a vida dos trabalhadores.

4. Impugnação administrativa e reexercício do poder disciplinar: limites cognitivos

4.1. O princípio da proibição da “reformatio in pejus”

Como decorre do n.º 7 do artigo 225.º da LTFP, uma vez utilizado um meio de impugnação administrativa, não poderá a sanção disciplinar ser agravada ou substituída por sanção disciplinar mais grave, quando o único impugnante seja o arguido. Encontra-se aqui, consagrado o princípio da proibição da “reformatio in pejus”, o qual não valerá quando a impugnação for deduzida apenas ou também pelo participante. No entanto, neste último caso, a alteração ou agravamento da pena apenas poderá ter como fundamento factos que constem da acusação¹⁷.

Como explicita a doutrina, a “reformatio in pejus” consiste “(...) na modificação do acto recorrido pelo superior hierárquico, de tal forma que a decisão final resulta mais desfavorável para o recorrente do que a tomada pelo subalterno.”¹⁸. A sua proibição deriva do facto de os meios de impugnação administrativas consubstanciarem garantias, não devendo, como tal, funcionar em desfavor daqueles que desses meios beneficiam¹⁹.

Trata-se de um princípio que impede, em regra, o reexercício do poder disciplinar pelo órgão *ad quem* em sentido desfavorável ao arguido.

¹⁵ Esta é a posição perfilhada por Mário Aroso de Almeida, autor que integrou a Comissão responsável pelo anteprojecto do novo CPA. Cfr. AROSO DE ALMEIDA, Mário, *ob. cit.*, pág. 374.

¹⁶ Cfr. AROSO DE ALMEIDA, Mário, *ob. cit.*, pág. 374.

¹⁷ VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, *ob. cit.*, pág. 631.

¹⁸ Assim FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico*, Almedina, 2.ª edição, 2005, pág. 319.

¹⁹ NEVES, Ana Fernanda, *Direito Disciplinar da Função pública*, Vol. II, dissertação de doutoramento, 2007, pág. 558, http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/164/2/ulsd054618_td_vol_2.pdf.

Também a jurisprudência chama a atenção para o facto de que o princípio da proibição da “reformatio in pejus” proíbe que em resultado de recurso hierárquico interposto pelo arguido a pena aplicada seja agravada. Vejamos o acórdão do STA, de 28/01/2004, proferido no proc. 040994 (Relator: Costa Reis), no qual, para além de se recorrer ao princípio da proibição da “reformatio in pejus” nos termos acima expostos, destaca-se que este princípio não impede que essa agravação advenha de um ato de anulação administrativa da decisão punitiva, se observados os requisitos legais de que depende a anulação. No caso concreto, é mobilizado o regime jurídico relativo à revogação dos atos administrativos previsto no antigo artigo 138.º CPA, hoje designada de anulação administrativa e constante do artigo 165.º, 166.º e 168.º e ss do novo CPA. No caso, o Recorrente sustentava que não seria possível à Administração recorrer à anulação administrativa quando estivesse em causa a aplicação de medidas sancionatórias proferidas em processos disciplinares, uma vez que, em sede de direito punitivo e estando este direito sujeito à mesma disciplina do direito penal, a Administração não pode, por sua iniciativa, anular o ato em que aplicou uma sanção para, em sua substituição, praticar um novo ato punindo de forma mais gravosa o arguido, na medida em que isso se traduziria na violação do princípio da proibição da “reformatio in pejus”. Começa, então, o tribunal por destacar que, de facto, as normas do CPA devem ser aplicadas neste domínio com as necessárias adaptações e que devem ser harmonizadas com a LTFP (à época, o Estatuto Disciplinar dos Funcionários, aprovado pelo Decreto-Lei 24/84, de 16 de Janeiro). Continua o Tribunal, referindo que, em virtude do princípio da proibição da “reformatio in pejus”, não pode a Administração, por sua iniciativa e sem interposição de recurso pelo participante, anular um ato punitivo com o fim de aplicar uma nova pena, mais grave. Contudo, segundo o Tribunal, a Administração já poderá anular um ato punitivo e, de seguida, aplicar novo ato de conteúdo mais gravoso para o arguido se a razão de ser da anulação do primeiro ato for a sua ilegalidade, nomeadamente por o mesmo padecer de graves irregularidades como a ausência de quaisquer diligências de prova em sede de instrução.

No acórdão do TCAN, de 10/10/2014, proferido no processo 01932/07.0BEPRT (Relator: Rogério Paulo da Costa Martins), o princípio da proibição da “reformatio in pejus” é, tal como no acórdão acima mencionado, convocado, no entanto interligado mais fortemente com o recurso aos meios de impugnação administrativa. No caso, num primeiro momento, foi aplicada ao Autor a pena disciplinar de dois dias de vencimento, despacho do qual foi interposto recurso hierárquico para o Ministro da Agricultura do Desenvolvimento Rural e das Pescas, tendo, entretanto, sido ordenado, por despacho proferido pelo Secretário de Estado Adjunto da Agricultura e das Pescas a anulação do processo disciplinar a partir da nota de culpa, após o que foi elaborada nova nota de culpa. Consequentemente, a tramitação do processo disciplinar culminou na aplicação ao Autor da pena de multa correspondente a 15 dias de vencimento, ato que foi objeto de recurso hierárquico, o qual foi indeferido. O Autor impugnou judicialmente este ato de indeferimento, invocando, entre outros fundamentos, que o mesmo violou o princípio da proibição da “reformatio in pejus”. Segundo o Autor houve um agravamento da pena que deixou de ser de dois dias de vencimento para passar a ser uma pena de multa correspondente a 15 dias de vencimento, o qual decorreu da interposição por si de recurso hierárquico da primeira pena aplicada. Isto porque, segundo o Autor, foi na sequência desse recurso que foi anulado o processo

disciplinar a partir da Nota de Culpa. Contudo, como concluiu o tribunal, o superior hierárquico não modificou o ato recorrido, antes o manteve nos mesmos termos, designadamente, na pena disciplinar de multa correspondente a 15 dias de vencimento. A alteração da pena disciplinar - de multa correspondente a 2 dias de vencimento, para multa correspondente a 15 dias de vencimento – ocorreu, antes, por efeito da anulação do processo, a qual permitiu e legitimou uma nova apreciação jurídica de todos os intervenientes processuais sobre os factos em causa nos respetivos autos. E foi precisamente no âmbito desta nova apreciação jurídica sobre tais factos que o Instrutor do processo disciplinar, com toda a legitimidade, veio propor no seu relatório final a aplicação de pena disciplinar mais grave do que a anteriormente proposta. Segundo o Tribunal o que a lei proíbe é que a decisão do recurso hierárquico agrave a pena da entidade administrativa em primeiro grau, o que não sucedeu, já que a entidade administrativa aplicou uma pena de quinze dias do vencimento do recorrente e o recurso hierárquico confirmou-a.

Como podemos observar, neste segundo acórdão, não é, em momento algum, despoletada a questão, apreciada no acórdão anterior, de saber se a anulação do processo disciplinar ocorreu por se entender que o mesmo padecia de alguma ilegalidade ou se, pelo contrário, a mesma teve como único fim agravar a pena a aplicar ao arguido. Questão que nos parece ser determinante à luz do princípio da proibição da “reformatio in pejus”.

4.2. O princípio da vinculação temática

De acordo com o artigo 220.º, n.º 5, da LTFP, “Na decisão não podem ser invocados factos não constantes da acusação nem referidos na resposta do trabalhador, exceto quando excluam, dirimam ou atenuem a sua responsabilidade disciplinar.”. Disposição que, conseqüentemente, vincula o próprio órgão para o qual se recorre. Quando o artigo 226.º determina que “Com o requerimento de interposição do recurso, o recorrente pode requerer novos meios de prova ou juntar documentos que entenda convenientes (...)”, *desde que os mesmos não pudessem ter sido requeridos ou utilizados em devido tempo*, ou seja, desde que se trate de um documento superveniente, que só depois de apresentada a defesa tivesse chegado ao conhecimento do arguido ou tivesse adquirido existência jurídica, ou desde que se trate de uma diligência que só em momento posterior revelou ser necessária, mesmo nesses casos esses novos meios de prova têm de estar relacionados com a prova dos factos constantes da acusação ou da defesa, na medida em que só assim a impugnação administrativa mantém a sua ligação à decisão de que se recorre, concorrendo, esses novos meios de prova, para a boa decisão do recurso²⁰. Trata-se, claramente, de fazer refletir as exigências dos princípios do dispositivo e da aquisição da prova em sede disciplinar²¹.

²⁰ VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, *ob. cit.*, págs. 631 e 632.

²¹ VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, *ob. cit.*, pág. 624. Os Autores chamam a atenção para o facto de poderem ser tidos em conta factos que não constem nem da acusação nem da defesa quando os mesmos comprovem a ausência de responsabilidade.

Ou seja, em geral, o órgão “ad quem” poderá reexaminar a decisão disciplinar de que se recorre, mas não de forma total. Será de reexame quando for interposto pelo participante e o órgão *a quo* não tenha competência exclusiva, embora o órgão *ad quem* não possa recorrer a elementos diversos dos que fundamentaram a decisão do órgão *a quo*, porque os elementos que podem servir de base à decisão são os elementos constantes da acusação e do relatório final²².

Veja-se, a título exemplificativo, o acórdão do TCAS, de 18/03/2009, proferido no proc. 05789/01 (Relator: João Beato de Sousa). Em causa estava a instauração de um procedimento disciplinar contra uma professora, a Recorrente no caso, por a mesma ter incorrido em faltas ao serviço sem justificação. Ficou, então, provado que a arguida sofria de depressões nervosas sucessivas que indiciavam grande debilidade física e psíquica que a impediam de cumprir as suas obrigações e que forma estas, bem como o facto de estar só, sem familiares próximos, que contribuíram para a falta do cumprimento dos seus deveres. Foi, então, decidido aplicar-se uma pena disciplinar de suspensão graduada em 180 dias. A Recorrente interpôs, conseqüentemente, recurso hierárquico, ao qual foi negado provimento, com o fundamento de que a arguida tinha nessa sede requerido novos meios de prova e invocado novos factos. Como concluiu o tribunal, os pareceres clínicos juntos pela arguida à petição de recurso hierárquico, designadamente a declaração médica psiquiátrica, demonstravam que a arguida não tinha capacidade para apresentar a sua defesa no processo disciplinar nas condições de lucidez e empenho desejáveis. Como defendido pelo tribunal, ainda que a defesa apresentada e subscrita pela arguida aparentasse estar “articulada em discurso claro e coerente”, isso não significava que desse facto se pudesse concluir que não existia “qualquer sombra de incapacidade ou privação acidental das faculdades mentais”, uma vez que essa conclusão exigia um tipo de conhecimento clínico especializado para o qual só os médicos psiquiatras, e não os responsáveis disciplinares nem os juízes, estariam capacitados. Ainda neste acórdão, chama-se a atenção para o facto de naquele processo o facto de a prova testemunhal e a prova documental apresentadas pela arguida não terem sido suficientes para excluir a sua culpabilidade deveria ter levado à realização de um exame psiquiátrico. Podemos, então, considerar que este exame poderia e deveria ter sido requerido pelo membro do governo, como resulta hoje do artigo 226.º, n.º 2, da LTFP, sob pena de, no fundo, estarmos perante uma nulidade insuprível, à luz do n.º 1 do artigo 203.º da LTFP, pois a não realização desse exame poderia constituir a falta de uma diligência probatória essencial para a descoberta da verdade.

Todo este regime jurídico reflecte um princípio que encontramos no direito penal: o princípio da vinculação temática. De acordo com este princípio, não pode haver uma alteração substancial dos factos da acusação. Podem ser juntos novos meios de prova em sede de impugnação administrativa, mas como já foi referido, esses meios de prova têm de estar relacionados com os factos constantes da acusação ou da defesa, nunca podendo implicar

²² Concordamos, assim, com Ana Fernanda Neves. Cfr. NEVES, Ana Fernanda, *Direito Disciplinar...*, ob. cit., pág. 556. Em sentido divergente, AMADO GOMES, Carla, “Recurso hierárquico e suspensão automática dos efeitos de sanção disciplinar: nem o patrão morre nem a gente almoça!”, in CJA n.º 5, pág. 48. E, parece-nos que também em sentido divergente, CARVALHO, Raquel, *Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas*, Universidade Católica Editora, 2014, pág. 263.

uma alteração substancial dos factos. Trata-se de um princípio próprio do direito penal, mas como acentua a doutrina, “(...) na medida em que as penas disciplinares são um mal infligido a um agente, devem (..) em tudo quanto não esteja expressamente regulado, aplicar-se os princípios que garantem e defendem o indivíduo contra todo o poder punitivo (..)”²³. Assim, se entre a acusação, o relatório final, elaborados pelo instrutor, e a fundamentação do despacho sancionatório, depois confirmado em sede de impugnação administrativa, se verificar que a razão do juízo de ilicitude sobre o grau de violação do dever de correção não é a mesma, então há que concluir que há uma alteração substancial dos factos²⁴.

4.3. Outros princípios aplicáveis em sede de impugnação administrativa

Ainda que toda a atuação administrativa estar submetida aos princípios gerais constantes do CPA e aos preceitos constantes deste Código que concretizem preceitos constitucionais (artigos 266.º da CRP e 2.º, n.ºs 1, 3 e 5, do CPA), devendo ser sempre garantido ao trabalhador no procedimento disciplinar a sua audiência e defesa (artigo 269.º, n.º 3, da CRP), optámos, aqui, por destacar apenas algumas diretrizes que também vinculam o órgão para o qual se recorre administrativamente da aplicação de uma sanção disciplinar.

Desde logo, temos o princípio “ne bis in idem”, o qual assenta, em termos disciplinares, no reconhecimento geral de que ninguém pode ser perseguido e punido mais do que uma vez (“ne bis”) pelo mesmo delito (“idem”).

Decorre do artigo 29.º, n.º 5, da CRP, também aplicável aos processos disciplinares²⁵, a proibição de que, na atividade sancionatória, se proceda a uma dupla valoração do mesmo substrato material, proibição essa que encontra as suas justificações fundamentais, por um lado, nos princípios da culpa (impeditivo de que, por um duplo sancionamento do mesmo substrato, se exceda o limite proporcional da culpa do arguido) e da paz e segurança jurídicas (que devem ser garantidos ao arguido finda a perseguição de que o mesmo foi alvo sob pena de a admitir-se uma permanente ameaça da imposição de diferentes sanções em simultâneo ou sucessivas no tempo e pelos mesmos factos estaria a submeter-se o mesmo a um tratamento desumano) e, por outro lado, no interesse em evitar pronúncias díspares sobre factos unitários. Veja-se, a este propósito, o acórdão do STA de 13/07/2016, proferido no proc. 0516/14 (relator Carlos Carvalho) e a jurisprudência que aí é citada. Atente-se, ainda, ao Acórdão do STA, de 25/02/2008, proferido no proc. 01035/08 (relator Pais Borges), no qual se sublinha que não é violado o princípio “ne bis in idem” quando a

²³ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, Almedina, 1971, pág. 37.

²⁴ Vide, a este respeito, o Acórdão do TCAS, de 12/05/2005, proferido no proc. 11503/02 (Relatora Cristina dos Santos), que decidiu que a decisão sancionatória há-de incidir apenas sobre a matéria da acusação, sendo sancionado por nulidade insuprível o despacho disciplinar que aplique uma pena por factos substancialmente diversos dos descritos na peça acusatória, por falta de audiência do Arguido no exercício do contraditório, correlativo do princípio constitucional estatuído no artigo 269.º, n.º 3, da CRP.

²⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO, J. J./VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 4.ª Edição, pág. 497.

Administração aplica pena de demissão em processo disciplinar posteriormente à condenação penal que não a decretou.

Referimos, aqui, este princípio, pois também ele deverá ser observado no âmbito de uma impugnação administrativa²⁶.

Mas não apenas este princípio. Do acórdão supramencionado, confirmamos que também o ato de indeferimento proferido em decorrência de uma impugnação administrativa, enquanto ato administrativo que é, deverá respeitar as exigências impostas aos atos administrativos, nomeadamente as que decorrem do dever de fundamentação dos atos administrativos, consagrado, atualmente, no artigo 152.º do CPA, podendo ser um ato nulo caso se verifique preenchida uma das hipóteses previstas no artigo 161.º do CPA. No caso em litígio, o Recorrente (arguido) alegava que o ato de indeferimento proferido na sequência da interposição de uma reclamação necessária apresentava-se como de conteúdo indeterminável ou contraditório, na medida em que, tendo o Instrutor do processo disciplinar proposto no relatório final a aplicação da pena de 150 dias de suspensão de exercício de funções sem que tenha feito qualquer referência à eventual transferência para outro tribunal, foi consignado, por um lado, na decisão final afirmações que apontavam no sentido de que a vontade real seria a de aplicar ao arguido uma pena de suspensão de exercício de funções em medida inferior (igual ou inferior a 120 dias) relativamente àquela que foi imposta (150 dias), e, por outro lado, no indeferimento da reclamação necessária afirmou-se que a escolha das penas - suspensão do exercício e a transferência - era de tal modo evidente em função da gravidade dos factos disciplinares cometidos e do registo disciplinar do Magistrado que não suscitava dúvidas e não carecia de outra explicação”. Concluiu o Recorrente que o ato deveria, então, ser declarado nulo, pelo respetivo objeto ser ininteligível, ao abrigo do então artigo 133.º, n.ºs 1 e 2, al. c), do CPA/91, ou se, assim não se entendesse, que o mesmo deveria ser anulado por falta de clareza e incongruência manifesta da respetiva fundamentação (artigos 123.º, n.º 1, al. d), 124.º e 135.º, todos do CPA/91). No caso, o tribunal, admitiu que o ato em causa padecia de alguma incoerência, inconsistência, mesmo contraditoriedade, já que, se por um lado, aderira aos fundamentos e à proposta que havia sido formulada pelo instrutor (da aplicação tão-só ao arguido da pena disciplinar de 150 dias de suspensão sem qualquer transferência de comarca), acabava, por outro lado, no seu discurso por aludir à necessidade e opção pela aplicação de uma pena disciplinar que, sendo de suspensão de funções, seria, todavia, na sua medida concreta “ligeiramente inferior à proposta” quando, a final, acabava por sancionar o arguido com os mesmos 150 dias de suspensão de funções que tinham sido propostos, transferindo-o de comarca. Contudo, acabou o tribunal por concluir que “tal incoerência, inconsistência, mesmo contraditoriedade, não conduzem à ininteligibilidade ou à impossibilidade lógica do ato impugnado e conseqüente nulidade do mesmo, porquanto, por um lado, o ato em crise permite saber o que nele se determinou ou o que se quis determinar inexistindo, como tal, qualquer incerteza quanto ao seu conteúdo/objeto, e, por outro lado, mostra-se ainda assim também dotado de substrato lógico-jurídico que permite captar o seu sentido decisor (...)”.

²⁶ Para mais desenvolvimentos, VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, *ob. cit.*, pág. 514 e ss; CARVALHO, Raquel, *ob. cit.*, pág. 137 e ss.

Quanto à eventual violação do dever de fundamentação, também aqui o tribunal considerou que o ato não padecia de qualquer ilegalidade, entendendo que, “não obstante as apontadas incongruência, inconsistência, mesmo contraditoriedade, daquilo que são os termos atrás enunciados da linha discursiva do ato impugnado este acaba, ainda assim, por mostrar-se fundamentado com suficiência já que permitiu captar o seu itinerário cognoscitivo e valorativo pelo seu destinatário”²⁷.

5. O recurso aos meios de impugnação administrativa e a renovação do procedimento disciplinar

Há, ainda, que referir, nesta sede, que, caso o procedimento disciplinar padeça de um vício de forma, por preterição de formalidade essencial, e tenha sido utilizado um meio de impugnação administrativa sem que esse mesmo vício tenha sido aí considerado ou, tendo sido, o mesmo não foi relevado pela Administração, poderá haver lugar à *renovação do procedimento disciplinar*²⁸. Falamos do mecanismo previsto no artigo 228.º da LTFP, que tem como fim garantir maior eficácia na atuação da Administração, permitindo-lhe, em certos casos, “aproveitar parte do procedimento disciplinar”²⁹. Esta renovação implica que o ato tenha sido impugnado judicialmente, que ainda não tenha decorrido o prazo para contestar a ação judicial e que, cumulativamente, não tenha decorrido o prazo de prescrição previsto no n.º 1 do artigo 178.º à data da renovação do procedimento³⁰; o fundamento da impugnação não tenha sido previamente apreciado em recurso hierárquico ou tutelar que tenha sido rejeitado ou indeferido; e que seja a primeira vez que se opere a renovação do procedimento.

²⁷ Sobre o dever de fundamentação dos atos administrativos e as suas implicações, veja-se VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Almedina, 1992, 198 e ss. Como salienta o Autor, sem prejuízo de a exigência de fundamentação formal não se bastar com “uma qualquer declaração do agente sobre os fundamentos do ato”, nem de ser “a ausência total de menção dos fundamentos a única modalidade de vício de forma por incumprimento desse dever”, pois “o conteúdo da declaração fundamentadora não pode ser o de um qualquer enunciado, há-de consistir num discurso aparentemente capaz de fundar uma decisão administrativa”, outra, bem diversa e situada já no âmbito da validade substancial do ato, é saber se esses motivos correspondem à realidade e se, correspondendo, são suficientes para legitimar a concreta atuação administrativa. Distinguindo a dimensão formal e a dimensão substancial do dever de fundamentação, VIEIRA DE ANDRADE sublinha que a diferença está “em que o dever formal se cumpre pela apresentação de pressupostos possíveis ou de motivos coerentes e credíveis; enquanto a fundamentação material exige a existência de pressupostos reais e de motivos corretos susceptíveis de suportarem uma decisão legítima quanto ao fundo”. Podemos dizer que no segundo caso, movimentamo-nos no âmbito do erro sobre os pressupostos de facto ou de direito, ou seja, no âmbito do vício de violação de lei.

²⁸ Quanto ao que aqui se deverá entender por formalidade essencial, vide VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º Volume, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2014, pág. 635, bem como CARVALHO, Raquel, *Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas*, Universidade Católica Editora, 2014, pág. 267.

²⁹ Assim PEGA, António Manuel Moura, *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas Comentado*, Almedina, 2009, pág. 74.

³⁰ Veiga e Moura e Cátia Arrimar entendem que para poder haver lugar à renovação do procedimento disciplinar, o direito de instaurar o procedimento disciplinar também não pode ter prescrito. De acordo com o n.º 2 do artigo 178.º da LTFP, o mesmo prescreve no prazo de 60 dias sobre o conhecimento da infração por qualquer superior hierárquico. Cfr. VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, *ob. cit.*, pág. 634.

De acordo com alguma doutrina, parece que, para poder haver renovação do procedimento disciplinar, não poderá o vício de preterição de formalidade essencial ter sido apreciado em sede de impugnação administrativa³¹. No entanto, entendemos que uma correcta interpretação da letra da lei implicará considerar que a renovação do procedimento disciplinar poderá ocorrer ainda que o vício de preterição de formalidade essencial tenha sido apreciado em sede de impugnação administrativa, desde que o mesmo não tenha sido relevado pela Administração³².

6. A revisão do procedimento disciplinar

Ainda que tenha utilizado um meio de impugnação administrativa, pode, ainda, o arguido requerer à entidade que aplicou a sanção disciplinar a revisão do procedimento.

Trata-se, aqui, de uma impugnação administrativa especial, uma “impugnação extraordinária”, regulada no artigo 235.º e ss da LTFP³³.

O pedido de revisão é admitido a todo o tempo, mas apenas quando se verificarem circunstâncias ou meios de prova susceptíveis de demonstrar a inexistência dos factos que determinaram a condenação, e desde que os mesmos não pudessem ter sido utilizados pelo trabalhador no procedimento disciplinar (artigo 235.º, n.º 1, da LTFP).

Caso o pedido de revisão seja deduzido enquanto a decisão punitiva estiver a ser apreciada em sede de impugnação administrativa ou judicial, a procedência da revisão ditará a anulação da pena e a conseqüente extinção da impugnação administrativa ou judicial já intentada³⁴.

O fundamento do pedido de revisão encontra-se, também, limitado pela lei, na medida em que o mesmo não pode ser deduzido com vista a discutir-se a ilegalidade, de forma ou de fundo, do procedimento (artigo 235.º, n.º 2, da LTFP). O arguido apenas poderá pedir a revisão do procedimento disciplinar com fundamento na manifesta injustiça da condenação pela razão de não ter praticado os factos que fundamentaram essa condenação³⁵. Isto porque a revisão do procedimento disciplinar deverá fundar-se na injustiça da decisão disciplinar e não na sua ilegalidade³⁶.

³¹ Cfr. VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, *ob. cit.*, pág. 634. No mesmo sentido, CARVALHO, Raquel, *ob. cit.*, pág. 267.

³² Assim, NEVES, Ana Fernanda, “O Estatuto Disciplinar das relações de trabalho em funções públicas”, videogravação, in *E-BOOK do CEJ – Curso de Especialização Temas de Direito Administrativo, 2013*. Como refere a Autora, este regime é uma aproximação deste regime ao direito privado. Cfr. MATEUS Artur Magalhães, “A Reabertura do Procedimento Disciplinar e o Artigo 436.º-2 do Código do Trabalho”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XLVI, 2005, N.ºs 2,3 e 4.

³³ LEAL-HENRIQUES, M., *Procedimento Disciplinar*, Editora Rei dos Livros, 4.ª edição, 2002, pág. 466.

³⁴ VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, *ob. cit.*, o Edição, 201, pág. 645.

³⁵ VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, *ob. cit.*, pág. 644. E CARVALHO, Raquel, *ob. cit.*, pág. 278.

³⁶ Assim PEGA, António Manuel Moura, *ob. cit.*, pág. 84.

O requerimento de revisão só pode ser apresentado pelo arguido, ou pelo seu representante, caso aquele não tenha capacidade física e mental necessária para o efeito (artigo 236.º, n.º 1). Este requerimento deverá ser apresentado à entidade que aplicou a sanção disciplinar. Recebido o requerimento, a entidade que tenha aplicado a sanção disciplinar resolve, no prazo de 30 dias, se deve ou não ser concedida a revisão do procedimento. O despacho que não conceda a revisão é impugnável nos termos do CPTA (artigo 237.º da LTFP). Quando seja concedida a revisão, o requerimento e o despacho são apensos ao processo disciplinar, nomeando-se instrutor diferente do primeiro, que marca ao trabalhador prazo não inferior a 10 dias nem superior a 20 dias para responder por escrito aos artigos da acusação constantes do procedimento a rever, seguindo-se os termos dos artigos 222.º e seguintes da LTFP. O processo de revisão do procedimento não suspende o cumprimento da sanção (artigo 238.º da LTFP).

Caso esta conclua pela procedência do pedido de revisão, a decisão proferida no procedimento disciplinar poderá ser revogada ou alterada, mas nunca agravada a pena (artigo 235.º, n.º 3, da LTFP)³⁷. Refletem-se, aqui, mais uma vez, as implicações do princípio da proibição da “reformatio in pejus”. Trata-se de um princípio que, ainda que amplamente conhecido, continua a ser violado. Demonstra-o o acórdão do TCAS, de 18/11/2010, proferido no proc. 06714/10 (Relator: Rui Pereira), no âmbito do qual ficou provado que em sede de revisão do procedimento disciplinar foi agravada a pena aplicada ao arguido. No entanto, neste acórdão não é esta a questão discutida, mas antes a da impugnabilidade da decisão que põe fim ao procedimento de revisão, por ilegalidades cometidas durante o procedimento, concluindo o tribunal que a mesma era impugnável, pelo facto de, ao ter procedido ao agravamento da pena aplicada, se configurar como uma nova decisão, sendo um ato administrativo com eficácia externa, enquadrável no artigo 51.º, n.º 1, do CPTA.

Como já atrás por nós foi referido, na revisão do procedimento disciplinar, o arguido só pode invocar meios de prova supervenientes, ou porque se produziram após a aplicação da pena ou pelo facto de o arguido só ter tido justificadamente deles conhecimento depois de a sanção ter sido aplicada. Só estes podem ser invocados como forma de provar a inexistência dos factos que ditaram a condenação ou factos incompatíveis com aqueles que fundamentaram a aplicação da sanção disciplinar³⁸. Este entendimento é confirmado por vasta jurisprudência. Vejam-se, a título meramente exemplificativos, os acórdãos do TCAS de 22/03/2012, proferido no proc. 07013/10 (relatora Teresa de Sousa) e o de 17/06/2010, proferido no proc. 05896/10 (relator Coelho da Costa).

Contudo interessa-nos, também, neste âmbito, esclarecer qual o tipo de juízo que deverá ser empreendido sobre os meios de prova. Como destaca o Acórdão do TCAN, de 31/04/2014, proferido no proc. 00433/11.7BEAVR (Relator: Carlos Carvalho), “A prova coligida no procedimento disciplinar deve legitimar, para além de toda a dúvida razoável, uma convicção segura da materialidade dos factos imputados ao arguido/trabalhador, sendo que no

³⁷ Quanto aos efeitos da revisão procedente, veja-se o artigo 239.º da LTFP.

³⁸ VEIGA E MOURA, Paulo/ARRIMAR, Cátia, ob. cit., pág. 644 e ss. Veja-se, também, CARVALHO, Raquel, ob. cit., pág. 267.

quadro do procedimento de revisão da decisão disciplinar punitiva importa ponderar e efetuar um juízo similar à luz daquilo que constitui o acervo probatório recolhido, podendo e devendo concluir-se que a decisão disciplinar punitiva se mostrará inquinada de erro sobre os pressupostos de facto se inexistir uma tal convicção segura da materialidade dos factos.”.

7. Notas conclusivas

De tudo o já exposto, podemos gizar algumas conclusões que, em nossa opinião, nos permitem descortinar as dimensões do reexercício do poder disciplinar pelo órgão para o qual se recorre administrativamente da aplicação de uma sanção disciplinar.

Podemos desde logo concluir que não se trata de um reexercício caracterizado por um controlo total, um reexame, pelo órgão *ad quem* da decisão tomada pelo órgão *a quo*.

Desde logo, tudo dependerá de saber qual o tipo de recurso em causa: no caso de se tratar de um recurso hierárquico, poderá ser requerida a nulidade, anulação ou convalidação do ato, se o mesmo for considerado ilegal, ou a sua suspensão, revogação, modificação ou substituição, por razões de oportunidade ou conveniência, embora neste último caso apenas quando o superior hierárquico dispuser de poderes dispositivos, por não se tratar de uma competência exclusiva do subalterno; caso estejamos perante um recurso tutelar, este só poderá ter como fundamento a inconveniência ou inoportunidade do ato ou da omissão quando a lei preveja uma tutela de mérito, sendo que, neste tipo de recurso, a modificação ou a substituição do ato recorrido ou omitido apenas será possível se a lei conferir poderes de tutela substitutiva e no âmbito deste.

No entanto, em qualquer um dos casos, a principal limitação ao reexercício do poder disciplinar advém dos princípios. De facto, o órgão *ad quem* não poderá decidir em sentido desfavorável ao arguido, agravando a pena aplicada pelo órgão *a quo*, quando o recurso seja apenas interposto pelo arguido (princípio da proibição da “*reformatio in pejus*”). Contudo, mesmo quando o recurso seja apenas ou também interposto pelo participante – caso em que poderá haver agravamento da pena em sede de impugnação administrativa -, a alteração ou agravamento da pena apenas poderá ter como fundamento factos que constem da acusação. De facto, não pode haver uma alteração substancial dos factos da acusação. Podem ser juntos novos meios de prova em sede de impugnação administrativa – e, aqui, estamos perante um importante poder que a lei coloca ao dispor do órgão *ad quem* -, mas como já foi referido, esses meios de prova têm de estar relacionados com os factos constantes da acusação ou da defesa (princípio da vinculação temática).

Também esses princípios fazem-se sentir noutro meio de impugnação administrativa, considerada pela doutrina como “extraordinária”: a revisão do procedimento administrativo. Também aqui o arguido só pode invocar meios de prova supervenientes, ou porque se produziram após a aplicação da pena ou pelo facto de o arguido só ter tido justificadamente deles conhecimento depois de a sanção ter sido aplicada. Só estes podem ser

invocados como forma de provar a inexistência dos factos que ditaram a condenação ou factos incompatíveis com aqueles que fundamentaram a aplicação da sanção disciplinar, nunca podendo a decisão final proceder ao agravamento da pena.

Apesar de o tema central da presente reflexão ser o reexercício do poder disciplinar em sede de impugnação administração, considerámos pertinente abordar duas outras questões. A primeira relativa à polémica em torno do carácter necessário ou facultativo das impugnações administrativas em sede disciplinar, devido às alterações introduzidas em 2015 ao CPA. A segunda relativa à renovação do procedimento administrativo e a sua interligação às impugnações administrativas.

Apesar da investigação empreendida, reconhecemos que os “desassossegos” não se acalmaram, nem se dissiparão, não só porque se trata de uma matéria problemática e problematizável, como também porque a realidade será sempre o *tertium* que medeia o julgador e a lei, constituindo para ambos o eterno desafio.

37. Prevenção, Segurança e Saúde no Trabalho

Diana Pires Esteves

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

PREVENÇÃO, SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO

Diana Pires Esteves

1. Objeto
 2. Enquadramento internacional
 - 2.1. No domínio do direito da União Europeia
 3. O direito nacional
 - 3.1. O problema da remissão operada pela alínea i) do n.º 1 do artigo 4.º da LGTFP
 - 3.2. Classificação da obrigação de segurança e saúde do empregador público
 4. (In)cumprimento da obrigação de transposição da Diretiva-Quadro n.º 89/391/CEE para o setor público pelo Estado Português
- Índice Bibliográfico

Palavras-Chave: Obrigação de segurança e saúde, Convenção n.º 155 da OIT, Diretiva-Quadro n.º 89/391/CEE, Lei n.º 35/2014 (LGTFP)

1. Objeto

Com o tema da Prevenção, Segurança e Saúde no Trabalho no âmbito das Relações Laborais da Administração Pública, centraremos a nossa análise na obrigação do empregador público de proteger e assegurar a segurança e saúde do trabalhador, através do recorte do seu regime legal.

Em primeiro lugar, iremos proceder ao enquadramento internacional da obrigação de segurança e saúde do empregador, dedicando especial enfoque ao direito da União Europeia, mormente à Diretiva-Quadro n.º 89/391/CEE, de 12 de junho, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores.

Em segundo lugar, analisaremos a referida obrigação à luz da ordem jurídica nacional, procurando destrinçar quais os diplomas legais que se aplicam na matéria objeto de análise, no domínio das relações laborais na Administração Pública.

2. Enquadramento internacional

O primeiro instrumento internacional que regula a matéria da segurança e saúde do trabalhador é a Convenção n.º 155 da OIT, relativa à segurança, à saúde dos trabalhadores e ao ambiente de trabalho, ratificada por Portugal pelo Decreto do Governo n.º 1/85, de 16 de janeiro¹.

Por força desta Convenção, resulta para o Estado Português a obrigação de criar, implementar e atualizar uma política nacional em matéria de segurança, saúde dos trabalhadores e ambiente de trabalho, cujo desiderato é a prevenção dos acidentes e dos perigos para a saúde

¹ Disponível em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_8/IIIPAG3_8_4_A.htm.

resultantes do trabalho e que deverá ser concretizada “por via legislativa ou regulamentar ou por qualquer outro meio, conforme as condições e a prática nacionais, e em consulta com as organizações representativas dos empregadores e trabalhadores interessadas” (leitura conjugada dos artigos 4.º e 8.º).

Há ainda dois deveres “densificadores” desta obrigação complexa, consagrada no artigo 4.º, que merecem destaque: em primeiro lugar, as normas estaduais relativas à segurança, à higiene e ao ambiente de trabalho deverão “precisar as funções e responsabilidades respetivas, em matéria de segurança, saúde dos trabalhadores e ambiente de trabalho, das autoridades públicas, dos empregadores, dos trabalhadores e de outras pessoas interessadas” (artigo 6.º) e, em segundo lugar, a fiscalização da aplicação dessas normas “deverá ser assegurada por um sistema de inspeção apropriado e suficiente”, que “deverá prever sanções apropriadas em caso de infração das leis ou das prescrições” (artigo 9.º).

Os artigos 13.º e 14.º impõem ao Estado Português que tutele o direito do trabalhador de se “retirar de uma situação de trabalho relativamente à qual tivesse um motivo razoável para a considerar como representando um perigo iminente e grave para a sua vida ou para a sua saúde”, protegendo o trabalhador de “consequências injustificadas por motivo dessa decisão” e, ainda, que tome medidas tendentes à inclusão de temas de segurança, higiene e ambiente de trabalho nos programas de educação e formação a todos os níveis.

Já no que concerne às entidades empregadoras, o Estado deverá consagrar a obrigação de estas tomarem as medidas necessárias:

(i) Para que os locais de trabalho, as máquinas, os materiais, as substâncias, os agentes físicos, químicos e biológicos e os processos de trabalho sujeitos à sua fiscalização não apresentem risco para a segurança e saúde dos trabalhadores, obrigação que se encontra limitada por um critério de razoabilidade e de praticabilidade de realização dessas medidas preventivas (artigo 16.º);

(ii) Que permitam fazer face a situações de urgência e a acidentes;

(iii) Que possibilitem a efetiva participação e o contributo dos trabalhadores e, por último,

(iv) Para que os trabalhadores e os seus representantes sejam informados sobre as medidas tomadas pelo empregador para garantir a segurança e a saúde e possam examiná-las, e recebam formação apropriada neste domínio (artigos 16.º, 18.º e 19.º).

Ademais, os trabalhadores deverão poder assinalar imediatamente aos seus superiores hierárquicos qualquer situação relativamente à qual tenham um motivo razoável para considerar que ela representa um perigo iminente e grave para a sua vida ou para a sua saúde, não podendo a entidade empregadora pedir aos trabalhadores que retomem o trabalho numa situação em que persista tal perigo iminente enquanto não forem tomadas medidas que visem a sua remoção, nos termos da alínea f) do artigo 19.º.

Por fim, os artigos 2.º e 3.º da Convenção n.º 155 esclarecem que esta se aplica a todos os trabalhadores dos ramos de atividade económica nela abrangidos, que, por sua vez, abrange todos os ramos em que estejam empregados trabalhadores, incluindo a função pública. Assim, a referida Convenção, ao estabelecer o seu âmbito de aplicação de forma tão aberta, eliminou qualquer dúvida que se pudesse levantar sobre se deveria ser implementada no setor público ou se se restringiria ao setor privado.

A Organização das Nações Unidas tem assumido um papel interventivo em matéria laboral, sendo de destacar o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), celebrado em 16 de dezembro de 1966 e aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11 de julho, que prevê, na alínea b) do artigo 7.º, o direito de todas as pessoas de gozar de condições de trabalho seguras e higiénicas.

2.1. No domínio do direito da União Europeia

No contexto do direito originário da União Europeia, o artigo 153.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) refere que a União Europeia apoiará e completará a ação dos Estados-Membros na prossecução da melhoria “do ambiente de trabalho, a fim de proteger a saúde e a segurança dos trabalhadores” (alínea a)).

No que tange ao direito derivado, a Diretiva-Quadro n.º 89/391/CEE, de 12 de junho, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho², impulsionou a harmonização das legislações dos Estados-Membros nos termos que a seguir se delinearão.

Como se vislumbra no seu artigo 2.º, a presente diretiva tem um âmbito de aplicação (quase-) universal, impondo-se em todos os setores de atividade, privados ou públicos, com a ressalva de algumas atividades específicas da função pública, sobretudo atividades específicas dos serviços de proteção civil. Todavia, por um lado, mesmo relativamente a estes serviços, devem ser asseguradas, na medida do possível, a segurança e saúde dos trabalhadores; por outro, o TJUE esclareceu em vários arestos que estas exceções ao âmbito de aplicação (tendencialmente) universal da Diretiva-Quadro devem ser interpretadas de forma restritiva³. Por força do artigo 5.º, n.º 1, a entidade empregadora é “obrigada a assegurar a segurança e a saúde dos trabalhadores em todos os aspetos relacionados com o trabalho.”

No que concerne ao conteúdo e amplitude da obrigação prevista no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva-Quadro, afiguram-se-nos bastante úteis, pela sua profundidade, as conclusões

² Alterada pelo Regulamento (CE) n.º 1882/2003, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de setembro; pela Diretiva n.º 2007/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho; e pelo Regulamento (CE) n.º 1137/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro.

³ Vejam-se os Acórdãos de 3 de outubro de 2000, tirado no Processo C-303/89, e de 5 de Outubro de 2004, proferido nos Processos apensos C-397/01 e C-403/01. Cfr., ainda, ANA CRISTINA RIBEIRO COSTA, “Segurança e saúde no trabalho – particularidades e problemas no âmbito da Administração Pública”, in *Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais*, Volume I, Coimbra Editora, 2014, pág. 288.

formuladas pelo Advogado-Geral Paolo Mengozzi no Processo C-127/05. Neste, a Comissão intentou uma ação de incumprimento contra o Reino Unido por achar que a cláusula que limitava a responsabilidade da entidade patronal, ao excluir uma forma de responsabilidade objetiva, violava o disposto nos artigos 5.º, n.ºs 1 e 4, da Diretiva-Quadro, tendo o TJUE concluído que “a Comissão não demonstrou com força jurídica bastante que, ao limitar à medida do razoavelmente praticável a obrigação de a entidade patronal garantir a segurança e a saúde dos trabalhadores em todos os aspetos relacionados com o trabalho, o Reino Unido não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 5.º, n.ºs 1 e 4, da Diretiva 89/391”, pelo que a ação foi julgada improcedente.

Em primeiro lugar, salientou-se que a disposição impõe ao empregador um comportamento positivo, que consiste na adoção de medidas com o objetivo de proteção do bem jurídico normativamente identificado de segurança e saúde dos trabalhadores (conclusão 102).

Em segundo lugar, frisou-se que o objetivo de proteção prosseguido pelo artigo 5.º, n.º 1, da diretiva-quadro exige que se interprete a obrigação que impende sobre a entidade patronal de modo essencialmente preventivo. Esta obrigação consubstancia-se, pois, por um lado, em prever e avaliar os riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores criados pela atividade empresarial e, por outro, em determinar e estabelecer as necessárias medidas preventivas (artigo 6.º, alíneas a), c) e g)) (conclusão 105).

Em terceiro lugar, e uma vez que o progresso técnico e a evolução dos sistemas de produção podem levar à criação de novos riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores e à diversificação e aperfeiçoamento das medidas de proteção, a obrigação patronal de segurança deve ser interpretada em sentido dinâmico e implica uma constante adaptação às circunstâncias suscetíveis de incidir sobre a quantidade e natureza dos riscos a que são submetidos os trabalhadores, bem como sobre a eficácia das medidas necessárias para evitar ou limitar tais riscos (artigo 6.º, n.º 2, alínea e)) (conclusão 108).

Por último, o Advogado-Geral mencionou que resulta dos critérios gerais de prevenção enunciados no artigo 6.º, n.º 2, alíneas b) e f) que a obrigação geral de segurança prevista no artigo 5.º, n.º 1, não impõe ao empregador o estabelecimento de um ambiente de trabalho isento de todos os riscos (conclusão 110).

Em suma, por força da obrigação de segurança prevista no artigo 5.º, n.º 1, “a entidade patronal tem a obrigação de prevenir ou limitar, na medida do possível e tendo em conta o grau de evolução da técnica, todos os riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores concretamente previsíveis” (conclusão 111).

A nosso ver, a redação do artigo 5.º, n.º 1, é um pouco enganadora quando analisada de forma isolada, pois parece indicar que o empregador garante, *in totum*, a segurança e saúde dos trabalhadores. Pelo contrário, a conjugação da disposição aludida com o n.º 1 do artigo 6.º permite apreender esta obrigação do empregador, nos seus reais contornos: a entidade empregadora tem o dever de assegurar a segurança e saúde dos trabalhadores, através da adoção das medidas necessárias à defesa da segurança e saúde dos trabalhadores, entre as quais se incluem medidas de prevenção dos riscos profissionais, de informação e de formação.

O conteúdo desta obrigação é, de seguida, objeto de especificação nos artigos 6.º a 12.º da diretiva.

Quanto à responsabilidade (subjéctiva ou objectiva) do empregador, derivada do incumprimento do artigo 5.º, n.º 1, para o que aqui releva, foi referido que dificilmente se poderá afirmar que o artigo 5.º, n.º 1, “ao impor expressamente uma obrigação jurídica a um sujeito, tenha também pretendido, implicitamente, imputar ao mesmo sujeito uma responsabilidade mais ampla do que a referente ao eventual incumprimento da referida obrigação”. Ou seja, não se pode “deduzir a sujeição da entidade patronal a uma obrigação, de natureza essencialmente preventiva e, simultaneamente, a um regime de responsabilidade objectiva – e, portanto, independente da imputabilidade ao sujeito obrigado de qualquer culpa ou negligência na adoção das medidas de prevenção – pelos atos lesivos do bem jurídico que se visa proteger através da imposição da referida obrigação” (conclusão n.º 77).

Por conseguinte, “o artigo 5.º, n.º 4, primeiro parágrafo, foi inserido no corpo da diretiva com o objetivo de clarificar” que a “identificação e definição explícita dos casos em que um determinado acontecimento, lesivo da saúde dos trabalhadores, e as suas consequências não estão relacionadas com a violação da obrigação de segurança e, conseqüentemente, não são imputáveis à entidade patronal a título de culpa” (conclusão n.º 96). Deste modo, “a responsabilidade da entidade patronal resultante do artigo 5.º, n.ºs 1 e 4 da referida diretiva é [...] uma responsabilidade pela culpa, na sequência da inobservância da obrigação de segurança que incumbe à entidade patronal”.

Assim sendo, se os Estados-Membros podem optar por excluir a responsabilidade objectiva do empregador, a nosso ver, tal indica que a responsabilidade subjéctiva é aquela que compõe o núcleo duro das consequências do incumprimento da obrigação do artigo 5.º, n.º 1 e que se encontra fora da liberdade de conformação dos Estados-Membros.

Sobre os critérios de aferição da conformidade da conduta do empregador com as prescrições decorrentes da Diretiva-Quadro, Paolo Mengozzi discorreu que o parâmetro de eleição é a objectiva possibilidade técnica de eliminar ou reduzir um risco para a segurança e saúde dos trabalhadores (ponto 137), isto é, implica um juízo de “constatação da possibilidade de prevenir a ocorrência de um risco ou de limitar a sua importância com base nas possibilidades oferecidas pela técnica” (ponto 139). Seguimos de perto Tomás Sala Franco, quando defende que o parâmetro de “evitabilidade” é de carácter técnico e não de carácter económico⁴, e que, por isso, a exigibilidade da obrigação de prevenção dos riscos é medida pela existência de normas técnicas que os possam evitar e não pelos custos associadas à implementação dessas mesmas normas técnicas.

A circunstância de ser igualmente imposta ao trabalhador uma obrigação de prevenção, não diminui nem afeta o princípio da responsabilidade patronal⁵, como decorre expressamente dos artigos 5.º, n.ºs 2 e 3.

⁴ Cfr. *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, 8.ª edição, Tirant Lo Blanch, 2012, pág. 105.

⁵ Vide MANUEL ROXO, *Direito da Segurança e Saúde no Trabalho – da Prescrição do Seguro à Definição do Desempenho, uma Transição na Regulação*, Almedina, 2011, pág. 148.

Devido à imposição do artigo 16.º da adoção, por banda do Conselho, de Diretivas específicas para certos domínios⁶, têm proliferado diretivas especiais em matéria de segurança e saúde no trabalho.

São ainda de destacar três órgãos comunitários que revelam a preocupação da União Europeia com as condições em que os trabalhadores prestam a sua atividade: a Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho, criada pelo Regulamento (CE) n.º 2062/94, do Conselho, de 18 de julho⁷; a Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho (EUROFUND), instituída pelo Regulamento (CEE) n.º 1365/75, do Conselho, de 26 de maio; e o Comité Consultivo para a Segurança, Higiene e Proteção da Saúde no Local de Trabalho, criado pela Decisão n.º 2003/C218/01, do Conselho, de 22 de junho.

3. O direito nacional

Em matéria de tutela constitucional da segurança e saúde do trabalhador⁸, a doutrina portuguesa costuma apontar os artigos 64.º, n.º 1, e 59.º, n.º 1, alínea c), da CRP como os princípios cardeais que norteiam e balizam a atuação conformadora do legislador na matéria. O direito à segurança e saúde do trabalhador é considerado um direito bipolar⁹, que possui uma vertente negativa, constante do artigo 64.º, e uma vertente positiva, ínsita no artigo 59.º.

Por força do artigo 64.º, o trabalhador tem o direito de exigir ao empregador público (bem como a todas as demais pessoas, sejam ou não o seu empregador) que se abstenha de comportamentos lesivos da sua saúde. Assim, este preceito constitucional vincula o empregador público perante o trabalhador, não por força da relação de trabalho, mas com base num dever geral de respeito que se impõe a todas as pessoas.

Pese embora contemple esta feição negativa, o direito à proteção da saúde também possui uma importante dimensão positiva, enquanto direito a prestações positivas do Estado¹⁰, que se revela no artigo 9.º, alíneas c) e d), da Constituição.

⁶ Para uma lista exaustiva das diretivas europeias publicadas nesta matéria e respetiva transposição, cfr. [http://www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/CentroInformacao/DirectivasEuropeias/Paginas/default.aspx](http://www.act.gov.pt/(pt-PT)/CentroInformacao/DirectivasEuropeias/Paginas/default.aspx) e http://www.dgadr.mamaot.pt/saa/Leg_act.htm. Ver, ainda, CÉLINE ROSA PIMPÃO, *A Tutela do Trabalhador em Matérias de Segurança, (Higiene) e Saúde no Trabalho*, Coimbra Editora, 2011, págs. 50 e 51. É curioso que muitas das diretivas especiais, na aceção do artigo 16.º, n.º 1, da Diretiva n.º 89/391, incidem sobre matérias que também a OIT destacou, no artigo 5.º, alínea a), da Convenção n.º 155, como “grandes esferas de ação” em segurança e saúde no trabalho: locais de trabalho, ambiente de trabalho, ferramentas, máquinas e materiais, substâncias e agentes químicos, físicos e biológicos e processos de trabalho.

⁷ Alterado posteriormente pelos Regulamentos n.º 1643/95, de 29 de junho, n.º 1654/2003, de 18 de junho, e n.º 1112/2005, de 24 de junho.

⁸ Sobre o conceito constitucional estrito (baseado na subordinação jurídica dos devedores da prestação laboral) ou lato (fundado na heterodeterminação das condições de trabalho) de trabalhador, vide GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, CRP Anotada, Volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 776 e MILENA ROUXINOL, *A Obrigação de Segurança e Saúde do Empregador*, Coimbra Editora, 2008, págs. 105 e 106, nota de rodapé 180.

⁹ Cfr. CÉLINE ROSA PIMPÃO, *op. cit.*, pág. 61.

¹⁰ Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2005, pág. 652, bem como MILENA ROUXINOL, *op. cit.*, pág. 108. Ver, ainda, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pág. 773.

Por seu turno, o direito à disponibilização de condições de segurança e saúde, previsto no artigo 59.º, configura-se como um direito dos trabalhadores imediatamente dirigido contra a entidade empregadora¹¹. Como bem realça Milena Rouxinol, “o empregador revela-se como detentor de uma posição contratual de que é nota característica a supremacia jurídica. Ora [...], porque na atuação dos poderes em que ela se traduz, o empregador dita o *se* e o *quantum* da sujeição do trabalhador aos riscos profissionais, é, justamente, àquela *potestas* que a respetiva obrigação de segurança e saúde vai colher o seu *fundamento*, assumindo-se, no próprio plano da Lei Fundamental, como dever de garantia de que a obediência às respetivas ordens não coloque em risco o sujeito que deve observá-las”¹².

A proteção constitucional abrange todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores da Administração Pública. Tal como foi clarificado no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/02, prolatado no Processo n.º 489/94, o artigo 59.º da Constituição tem como destinatários todos os trabalhadores, abrangendo também os trabalhadores da Administração Pública.

Como se procurou frisar supra, o acento tónico do tratamento internacional, europeu e constitucional, dado à matéria da segurança e saúde no trabalho, reside na universalidade e na igualdade da proteção concedida aos trabalhadores do setor público e do setor privado.

Ora, o caminho trilhado pelo legislador ordinário, nesta matéria, conduziu a uma “bifurcação” dos instrumentos de proteção da segurança e saúde dos trabalhadores “pertencentes” à Administração Pública e dos trabalhadores regidos pelo direito laboral privado.

O Decreto-Lei n.º 441/91, de 14 de novembro, foi o primeiro diploma a transpor a Diretiva-Quadro n.º 89/391, tendo consagrado o regime jurídico dos serviços de segurança, higiene e saúde no trabalho das empresas e aplicava-se indiscriminadamente ao setor público, privado ou cooperativo e social (artigo 2.º, n.º 1, alínea a)).

Este decreto-lei foi alvo de desenvolvimento em dois diplomas: no Decreto-Lei n.º 26/94¹³, de 1 de fevereiro; e no Decreto-Lei n.º 191/95, de 28 de julho, diploma este que restringia o quadro jurídico nele desenhado “aos serviços e organismos da administração central, regional e local, incluindo os institutos públicos nas modalidades de serviços personalizados ou de fundos públicos” (artigo 1.º, n.º 1). Este segundo diploma foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 488/99, de 17 de novembro, que, por sua vez, foi revogado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de novembro, que aprovou o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (artigo 18.º, n.º 1, alínea c)).

No domínio laboral privado, o Código do Trabalho de 2003 (Lei n.º 99/2003) e o respetivo Regulamento (Lei n.º 35/2004) regulavam esta matéria¹⁴. Atualmente, a matéria da segurança

¹¹ MILENA ROUXINOL, *op. cit.*, págs. 105 e 106.

¹² *Op. cit.*, pág. 107.

¹³ Revisto, sucessivamente, pelas Leis n.º 7/95, de 29 de março, e n.º 118/99, de 11 de agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 109/2000, de 30 de junho.

¹⁴ V., sobretudo, os artigos 211.º e segs. do Regulamento.

e saúde no trabalho está estabelecida no Código do Trabalho de 2009 (Lei n.º 7/2009) e na Lei n.º 102/2009, que revogou o Decreto-Lei n.º 441/91.

No entanto, este diploma tem o seu âmbito de aplicação circunscrito aos setores privado ou cooperativo e social (artigo 3.º, n.º 1, alínea a)). Parece, pois, ficar excluído da sua aplicação o setor público, o que é corroborado pelo disposto no n.º 3 do artigo 120.º, onde se impede a produção de efeitos da revogação do Decreto-Lei n.º 441/91 até que seja publicado um diploma que discipline a segurança e saúde no trabalho para a Administração Pública, implicando, em decorrência, que esse diploma não é a própria Lei n.º 102/2009.

Finalmente, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LGTFP), aprovada em anexo à Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, revogou a Lei n.º 59/2008 (artigo 42.º, n.º 1, alínea e)). Destarte, até à entrada em vigor da LGTFP, o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas e respetivo Regulamento, publicados em anexo à Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, disciplinavam as relações laborais estabelecidas através do contrato de trabalho em funções públicas, em geral, e, para o que aqui importa, no tocante à matéria de segurança e saúde no trabalho.

Aqui chegados, coloca-se uma questão de fulcral importância: onde é que se encontra atualmente o regime jurídico da proteção da segurança e saúde no trabalho no seio da Administração Pública?

A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas¹⁵ contém algumas normas que se dedicam à matéria da prevenção, saúde e segurança do trabalhador.

O artigo 71.º dispõe que o empregador público deve:

- Proporcionar boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como moral (al. c));
- Prevenir riscos e doenças profissionais, tendo em conta a proteção da segurança e saúde do trabalhador, devendo indemnizá-lo dos prejuízos resultantes de acidentes de trabalho (al. g));
- Adotar, no que se refere à segurança e saúde no trabalho, as medidas que decorram, para o órgão ou serviço ou para a atividade, da aplicação das prescrições legais e convencionais vigentes (al. h));
- E fornecer ao trabalhador a informação e a formação adequadas à prevenção de riscos de acidente e doença (al. i)).

¹⁵ Por força do artigo 2.º da LGTFP, excluem-se do respetivo âmbito de aplicação várias categorias de trabalhadores, tais como militares das Forças Armadas, militares da Guarda Nacional Republicana, pessoal com funções policiais da Polícia de Segurança Pública, pessoal da carreira de investigação criminal, da carreira de segurança e pessoal com funções de inspeção judiciária e de recolha de prova da Polícia Judiciária e pessoal da carreira de investigação e fiscalização do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras. Assim, coloca-se o problema de saber qual a proteção de que estes trabalhadores gozam, em matéria de segurança e saúde, sendo que o TJUE já teve oportunidade de se pronunciar em ação de incumprimento intentada pela Comissão contra Espanha (*vide* Acórdão de 12/01/2006, prolatado no Processo C-132/04).

O artigo 71.º demonstra à saciedade que a tutela da segurança e saúde do trabalhador vincula de forma intensa o empregador público, imbuindo de sentido os deveres consagrados nas alíneas aludidas, à semelhança do postulado no artigo 127.º do Código do Trabalho.

O artigo 82.º, n.º 2, estipula que as “condições de prestação de trabalho devem favorecer a compatibilização da vida profissional com a vida familiar do trabalhador, bem como assegurar o respeito das normas aplicáveis em matéria de segurança e saúde no trabalho”.

O artigo 307.º permite que o trabalhador extinga o vínculo de emprego público em caso de falta culposa de condições de segurança, higiene e saúde no trabalho por parte do empregador público (alínea d) do n.º 2).

Só que facilmente se constata que as normas vertidas na LGTFP são genéricas e em número diminuto. Além do mais, não foi publicada legislação complementar neste domínio. Daí que se revista de importância fundamental o artigo 4.º, que procede à remissão para o Código do Trabalho em várias matérias, entre as quais se inclui, precisamente, a relativa à promoção da segurança e saúde no trabalho.

3.1. O problema da remissão operada pela alínea i) do n.º 1 do artigo 4.º da LGTFP

O artigo 4.º da LGTFP arrasta consigo a eleição do Código do Trabalho e respetiva legislação complementar a regime subsidiário¹⁶.

Esta remissão opera pelo proémio do n.º 1, onde se lê que “[é] aplicável ao vínculo de emprego público, sem prejuízo do disposto na presente lei e com as necessárias adaptações, o disposto no Código do Trabalho e respetiva legislação complementar com as exceções legalmente previstas”.

Esta redação é bastante infeliz, pois que dá azo a equívocos. Estabelecendo-se a ressalva do “disposto na presente lei” seria necessário mencionar as “exceções legalmente previstas”? Acompanhamos Miguel Lucas Pires, quando defende que a aplicação das disposições do Código do Trabalho, podendo embora estar sujeita às adaptações impostas pela natureza pública do empregador, apenas não terá lugar quando a LGTFP a afaste, parecendo redundante a referência, constante do n.º 1, a “exceções legalmente previstas”, quando anteriormente já se referiu “sem prejuízo do disposto na presente lei”¹⁷.

Quando o mencionado artigo 4.º remete para o Código do Trabalho e legislação complementar em matéria de segurança e saúde no trabalho (alínea i)), remete para os artigos 281.º e

¹⁶ PAULO ALMEIDA, “A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Comentário às Principais Alterações”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Volume III, Universidade Católica Editora, 2015, pág. 87.

¹⁷ *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - Anotada e Comentada*, 2.ª edição, Almedina, 2016, pág. 64.

seguintes do Código do Trabalho e para a Lei n.º 102/2009, que, como vimos, não abrange o setor público.

Será que a remissão do artigo 4.º prevalece sobre o âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 102/2009, delineado no seu artigo 3.º? Por outras palavras, será que a remissão efetuada, em termos genéricos, pelo artigo 4.º tem a virtualidade de alargar o âmbito de aplicação da Lei n.º 102/2009 ao setor público? Ou enquadrar-se-á nas “exceções legalmente previstas” a que alude o n.º 1, por a mencionada lei excluir (implicitamente) o setor público do seu âmbito de aplicação?

Na nossa opinião, a expressão “exceções legalmente previstas” serve para repisar a expressão “com as devidas adaptações”. Consequentemente, uma vez que não há nenhuma disposição na LGTFP que exclua ou impeça a aplicação das normas do Código do Trabalho e da legislação que o complementa, a remissão efetuada pela alínea i) do n.º 1 do artigo 4.º conduz, assim, a um alargamento do âmbito de aplicação da Lei n.º 102/2009, que passou a abranger a função pública, desde a entrada em vigor da LGTFP¹⁸. Ressalte-se que solução interpretativa diversa implicaria a inexistência de diploma legal que regule, de forma desenvolvida, as relações laborais públicas em matéria de prevenção, saúde e segurança do trabalhador¹⁹.

3.2. Classificação da obrigação de segurança e saúde do empregador público

É bastante controversa a natureza (contratual ou extracontratual) da obrigação de segurança e saúde²⁰. A breve trecho, sempre diremos que perfilhamos o entendimento de que a obrigação de segurança e saúde do trabalhador a cargo do empregador é uma obrigação contratual. E defendemos que é contratual por uma razão fundamental: a natureza contratual de uma dada relação não implica necessariamente uma liberdade ou autonomia absoluta de conformação do conteúdo da relação. O programa contratual emerge de diversas fontes: resulta da vontade das partes, é certo, mas também é integrado, em maior ou menor medida, pela lei. É inegável que, a montante, esta obrigação radica no contrato, afinal, ela tem a sua origem e o seu fundamento na relação contratual estabelecida entre as partes. O facto de o legislador ter optado por subtrair à liberdade contratual alguns dos efeitos derivados da celebração do contrato de trabalho, mormente quanto aos direitos e obrigações que dele emergem e respetivo conteúdo, não retira ao contrato a sua natureza, nem aos deveres que se impõem às partes por força do contrato a natureza de deveres contratuais.

¹⁸ Este entendimento é corroborado pelo sumário executivo publicado em virtude do anteprojeto da LGTFP, disponível em:

http://www.icjp.pt/sites/default/files/cursos/documentacao/apresentacao_anteprojeto_de_lei_geral_do_trabalho_em_funcoes_publicas_2.pdf, em que se refere, “[q]uanto ao diploma da segurança e saúde no trabalho, o regime geral deverá aplicar-se diretamente à Administração Pública com a revogação do RCTFP. De resto, também não se encontra incluída no Código do Trabalho” (cfr. pág. 4). Ademais, no anteprojeto, a matéria da segurança e saúde no trabalho surgia no artigo 5.º, alínea e), sob a epígrafe ‘legislação complementar’, e não no artigo 4.º, sob a égide da remissão para o Código do Trabalho.

¹⁹ Neste sentido, MILENA ROUXINOL, “A Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho no Âmbito da Administração Pública à Luz da Legislação Nacional, Comunitária e Internacional” in *Direito do Trabalho na Administração Pública*, Centro de Estudos Judiciários, 2017, disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Direito_do_Trabalho_na_Administracao_Publica_1.pdf, pág. 95.

²⁰ Vide a análise feita por MILENA ROUXINOL, *op. cit.*, pág. 112 e segs.

Relativamente à sua classificação como uma obrigação de meios ou de resultado, o critério essencial na distinção entre obrigação de meios e de resultado é o da *álea*²¹. Há situações em que o resultado final pretendido por uma das partes não depende exclusivamente da concreta atuação diligente do outro contraente, dado que o êxito da intervenção deste depende da presença de outros fatores, estranhos à esfera do vínculo contratual e que escapam ao seu controlo²². A elevada margem de inarredável incerteza da obtenção do resultado impede a sua consagração como objeto da prestação, o qual será constituído por uma conduta diligente e competente orientada à prossecução do objetivo final – é a apelidada obrigação de meios ou de objetivo (*obbligazione di scopo*). Diversamente, quando a *álea* é residual, impõe-se a conclusão de que a adoção de um comportamento diligente leva, com tal frequência, à obtenção do resultado, que se pode exigir da parte que o obtenha – é a denominada obrigação de resultado.

No entanto, as partes gozam de liberdade para configurar a obrigação assumida como de meios ou de resultado, independentemente da qualificação que receberia pelo critério da *álea*. A vontade das partes prevalece sempre sobre este critério.

Desde a década de 1950²³ que a doutrina e a jurisprudência italianas têm questionado o artificialismo desta bipartição, destacando que todas as obrigações são, em certa medida, de resultado – sendo este fluído, ora constituído pelo resultado final, ora constituído pelo resultado instrumental, que é a atividade adequada à promoção do resultado final²⁴ – e de meios – o zelo e o cuidado da parte são sempre relevantes em sede de (in)cumprimento²⁵ –; ademais, criticam a sua excessiva simplicidade, face à realidade evolutiva, que nem sempre se adequa às características e efeitos das obrigações de meios e de resultado. A questão extravasa o campo do nosso trabalho, mas, *brevitatis causae*, diremos que não vemos qualquer inconveniente na criação de uma categoria intermédia, que englobe elementos das obrigações de meios e de resultado, com implicações no plano probatório²⁶, em situações em que a aleatoriedade se encontre atenuada, tendo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/2009, proferido no Processo n.º 544/09.9YFLSB, dado o primeiro passo nesse sentido, ao admitir uma obrigação de “quase resultado”²⁷.

Temos que a obrigação de prevenção pode ser perspetivada como uma obrigação de meios ou como uma obrigação de resultado, consoante o “resultado” que se elege como meta a atingir pela prestação do empregador: se esse se consubstancia na “eficácia” das condutas concretamente adotadas pelo empregador, à luz do objetivo de eliminar a ocorrência de acidentes de trabalho e doenças profissionais, trata-se de uma obrigação de resultado; se

²¹ RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra Editora, 2010, pág. 55 e segs.

²² LUIGI MENGONI, “Obbligazioni «di Risultato» e «Obbligazioni di Mezzi» (Studio critico)”, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazione*, 1954, volume I, pág. 189.

²³ Vide o excelente estudo de LUIGI MENGONI, *op. cit.*, pág. 185 e segs., 280 e segs. e 366 e segs.

²⁴ LUIGI MENGONI, *op. cit.*, págs. 188 e 189 e ROCCO FAVALE, “La responsabilità civile del professionista forense”, in *Giustizia Civile*, volume LIV, 2004, I, pág. 252.

²⁵ CALVÃO DA SILVA, “Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória”, in *Separata do Vol. XXX do Suplemento ao BFDUC*, 2.ª edição, 1995, pág. 80.

²⁶ Por exemplo, uma obrigação em que o conteúdo da prestação principal é o típico de uma obrigação de meios mas que, caso ocorram prejuízos, “comporta-se” como se fosse uma obrigação de resultado, presumindo-se a culpa do agente.

²⁷ V. também o Acórdão do STJ de 2/06/2015, tirado no Processo n.º 1263/06.3TVPRP.P1.S1.

entendermos que equivale à conformidade das condutas concretamente adotadas com as condutas “necessárias” e aptas a eliminar ou suprimir a verificação de acidentes de trabalho e doenças profissionais, será uma obrigação de meios. Neste último sentido, poder-se-á dizer que o resultado é o “criterio orientativo del «cosa» e del «come» fare”²⁸, isto é, servirá para eleger o que o empregador deve fazer e de que forma o deve fazer para alcançar a proteção da segurança e saúde do trabalhador.²⁹

4. (In)cumprimento da obrigação de transposição da Diretiva-Quadro n.º 89/391/CEE para o setor público pelo Estado Português

Foi emitido um comunicado pela Comissão Europeia em 20 de novembro de 2013³⁰, em que esta defendia que Portugal não tinha cumprido a sua obrigação de transpor a Diretiva-Quadro n.º 89/391, por falta de disposições que prevejam as obrigações dos empregadores públicos de avaliar os riscos e de conservar os respetivos documentos, de criar serviços de prevenção e proteção da segurança e saúde dos trabalhadores e, ainda, por falta de disposições que prevejam sanções para as violações das disposições da mencionada diretiva.

Nos termos do artigo 288.º do TFUE, “a diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”. Por conseguinte, segundo jurisprudência constante do TJUE, a transposição de uma diretiva para o direito interno não exige necessariamente uma repetição formal e textual do seu conteúdo numa disposição legal expressa e específica, podendo ser transposta num contexto jurídico geral, desde que este assegure efetivamente a plena aplicação da diretiva de um modo suficientemente claro e preciso³¹. Destarte, impõe-se determinar, a montante, o conteúdo das disposições contidas na diretiva, de modo a avaliar a extensão da obrigação da transposição que incumbe aos Estados, para, a jusante, aferir do cumprimento dessa obrigação de transposição.

²⁸ MASSIMO PARADISO, “La Responsabilità Medica: dal Torto al Contratto”, in *Rivista di Diritto Civile*, 2001, volume I, pág. 329.

²⁹ Nesta senda, Júlio Gomes menciona que o cumprimento das obrigações legais não garante que os acidentes de trabalho desapareçam, apesar de permitir reduzir significativamente o risco da sua produção – cfr. *O Acidente de Trabalho - Acidente In Itinere e a sua descaracterização*, Coimbra Editora, 2013, pág. 159.

³⁰ “Saúde e segurança: Comissão insta Portugal a aplicar plenamente a diretiva aos trabalhadores do setor público
A Comissão Europeia instou Portugal a aplicar integralmente a diretiva da UE que estabelece as regras básicas em matéria de proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores (89/391/EEC)³⁰ ao setor público. A diretiva impõe aos Estados-Membros que adotem medidas para eliminar e reduzir os fatores de risco das doenças profissionais e dos acidentes de trabalho. Exige que os empregadores procedam a uma avaliação dos riscos e que conservem os correspondentes documentos e que, além disso, criem na empresa e/ou no estabelecimento serviços de prevenção e de proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores. Contudo, Portugal não cumpriu estas obrigações. Além disso, a diretiva obriga os Estados-Membros a garantir que os empregadores, os trabalhadores e os representantes dos trabalhadores apliquem as regras, no entanto a legislação portuguesa não prevê sanções para as violações das disposições da diretiva em relação ao setor público. O pedido assume a forma de um parecer fundamentado no âmbito dos processos por infração da UE. Portugal dispõe agora de dois meses para notificar a Comissão das medidas tomadas para dar plena aplicação à diretiva. Se tal não acontecer, a Comissão pode decidir instaurar uma ação contra Portugal no Tribunal de Justiça da UE.”

³¹ Vide os pontos 21 e 22 do Acórdão do TJUE de 20 de outubro de 2005, Processo C-6/04, e jurisprudência neles referida.

À luz do que defendemos supra – a aplicação da Lei n.º 102/2009 à Administração Pública, por força da remissão operada pelo artigo 4.º –, não se vislumbra um incumprimento do Estado Português, porquanto a obrigação de avaliação de riscos, de conservação de documentos e os serviços de segurança e de saúde encontram-se previstos nesse diploma, designadamente nos artigos 15.º, n.º 1, alínea c), e n.º 3, 46.º e 73.º a 110.º.

Relativamente à entidade fiscalizadora, o artigo 4.º, n.º 2, da LGTFP transferiu a competência inspetiva do cumprimento das regras em matéria de segurança e saúde no trabalho da Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT) para a Inspeção-Geral das Finanças, em articulação com o serviço com competência inspetiva do Ministério que tutele o empregador público em causa.

Ora, atendendo a que nem a Inspeção-Geral das Finanças, nem os serviços inspetivos dos Ministérios possuem o tipo de preparação técnica especializada necessária para assegurar um controlo adequado do cumprimento das regras de segurança, temos sérias dúvidas de que se encontrem à altura das imposições comunitárias e internacionais.

De resto, este parece ser também o entendimento do atual Governo, face ao teor do comunicado conjunto do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social datado de 28 de abril de 2016²⁰, nos termos do qual se “reconhece exclusivamente na Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT) as competências adequadas para realizar atividades inspetivas nas áreas da segurança e saúde do trabalho” e, *qua tale*, o Governo pretende “devolver à ACT a competência para o controlo do cumprimento da legislação relativa à segurança e saúde no trabalho, bem como a promoção de políticas de prevenção de riscos profissionais no âmbito da administração pública”³².

Índice Bibliográfico

ALMEIDA, Paulo, A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Comentário às Principais Alterações, *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Volume III, Universidade Católica Editora, 2015.

COSTA, Ana Cristina Ribeiro, Segurança e saúde no trabalho – particularidades e problemas no âmbito da Administração Pública, *in Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais*, Volume I, Coimbra Editora, 2014, págs. 285 e segs.

CANOTILHO, Gomes, e MOREIRA, Vital, *CRP Anotada*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007.

FAVALE, Rocco, “La responsabilità civile del professionista forense”, *in Giustizia Civile*, volume LIV, 2004, I, págs. 248 e segs.

³² Disponível em:

<http://www.portugal.gov.pt/pt/ministerios/mtsss/noticias/20160428-mtsss-mf-act.aspx#.WGhNKdxPE.gmail>.

FRANCO, Tomás Sala, *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, 8.ª edição, Tirant Lo Blanch, 2012.

GOMES, Júlio, *O Acidente de Trabalho - Acidente In Itinere e a sua descaracterização*, Coimbra Editora, 2013.

MENGONI, Luigi, “Obbligazioni «di Risultato» e «Obbligazioni di Mezzi» (Studio critico)”, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazione*, 1954, volume I, págs. 185 e segs, 280 e segs, 366 e segs.

MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2005.

PARADISO, Massimo, “La Responsabilità Medica: dal Torto al Contratto”, in *Rivista di Diritto Civile*, 2001, volume I, pág. 325 e segs.

PIMPÃO, Céline Rosa, *A Tutela do Trabalhador em Matérias de Segurança, (Higiene) e Saúde no Trabalho*, Coimbra Editora, 2011.

PIRES, Miguel Lucas, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - Anotada e Comentada*, 2.ª edição, Almedina, 2016.

RIBEIRO, Ricardo Lucas, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra Editora, 2010.

ROUXINOL, Milena Silva, *A Obrigação de Segurança e Saúde do Empregador*, Coimbra Editora, 2008.

ROUXINOL, Milena Silva, “A Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho no Âmbito da Administração Pública à Luz da Legislação Nacional, Comunitária e Internacional” in *Direito do Trabalho na Administração Pública* [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017. [Consult. 28 dez. 2017]. Disponível na internet:

<URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Direito_do_Trabalho_na_Administracao_Publica_I.pdf, págs. 87 e segs.

ROXO, Manuel, *Direito da Segurança e Saúde no Trabalho – da Prescrição do Seguro à Definição do Desempenho, uma Transição na Regulação*, Almedina, 2011.

SILVA, Calvão da, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, in *Separata do Vol. XXX do Suplemento ao BFDUC*, 2.ª edição, 1995.

38. Regime e contencioso dos acidentes de trabalho e doenças profissionais

Ana Casa Branca

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

REGIME E CONTENCIOSO DOS ACIDENTES DE TRABALHO E DOENÇAS PROFISSIONAIS

Ana Casa Branca

Introdução

PARTE I – Enquadramento e regime

Capítulo 1 – Enquadramento

1.1. Histórico

1.2. Jurídico

Capítulo 2 – Regime Jurídico

2.1. Conceito de acidente de trabalho

2.2. Conceito de doença profissional

2.3. Regime Jurídico

2.3.1. Trabalhadores abrangidos

2.3.2. Entidades responsáveis pela aplicação do regime

2.3.4. Consequências do acidente de trabalho

2.3.5. Prestações a atribuir

2.3.6. Início e cessação do direito às prestações

PARTE II – Contencioso

3.1. Acção Administrativa

3.2. Breve análise comparativa

3.3. Competência dos Tribunais

3.4. Jurisprudência

Palavras-chave: Acidente de trabalho / Doença Profissional / Dano indemnizável / Incapacidade / Caixa Geral de Aposentações / Departamento de Protecção contra os riscos profissionais



“Almoço no topo de um arranha-céu” - 1932

Introdução

A presente exposição surge no âmbito da disciplina da especialidade Direito das Relações Laborais na Administração Pública, ministrada no 4.º Curso dos Tribunais Administrativos e Fiscais, a decorrer no Centro de Estudos Judiciários.

Introduzi a famosa fotografia “Almoço no topo de um arranha-céu” – 1932, porque, apesar dos fins publicitários, a mesma representa uma memória de tempos de grande sinistralidade no trabalho, onde os conceitos de acidente de trabalho e doença profissional eram embrionários, mas também de uma época onde já se desenvolve a consciência da necessidade de prestar a devida atenção às condições de trabalho e à reparação de danos relativamente à ocorrência de sinistros e doenças profissionais.

No desenvolvimento do presente trabalho, abordarei de uma forma muito sumária, em duas partes, o regime e contencioso dos acidentes de trabalho e doenças profissionais no âmbito da administração pública, fazendo sempre o devido enquadramento com o regime geral, para o qual, o Decreto-lei 503/99, de 20 de Novembro remete.

Sendo uma temática já estudada e abundantemente tratada na jurisprudência, continua a ser alvo de abundante contencioso, quer nos tribunais de trabalho quer nos tribunais administrativos e fiscais.

Não tendo a pretensão de conseguir acrescentar valor significativo ao já estudado e publicado, contentar-me-ei com os conhecimentos entretantos adquiridos.

PARTE I – Enquadramento e Regime

Capítulo 1

1.1. Enquadramento Histórico

Para conhecer a evolução histórica da avaliação e reparação do dano e as suas origens, é importante saber que a história da reparação ou indemnização do dano corporal pelo responsável nasce da substituição da Lei de Talião pela atribuição de uma indemnização em espécie e que a responsabilidade civil apoiada no facto culposo provém do Direito Romano, sendo as tabelas indemnizatórias um dos métodos de reparação mais antigos.

Os danos pessoais com que hoje nos deparamos já foram tidos em conta em civilizações mais antigas.

Contudo, a atenção prestada, em concreto, pelos diversos sistemas juslaborais à tutela dos acidentes dos trabalhadores remonta aos primórdios do direito do trabalho enquanto ramo jurídico, na transição do século XIX para o século XX, e tem a sua origem na elevada sinistralidade laboral que marcou aquela época.

Esta preocupação reflectiu-se em duas vertentes, por um lado, na emissão de normas sobre segurança, higiene e saúde no local de trabalho, com o intuito de prevenção dos acidentes de trabalho e, por outro, na preparação de um sistema de reparação dos danos emergentes dos acidentes laborais, que veio a ser o primeiro sistema de responsabilidade civil objectiva pelo risco, representando, assim, um dos contributos originais do Direito do Trabalho para a evolução dogmática do instituto geral da responsabilidade civil.

Assim, o conceito jurídico de acidente de trabalho surge pela primeira vez com o “advento da sociedade industrial” e, sobretudo, com o progressivo uso da máquina no processo industrial. Efectivamente, é o desenvolvimento das indústrias em escala e a concorrência crescente entre as empresas, que impulsionou a intensa utilização de máquinas complexas, muitas vezes ainda em fase experimental, de manejo complicado, desconhecido pelos trabalhadores, que as manuseavam ignorando os riscos de utilização imprevisíveis.

Por todos estes factos, juntamente com a impreparação dos operários e das próprias empresas para a industrialização, verificou-se um aumento substancial do número de acidentes de trabalho relacionado com a prestação de trabalho.

O desenvolvimento da sinistralidade e a inerente perda da capacidade de ganho, somadas às inúmeras carências económicas e sociais dos operários da época, dariam origem àquilo a que se designou por “questão social” e à necessidade de criação de medidas legislativas de protecção relativamente aos acidentes de trabalho.

A importância crescente do tema atraiu a atenção das instâncias internacionais, especialmente da Organização Internacional do Trabalho (instituída em 1919, pelo Tratado de Versalhes, que pôs fim à 1ª Guerra Mundial), tendo o mesmo sido objecto de inúmeras convenções deste organismo, nomeadamente a Convenção nº 12 de 1921, sobre acidentes de trabalho na agricultura, a Convenção n.º 17, de 1925, sobre reparação de acidentes de trabalho, e a Convenção nº 18, também de 1925, sobre reparação de doenças profissionais.

Essa mesma importância justificou a consagração de princípios da protecção social dos trabalhadores noutros instrumentos de direito internacional, nomeadamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que erige como área de actuação da União Europeia a melhoria do ambiente de trabalho a fim de proteger a saúde e segurança dos trabalhadores e na Carta sobre Direitos Fundamentais da União Europeia, que reconhece o direito dos trabalhadores à reparação por danos decorrentes de acidente de trabalho.

1.2. Enquadramento Jurídico

No nosso ordenamento jurídico estes temas foram abordados precocemente, quer na perspectiva preventiva da imposição de regras em matéria de saúde e segurança no trabalho, quer com a referência específica à matéria dos acidentes de trabalho, cujo primeiro regime jurídico data de 1913, com a Lei n.º 83, de 24 de Julho de 1913, regulamentada pelos Decretos n.º 182, de 18 de Outubro de 1913 e n.º 183, de 24 de Outubro, a que se seguiu o Decreto n.º 5637, de 10 de Abril de 1919, que generalizou o regime dos acidentes de trabalho e tornou obrigatório o respectivo seguro.

A evolução legislativa do tema dos acidentes de trabalho no nosso país passou, posteriormente, pela aprovação da Lei n.º 1942, de 27 de Julho de 1936, substituída pela Lei de Bases dos Acidentes de Trabalho em 1965 (Lei n.º 2127, de 3 de Agosto), regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 360/71, de 21 de Agosto, que se baseava no princípio da responsabilidade da entidade empregadora, com transferência obrigatória da cobertura do risco para empresas seguradoras.

Este regime manteve-se até 1997, mas a natural desactualização de uma legislação com mais de 30 anos e o surgimento de uma nova filosofia da protecção, bem como as alterações sociais operadas, impuseram a sua revisão e conseqüente substituição pela Lei n.º 100/97, de 13 de Setembro, Decreto-Lei n.º 143/99, de 30 de Abril e pelo Decreto-Lei n.º 248/99, de 2 de Julho que entraram em vigor em 2000.

O Decreto-Lei n.º 248/99, de 2 de Julho, ao regulamentar a matéria das doenças profissionais, veio introduzir novas prestações e melhorou o cálculo das existentes, adoptando a sistematização da própria legislação da segurança social, adequando as regras substantivas ao funcionamento das instituições e aos princípios inerentes ao seu quadro normativo.

A importância desta matéria justificou a sua referência na Constituição, cujo artigo 59.º, n.º 1, alínea f), consagra o direito à assistência e à justa reparação dos trabalhadores vítimas de acidentes de trabalho ou de doença profissional.

Com a entrada em vigor, em 1 de Dezembro de 2003, da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprovou o Código do Trabalho, foram introduzidas novas alterações em matéria de acidentes de trabalho, nomeadamente na alínea h) do artigo 8.º da citada Lei que consagra a segurança, higiene saúde dos trabalhadores.

O Decreto-Lei n.º 503/99, de 20 de Novembro, em vigor desde Maio de 2000, aprovou o novo regime jurídico dos acidentes em serviço e doenças profissionais no âmbito da Administração Pública, introduzindo alterações relativamente ao regime anterior.

Actualmente vigora a Lei n.º 98/2009 (LAT), de 4 de Setembro que regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais, incluindo a reabilitação e reintegração profissionais.

Capítulo II – Conceitos e regime Jurídico

2.1. Conceito de acidente de trabalho

O conceito de acidente de trabalho e sua *extensão* encontra-se regulamentado na Lei nº 98/2009, de 4 de Setembro (LAT), considerado Lei Geral conforme previsto no artigo 3.º do Decreto-Lei nº 503/99, de 20 de Novembro e aplicável aos trabalhadores da administração pública.

De acordo com o artigo 8.º da LAT é acidente de trabalho “*aquele que se verifica no local e no tempo de trabalho e produza directa ou indirectamente lesão corporal, perturbação funcional ou doença de que resulte redução na capacidade de trabalho ou de ganho ou a morte*”.

O Decreto-lei n.º 503/99, de 20 de Novembro, diploma que regula esta matéria e que contém o regime especial aplicável à administração pública, estabelece o conceito de Acidente em serviço, definindo-o como “*o acidente de trabalho que se verifique no decurso da prestação de trabalho pelos trabalhadores da administração pública*”.

De acordo com o exposto, acidente de trabalho e acidente em serviço são um mesmo conceito, sendo este último utilizado no âmbito da administração pública.

Analisando este conceito, verifica-se desde logo que o mesmo é integrado pelos seguintes requisitos cumulativos:

- *Acidente ou facto*
- *Local de trabalho*
- *Tempo de trabalho;*
- *Dano;*
- *Nexo de causalidade entre o facto e o dano.*

O acidente ou facto

Caracteriza-se por ser uma acção súbita (duração curta e limitada), exterior à vítima (origem estranha à constituição da vítima), violenta no sentido de ser uma acção lesiva do corpo humano, constituindo a *subitaneidade* o elemento distintivo entre acidente de trabalho e doença profissional.¹

O local de trabalho

O conceito de “local de trabalho”, enquanto elemento integrador do acidente de trabalho, tem um conteúdo mais abrangente do que o da mera situação geográfica específica onde está sediada a empresa ou onde o trabalhador exerça a sua actividade profissional – v. alínea a) do n.º 2 do artigo 8.º da LAT,

¹ *Acórdão do STJ de 30/06/2011, proc. 383/04.3TTGMR.L1.S118.*

Trata-se, aqui, de todo o local onde o trabalhador se encontre directa ou indirectamente sujeito ao controlo do empregador, ou seja, na dependência jurídica do mesmo.

A teoria do risco de autoridade, justifica tal “ampliação” da noção de local de trabalho. O facto de o trabalhador se colocar na disponibilidade do empregador, assim se mantendo, enquanto perdura o contrato e durante o tempo de trabalho, mesmo que nas ocasiões em que não executa tarefas inerentes à actividade laboral, permite tal ampliação.²

O tempo de trabalho

Também o conceito de tempo de trabalho é abrangente, integrando esse conceito o período normal de trabalho, os períodos que precedem a actividade (períodos que antecedem e se sucedem à actividade, períodos correspondentes a interrupções normais, como pequenas pausas para satisfação de necessidades fisiológicas ou outras permitidas pelo empregador ou decorrentes da lei, por exemplo, amamentar, períodos correspondentes a interrupções forçadas da actividade com carácter imprevisível e alheias à vontade do trabalhador) - al. b) do n.º 2 do art.º 8.º da LAT.

Embora adequados a regular a maioria das situações de sinistralidade laboral, os conceitos de local e tempo de trabalho que integram o conceito de acidente de trabalho não dão resposta adequada a outras situações que se situam em torno do seu núcleo essencial, mas que merecem igual tutela.

Neste âmbito surge o conceito de acidente de trajecto, ou “*in itinere*”, fruto de construção jurisprudencial.

Esta figura encontra-se actualmente regulada no artigo 9.º do LAT sob a epígrafe “extensão do conceito”.³

O Dano

O conceito de dano indemnizável reconduz-se ao de lesão corporal ou perturbação funcional, que cause a morte do trabalhador ou a perda da capacidade de ganho.

Contudo, tal como previsto no artigo 26.º da LAT, os acidentes que provocam pequenas lesões não susceptíveis de reduzir, mesmo temporariamente, a capacidade de ganho, são susceptíveis de reparação na devida proporção, com a prestação de primeiros socorros.

² “O critério adoptado para a definição do local de trabalho no âmbito dos acidentes de trabalho é assim a existência nesse sítio de controlo directo ou indirecto do trabalhador pelo empregador, o que permite abranger não só os locais onde o trabalhador presta a sua actividade, mas também outros locais em que ele permanece sujeito àquele controlo como refeitórios, vestiários, lavabos, dependências da empresa a que pode ter acesso, etc.” (MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho...cit.*, p. 419).

³ Sobre o conceito de acidente “*in itinere*” v. Acórdão do STJ de 28/03/2007, proc. 06S3957.

O nexu de causalidade

Resulta do conceito de acidente de trabalho, que o mesmo pressupõe a verificação de um nexu de causalidade entre o facto e a lesão corporal, perturbação funcional ou doença, podendo esta ser produzida directa ou indirectamente por aquele.⁴

Tal nexu presume-se sempre que a lesão for constatada no tempo e local de trabalho (artigo 10.º, n.º 1, da LAT); caso contrário o ónus da prova do referido nexu compete ao sinistrado ou aos beneficiários legais (n.º 2 do mesmo preceito).

Para que aquela presunção legal funcione, basta que o trabalhador alegue e prove o facto que serve de base à presunção, ou seja, que a lesão foi observada no local e no tempo de trabalho, como decorre dos artigos 349.º e 350.º do C. Civil sendo que, nesse caso, deverá o empregador ilidir esta presunção.

2.2. Conceito de Doença Profissional

No âmbito da Administração Pública e nos termos do artigo 3.º alínea b) do Decreto-lei 503/99, de 20 de Novembro considera-se doença profissional *“a lesão corporal, perturbação funcional ou doença que seja consequência necessária e directa da actividade exercida pelo trabalhador e que não represente normal desgaste do organismo”*.

Quanto ao regime privado, as doenças profissionais encontram-se reguladas pelos artigos 93.º e seguintes da Lei 98/2009, de 4 de Setembro.

Entre nós, as doenças profissionais são abrangidas por um sistema de seguro social, ficando as prestações respectivas a cargo de um organismo público, inicialmente a Caixa Nacional de Seguros de Doenças Profissionais, criada pelo Decreto-Lei n.º 44.307, de 27 de Abril de 1962 e actualmente o Departamento de Protecção contra os Riscos Profissionais do Instituto da Segurança Social, I.P (cfr. artigo 140.º, da Lei 98/2009).

As doenças profissionais estão sujeitas ao regime dos acidentes de trabalho, com as necessárias adaptações (artigo 1.º n.º2, da Lei 98/2009).

As mesmas são, no entanto, sujeitas a um regime de tipicidade, já que terão que constar necessariamente de uma lista oficial publicada em Diário da República (artigos 283.º, n.º 2 do CT e 94.º, n.º 1, da Lei 98/2009).

Se se tratar de lesões corporais, perturbações funcionais ou doenças não incluídas na lista, as mesmas só são indemnizáveis se se provar que foram consequência, necessária e directa, da actividade exercida e não representam desgaste normal do organismo (artigo 283.º, n.º 3 do CT, e 94.º, n.º2, da Lei 98/2009).

⁴ Acórdão do STJ de 25.06.2008, proc. 08S0236.

A lista oficial de doenças profissionais consta presentemente do Decreto Regulamentar n.º6/2001, de 5 de Maio, alterado pelo Decreto Regulamentar n.º 76/2007 de 17 de Julho.

Considerando a evolução dos conhecimentos científicos, esta lista oficial está sujeita a actualização.

Existe assim um pressuposto de causalidade nas doenças típicas, bastando ao trabalhador provar que sofre de doença e que esteve exposto a esse risco na sua actividade laboral.

Já nas doenças atípicas, exige-se a demonstração que a mesma é consequência directa e necessária da actividade exercida, não representando o desgaste normal do organismo.

2.3. Regime Jurídico

Os sistemas jurídicos em matéria de reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho e doenças profissionais reconduzem-se, essencialmente, a três categorias:

- Sistema de responsabilidade privada: a responsabilidade incide sobre a entidade empregadora que tem a obrigatoriedade de a transferir para uma seguradora, mediante a celebração de um seguro de acidentes de trabalho;
- Sistema de responsabilidade social: o risco é assumido socialmente através de pessoas colectivas de direito público, podendo haver seguros sociais ou inserção no sistema de segurança social;
- Sistema mistos: a reparação processa-se através dos mecanismos supra referidos, quer em alternativa, quer em concorrência, quer por escolha dos interessados ou por imposição legal.

Podemos qualificar o sistema português como um sistema misto, dada a dualidade de mecanismos de reparação, nomeadamente, quanto às doenças profissionais vigora um sistema de responsabilidade social em que a responsabilidade de reparação compete ao departamento de protecção contra os riscos profissionais do Instituto da Segurança Social, enquanto, no que se refere à reparação dos acidentes de trabalho vigora um sistema de seguro privado, obrigatório.

O artigo 283.º, n.º 5, do CT2009 e os artigos. 7.º e 79.º, n.º 1 da LAT2009 prevêem assim a responsabilização do empregador pelos acidentes de trabalho e a obrigatoriedade de transferir a responsabilidade pela reparação para uma seguradora.

A responsabilização do empregador é independente de culpa, ou seja, estamos no domínio da responsabilidade objectiva (vd. o já cit. artigo 7.º da LAT).

A responsabilidade subjectiva, ou seja, decorrente de culpa do empregador (noção que abrange o dolo e a negligência) está, contudo, presente nas situações em que a lei menciona como casos especiais de reparação previstos no art.º 18.º da LAT.

Como veremos, no âmbito da administração pública, a responsabilização do empregador, em regra, não é transferida para entidade seguradora.

Para além que qualificar o nosso sistema jurídico como “misto”, face ao exposto, devemos também falar numa dualidade de regimes jurídicos (comum ou privado e da administração pública ou público), consoante se trate, *grosso modo*, de trabalhadores com contrato de trabalho no âmbito do Código do Trabalho e trabalhadores da administração pública.

O diploma que regulamenta o regime aplicável aos acidentes de trabalho e doenças profissionais dos trabalhadores com contrato de trabalho no âmbito do CT, é a Lei n.º 98/2009, de 4 de Setembro (denominado LAT e também considerado Regime Geral).

O Decreto-Lei nº 503/99, de 20 de Novembro, estabelece o regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais no âmbito da Administração Pública.

A partir de 1 de Janeiro de 2009 o regime dos acidentes de trabalho e doenças profissionais, definido pelo diploma acima referido, passa a ser aplicado a todos os trabalhadores que exercem funções públicas, nas modalidades de nomeação ou de contrato de trabalho em funções públicas, de acordo com as alterações introduzidas aos artigos 1º e 2º do Decreto-Lei nº 503/99, de 20 de Novembro, pelo artigo 9º da Lei nº 59/2008, de 11 de Setembro, diploma que à data aprovou o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP). Os “acidentes em serviço” passam a designar-se “acidentes de trabalho”.

Ambos os regimes provêm do tronco comum, que decorre do direito fundamental reconhecido aos trabalhadores de reparação de danos resultantes de acidentes de trabalho e doenças profissionais.

Têm por base os mesmos princípios, são garantidas as mesmas eventualidades e prestações, podendo ser consideradas as seguintes diferenças fundamentais entre os dois regimes:

- Regime substantivo no que se refere à não obrigatoriedade de transferência da responsabilidade pelos danos para seguradora no regime da administração pública;
- Tramitação processual;
- Jurisdição competente para conhecer dos litígios (Jurisdição Laboral ou Administrativa).

2.3.1. Trabalhadores abrangidos

Nos termos do n.º 2 o Decreto-lei n.º 503/99 de, 20 de Novembro aplica-se aos funcionários e agentes e outros trabalhadores que exerçam funções na administração central, local e

regional, incluindo os institutos públicos nas modalidades de serviços personalizados e de fundos públicos e ainda nos serviços e organismos que estejam na dependência orgânica e funcional da Presidência da República e da Assembleia de República.

O regime jurídico referido não se aplica aos militares das Forças Armadas, incluindo os que se encontram no cumprimento do serviço militar obrigatório, bem como ao pessoal das forças de segurança não considerado no parágrafo anterior, salvo no que se refere à reparação na incapacidade permanente e morte, da responsabilidade da CGA (artigo 55.º).

2.3.2. Entidades responsáveis pela aplicação do regime

O empregador ou entidade empregadora é responsável pela aplicação do regime e desde logo, pela qualificação do acidente como ocorrido em serviço.

Os encargos decorrentes de acidentes em serviço e de doenças profissionais, com excepção dos relativos à indemnização pelas incapacidades permanentes, são igualmente da responsabilidade dos serviços e organismos (a entidade empregadora) ao serviço dos quais ocorreu o acidente ou foi contraída a doença.

Os respectivos pagamentos devem ser efectuados directamente pelos serviços, organismos e fundos autónomos e todos os que, independentemente do grau de autonomia, tenham receitas próprias que possam ser afectadas a esse fim.

A Caixa Geral de Aposentações (**CGA**) é responsável pela avaliação da incapacidade permanente resultante de acidente em serviço ou de doença profissional e pela atribuição das pensões e outras prestações indemnizatórias daquela incapacidade, bem como em caso de morte.

Os encargos inerentes à reparação das incapacidades permanentes, incluindo os respeitantes ao funcionamento das necessárias juntas médicas, são suportados pela CGA.

Em caso de serviço ou organismo da administração pública com autonomia administrativa e financeira, a CGA é reembolsada das despesas e prestações que tenha suportado.

No caso específico das doenças profissionais, é o Departamento de Protecção contra Riscos Profissionais, do Instituto da Segurança Social, I.P., a entidade responsável pelo diagnóstico e caracterização da doença como profissional.

2.3.3. Consequências do acidente de trabalho – Parte do dano indemnizável

Resultam do artigo 3.º do citado diploma, os seguintes conceitos:

– *Incapacidade temporária parcial*

O trabalhador pode comparecer ao serviço, embora se encontre impossibilitado para o exercício pleno das suas funções.

– *Incapacidade temporária absoluta*

Quando se verifica impossibilidade temporária do sinistrado ou doente comparecer ao serviço, por não se encontrar apto para o exercício das suas funções.

– *Incapacidade permanente parcial*

Quando acontece uma desvalorização permanente do trabalhador, que implica uma redução definitiva na respectiva capacidade de trabalho.

– *Incapacidade permanente absoluta*

Impossibilidade permanente do trabalhador para o exercício das suas funções ou de todo e qualquer trabalho.

2.3.4. Prestações a atribuir

Os trabalhadores da Administração Pública têm direito, independentemente do respectivo tempo de serviço, à reparação, em espécie e em dinheiro, dos danos resultantes de acidentes em serviço e de doenças profissionais.

Sempre que se manifeste uma lesão ou doença durante o tratamento efectuado pelo trabalhador decorrente de acidente ou doença profissional, essa “nova” lesão é, igualmente, objecto de reparação.

Conforme previsto no artigo 4.º do Decreto-lei 503/99 a protecção em caso de acidente em serviço e doença profissional é concretizada através das seguintes prestações:

Prestações em espécie (artigo 23.º, a), da LAT):

– Prestações de natureza médica, cirúrgica, enfermagem, hospitalar, medicamentosa, tratamentos termais, fisioterapia, próteses e ortóteses e outras formas necessárias e adequadas ao diagnóstico ou ao restabelecimento do estado de saúde físico ou mental e da capacidade de trabalho ou de ganho do sinistrado/doente e à sua recuperação para a vida activa.

– Transporte e estada, readaptação, reclassificação e reconversão profissional.

Prestações em dinheiro (artigo 23.º, b), da LAT):

- Remuneração no período das faltas ao serviço.
- Subsídio por assistência de terceira pessoa.
- Indemnização, em capital ou pensão vitalícia, em caso de incapacidade permanente.
- Subsídio para readaptação de habitação.
- Subsídio por situações de elevada incapacidade permanente.
- Despesas de funeral e subsídio por morte.
- Pensão aos familiares em caso de morte.

As prestações em espécie e em dinheiro podem ser atribuídas, tanto na situação de incapacidade temporária, como na de incapacidade permanente, desde que verificadas as respectivas condições de atribuição.

2.3.5. Início e cessação do direito às prestações

As prestações referidas no número anterior são atribuídas após a devida qualificação de um acidente em serviço ou o diagnóstico presuntivo de uma doença profissional.

No acidente de serviço a data de início é a data do acidente, se o mesmo for qualificado como acidente em serviço.

Na doença profissional considera-se a data do diagnóstico presuntivo, salvo se o Departamento de Protecção Contra os Riscos Profissionais, do Instituto da Segurança Social, I.P., confirmar que a doença se reporta a data anterior.

A atribuição da “alta” implica a cessação do direito a algumas prestações e a manutenção de outras.

Assim, as prestações que cessam com a “alta” são:

- Assistência médica, medicamentosa, de enfermagem, transportes e estadas, exclusivamente para acesso à assistência.
- Reintegração profissional (trabalho compatível).
- Remuneração por faltas.

As prestações que se mantêm após a “alta” são:

- Próteses e ortóteses, sua renovação, reparação e conservação.
- Reintegração profissional.
- Transportes e estada para a deslocação a juntas médicas, actos judiciais, manutenção de próteses...
- Prestações por incapacidade permanente.

Em caso de *não qualificação do acidente* é aplicável apenas o regime das faltas por acidente em serviço às que sejam dadas até à não qualificação do acidente como “acidente em serviço” ou entre o requerimento da recidiva, agravamento ou recaída e o seu não reconhecimento (artigo 19.º, n.º 5, do Decreto Lei 503/99, de 20 de Novembro). Em caso de *não caracterização da doença como profissional*, pelo CNPRP, o direito à reparação cessa na data da recepção pela entidade empregadora, da comunicação daquele organismo, não sendo prejudicados todos os direitos devidos até àquela data (artigo 33.º).

PARTE II – Contencioso

3.1. Acção administrativa

Nos termos do artigo 48.º do Decreto-lei 503/99, de 20 de Novembro, a acção administrativa para reconhecimento de direito ou interesse legalmente protegido é o meio processual para o interessado reagir contra actos ou omissões no âmbito dos acidentes em serviço e das doenças profissionais no âmbito da administração pública.

A acção pode ser intentada nos tribunais administrativos, no prazo de um ano a contar da data de notificação, em caso de acto expresso ou da data de formação do acto tácito de indeferimento da pretensão formulada.

O interessado está isento de custas e pode ser representado por defensor officioso a nomear pelo tribunal.

Atendendo aos interesses e direitos em causa, é considerado processo urgente.

A acção é proposta contra a entidade responsável – CGA (pensão) ou serviço (despesas de funeral, subsídio de morte e despesas tratamentos) – cfr. artigo 5º, n.ºs 1 e 2 e 18º, n.º 1 do Decreto-lei 503/99, de 20 de Novembro.

Tramitação do processo:

1. Petição Inicial (processo urgente) - artigo 48.º do DL 503/99 e artigo 37.º/f) e 78.º e ss. CPTA.
2. Contestação e ReConvenção – artigo 82.º e ss. CPTA.
3. Réplica, Tréplica e Articulados supervenientes – artigo 85.º-A e 86.º CPTA.
4. Despacho pré-saneador – artigo 87.º CPTA.
5. Audiência prévia e tentativa de conciliação e mediação – artigo 87.º A, B e C CPTA.
6. Despacho saneador – artigo 88.º CPTA.
7. Instrução e audiência final – artigo 90.º e ss. CPTA.
8. Sentença – artigo 94.º e ss. CPTA.
9. Recurso – 142º CPTA.

3.2. Breve análise comparativa

Relativamente aos acidentes de trabalho, verificam-se diferenças significativas no contencioso dos acidentes de serviço e doenças profissionais, no âmbito da administração pública, nomeadamente:

- Não está prevista uma fase conciliatória onde seja possível obter o acordo das partes, pelo que a introdução do pleito tem que ser realizada directamente no contencioso administrativo;
- Não existe um processo especial no contencioso administrativo para a apreciação das situações de acidentes em serviço;
- O Ministério Público não patrocina oficiosamente o sinistrado;
- A decisão da acção administrativa em 1ª instância não pode condenar para além do pedido e nem sempre é passível de recurso.

As particularidades referenciadas denotam uma dificuldade acrescida ao sinistrado na obtenção da resolução do seu conflito, sendo a única excepção a referente ao regime de custas (isenção).

3.3. Competência dos Tribunais

Existe um conflito de jurisdição entre os tribunais administrativos e os tribunais de trabalho no que respeita à reparação dos acidentes de trabalho e doenças profissionais?

De acordo com o artigo 126.º, n.º 1, al. c), Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (LOSJ): compete às secções do trabalho conhecer, em matéria cível, das questões emergentes de acidentes de trabalho e doenças profissionais.

O artigo 4.º, n.º 4, al. b), parte final, ETAF, determina que estão excluídas do âmbito da jurisdição administrativa a apreciação de litígios decorrentes de contratos de trabalho, ainda que uma das partes seja uma pessoa colectiva de direito público, com excepção dos litígios emergentes de vínculo de emprego público.

Verifica-se assim uma separação na jurisdição dos tribunais de trabalho e tribunais administrativos, verificada também no âmbito dos litígios referentes a acidentes de trabalho e doenças profissionais, determinada pela diferente natureza do empregador.

No entanto, terá que se ter em conta a natureza do vínculo, nos casos em que a relação de trabalho existente não é a prevista na LTFP.

3.4. Jurisprudência

Nos tribunais administrativos, os litígios mais frequentes referem-se a:

- Caracterização do acidente como “acidente em serviço”.
- Descaracterização do acidente.
- Fixação da incapacidade e montantes a pagar.
- Caducidade do direito de acção.

Bibliografia

Carvalho, Paulo Morgado de, *“Os acidentes de trabalho e as doenças profissionais no Código do Trabalho”*, Edição 2004, Coimbra, in A reforma do Código do Trabalho, CEJ/IGT.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, 5ª edição, Almedina, 2016.

Lemos, Mariana Gonçalves de *“Descaracterização dos acidentes de trabalho”* (tese de mestrado), 2011.

Martinez, Pedro Romano, *“Direito do Trabalho”*, 6ª Edição, Almedina, 2013.

Neto, Abílio, *“Acidentes de trabalho e doenças profissionais – Anotado”*, Ediforum, 2017.

Reis, Viriato Gonçalves, *“Acidentes de trabalho”*, Almedina, 2009.

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *“Tratado do Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais individuais”*, 6ª Edição, Almedina, 2016.

Alegre, Carlos, *“Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais – Regime Jurídico Anotado”*, 3ª reimpressão da 2.ª Edição de 2001, Almedina, 2009.

39. Direito das Relações Laborais na Administração Pública - Caracterização dos Acidentes de Trabalho

Cláudia Luísa da Costa Leite

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

DIREITO DAS RELAÇÕES LABORAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
– CARACTERIZAÇÃO DOS ACIDENTES DE TRABALHO –
UMA ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL

Cláudia Luísa da Costa Leite

1. Introdução
 2. Âmbito de aplicação do Decreto-lei nº 503/99, de 20 de Novembro
 3. Acidente de serviço
 - 3.1. Conceito
 - 3.2. Acidentes *in itinere* ou de percurso
 - 3.3. Descaracterização do acidente de serviço
 - 3.4. Predisposição patológica
 4. Epílogo
 5. Bibliografia
- Jurisprudência

Palavras-Chave: Acidente de Trabalho; Acidente de Serviço; Conceito; Acidentes de Percurso; Necessidades Atendíveis; Evento Fortuito; Descaracterização; Predisposição Patológica; Tribunal Competente.

Key-Words: *Work Accident; Accident in Service; Concept; Course Accidents; Requested Needs; Fortuitous Event; Decharacterization; Pathological Predisposition; Competent Court.*

1. Introdução

“Ser pessoa e respeitar os outros como pessoas é a essência do Direito.”

Hegel

Do latim *accidente*, a palavra acidente tem várias conotações e significados, tendo em conta o contexto e a conjuntura em que o mesmo é empregue. Não obstante, o vocábulo acidente é indissociável de conceitos como fortuito, imprevisível, contingência, acaso, repentino, danoso, entre outros. O que nos permite, numa primeira abordagem, qualificar um acidente como um acontecimento fortuito e imprevisível susceptível de causar danos.

No contexto laboral, e muito por conta da revolução industrial, a sociedade sofreu profundas transformações a nível social, político e económico, que contribuíram em grande escala para o desenvolvimento e crescimento dos países. Contudo, aquela foi também uma época marcada pelo aumento dos acidentes de trabalho e doenças profissionais, provocadas pelas parcas condições de higiene e segurança no trabalho e fomentada pela crescente exploração dos trabalhadores por parte dos seus empregadores. Como consequência desta realidade, a tutela laboral avançou e a legislação deu os primeiros passos no sentido da protecção dos trabalhadores no seu local de trabalho, designadamente em questões de higiene e segurança

e, mais tarde, no sentido da responsabilização¹ dos empregadores pelos danos emergentes de acidentes ocorridos no contexto de trabalho.

Não obstante o predito, a verdade é que, apesar da já existente legislação de protecção dos trabalhadores em caso de acidentes de trabalho, a consagração Constitucional do direito fundamental à assistência e justa reparação em caso de acidente só veio a suceder com a revisão Constitucional de 1997, por força da qual o Artigo 59.º, nº 1, passou a conter, na sua alínea f), a consagração do já referido direito à reparação, que também encontra amparo no Artigo 63.º, nº 3, da CRP, na medida em que este consagra o direito à segurança social e respectiva protecção dos cidadãos, em caso de falta ou diminuição da capacidade para o trabalho. O reconhecimento do direito à reparação nestes termos, ou seja, independente do vínculo, configura um tronco comum aos regimes público e privado, que se têm vindo a aproximar cada vez mais. Sendo, por conseguinte, da maior importância alertar para o facto de que aos olhos na Constituição será trabalhador todo o indivíduo que prestar trabalho ou serviço por conta de outrem, ou seja, em regime de trabalho subordinado, independentemente da natureza da entidade a quem o trabalho ou serviço é prestado². Quer isto dizer que a protecção Constitucional, nesta matéria, abrange tanto os trabalhadores do sector privado como os trabalhadores da função pública.

No seguimento da revisão Constitucional, foi aprovado o novo regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças de trabalho pela Lei nº 100/97, de 30 de Setembro, entretanto revogada pela Lei nº 98/2009, de 4 de Setembro (LAT) que regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais. Foi também aprovado o regime jurídico dos acidentes de serviço e das doenças profissionais no âmbito da Administração Pública pelo Decreto-lei nº 503/99, de 20 de Novembro³, que, revogando o Decreto-lei nº 38523, de 23 de Novembro de 1951, inicialmente só se aplicava aos trabalhadores que contribuíam para a Caixa Geral de Aposentações (CGA), para mais tarde se aplicar a todos os trabalhadores da Administração Pública (com as excepções que analisaremos *infra*) em função da entrada em vigor da Lei de Vencimentos, Carreiras e Remunerações (LVCR), ou seja, a partir de 1 de Janeiro de 2009⁴.

Nesse sentido, a presente exposição versará, essencialmente, sobre o conceito de acidentes de trabalho sofridos por trabalhadores da função pública e conseqüente análise do conceito

¹ A importância que a protecção social do trabalhador ganhou, em grande medida impulsionada pela Revolução Industrial, conduziu à criação da Organização Mundial do Trabalho em 1919, bem como à consagração dos direitos dos trabalhadores e respectiva protecção em caso de acidente ou doença em legislação de cariz internacional, designadamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem (Artigo 25º), no Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (Artigo 7º), no Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (Artigo 153º, nº 1, alínea a)) e, finalmente, na Carta Sobre os Direitos Fundamentais da União Europeia (Artigo 34º, nº 1).

² CANOTILHO, Gomes J. J. e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Anotada, Artigos 1º a 107º*, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, Volume I, pág. 706

³ Com as alterações introduzidas pela Lei nº 59/2008, de 11 de Setembro, pela Lei nº 64-A/2008, de 31 de Dezembro, pela Lei nº 11/2014, de 6 de Março e pela Lei nº 82-B/2014, de 31 de Dezembro.

⁴ Até 1 de Janeiro de 2009, o regime dos acidentes de serviço apenas era aplicado aos trabalhadores subscritores da Caixa Geral de Aposentações, sendo de aplicar aos subscritores do regime de Segurança Social o regime dos acidentes de trabalho. Contudo, com a reforma que ocorreu em 2008/2009, operada pela aprovação da LVCR, foi alterado o DL nº 503/99 pelo DL nº 59/2008, de 11 de Setembro, no que dizia respeito ao âmbito de aplicação do regime, excluindo as entidades previstas no nº 4 do Artigo 2º daquele DL n.º 503/99.

plasmado no regime constante do DL nº 503/99⁵, passando, naturalmente, pelo regime da LAT, conforme se verificará.

2. Âmbito de aplicação do Decreto-lei nº 503/99, de 20 de Novembro

O regime jurídico desenhado no DL nº 503/99 respeita ao regime jurídico dos acidentes de serviço e das doenças profissionais no âmbito da Administração Pública. Sendo que, para aferirmos o âmbito de aplicação deste regime, teremos de chamar à colação o Artigo 2º do referido diploma legal.

Assim, será de aplicar o regime consagrado no DL nº 503/99, conforme resulta do seu Artigo 2º, a todos os trabalhadores que exerçam funções públicas, nas modalidades de nomeação ou de contrato em funções públicas⁶, nos serviços da administração directa e indirecta do Estado (nº 1), aos trabalhadores em funções públicas que exerçam as suas funções nas secretarias regionais ou autarquias locais nos órgãos, bem como nos serviços de apoio do Presidente da República, da Assembleia da República, dos tribunais e do Ministério Público e respectivos órgãos de gestão e de outros órgãos independentes (nº 2) e, ainda, aos membros dos gabinetes de apoio dos membros do Governo e, bem assim, dos titulares dos órgãos dos serviços da administração regional e das autarquias locais (nº 3).

Ficam, todavia, excluídos do âmbito de aplicação deste regime os trabalhadores, ainda que com vínculo de emprego público nas modalidades de nomeação e contrato em funções públicas, que exerçam as suas funções em entidades não incluídas nas anteriores⁷, ou então, que exerçam as suas funções em entidades públicas empresariais⁸.

Assim sendo, temos dois regimes a ser aplicados a trabalhadores da Administração Pública: por um lado, o regime constante do DL nº 503/99, de cariz publicista, que estabelece um procedimento específico para a qualificação do acidente como de serviço e duas entidades responsáveis pelas prestações a que o trabalhador tem direito a aplicar às entidades abrangidas pelos nº 1, 2 e 3 do Artigo 2º; e por outro, um regime de natureza privatística, que estabelece uma disciplina normativa em parte distinta, em termos de participação do acidente de trabalho e da entidade que procede à reparação dos danos causados, aplicável às entidades excluídas do âmbito de aplicação do DL nº 503/99 pelo nº 4 do Artigo 2º.

⁵ Sempre que nos referirmos a disposição legal sem qualquer identificação expressa ao diploma legal, estar-nos-emos a referir ao regime do DL 503/99, de 20 de Novembro.

⁶ Artigos 6º, 7º e 8º da Lei nº 35/2014, de 20 de Junho (LGTFP).

⁷ Nestes casos, serão trabalhadores que, apesar de terem um vínculo de emprego público, na modalidade de nomeação ou contrato em funções públicas, exercem-nas, por exemplo, em entidades reguladoras tendo em conta que estas pertencem à Administração Independente do Estado (apesar de haver doutrina que considere que estas entidades pertencem, na verdade, à Administração Indirecta Independente do Estado, como é o caso do Professor Doutor PEDRO COSTA GONÇALVES), ou então, em Ordens Profissionais, como a Ordem dos Advogados, a Ordem dos Médicos, a Ordem dos Enfermeiros, entre outras, por se tratar de Pessoas Colectivas de Direito Público que pertencem à Administração Autónoma não Territorial do Estado, ficando, por conseguinte, excluídas do âmbito do regime aqui em estudo.

⁸ A estes trabalhadores será de aplicar o regime previsto para o sector privado, ou seja, o previsto no Código de Trabalho, devendo a entidade transferir o risco e a sua responsabilidade na reparação dos danos provocados por acidentes de trabalho, para entidades autorizadas a realizar este tipo de seguro, nos termos do nº 5 do Artigo 283º do Código de Trabalho.

Esta disparidade de regimes causadas, concretamente, pela diferenciação dos trabalhadores das entidades empresariais públicas, bem como das entidades que não pertençam à Administração Directa e Indirecta do Estado ou aos serviços das Secretarias Regionais e das Autarquias Locais e demais entidades abrangidas pelo regime dos acidentes de serviço, tem conduzido a entendimentos jurisprudenciais distintos, no que diz respeito à jurisdição competente para dirimir os litígios decorrentes de acidentes de serviço sofridos por parte dos trabalhadores destas entidades.

Relativamente à competência dos tribunais para decidirem os litígios decorrentes de acidentes de trabalho, à partida seriam competentes as Secções de Trabalho, atenta a redacção do Artigo 126º, nº 1, alínea c), da LOSJ, segundo a qual compete às secções de trabalho conhecer das questões emergentes de acidentes de trabalho. Todavia, o Artigo, numa primeira leitura, seríamos levados a pensar que é o tipo de vínculo que traça a linha que separa a competência das duas jurisdições. Todavia, uma leitura mais atenta destas disposições conjugadas com o âmbito de aplicação do DL nº 503/99, bem como da LGTFP (*cf.* Artigos 1º e 2º) leva-nos a concluir que não é natureza do vínculo que subjaz a esta distinção, mas sim a natureza do empregador, visto que temos situações em que o trabalhador tem um vínculo de emprego público e trabalha, por exemplo, num instituto público ao qual será de aplicar, em caso de acidente de trabalho, o DL nº 503/99 (*cf.* Artigo 2º, nº 1), e situações em que o trabalhador tem também um vínculo de emprego público mas que trabalha para uma EPE, sendo de lhe aplicar o regime constante da LAT. Consequentemente, no primeiro caso a competência pertencerá aos Tribunais Administrativos e Fiscais e no segundo às Secções de Trabalho.

Todavia, e sem prejuízo do exposto, a pronúncia mais recente do Tribunal de Conflitos, concretamente o Acórdão nº 04/06 de 07/06/2016 foi no sentido de que a competência para dirimir litígios emergentes de acidentes de trabalho sofridos por trabalhadores com vínculo de emprego público é da Jurisdição dos Tribunais Administrativos e Fiscais, com o fundamento de que o legislador quis, indubitavelmente, submeter os litígios emergentes dos contratos de trabalho em funções públicas, nos termos do Artigo 12º da LGTFP.

Conforme resulta do referido aresto, o facto de ao acidente de trabalho configurado e sofrido pelo autor ser aplicável não o DL nº 503/99, de 20/11, mas sim o regime de acidentes de trabalho estabelecido no Código de Trabalho, por força do disposto no nº 4 do Artigo 2º do DL nº 503/99 e do art.º 5 da Lei nº 35/2014, de 20/06 que aprovou a Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas, não significa que por esse motivo seja o Tribunal de Trabalho o competente para decidir a acção *sub judice*, pois a questão da aplicabilidade do DL nº 503/99 defendida pelo autor, é irrelevante para a aferir da competência do tribunal em razão da matéria. Pelo que, segundo este entendimento, conjugando o Artigo 12º da LGTFP com a alínea f) do nº1 do Artigo 4º do ETAF, não haveria margem para dúvidas de que a competência nesta matéria pertencia aos Tribunais Administrativos e Fiscais.⁹

Em sentido contrário se pronunciou o Tribunal de Conflitos no Acórdão nº 019/15, de 01/10/2015 que, não obstante a sua parca fundamentação, conclui que um litígio que envolve

⁹ Neste mesmo sentido veja-se o Acórdão do Tribunal de Conflitos nº 024/12, de 06/02/2014.

um trabalhador, mesmo que com vínculo de emprego público, que exerça as suas funções em entidades excluídas do âmbito de aplicação do Decreto-lei nº 503/99, de 20 de Novembro, consubstancia, na verdade, uma relação de cariz privatístico por lhe ser de aplicar o regime constante do Código de Trabalho e, assim sendo, a competência nestes casos será da Jurisdição Comum. Ainda sufragando deste entendimento, vejam-se os Acórdãos do TRE de 11-02-2016, p. 137/15.1T8BJA.E1 e ainda o Acórdão do TCAS de 23/08/2012, p. 9001/12, segundo o qual *“assim, por todo o exposto, não obstante se atribuir competência aos Tribunais Administrativos para conhecer de litígios emergentes de contratos de trabalho em funções públicas, considerando:*

(i) Ser aplicável o regime de acidentes de trabalho previsto no Código do Trabalho, aprovado pela Lei nº 99/2003, de 27 de agosto;

(ii) Que segundo a alínea c) do artº 118º da LOFTJ, aprovada pela Lei nº 52/2008, de 28/08, compete aos Tribunais de Trabalho e não aos Tribunais Administrativos, conhecer das “questões emergentes de acidentes de trabalho e doenças profissionais” aos quais se aplique o Código do Trabalho;

(iii) Que o juiz do Tribunal de Trabalho é especializado em relação ao juiz do Tribunal Administrativo, na aplicação do regime do Código do Trabalho, estando, por isso, “mais habilitado” para a resolução dessa matéria, é possível concluir pelo acerto da decisão tomada em 1ª instância, sendo os Tribunais Administrativos incompetentes, em razão da matéria, para conhecer e julgar a presente acção, cuja causa de pedir se funda em acidente de trabalho, ao qual é aplicável o Código do Trabalho”.¹⁰

No que diz respeito aos conflitos de jurisdição para conhecer dos litígios emergentes de acidentes de trabalho sofrido por trabalhador com vínculo laboral em funções públicas, mas cuja entidade se encontra fora do âmbito de aplicação do DL nº 503/99, manifestamos, desde já, a nossa concordância com a atribuição da competência às secções de trabalho por serem, na nossa opinião, os tribunais mais aptos para conhecer destes litígios.¹¹

E por considerarmos que os Tribunais de Trabalho, enquanto tribunais especializados estão mais aptos para conhecer deste tipo de litígios, consideramos que a jurisdição administrativa deveria ser constituída, também, por tribunais especializados em matéria laboral, prevendo processos especiais, onde se incluíram os litígios emergentes de acidentes de serviço (cfr. Artigo 9º, nº 7, do ETAF).

¹⁰ Disponíveis em www.dgsi.pt (consultados em 8/12/2016).

¹¹ No mesmo sentido, BRITO, Pedro Madeira e, “Ónus da prova, meios de prova, poderes e limites instrutórios de cognição e de condenação nos acidentes de serviço”, em intervenção no âmbito do Curso de Especialização de Temas de Direito Administrativo promovido pelo Centro de Estudos Judiciários em 22 de Maio de 2016, disponível em <http://www.justicativ.pt/index.php?p=6028> (visualizado em 26/12/2016).

3. Acidente de Serviço

3.1. Conceito

Antes de avançarmos para o conceito de acidentes de serviço, parece-nos necessário frisar, e por referência à consagração constitucional do direito à reparação dos trabalhadores, que este direito vai muito mais além do que a simples consagração expressa nos Artigos 57.º, nº 1, alínea f) e 63.º, nº 3, ambos da CRP. O trabalho em condições de higiene e segurança, ou seja, em condições condignas, tem por base um valor muito mais basilar, mas que ao mesmo tempo se impõe sobre os demais: a dignidade da pessoa humana consagrada no Artigo 1.º da CRP, que constitui um vector axiológico fundamental da República Portuguesa, a qual, por sua vez, se crê empenhada na construção de uma sociedade justa e solidária¹².

Neste sentido, tem sido entendimento da doutrina¹³, que o direito à reparação¹⁴ em caso de acidente de trabalho ou de serviço, no caso dos trabalhadores da função pública, não se trata de uma contraprestação devida ao trabalhador pelo trabalho que este, por sua vez, presta ao empregador, mas sim uma verdadeira prestação (ainda que acessória) a cargo deste, de forma a contribuir para uma vida condigna, tanto do trabalhador como do seu agregado familiar, *maxime* quando o trabalhador tenha, em consequência do acidente, ficado absolutamente incapaz de trabalhar, ainda que temporariamente, ou mesmo falecido.

O artigo 1.º do Decreto-lei nº 38523, de 23 de Novembro de 1951 definia acidente de serviço como aquele que ocorria durante o serviço e é causador de dano ao agente de serviços públicos impedindo-o de exercer normalmente a sua função¹⁵.

Com a actual legislação nesta matéria, nos termos das disposições conjugadas dos Artigos 3.º, nº 1, alínea b) e 7.º, nº 1, são considerados acidente de serviço o que se verifique no decurso da prestação de trabalho pelos trabalhadores da função pública e que ocorra nas circunstâncias em que se verificar o acidente de trabalho nos termos do regime geral.

¹² BATISTA, Albino Mendes, “Acidentes de Trabalho: Contexto Social, Processo e Cultura dos Tribunais”, in Centro de Estudos Judiciários – Prontuário de Direito de Trabalho, Publicação nº 79-80-81, Coimbra Editora, Janeiro-Dezembro de 2008, pág. 137.

¹³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “A Reparação de Danos Emergentes de Acidentes de Trabalho”, in Estudos do Instituto do Direito do Trabalho, Pedro Romano Rodriguez (coord.), Almedina, Coimbra, 2001, Vol.1, pág. 550. No mesmo sentido SILVA, Manuel Duarte Gomes, citado por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão na obra referida.

¹⁴ Sobre a natureza do direito à reparação dos danos provocados por acidente de trabalho, veja-se GOMES, Júlio Vieira, “Breves reflexões sobre a noção de acidente de trabalho no novo (mas não muito), regime dos acidentes de trabalho”, in Os acidentes de trabalho e as doenças profissionais – uma introdução, e-book do CEJ Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais. Introdução, Julho de 2013, disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_trabalho.php (consultado em 26/12/2016), págs. 46 a 50. O autor contrapõe as teses defendidas por Menezes Leitão, segundo a qual o direito à reparação não tem como natureza nuclear a de reparar o dano sofrido, mas sim a de tutelar a situação do trabalhador que, economicamente depende de uma prestação de trabalho, vê essa prestação impossibilitada pela sua incapacidade física, ficando, em consequência, sem meios de subsistência, à tese defendida por Pedro Romano Martinez que, no seguimento da doutrina maioritária portuguesa, funda o regime da reparação dos danos sofridos pelo trabalhador num acidente de trabalho no regime da responsabilidade extracontratual, porquanto o fundamento da responsabilidade civil objectiva pode estar associado à teoria do risco, em particular, no que respeita aos acidentes de trabalho, ao risco profissional.

¹⁵ Dicionário Jurídico da Administração Pública, Volume I, José Pedro Fernandes (Dir.), Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró (Consultor da Direcção), 2ª Edição, Lisboa, 1990, pág. 78.

Ora, para efeitos de aplicação do DL nº 503/99, “regime geral” corresponde ao regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais constante da LAT (*cf.* Artigo 3º, nº 1, alínea a)). Contudo, apesar do regime dos acidentes de serviço ainda fazer referência àquele diploma legal, certo é que este foi já revogado pela Lei nº 98/2009, de 4 de Setembro, pelo que é para este regime que devemos conduzir a remissão da alínea a) do já referido Artigo 3º, nº 1.

Assim, para procedermos à caracterização dos acidentes de serviço, devemos recorrer ao regime dos acidentes de trabalho cuja disciplina normativa se encontra regulada, não só no que diz respeito ao seu conceito, mas também no que concerne às suas variações, ou seja, aos acidentes *in itinere* ou de percurso, à descaracterização do acidente de trabalho, bem como à predisposição patológica, entre outros, todos previstos na LAT e aplicáveis aos acidentes em contexto de trabalho sofridos pelos trabalhadores com vínculo de trabalho em funções públicas.

O Artigo 8º da LAT estabelece a noção de acidente de trabalho e segundo a qual são acidentes de trabalho, aqueles que se verifiquem no local e tempo de trabalho e que produzam directa ou indirectamente lesão corporal, perturbação funcional ou doença de que resulta redução na capacidade de trabalho ou de ganho (que corresponde à perda de retribuição) ou morte. Este conceito é depois alargado, conforme resulta do Artigo 9º do mesmo diploma legal, a situações que, partindo da noção primária de acidentes de trabalho, não estariam abrangidas, sendo os acidentes de percurso ou acidentes *in itinere* os que nos parecem de maior relevância (*ver infra*).

Todavia, o artigo 8 da LAT abrange ainda outras situações: desde os acidentes na execução de serviço em proveito do empregador, aos acidentes ocorridos em contexto de representação dos trabalhadores e, bem assim, no âmbito da sua formação profissional, compreendendo ainda o local onde o trabalhador deva receber a sua retribuição mensal, o local onde deva receber assistência em virtude de acidente anterior, assim como, e por fim, os acidentes que se verifiquem fora do local e tempo de trabalho, desde que a prestação dos serviços em questão tenham sido determinados ou consentidos pelo empregador.

Estamos, portanto, perante um conceito complexo de acidente de trabalho que envolve vários elementos. Com efeito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-12-2010, p. 196/06.8TTCBR-A.C1.S1, considerou que “[o] acidente de trabalho, enquanto noção ou conceito normativo, comporta outros elementos para além do evento naturalístico, ou seja, configura uma realidade complexa composta por aquele evento e pelo necessário nexo a estabelecer entre ele e as lesões que para a vítima advenham e entre estas e a incapacidade de ganho ou a morte.”

Assim, podemos identificar os seguintes elementos como caracterizadores do conceito de acidente de serviço:

i) **O facto ou evento fortuito** – que se caracteriza por ser um um evento súbito, fortuito, repentino e exterior ao trabalhador, mas que não envolve, necessariamente, um episódio de

violência, a não ser que a nomenclatura violência seja entendida como algo violento por se tratar de um factor de lesividade para o trabalhador¹⁶;

ii) O elemento temporal – que corresponde ao tempo de trabalho, cuja definição se encontra no regime constante do Artigo 8º da LAT que é, no fundo, coincidente com o disposto na alínea b) do nº 2 daquela disposição legal. Corresponderá, então, o tempo de trabalho ao período normal de trabalho do trabalhador, ou seja, o período em que o trabalhador se encontra a realizar a prestação do seu trabalho ou serviço, bem como as interrupções e os intervalos correspondentes aos períodos que precedem a actividade, os períodos correspondentes a interrupções normais e, bem assim, os períodos que correspondem a interrupções forçadas da actividade¹⁷. É neste contexto, e em função da insuficiência desta concepção para abarcar todas as situações que poderiam consubstanciar um acidente de trabalho, que a jurisprudência desenvolveu o conceito de acidente *in itinere* ou de percurso¹⁸, previsto inicialmente na Lei nº 100/97, e actualmente no Artigo 9º, nº 1, alínea a), da LAT, sobre o qual nos debruçaremos infra;

iii) O elemento espacial – que corresponde ao local de trabalho e que, por sua vez, e segundo o Artigo 8º, nº 2, alínea b), LAT corresponde a todo o lugar em que o trabalhador se encontra ou deva dirigir-se em virtude do seu trabalho e em que esteja, directa ou indirectamente, sujeito ao controlo do empregador¹⁹;

iv) O dano – que corresponderá à lesão corporal, perturbação funcional ou doença que conduza à morte ou redução de capacidade de ganho do trabalhador, a qual poderá variar consoante o tipo de lesão provocada, conduzindo a situações de incapacidade absoluta temporária ou permanente, ou então, a situações de incapacidade parcial temporária ou permanente (*cf.* Artigo 3º, nº 1, alíneas i), j), l) e m), do DL nº 503/99);

v) O elemento causal (nexo de causalidade) – que corresponde ao nexo entre o evento que ocorreu no tempo e no local de trabalho (ou nalguma das situações que correspondam ao

¹⁶ Assim tem vindo a ser o entendimento sufragado pela Jurisprudência, designadamente pelo Acórdão do TRL de 23-10-2013, p. 291/11.1TTVFX.L1-A ao referir que “[estas] noções parecem apontar no sentido de que para haver acidente terá de ocorrer uma causa externa à vítima que seja violenta e visivelmente provocadora de determinada lesão. (...) hoje não é considerado como critério necessário à caracterização de acidente que essa causa externa se consubstancie, quer em violência quer até num acontecimento exterior manifesto ou visível”, disponível em www.dgsi.pt (consultado em 4/12/2016). Tanto pode ser considerado um acidente de trabalho, desde que reunidos os demais elementos, a queda de uma trabalhadora nas escadas do átrio de uma Câmara Municipal, como uma forte dor no joelho de uma bibliotecária de uma escola, quando esta estava a subir um escadote para arrumar livros numa estante, sem que nenhuma queda lhe esteja associada, ou seja, o alegado evento violento que em tempos se considerou necessário para caracterizar um acidente como sendo de trabalho.

¹⁷ Esta concepção é coincidente com a noção de tempo de trabalho consagrada no Artigo 197º do Código de Trabalho.

¹⁸ Vejam-se ao Acórdãos do TCAS de 13/12/2007, p. 12333/03 e de 04/12/2008, p. 03151/07 e do STJ de 26/10/2011, p. 154/06.2TTCTB.C1.S1, todos disponíveis em www.dgsi.pt (consultado em 04/12/2016).

¹⁹ Trata-se de uma noção ampla de local de trabalho, que não se circunscreve às instalações do empregador, onde o trabalhador poderá exercer com um carácter de permanência a sua actividade ou prestação de serviço. Segundo DOMINGOS, Maria Adelaide, REIS, Viriato e RAVARA, Diogo, «tal “ampliação” da noção de local de trabalho funda-se na teoria do risco de autoridade, no facto de o trabalhador se colocar na disponibilidade do empregador assim se mantendo enquanto perdura o contrato e durante o tempo de trabalho, mesmo nas ocasiões em que não executa tarefas inerentes à actividade laboral.», “Os acidentes de trabalho e as doenças profissionais – uma introdução”, in e-book do CEJ *Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais. Introdução*, Julho de 2013, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_trabalho.php (consultado em 04/12/2016).

alargamento do conceito previstas no Artigo 9º da LAT) e a lesão ou dano sofrido pelo trabalhador. Nesta matéria, estabelece o nº 2 do Artigo 7º do DL nº 503/99, uma presunção a favor do trabalhador, uma vez que se presume consequência do acidente a lesão corporal, perturbação funcional que seja reconhecida a seguir a um acidente. Também o nº 1 do Artigo 10º da LAT estabelece presunção semelhante, pelo que se presume consequência directa de um acidente de trabalho, a lesão ocorrida no local e no tempo de trabalho (ou no conceito amplo contemplado no Artigo 9º da LAT)²⁰. Note-se, no entanto, que esta presunção apenas opera quanto ao nexos que se estabelece entre a ocorrência do acidente e o dano sofrido pelo trabalhador, ou seja, não se trata de uma presunção quanto à ocorrência do próprio acidente²¹.

Ainda no que diz respeito ao nexos causal, o ónus da prova das lesões passará, todavia, a impender sobre o trabalhador, caso a lesão não se manifeste de forma imediata, ou seja, após a ocorrência do evento fortuito, conforme resulta do nº 3 do Artigo 7º do DL nº 503/99, tudo à semelhança do nº 2 do Artigo 10º da LAT.

Estamos, portanto, perante um conceito de acidente de serviço que bebe directamente da fonte privatística, ou seja, da LAT. Sendo que, além deste conceito, existem outros aspectos do regime de reparação para os trabalhadores em funções públicas que advém, igualmente, directamente do regime geral²², verificando-se, assim, uma aproximação, cada vez mais progressiva ao regime privado, relativamente ao qual a doutrina se refere como processo de privatização do emprego público²³.

A este propósito note-se que todos os acidentes têm elementos e características idênticas, pelo que não poderia deixar de se verificar tal identidade no seio dos regimes dos acidentes no contexto de trabalho nos sectores público e privado. A verdadeira distinção ocorre ao nível das suas características intrínsecas. Com efeito, ambos os regimes partem do mesmo ponto de partida quanto a conceitos e, bem assim, quanto aos princípios que sustentem o direito à protecção dos trabalhadores em caso de danos sofridos como consequência directa de um acidente sofrido em contexto de trabalho.

²⁰ Com efeito, segundo o Acórdão do STJ de 16/09/2015, p. 112/09.5TBVP.L2.S1 *“O acidente ocorrido no tempo e local do trabalho é considerado como de trabalho, seja qual for a causa, a menos que se demonstrem factos que claramente demonstrem que o acidente ocorreu à margem da autoridade patronal, ónus que pertence à entidade responsável.”*, disponível em www.dgsi.pt (consultado em 8/12/2016).

²¹ Nesse sentido se pronunciou o STJ nos Acórdãos de 30/01/2013, p. 697/07.0TTBCL.P1.S1 e de 14/04/2013, p. 459/05.0TTVCT.S1, ambos disponíveis em www.dgsi.pt (consultado em 8/12/2016).

²² Como é o caso do regime da descaracterização do acidente de trabalho e respectivo ónus da prova, o conceito de doenças profissionais, o caso do regime das próteses e ortóteses previsto no Artigo 13º do Decreto-lei nº 503/99, de 20 de Novembro, e que corresponde ao regime das ajudas técnicas previstas no Artigos 41º da Lei nº 98/2009, de Setembro, assim como o tipo e valor das prestações a que o trabalhador terá direito em caso de incapacidade permanente, conforme resulta do Artigo 34º nº 1 do DL nº 503/99.

²³ CARNEIRO, Joana *“Os Princípios Gerais que Enquadram a Matéria dos Acidentes de Trabalho e das Doenças Profissionais na Administração Pública”*, intervenção no âmbito do Plano de Formação Contínua do Centro de Estudos Judiciários para 2015/2016, realizada em Maio de 2016, disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/home/home_ac_formacao_administrativo.php (consultado e visualizado em 7/12/2016 e 26/12/2016 respectivamente).

Todavia, existem diferenças de regime, desde logo no que diz respeito à forma como se processa a participação do acidente e respectiva qualificação e os trâmites a seguir após a sua verificação.

Por outro lado, o regime do DL nº 503/99 consagra duas figuras específicas face ao regime geral, o **incidente**²⁴ e o **acontecimento perigoso**²⁵, que não sendo acidentes de serviço, por lhe faltarem características como a lesão efectiva do trabalhador, poderão, todavia, desencadear um acidente de serviço, desde que se venham a verificar lesões no trabalhador que sejam causa directa do incidente ou do acontecimento perigoso. Por outras palavras, serão acidente de serviço desde que se prove o nexo de causalidade entre tais eventos e as lesões que se venham a verificar, prova que caberá ao trabalhador, tendo em conta que, nesta matéria, ao contrário do que sucede à lesão que se verifique num acidente que seja qualificado como de serviço, não se presume tal qualificação (*cf.* nº 4 do Artigo 7º do DL nº 503/99).

3.2. Acidentes *in itinere* ou de percurso

Conforme fomos adiantando no ponto anterior na presente exposição, houve necessidade de extensão do conceito de acidente de trabalho, que numa primeira abordagem é previsto no Artigo 8º da LAT, em função da sua incapacidade para abarcar todas as situações susceptíveis de serem caracterizadas como acidente de trabalho, mas que por falta de correspondência plena com o conceito inicialmente acolhido, não eram qualificados como tal deixando, por essa mesma razão, os trabalhadores desamparados.

Até à entrada em vigor da Lei nº 100/97, de 13 de Setembro, entretanto revogada pela LAT, os acidentes de percurso ou *in itinere* constituíam uma situação em que o trabalhador se encontrava manifestamente desprotegido, uma vez que se o acidente não se verificasse em transporte disponibilizado pela entidade patronal (*cf.* a alínea b) do n.º 2 da Base V da Lei n.º 2127, de 3 de Agosto de 1965, entretanto revogada), a jurisprudência apenas qualificava um acidente como sendo um acidente de trabalho, na vertente de acidente de percurso, *em casos de particular perigo do percurso normal ou de outras circunstâncias que tivessem agravado o risco do mesmo percurso. Estávamos, na época, perante uma jurisprudência demasiado estreita na interpretação destas regras, que só reconhecia a existência deste agravamento do perigo de percurso seguido pelo acidentado quando fosse superior ao da generalidade das pessoas que utilizassem o mesmo percurso, a qual conduziu, na prática, à quase completa inutilização das previsões legais, reduzindo-as aos casos excepcionais de agravamento do risco por habituação ou por fadiga do trabalhador*²⁶.

²⁴ Nos termos do Artigo 2º, nº 1, alínea e), do DL nº 503/99, será um incidente todo o evento que afecte determinado trabalhador, no decurso do trabalho ou com ele relacionado, de que não resultem lesões corporais diagnosticadas de imediato, ou em que estas só necessitem de primeiros socorros.

²⁵ Nos termos do Artigo 2º, nº 1, alínea f), do DL nº 503/99, será todo o evento que, sendo facilmente reconhecido, possa constituir risco de acidente ou de doença para os trabalhadores, no decurso do trabalho, ou para a população em geral.

²⁶ TORRES, Mário de Araújo, "Acidentes de trabalho e em serviço *in itinere*" in *Forum Iustitiae Direito e Sociedade*, Ano I, nº 9, Março de 2000, pág. 29.

É certo que, face à manifesta desprotecção que era concedida aos trabalhadores neste contexto, a Jurisprudência evoluiu naquela que era a sua interpretação dos acidentes de percurso, mesmo antes de ter sido aprovado o regime constante da LAT, passando de um conceito de perigo ou de risco particular do percurso normal adoptado pelo trabalhador, para um conceito de perigo genérico agravado. Genérico por se tratar de um perigo comum a todos a todos os utentes da via, mas agravado por ter uma relação directa com a actividade do trabalhador e por esta ter sido determinante para as circunstâncias em que sucedeu o acidente²⁷.

No que concerne ao regime dos acidentes de percurso no âmbito dos acidentes de serviço, será de aplicar o regime constante da LAT por força do nº 1 do Artigo 7º do DL nº 503/99 *in fine*, que apesar de referir que será de incluir no conceito de acidente de serviço, o que ocorrer no trajecto de ida e de regresso para e do local de trabalho, remete para o regime geral, ou seja, para o disposto no Artigo 9º, nº 1, alínea a), da LAT.

Por seu turno, o nº 2 do Artigo 9º da LAT concretiza os percursos que serão de incluir no conceito de acidente de trabalho de percurso. Assim, são igualmente acidentes de percurso, aqueles que se verificarem:

- i) Entre os locais de trabalho do trabalhador, caso este tenha mais do que um emprego (alínea a);
- ii) Entre a sua residência habitual ou ocasional e as instalações que constituem o seu local de trabalho, bem como o local em que deva receber a sua retribuição e os locais onde deva receber assistência ou tratamento em função de acidente anterior (alíneas b), c) e d));
- iii) Entre o local de trabalho e o local onde o trabalhador tome as suas refeições (alínea e);
- iv) E, finalmente, entre o local onde o trabalhador deva prestar o seu serviço, por determinação do seu empregador, e as instalações que, por regra, constituem o seu local de trabalho ou a sua habitação (alínea f).

Não obstante a enumeração que é feita pelo nº 2 do Artigo 9º da LAT²⁸, certo é que a lei faz depender da caracterização do acidente de trabalho, na vertente de acidente de percurso, de dois critérios:

²⁷ Nesse sentido, veja-se o Acórdão do STA de 30/06/1994, p. 033209 e ainda o Acórdão do TCAS de 04/12/2008, p. 03151/07, segundo o qual “deixou de se poder entender que os acidentes “in itinere” só poderiam ser considerados acidentes em serviço quando o trabalhador estivesse sujeito, no trajecto, a um risco particular e específico não comum à generalidade dos indivíduos”, ambos disponíveis em www.dgsi.pt (consultados em 28/12/2016).

²⁸ DOMINGOS, Adelaide, REIS, Viriato e RAVARA, Diogo, op. cit., pág. 33. O que se compreende, uma vez que, não obstante a interpretação da lei ter de encontrar um mínimo de correspondência na letra da lei, tem de ser actualista e adaptar-se às novas realidades no contexto do trabalho subordinado, o que acontece actualmente uma velocidade considerável. Motivo pelo qual, seria de todo impossível para o legislador prever todas as situações da vida subsumíveis ao conceito de acidente de percurso, optando por prever aquelas que são tidas como mais frequentes ou, assim queiramos qualifica-las, padronizadas.

i) A habitualidade do percurso utilizado pelo trabalhador, ou seja, o percurso em que se deu o acidente deverá ser aquele que o trabalhador utilize geralmente para se deslocar de casa para trabalho e vice-versa (assim como nos demais percursos previstos no nº 2 do Artigo 9º da LAT), relativamente ao qual a jurisprudência se refere como a via de ligação ou *iter* percorrido pelo trabalhador entre os locais em questão.

ii) O tempo despendido pelo trabalhador para percorrer o percurso utilizado entre os locais em questão, terá de ser o que normalmente é necessário para que o mesmo seja completado.

Por outras palavras, será considerado trajecto habitual ou geralmente utilizado pelo trabalhador, aquele que de uma forma objectiva, for o trajecto comum por relação ao destino pretendido, mesmo que esse não seja o mais curto, que deverá ser percorrido durante o tempo que regularmente é necessário para o efeito.

Dever-se-á, todavia, ter em conta as interrupções ou desvios que o trabalhador utilize para satisfação das suas necessidades atendíveis ou caso ocorram eventos fortuitos que possam causar distorções no percurso ou tempo normalmente utilizado pelo trabalhador no percurso de e para os locais já supra identificados, conforme resulta do nº 3 do Artigo 9º da LAT.

Quanto ao conceito de **desvios** e **interrupções**, veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do TRE de 11/10/2011, p. 412/05.3TTFAR.E1, que considerou acidente de percurso o que se verificou entre a casa do trabalhador (local onde tomava refeições) e o seu local de trabalho, mesmo que antes de o regresso o trabalhador parasse num estabelecimento para tomar café antes de regressar ao serviço, *“considerando que o trabalhador mesmo quando almoçava em casa deslocava-se ao café restaurante em causa para tomar café e relaxar um pouco, impõe-se concluir que o acidente ocorreu no “trajecto normalmente utilizado”*. É certo que tal expressão pode ser interpretada não no sentido subjectivo do trabalhador, mas no sentido objectivo, tendo em conta o homem médio: para se considerar o *“trajecto normalmente utilizado”* terá de se atender ao comportamento do homem médio perante as circunstâncias concretas, independentemente de estar ou não em causa o trajecto mais curto ou mais rápido.”.

Em sentido contrário pronunciou-se, recentemente, o Tribunal da Relação de Coimbra em Acórdão de 13/07/2016, p. 1059/12.3TTCBR.C1, e segundo o qual *“socialmente, quando se vai tomar café a outro local, designadamente um estabelecimento de cafetaria, diz-se que tal é feito “depois do almoço” ou “depois do jantar”, por exemplo. Já se está, portanto, em acto exterior à refeição e não na própria refeição. O “tomar de um café” de forma habitual depois da refeição – e num estabelecimento próprio - é um hábito fortemente enraizado na população portuguesa. Mas será um complemento da refeição, mas não “refeição”. Como a lei não tutela mais do que o acidente de trajecto entre o local de refeição e o local de trabalho, não podemos aceitar uma interpretação extensiva que inclua nessa tutela um trajecto ulterior à refeição, tomada no local de trabalho – repete-se –, para um acto de mera ocupação do tempo antes do regresso ao trabalho, ainda que enraizado num hábito social ou de convívio social.”*²⁹.

²⁹ Disponível em www.dgsi.pt (consultados em 28/12/2016).

No seguimento deste Acórdão a Doutrina pronunciou-se no sentido de que, interpretar a norma de outra forma, ou seja, extensivamente, seria tutelar uma situação que a lei não pretende tutelar. Segundo a Doutrina que secunda deste mesmo entendimento, *“para um acto de mera ocupação do tempo antes do regresso ao trabalho, ainda que enraizado num hábito social ou de convívio social (...) traduzir-se-ia numa abertura a múltiplas outras situações de extensão do conceito de acidente de trabalho, a coberto do acidente de trajecto, que, em nosso entender, a lei não consente, tanto mais que a listagem de hipóteses incluída no n.º 2 do art. 9.º não pode deixar de ser considerada taxativa, dada a sua descrição cuidada, sem nenhuma referência, na letra da norma, a um seu carácter exemplificativo”*³⁰.

Já quanto ao conceito de **necessidades atendíveis** do trabalhador, estas têm sido interpretadas de acordo com as necessidades básicas do quotidiano de um trabalhador, como seja, por exemplo, a paragem no supermercado para aquisição de bens de primeira necessidade.

Na senda desta interpretação, veja-se o Acórdão do STJ de 25/09/2014, p. 771/12.1TTSTB.E1-S1, interessante até pela natureza do caso *sub judicio*, que entendeu estarmos perante um acidente de percurso no caso de o trabalhador, na deslocação da sua habitação para o trabalho, ter antecipado a sua saída de casa para almoçar com o pai que se encontrava hospitalizado. O STJ reafirmou o entendimento da sentença de 1ª instância transcrita no referido Acórdão, segundo a qual *“o A. saiu cedo da sua casa, para ir almoçar com o pai e só depois se dirigiu ao seu local de trabalho, pelo trajecto normalmente utilizado para o efeito. O acto de almoçar com o pai – necessariamente pessoa idosa, atenta a própria idade do A. e o local onde a refeição ocorreu – representa não apenas a satisfação de uma necessidade básica (tomar a refeição), mas acima de tudo, um acto de solidariedade e de carinho para com um familiar próximo, caindo assim no conceito de “necessidades atendíveis” de que nos fala aquele preceito legal.”*³¹.

Relativamente ao conceito de **evento fortuito**, o STJ no Acórdão de 28/03/2007, p. 06S3957, considerou que não seria de excluir o direito à reparação dos danos num acidente de percurso *“[a] circunstância do acidente de trabalho ter resultado de um roubo por esticção perpetrado por terceiro, quando a trabalhadora regressava ao seu domicílio, após ter terminado o trabalho, a pé e pelo trajecto habitualmente utilizado”*³².

Após análise da referida Jurisprudência, concluímos que, com a aprovação da LAT, na esteira do que vinha já sendo o entendimento sufragado pela jurisprudência nesta matéria, os acidentes de percurso têm vindo a merecer um maior amparo, tendo em conta que a susceptibilidade de ocorrência de acidentes, durante o percurso que compreende a ida e o regresso para e do local de trabalho (e nos demais identificados), constituem ainda uma das componentes do dever de cumprimento da prestação de trabalho que impende sobre o trabalhador. Motivo pelo qual, o dever de indemnizar o trabalhador pelos danos que decorram

³⁰ SILVEIRA Susana, Anotação Jurisprudencial, Acórdão do TRC de 13-07-2016, p. n.º 1059/12.3TTCBR.C1, Prontuário de Direito do Trabalho, Centro de Estudos Judiciários, 2ª Semestre de 2016, Número II, pág. 27.

³¹ Disponível em www.dgsi.pt (consultados em 28/12/2016).

³² Disponível em www.dgsi.pt (consultados em 28/12/2016).

dos acidentes que se verifiquem nos percursos descritos constitua uma obrigação do empregador para com o trabalhador.

3.3. Descaracterização do acidente de serviço

Os direitos concedidos pela LAT, mormente o direito à reparação dos danos derivados de um acidente de trabalho, configuram direitos irrenunciáveis à luz da redacção do Artigo 12º daquela disposição legal.

Assim, nos termos do nº 1 e 2 do referido Artigo 12º, serão nulas as convenções que de alguma forma contrariem ou sejam incompatíveis com direitos garantidos pela LAT, assim como serão nulos os actos e contratos que tenham por objectivo a renúncia dos direitos conferidos por aquela.

Concluimos, portanto, que a o afastamento dos efeitos reparatórios que a lei prevê em virtude de um acidente de trabalho, ou seja, a exclusão da responsabilidade do empregador na reparação dos danos que o trabalhador venha a sofrer, só poderá ocorrer nos casos previstos na lei.

Nesse sentido dispõe o Artigo 14º da LAT com a epígrafe “Descaracterização do acidente”, que visa precisamente excluir a responsabilidade do empregador na reparação dos danos sofridos pelo trabalhador, quando se verifiquem as circunstâncias aí previstas. A saber:

- i) Quando o acidente tenha sido provocado dolosamente pelo trabalhador³³;
- ii) Quando tenha sido consequência de acto ou omissão por parte do trabalhador, que consubstancie uma violação injustificada das condições de segurança impostas pelo empregador ou por lei. Para efeitos da LAT, é considerada justificada a violação protagonizada por trabalhador que, em função do seu grau de instrução, dificilmente teria conhecimento das referidas normas, ou mesmo que o tivesse, ser-lhe-ia manifestamente difícil entendê-las (*cfr.* nº 2 do Artigo 14º da LAT)³⁴;
- iii) Quando resulte exclusivamente de negligência grosseira, que nos termos da LAT consistirá no comportamento temerário³⁵ de tal elevado grau, que não constitua um acto ou omissão

³³ Quanto ao comportamento doloso a que se reporta a norma, “*requer-se a consciência do acto determinante do evento e das suas consequências e, também, a vontade livre de o praticar. Mais do que previsto, o resultado do acto tem que ser intencional. O dolo deve, pois, verificar-se em referência, quer ao elemento intelectual (consciência), quer ao elemento volitivo (vontade)*”, Carlos Alegre citado por DOMINGOS, Maria Adelaide, REIS, Viriato e RAVARA, Diogo em ob. cit., págs. 37 e 38 (consultado em 29/12/2016). Na Jurisprudência veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do TRL de 07/03/2012, p. 2606/09.3TTLSB.L1- 4, disponível em www.dgsi.pt (consultado em 29/12/2016).

³⁴ Acórdão do TRL de 19/12/2012, p. 686/10.8TTLSB.L1.4, “*Sendo um dos requisitos exigidos, a voluntariamente na violação das regras de segurança, quer legais quer estabelecidas pela entidade patronal, ficam excluídos da descaracterização os actos ou omissões que resultem as chamadas culpas leves, desde a inadvertência, à imperícia, à distração, esquecimento ou outras atitudes que se prendem com os actos involuntários, resultantes ou não da habituação ao risco.*”, disponível em www.dgsi.pt (consultado em 29/12/2016).

³⁵ Foi considerado pelo Supremo Tribunal de Justiça como comportamento temerário, a conduta do trabalhador que conduzindo um veículo automóvel, não parou num sinal de STOP prosseguindo o seu trajecto, provocou o

resultante da habitualidade ao perigo do trabalho executado, da confiança na experiência profissional ou dos usos da profissão (*cf.* nº 2 do Artigo 14º)³⁶;

iv) Quando resulte da privação permanente ou acidental do uso da razão por parte do trabalhador, a determinar nos termos da lei civil, excepto se a privação da razão resultar da prestação do trabalho, não depender da vontade do trabalhador e, por fim, se o empregador ou o representante do trabalhador consentam na prestação do trabalho, mesmo conhecendo o estado do trabalhador.

A descaracterização do acidente de trabalho, que ocorre nas circunstâncias até aqui expostas, constitui uma causa impeditiva do direito à reparação que o trabalhador pretenda exercer, que no limite pode conduzir à exclusão da responsabilidade do empregador na reparação dos danos. Motivo pelo qual, constituindo os factos descaracterizadores causas que se opõem a que o direito do trabalhador surja eficazmente, estes são de qualificar como excepção peremptória nos termos do Artigo 89º, nº 3, do CPTA.

Relativamente ao ónus da prova dos factos descaracterizadores elencados no Artigo 14º da LAT, resulta claramente das normas de repartição do ónus da prova, ou seja, do Artigo 342º do CC, que quem invoca o direito em tribunal, compete e cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado, por seu turno, caberá à parte contrária provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito.

Assim, concluímos que o ónus da prova dos factos que susceptíveis de conduzir à descaracterização dos acidentes de trabalho impende sobre o empregador. Motivo pelo qual, caber-lhe-á não só alegar, mas também provar os factos impeditivos da concretização do direito à reparação do trabalhador, sob pena de o acidente ser qualificado como sendo de trabalho, caso se verifiquem os requisitos dos quais depende a sua caracterização (ver *supra* 3.1)³⁷.

embate noutro veículo, tendo operado, por conseguinte, a descaracterização do acidente de trabalho – Acórdão do STJ de 22/09/2011, p. 896/07.5TTVIS.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt (consultado em 29/12/2016).

³⁶ Para que seja afastada a responsabilidade do empregador no que diz respeito ao direito à reparação, é necessário que o trabalhador seja o único responsável pelo mesmo. Assim, havendo concorrência de culpa entre o empregador e o trabalhador, ou não se provando o nexo de causalidade entre a conduta do trabalhador e o acidente, ainda que esta seja de qualificar como negligente para os efeitos da LAT, não será de operar a descaracterização do acidente de trabalho e, conseqüentemente, o afastamento da responsabilidade do empregador. Nesse sentido veja-se o Acórdão do TRL de 02/02/2011, p. 157/06.7TTSTR.L1-4, disponível em www.dgsi.pt. (consultado em 28/12/2016).

³⁷ Nesse sentido, veja-se o Acórdão do TCAS de 04/12/2008, p. 0351/07, segundo o qual, “III - A descaracterização do acidente em serviço constitui facto impeditivo do direito invocado pelo A., pelo que, na acção por este intentada, cabia ao R., nos termos do nº 2 do art. 342º. do C. Civil, o ónus da prova dos factos integrantes dessa descaracterização./ IV - Na ausência de alegação e prova de quaisquer factos demonstrativos da descaracterização do acidente, deve este ser qualificado como sendo em serviço se estiver provada matéria de facto que permita concluir pela verificação dos requisitos”, disponível em www.dgsi.pt (consultado em 29/12/2016).

3.4. Predisposição patológica

A predisposição patológica é, na verdade, pare efeitos da medicina, qualificada como diátese: uma predisposição do organismo ou tendência hereditária para determinadas doenças³⁸. Por outras palavras, existe já uma probabilidade de o organismo vir a padecer de uma determinada patologia, contudo esta não se encontra ainda em manifestação no mesmo, caso contrário estaríamos já no âmbito de uma patologia (doença) propriamente dita e, consequentemente perante a verificação da sintomática associada³⁹.

Não obstante, o regime dos acidentes de serviço tutela os trabalhadores mesmo nas situações em que este padeça de uma predisposição patológica, ao impedir o efeito da descaracterização do acidente nestas situações, garantindo ao trabalhador o direito à reparação (cfr. nº 6 do Artigo 7º do DL nº 503/99).

O que não sucedia com o regime dos acidentes de trabalho revogado pela Lei nº 100/97, tendo em conta que, à luz do regime da Lei nº 2127/65, de 3 de Agosto, Base VIII, nº 1, o trabalhador só tinha direito à reparação dos danos sofridos caso a predisposição patológica não tivesse sido causa única e possível do acidente que lesou o trabalhador.

A alteração introduzida pela referida Lei nº 100/97, e que se mantém no regime da actual LAT, foi no sentido de apenas ser de excluir o direito à reparação do trabalhador caso a diátese fosse ocultada pelo mesmo. Por outras palavras, ainda que a causa única do acidente tenha sido a predisposição patológica do trabalhador, este terá direito reparação dos danos que tenha sofrido, a não ser que tenha ocultado essa pr0edisposição do empregador.

Também no caso de incapacidade anterior ao acidente, não será de excluir o direito à reparação em caso de acidente, a menos que esta tenha sido ocultada nos mesmos termos sobreditos.

Quer isto dizer, que tanto na situação de predisposição de patológica ou incapacidade anterior, os danos sofridos pelo trabalhador serão avaliados como se o acidente em causa tivesse sido causa directa e única dos mesmos.

Neste mesmo sentido, se tem vindo a pronunciar a Jurisprudência. No caso retratado no Acórdão do STJ de 12/09/2013, p. 118/10.1TTLMG.P1.S1 (Relatora Isabel São Marcos)⁴⁰, o trabalhador sofria de alterações degenerativas no canal lombar (coluna lombar), situação que o STJ considerou como subsumível ao regime da predisposição patológica, não excluindo o direito à reparação dos danos sofridos pelo trabalhador.

³⁸ Dicionários Porto Editora disponíveis em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/ditase> (consultado em 29/12/2016).

³⁹ Segundo Carlos Alegre, “*não é, em si, uma doença ou patogenia: é, antes, uma causa patente ou oculta que prepara o organismo para, em prazo, mais ou menos longo e segundo graus de várias intensidades, poder vir a sofrer determinadas doenças. O acidente de trabalho funciona, nesta situação, como agente ou causa próxima desencadeador da lesão.*”, ALEGRE, Carlos, Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais – Regime Jurídico Anotado, 2ª Edição, Almedina, 2001, pág. 69.

⁴⁰ Disponível em www.dgsi.pt (consultado em 29/12/2016).

Veja-se, igualmente, o Acórdão do STA de 01/02/2011, p. 0612/10 (Relator São Pedro), que, não obstante tenha assumido um juízo de ponderação quanto ao facto de a predisposição patológica ser ou não causa única da doença da trabalhadora e, conseqüentemente, dos danos sofridos pela mesma, ponderou, igualmente, subsumir a factualidade em causa ao regime da predisposição patológica. O STA considerou que “[a] hipersensibilidade da autora pode, efectivamente, ser encarada como uma predisposição patológica, na medida em que de algum modo torna a autora propensa para o aparecimento da doença que padece, ou para o seu agravamento”, concluindo que “[há], portanto, uma concausalidade no surgimento dos sintomas da autora, radicada (i) no ambiente de trabalho e (ii) na sua predisposição patológica. É esta dupla causalidade que explica também porque só a autora e não todas as suas colegas de gabinete tenham os referidos sintomas”⁴¹.

Relativamente ao ónus da prova quanto à ocultação da diátese, caberá à entidade empregadora, segundo o regime geral da repartição do ónus da prova (Artigo 342º do CC), tendo em conta que este facto se trata, à semelhança dos factos concretizadores da descaracterização do acidente de trabalho, de um facto um facto impeditivo do direito do trabalhador e, como tal, deverá não só ser alegado como provado pelo empregador.⁴²

4. Epílogo

O tema que nos coube aqui analisar levanta vastíssimas e pertinentes questões, algumas das quais não nos foi possível abordar com a profundidade desejada. Todavia, dentro desta economia de trabalho, procuramos abordar as questões que nos pareceram mais relevantes no que concerne à caracterização dos acidentes de serviço.

Vimos ao longo da nossa exposição que o conceito de acidente de serviço é totalmente coincidente com o conceito de acidente de trabalho consagrado na disciplina normativa privatística, tendo em conta, inclusive, que é o próprio regime do DL nº 503/99 que para aí remete em absoluto (*cf.* Artigo 7º).

Esta remissão em bloco para a normas de direito privado, que nos motivou a fazer referência ao processo de privatização do direito laboral da função pública abordado pela doutrina, levou a que a nossa exposição dialogasse, essencialmente, com doutrina e jurisprudência privatística.

Não obstante, não poderíamos deixar de apontar algumas notas ao regime específico dos acidentes de serviço.

⁴¹ Disponível em www.dgsi.pt (consultado em 29/12/2016).

⁴² Quanto a este aspecto, refere Carlos Alegre refere que “cabe à entidade responsável demonstrar que aquele não só conhecia, de forma clara e inequívoca, como a ocultou da entidade empregadora, no momento em que celebrou o contrato de trabalho ou equivalente, ou no momento em dela teve conhecimento”, ALEGRE, Carlos, ob. cit., pág. 70. Todavia, este entendimento não é unânime, tendo em conta que segundo Maria Adelaide Domingos, Viriato Reis e Diogo Ravara, “para que funcione a exclusão da reparação em caso de predisposição patológica não é necessário que a ocultação tenha sido dolosa. Assim sendo, a ocultação negligente da predisposição patológica conduz à exclusão da obrigação e reparação do acidente.”, DOMINGOS, Maria Adelaide, REIS, Viriato e RAVARA, Diogo, em ob. cit., pág. 42.

Verificamos, portanto, que o regime dos acidentes de serviço, por comparação ao regime da LAT, é um regime *suis generis*, desde logo, por atribuir a competência da qualificação do acidente como de serviço à entidade empregadora, assim como por prever expressamente que essa mesma entidade não deve transferir a sua responsabilidade para uma entidade seguradora, à semelhança do regime privado, a não ser em casos excepcionais (*cf.* Artigos 5º e 45º do DL nº 503/99 e Artigo 283º, nº 5, do CT).

Parece-nos também importante, realçar o facto de a distinção de regimes e a submissão a jurisdições diferentes comporta, naturalmente, disparidades ao nível dos regimes processuais. É certo que no contencioso administrativo o juiz vê os seus poderes de cognição e até de decisão bastante reforçados (e.g. a lei permite-lhe conhecer de vícios não alegados pelas partes no âmbito do contencioso impugnatório). Todavia, quando submetidos a cotejo perante o contencioso laboral, verificamos que o juiz de trabalho tem os seus poderes inquisitórios mas, essencialmente, os de decisão manifestamente mais reforçados (e.g. a previsão da condenação *extra vel ultra petitum*, enquanto que no contencioso administrativo o juiz está limitado não só pelo pedido e objecto do processo, mas também pelas decisões que encerrem valorações próprias da Administração Pública).

Por fim, cumpre deixar uma última nota no que diz respeito à parca, senão mesmo inexistente, discussão doutrinária relativamente ao regime dos acidentes de serviço que, não obstante se tratar de um regime decalcado do regime privado, contém disposições específicas e que lhe são tão próprias, o que justificava, indiscutivelmente, outro tratamento dogmático.

5. Bibliografia

- ALEGRE, Carlos, *Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais – Regime Jurídico Anotado*, 2ª Edição, Almedina, 2001;
- CANOTILHO, Gomes J. J. e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Anotada, Artigos 1º a 107º*, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, Volume I, pág. 706;
- BATISTA, Albino Mendes, “Acidentes de Trabalho: Contexto Social, Processo e Cultura dos Tribunais”, in Centro de Estudos Judiciários – Prontuário de Direito de Trabalho, Publicação nº 79-80-81, Coimbra Editora, Janeiro-Dezembro de 2008;
- BRITO, Pedro Madeira, “Ónus da prova, meios de prova, poderes e limites instrutórios de cognição e de condenação nos acidentes de serviço”, em intervenção no âmbito do Curso de Especialização de Temas de Direito Administrativo promovido pelo Centro de Estudos Judiciários em 22 de Maio de 2016, disponível em <http://www.justicatv.pt/index.php?p=6028>;
- CARNEIRO, Joana “Os Princípios Gerais que Enquadram a Matéria dos Acidentes de Trabalho e das Doenças Profissionais na Administração Pública”, intervenção no âmbito do Plano de Formação Contínua do Centro de Estudos Judiciários para 2015/2016, realizada em Maio de 2016, disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/home/home_ac_formacao_administrativo.php;

- Dicionário Jurídico da Administração Pública, Volume I, José Pedro Fernandes (Dir.), Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró (Consultor da Direcção), 2ª Edição, Lisboa, 1990;
- Dicionários Porto Editora disponíveis em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/ditase>;
- DOMINGOS, Maria Adelaide, REIS, Viriato e RAVARA, Diogo, “Os acidentes de trabalho e as doenças profissionais – uma introdução”, in e-book do CEJ Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais. Introdução, Julho de 2013, disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_trabalho.php;
- GOMES, Júlio Manuel Vieira, “Breves reflexões sobre a noção de acidente de trabalho no novo (mas não muito), regime dos acidentes de trabalho”, in Os acidentes de trabalho e as doenças profissionais – uma introdução, e-book do CEJ Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais. Introdução, Julho de 2013, disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_trabalho.php;
- GOMES, Júlio Manuel Vieira, O Acidente de Trabalho, 1ª Edição, Coimbra Editora, Outubro de 2013;
- GONÇALVES, Pedro Costa, Entidades Privadas com Poderes Públicos, 8ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 2008;
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “A Reparação de Danos Emergentes de Acidentes de Trabalho”, in Estudos do Instituto do Direito do Trabalho, Pedro Romano Rodriguez (coord), Almedina, Coimbra, 2001, Vol.1;
- SILVEIRA Susana, Anotação Jurisprudencial, Acórdão do TRC de 13-07-2016, p. n.º 1059/12.3TTCBR.C1, Prontuário de Direito do Trabalho, Centro de Estudos Judiciários, 2ª Semestre de 2016, Número II;
- TORRES, Mário de Araújo, “Acidentes de trabalho e em serviço in itinere” in Forum Iustitiae Direito e Sociedade, Ano I, nº 9, Março de 2000.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal dos Conflitos

- Acórdão nº 024/12 de 06/02/2014
- Acórdão nº 019/15 de 01/10/2015

– Acórdão nº 04/06 de 07/06/2016

Supremo Tribunal Administrativo

– Acórdão nº 033209 de 30/06/1994

– Acórdão nº 0612/10 de 01/02/2011

Supremo Tribunal de Justiça

– Acórdão do STJ de 16/09/2015, p. 112/09.5TBVP.L2.S1

– Acórdão nº 697/07.0TTBCL.P1.S1 de 30/01/2013

– Acórdão nº 459/05.0TTVCT.S1 de 14/04/2013

– Acórdão nº 771/12.1TTSTB.E1-S1 de 25/09/2014

– Acórdão nº 896/07.5TTVIS.C1.S1 de 22/09/2011

– Acórdão nº 118/10.1TTLMG.P1.S1 de 12/09/2013

– Acórdão nº 154/06.2TTCTB.C1.S1 de 26/10/2011

Tribunal Central Administrativo Sul

– Acórdão nº 9001/12 de 23/08/2012

– Acórdão nº 12333/03 de 13/12/2007

– Acórdão nº 03151/07 de 04/12/2008

– Acórdão nº 03151/07 de 04/12/2008

– Acórdão nº 0351/07 de 04/12/2008

Tribunal da Relação de Coimbra

– Acórdão nº 1059/12.3TTCBR.C1 de 13/07/2016

Tribunal da Relação de Évora

– Acórdãos nº 137/15.1T8BJA.E1 de 11-02-2016,

– Acórdão nº 412/05.3TTFAR.E1 de 11/10/2011

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

– Acórdão nº 291/11.1TTVFX.L1-A de 23-10-2013

– Acórdão nº 2606/09.3TTLSB.L1- 4 de 07/03/2012

– Acórdão do TRL n.º 157/06.7TTSTR.L1-4 de 02/02/2011

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

40. Greve

José António Moreira Barbosa de Andrade

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

GREVE

José António Moreira Barbosa de Andrade

- I. Introdução
- II. Evolução histórica do direito de greve
- III. Conceito (jurídico) de “greve”
- IV. Relevância dos motivos da greve
- V. Diversas modalidades de greve
 - a) Modalidades de greve quanto à conduta
 - b) Modalidades de greve quanto ao fim mediato
- VI. O direito à greve na atual LGTFP
 - VI.1. Competência para a declaração de greve
 - VI.2. Legitimidade
 - VI.3. A decisão de greve
 - VI.4. O pré-aviso
 - VI.5. Efeitos da greve
- VII. Conclusões

Palavras-chave: Evolução do direito de greve, conceito jurídico de greve, motivos da greve, modalidades de greve, a greve na atual LGTFP.

I. Introdução

Quis a sorte, no âmbito da avaliação à disciplina de Direito das Relações Laborais da Administração Pública (DRLAP), integrando a componente de formação de especialidade do 4.º curso de formação inicial para juízes dos Tribunais Administrativos e Fiscais, que nos fosse atribuído o tema da “greve”.

O tema, aliciante, mas, simultaneamente, demasiado vasto, sofre desde logo diversas limitações, a saber: o pouco tempo que nos foi concedido para a sua elaboração, a limitação a 20 páginas para a sua apresentação e, não menos importante, uma limitação de âmbito material que se prende com a atribuição de um outro tema que está umbilicalmente relacionado com a greve - os “serviços mínimos”.

Assim, perante as limitações assinaladas e sem querer interferir nos domínios do tema dos “serviços mínimos”, centraremos a nossa análise nos seguintes pontos:

- (i) Evolução histórica do fenómeno, tanto no panorama mundial como no português;
- (ii) Procura, na doutrina e na jurisprudência, de uma adequada definição de greve, mercê da omissão constitucional e legal de uma tal definição, onde se procurarão identificar os seus elementos nucleares;
- (iii) Identificação das diversas modalidades de greve, caracterizando-as a partir dos elementos nucleares da definição encontrada e classificando-as quanto à sua licitude ou ilicitude, e; por último,

(iv) Far-se-á uma incursão, ainda que breve, ao instituto da greve previsto na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LGTFP)¹ que é, afinal, o campo privilegiado da disciplina em questão.

II. Evolução histórica do direito de greve

Como refere RUY SEABRA², a greve, sendo já originária da antiguidade, nomeadamente do Egipto faraónico, passando pela Grécia, por Roma e pelo corporativismo medieval, atingiu o seu estado mais “pujante e relevante” com o capitalismo liberal, em consequência das radicais alterações sócio-económicas advenientes da Revolução Industrial.

Até à Revolução francesa, a greve constituiu um delito e, como tal, punida com sanções penais.

A partir da segunda metade do século XIX, mormente a partir do Código Penal Francês, os delitos de coligação e greve apenas são punidos se acompanhados de violência, ameaças ou manobras fraudulentas, atentatórias da liberdade de trabalho. É a despenalização da greve, a fase da greve-liberdade que, embora sendo livre, não era, ainda, oponível ao destinatário direto (a entidade patronal), pelo que originava uma violação do contrato de trabalho e, assim, era fundamento de resolução do contrato pelo empresário com base em incumprimento do acordado.

Por fim, e eis a terceira fase, o conceito de greve foi evoluindo no sentido de ser considerado um direito – com consagração constitucional – direito esse cujo exercício não implica a cessação do vínculo contratual, antes fazendo incorrer os trabalhadores aderentes na figura de suspensão do contrato. Foi o que aconteceu sobretudo a partir da 2.ª Grande Guerra nos países ocidentais, já que nos países de regime socialista, dada a apropriação dos meios coletivos de produção e a ditadura do proletariado, a greve é tida como injustificada por isso não aceite ainda que ocorra, como é do conhecimento geral.

Estas são as três fases por que passou o instituto da greve e que CALAMENDREI³ classificou de *greve-delito*, *greve-liberdade* e *greve-direito*.

No direito português, a primeira fase da história da greve foi dominada pela qualificação da coligação dos trabalhadores como um crime, à semelhança de outros Estados Europeus, e inseria-se na chamada greve-crime (ou greve-delito).

De acordo com o art.º 277.º, n.º 2, do Código Penal de 1852, cuja norma vinha inserida no Título III (Dos crimes contra a ordem e a tranquilidade pública) e, dentro deste Título, no capítulo XI (Do monopólio e do contrabando), os trabalhadores que aderissem à greve eram

¹ Aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.

² SEABRA, Ruy Manuel Correia de, “Sobre a greve e sobre o direito de greve”, Galileu, Revista de Economia e Direito, Vol. XVI, n.º 2, 2011, págs. 128 e 129.

³ CALAMANDREI, Piero, “Significato costituzionale del diritto di sciopero”, Opere Giuridici, Vol.III, Nápoles, 1968, pág. 444 e ss, *apud* FERNANDES, Francisco Liberal, “A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da Greve nos serviços essenciais”, 2010, Coimbra Editora, nota de rodapé 4, pág. 25.

punidos com uma pena de prisão que oscilava entre um e três anos para os promotores ou dirigentes da coligação e para os que usassem meios violentos ou simples ameaças para assegurar a sua execução. Posteriormente, o Código Penal de 1886 veio reduzir o limite máximo de tal punição para dois anos.

Esta primeira fase é, então, caracterizada pela incriminação das coligações operárias, vistas como uma ameaça à ordem política instituída, designadamente ao direito de propriedade, ao exercício da liberdade de trabalho e à segurança pública, sendo considerada em termos jurídico-contratuais, contrária aos princípios da liberdade e da igualdade das partes⁴.

Com a proclamação da Primeira República, em 1910, surgiu a primeira das leis que procurou regulamentar o direito à greve, através do Decreto de 6 de dezembro de 1910 (inserindo-se no sistema de greve-tolerância ou greve-liberdade). Nos termos desse diploma, o art.º 1.º prescrevia que tanto os operários como os patrões beneficiavam do direito de se coligarem para a cessação simultânea do trabalho. Porém, logo os artigos 2.º e 3.º impunham limitações, ameaças e outras formas de coação suscetíveis de diminuir a liberdade de trabalho e de indústria, assim como se puniam “os que perturbarem a ordem pública ou de qualquer modo desrespeitarem os regulamentos policiais”. Relativamente aos “serviços de interesse público” (art.º 4.º), impunha-se a observância de pré-avisos com significativos prazos de antecipação (oito dias para os transportes públicos de qualquer modalidade, doze dias para o abastecimento público de luz, de água, de géneros de primeira necessidade, e para assistência a “enfermos ou asilados”). Por seu lado, o art.º 10.º proibia o direito à greve aos “funcionários, empregados ou assalariados do Estado ou dos corpos administrativos, seja qual for a sua categoria e a natureza dos serviços que prestam sob pena de demissão ou despedida do serviço”. O diploma continha propósitos de contenção dos movimentos sociais e embora regulamentasse o direito à greve, as limitações e formas de coação ali consignadas, limitavam o direito de reunião, levando a que os meios sindicais apelidassem o diploma como “decreto-burla”. Ademais, o art.º 13.º do Decreto de 1910 previa a submissão do conteúdo da matéria à apreciação “da próxima Assembleia Nacional”, com vista ao reconhecimento constitucional do direito à greve, reconhecimento que a Constituição de 1911 acabou por não incluir⁵.

De referir, ainda, que a despenalização da greve representou a sua aceitação como um facto compatível com as relações económicas dominantes, assim como o reconhecimento da autonomia coletiva e do associativismo sindical como mecanismos de tutela dos interesses dos trabalhadores e de resolução dos diferendos laborais. Porém, esta posição de tolerância do Estado não significou um alheamento à conflitualidade laboral: a repressão da greve, anteriormente a cargo do direito penal, foi deslocada para o âmbito do direito civil, basicamente para o domínio da responsabilidade contratual – os efeitos da paralisação dos trabalhadores ficavam circunscritos à relação individual de trabalho e a ser regulados pelas regras gerais da responsabilidade contratual⁶.

⁴ FERNANDES, Francisco Liberal, “A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da Greve nos serviços essenciais”, 2010, Coimbra Editora, págs. 30 a 35.

⁵ FERNANDES, António Monteiro, “A lei e as greves, comentário a dezasseis artigos do Código do Trabalho”, Almedina, 2013, pág. 11.

⁶ FERNANDES, Francisco Liberal, “A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da Greve nos serviços essenciais”, 2010, Coimbra Editora, págs. 39 a 45.

Com a queda da I República, pelo movimento de 28 de maio de 1926, foi publicado o Decreto n.º 13.138, de 15 de fevereiro de 1927, que operou a revogação do Decreto de 6 de dezembro de 1910. O diploma entretanto aprovado erradicou do ordenamento jurídico o direito à greve que, no art.º 3.º, limitava-se a revogar o Decreto de 1910 mas abstinha-se de estabelecer qualquer proibição ou incriminação. Com efeito, desde a publicação do Decreto n.º 13.138 até à Constituição de 1933, vigorou um regime de greve-liberdade ou greve-tolerância, na medida em que o citado diploma não restabeleceu qualquer regime de incriminação, designadamente o consagrado no art.º 277º do Código Penal de 1886.

Porém, com a Constituição de 1933, que deu voz à nova filosofia política e ideológica do regime, onde se entendia os conflitos sociais e laborais como antagónicos à segurança e organização internas do Estado⁷, perturbadora da ordem económica e impeditiva da liberdade de concorrência dos fatores de produção, incluindo o fator trabalho, verificou-se uma drástica restrição dos direitos fundamentais dos trabalhadores (proibição do direito à greve, proibição da liberdade sindical) em contraposição com as liberdades reconhecidas ao outro «parceiro social»⁸; daí que, nos termos do art.º 39.º, não era permitido o exercício da greve e, nos termos do art.º 26.º, que regulava sobre os serviços públicos e de interesse coletivo, os agentes da greve eram qualificados como delinquentes e o seu exercício (da greve) constituía causa específica de despedimento (*“a suspensão concertada de serviços públicos ou de interesse coletivo importará a demissão dos delinquentes”*).

Com a Revolução de Abril de 1974, a greve foi novamente reconhecida como um direito dos trabalhadores, cuja regulamentação foi acolhida no Decreto-Lei n.º 392/74, de 28 de agosto, reconhecimento que foi confirmado pela Constituição de 1976, inserido no acervo dos direitos fundamentais constitucionalizados. Com efeito, na versão originária da Constituição, o art.º 59.º (atual art.º 57.º operado pela revisão constitucional de 1997), depois de “garantir” esse direito, pronunciava-se, ainda que de modo parcial e difuso, acerca do problema do papel da lei no enquadramento desse direito. E fazia-o apenas em relação a um dos aspetos suscetíveis de consideração: o da motivação ou finalidade da greve. A fórmula consagrada no n.º 2 desse artigo, reservando aos trabalhadores todo o espaço para decidirem sobre “o âmbito de interesses a defender através da greve”, culmina numa afirmação de desconfiança do legislador ordinário (“não podendo a lei limitar esse âmbito”) que, no entanto, supõe o reconhecimento de uma vasta área suscetível de regulamentação legal. A Constituição, na sua versão inicial, mostrou assim querer “garantir” o direito de greve, antes de mais, contra o legislador ordinário⁹.

Em conformidade com as disposições constitucionais, foi publicada a Lei n.º 65/77, de 26 de agosto, que regulava os vários aspetos do exercício de greve, definindo as consequências

⁷ Com efeito, o art.º 170.º do Código Penal (na redação introduzida pelos Decretos-Leis n.º 35 105, de 15/10/1945 e 41 736, de 17/07/1958), relativo à greve e ao *lock-out*, situava-se no capítulo referente aos crimes contra a segurança interior do Estado, mais especificamente aos crimes contra a organização do Estado, de forma que a natureza criminosa da abstenção coletiva ao trabalho não dependia propriamente do escopo da conduta adotada, mas do facto de toda a atividade produtiva, pública ou privada, se integrar na organização administrativa do Estado - PINTO, Mário, *“O direito perante a greve”*, revista *Análise Social* n.º 13, 1966, págs. 65 a 72.

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, *“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”*, 7.ª Edição, Almedina, 2003, pág. 182.

⁹ FERNANDES, António Monteiro, *“A lei e as greves, comentário a dezasseis artigos do Código do Trabalho”*, Almedina, 2013, pág. 13.

jurídicas desse exercício bem como as consequências do seu incumprimento, reiterando a proibição do *lock-out* e, independentemente de regulação própria, reconhecia o direito de greve na função pública (art.º 12.º), deixando de fora, no entanto, as forças militares e militarizadas.

Ficou, assim, exposto o caminho trilhado pelo fenómeno da greve no nosso ordenamento jurídico, culminando com o acolhimento constitucional do sistema da greve-direito. Com efeito, o período revolucionário de abril de 74 abriu as portas ao reconhecimento constitucional do fenómeno sindical em toda a sua dimensão e eficácia, representando a integração plena da autotutela coletiva, onde o Estado se autolimitou em matéria de opções legais para disciplinar a greve, independentemente da sua licitude ou ilicitude (neste sentido, o art.º 57.º da Constituição). Por outro lado, o reconhecimento da greve a nível da Constituição significa ainda que, independentemente da regularidade ou irregularidade do seu exercício, a abstenção coletiva do trabalho por motivos sindicais é um facto que o Estado incorpora no seu ordenamento e ao qual reconhece efeitos imediatos nas relações com o poder público, que fica assim inibido de adotar medidas de direito público (especialmente de natureza penal) que sancionem quer a abstenção coletiva, quer as adesões individuais (sem as quais, aliás, aquela não adquire existência ou autonomia jurídica)¹⁰.

III. Conceito (jurídico) de “greve”

Tanto a Constituição (art.º 57.º) como a Lei [quer o Código do Trabalho¹¹ (CT), quer a LGTFP] consideram que a greve constitui um direito dos trabalhadores, direito que se encontra inserido no acervo dos direitos fundamentais constitucionalizados, e que o CT enuncia como direito irrenunciável. Porém, não lhe emprestam qualquer definição ou noção, omissão que tem vindo a ser preenchida pela doutrina e pela jurisprudência, na medida em que tem sido necessário saber quais as ações que o sistema coloca ao abrigo da respetiva lei e quais as que dela estão excluídas. Na verdade, dada a panóplia de formas de luta que estão associadas à greve, impõe-se a necessidade de uma noção jurídica de greve ou, pelo menos, a identificação dos seus elementos nucleares para, a partir daqui, perceber-se quais são as formas de greve que estão abrangidas pela lei ordinária e pela Constituição, portanto, lícitas, e quais aquelas que estão excluídas e, portanto, são ilícitas.

A doutrina tem apresentado várias noções “clássicas” de greve. Assim, para MONTEIRO FERNANDES¹², uma noção clássica consagrada de greve consiste na *abstenção coletiva, concertada, total e contínua da prestação de trabalho, com o propósito de pressionar o interlocutor patronal no sentido de satisfazer uma pretensão comum dos trabalhadores envolvidos*. Já para BERNARDO XAVIER¹³, *a greve consiste na abstenção da prestação do*

¹⁰ FERNANDES, Francisco Liberal, “A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da Greve nos serviços essenciais”, 2010, Coimbra Editora, págs. 51 a 56.

¹¹ Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

¹² FERNANDES, António Monteiro, “A lei e as greves, comentário a dezasseis artigos do Código do Trabalho”, Almedina, 2013, pág. 22.

¹³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, “Direito da Greve”, Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa, Verbo, 1984, pág. 55.

trabalho, por um grupo de trabalhadores, como instrumento de pressão para realizar objetivos comuns. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁴ não apresentam uma noção de greve, mas partem da noção sócio-laboral corrente para identificarem dois elementos fundamentais que a noção constitucional de greve exige: *a) uma ação coletiva e concertada de trabalhadores e, b) a paralisação do trabalho (com ou sem abandono dos locais de trabalho) ou qualquer outra forma típica de incumprimento da prestação de trabalho.*

De acordo com as posições apresentadas¹⁵, podemos adiantar que a greve consistirá:

(i) Na *abstenção da prestação de trabalho* – abstenção temporária, não definitiva, onde a recusa provisória, voluntária e intencional da disponibilidade para o trabalho visa apenas a satisfação dos objetivos pretendidos e não, a cessação do contrato de trabalho ou do vínculo de emprego público¹⁶ -, por trabalhadores com vínculo de subordinação jurídica¹⁷;

(ii) Por *um grupo de trabalhadores*, isto é, a decisão e declaração da greve traduz uma atitude de grupo, coletiva e concertada (normalmente institucionalizada, como é o caso dos sindicatos) e não, uma soma de comportamentos abstensivos;

(iii) Atuando como *instrumento de pressão para realizar objetivos comuns.*

Também para os tribunais¹⁸, quando se lhes colocaram litígios acerca da licitude de comportamentos coletivos conflituais que são apresentados como modalidades de exercício desse direito, a falta de uma definição legal de greve nunca foi impeditiva da adoção de uma noção segundo o qual o direito de greve recobre todas as situações em que uma pluralidade de trabalhadores formula e põe em prática um projeto comum de recusa de prestação de trabalho. A este propósito, pode ver-se o Acórdão do STJ de 04/10/95, processo 004218, onde se diz que *“pode definir-se greve como a abstenção da prestação de trabalho por um grupo de trabalhadores, como meio de realizar objetivos comuns; trata-se, assim, de uma omissão concertada de trabalho, promovida pelas organizações sindicais representativas dos grevistas,*

¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *“Constituição da República Portuguesa anotada”*, Volume I, 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, 2014, págs. 752 e 753.

¹⁵ MÁRIO PINTO, in *“O direito perante a greve”*, revista *Análise Social* n.º 13, 1966, pág. 50 e 51, apresenta uma abordagem da noção de greve a partir da *conexão estrutural e funcional da greve estrita com os conflitos de trabalho*. Deste modo, identifica quatro elementos básicos dessa conexão, a saber: *agentes* – trabalhadores subordinados; *comportamento* – interrupção (ou perturbação) temporária, coletiva e concertada da prestação de trabalho; *fim imediato* – exercer pressão sobre as entidades patronais; *fim mediato* – fazer prevalecer interesses coletivos profissionais.

¹⁶ A paralisação coletiva do trabalho no sistema de greve-direito está associada à suspensão do contrato de trabalho na parte relativa aos direitos e deveres que pressupõem a prestação efetiva de trabalho, designadamente da obrigação de trabalhar e do dever de retribuir, efeitos esses que cessam com o término da paralisação laboral - FERNANDES, Francisco Liberal, *“A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da Greve nos serviços essenciais”*, 2010, Coimbra Editora, pág. 56.

¹⁷ Assim, ficam de fora outras «greves» em sentido corrente e que igualmente exprimem uma conduta abstensiva, como as ausências às aulas e exames dos estudantes, as paralisações de profissionais liberais e de certos agentes económicos que atuam com autonomia (v.g. camionistas e distribuidores de combustíveis, em regime de profissão livre, comerciantes) ou as chamadas greves de consumidores - XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *“Direito da Greve”*, Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa, Verbo, 1984, págs. 56 e 57.

¹⁸ FERNANDES, António Monteiro, *“A lei e as greves, comentário a dezasseis artigos do Código do Trabalho”*, Almedina, 2013, págs. 26 e 27.

visando forçar a entidade patronal a satisfazer reivindicações de natureza profissional que aquela se recusa a conceder”.

Apresentados os elementos nucleares de uma definição de greve cumpre perceber se a atribuição constitucional de competência *aos trabalhadores* para definir o *âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito*, permite a utilização, por parte dos trabalhadores de qualquer espécie de modalidade de greve, análise que se fará no ponto seguinte.

IV. Relevância dos motivos da greve

Como já dissemos anteriormente, nem a Constituição nem a lei ordinária apresentam uma definição de greve. No entanto, olhando para o texto constitucional, mormente o n.º 2 do art.º 57.º, aparentemente a Constituição atribui uma competência ilimitada aos trabalhadores para fazer uso do direito de greve. Desta aparência, coloca-se desde logo a questão de saber se o direito de greve pode ser exercido com finalidades de qualquer tipo ou, ao invés, existe margem para se considerar que uma determinada greve, que assumiu uma determinada forma, possa ser considerada ilícita em função dos seus motivos.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁹ entendem que se mostra necessário «densificar» o respetivo conteúdo de acordo com as regras gerais aplicáveis a conceitos desta natureza, partindo da noção sócio-laboral corrente, sem esquecer que a Constituição não funcionaliza a greve à prossecução de interesses puramente laborais. Partindo de dois elementos fundamentais da noção constitucional de greve – ação coletiva e concertada de trabalhadores e a paralisação do trabalho ou outra forma típica de incumprimento da prestação de trabalho –, defendem os autores que o preceito constitucional não estabelece qualquer restrição quanto às formas de greve ou os seus modos de desenvolvimento, não sendo por isso legítima qualquer proibição de formas de modalidade de ação, desde que enquadráveis no conceito de greve.

Ou seja, por um lado, entendem os autores que o texto constitucional não prevê qualquer restrição quanto às formas de greve ou os seus modos de desenvolvimento, o que impedirá o legislador ordinário de classificar qualquer tipologia de greve como ilícita. No entanto, apressam-se a estabelecer uma condição – a de que as diversas modalidades se enquadrem no conceito de greve.

Assim, continuam os autores, o âmbito alargado de proteção do direito à greve quanto à forma e motivos de desenvolvimento não significa que toda e qualquer ação dos trabalhadores designada *prima facie* por «greve» seja, em definitivo, uma greve jurídico-constitucionalmente protegida; quer porque essas formas e modos de desenvolvimento significam um sacrifício

¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, “*Constituição da República Portuguesa anotada*”, Volume I, 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, 2014, págs. 752 e 753.

irreparável de direitos de outrem, quer porque elas não preenchem os pressupostos típicos do direito à greve (ex: greve *self service*²⁰).

Já para MONTEIRO FERNANDES²¹, a ênfase atribuída ao debate sobre este ponto é bastante desproporcionada em relação ao seu alcance operatório. Os motivos suscetíveis de valoração no plano da licitude são apenas os declarados pelo sindicato e ainda, quando muito, os que manifestamente se deduzam do contexto político-social em que a greve se inscreva. Uma greve de solidariedade, por exemplo, será como tal apresentada. Mas uma greve geral de transportes pode servir motivações políticas não declaradas (provocar a queda de um governo ou de um ministro) sem deixar de ser uma ação de luta por melhores salários. A possibilidade de se obter a declaração de ilicitude de uma greve com fundamento na sua motivação “não laboral” ou “não contratual” é, em si mesma, geradora de litigiosidade potencialmente inconsequente. Os objetivos ilícitos – isto é, aqueles que contrariem posições assumidas pelo ordenamento jurídico em cujo quadro seja declarada a greve – serão facilmente disfarçados sob aparências juridicamente inatacáveis.

Independentemente de cada posição defendida, e sabendo-se que determinadas formas de greve podem, de forma encapotada, servir propósitos diferentes daqueles que são anunciados, é certo que a Lei prevê sanções para os trabalhadores que recusem a prestação de trabalho por adesão a uma greve ilícita (cfr. art.º 541.º do CT, aplicável à função pública *ex vi* art.º 394.º, n.º 3 da LGTFP). Assim, não será despropositado, até é recomendável, apresentar um elenco (sem ser necessariamente exaustivo) de diversas modalidades de greve, caracterizando-as em função dos elementos nucleares da definição de greve, procurando classificá-las como lícitas ou ilícitas (sendo certo que haverá, desde logo, que distinguir entre a licitude da própria greve, quanto à sua declaração, e os atos ilícitos praticados durante uma greve, no resto, incensurável, e que, portanto, não afetam o estatuto desta²²).

V. Diversas modalidades de greve

MÁRIO PINTO²³ apresentou um elenco de diversas formas de greve a partir da conexão estrutural e funcional da greve estrita com os conflitos coletivos de trabalho. Dizia o autor que toda a discussão que se empenha em analisar os termos da conexão referida, e a partir da qual pretende construir a noção estrita de greve, anda em volta de quatro elementos básicos da figura: *agentes, comportamento, fim imediato e fim mediato*. Grosso modo, estes elementos são assim geralmente entendidos: *agentes* - trabalhadores subordinados; *comportamento* - interrupção (ou perturbação) temporária, coletiva e concertada da prestação de trabalho; *fim*

²⁰ Contrariamente aos autores, a Procuradoria-Geral da República, no Parecer n.º 000011999, votado em 18/1/1999, acessível em www.dgsi.pt, considerou que esta paralisação correspondia à noção jurídica de greve, embora com algumas ressalvas, designadamente quanto às regras em matéria de pré-aviso.

²¹ FERNANDES, António Monteiro, “A lei e as greves, comentário a dezasseis artigos do Código do Trabalho”, Almedina, 2013, pág. 32.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa anotada”, Volume I, 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, 2014, págs. 752 e 753.

²³ MÁRIO PINTO, in “O direito perante a greve”, revista Análise Social n.º 13, 1966, págs. 51 a 55.

imediato - exercer pressão sobre as entidades patronais; *fim mediato* - fazer prevalecer interesses coletivos profissionais.

E apresentou, então, o elenco das diversas formas de greve (por facilidade e economia de tempo, passaremos a descrever tal e qual o autor as enunciou) subdivididas em dois aspetos: um primeiro respeitante às modalidades de greve quanto à conduta, e um segundo, quanto ao fim mediato, alertando, no entanto, que estas modalidades se apresentam, muitas vezes, variamente combinadas, na prática.

a) Modalidades de greve quanto à conduta

1) Greve tradicional ou clássica: consiste na suspensão ou interrupção do trabalho, com abandono dos postos de trabalho.

2) Greve de braços caídos: suspensão do trabalho mas sem abandono dos lugares de trabalho, originariamente para evitar que a entidade patronal substituísse os grevistas por trabalhadores adventícios; a este tipo pode pertencer também, embora constitua figura com autonomia, a chamada *greve simbólica ou demonstrativa*.

3) Greve intermitente: quando a suspensão do trabalho se processa a intervalos.

4) Greve rotativa: verifica-se quando o trabalho se suspende sucessivamente em cada parte ou secção de empresa; é uma espécie de greve intermitente, mas sincronizada de modo a que haja sempre uma parte da empresa que esteja paralisada.

5) Greve da lentidão: execução do trabalho de modo deliberadamente lento, relativamente ao ritmo normal.

6) Greve do zelo: a greve da lentidão pode revestir uma outra modalidade, que levanta problemas específicos, quando se manifesta na execução do trabalho com uma excessivamente minuciosa observância dos regulamentos.

7) Não-colaboração (em sentido estrito): quando os trabalhadores recusam tudo o que não é estritamente estabelecido pelos regulamentos, ou seja, aquela colaboração e iniciativa pessoal que são normais, e nomeadamente as chamadas prestações acessórias;

8) Greve às avessas: consiste em trabalhar contra ou sem a vontade da entidade patronal.

9) Existem, finalmente, muitas outras práticas que, talvez por serem menos típicas, se costumam abranger por uma designação genérica—a «greve perlée» dos franceses, ou a «non collaborazione» dos italianos, designações estas que também são usadas num sentido mais amplo, abarcando todas as modalidades que não sejam de greve estrita e que são consideradas como impróprias e ilegítimas. A título de exemplo, poderemos referir a modificação arbitrária dos critérios e da ordem das operações de trabalho estabelecidos pela direção, a greve da rapidez (trabalho demasiado rápido e sem a perfeição necessária), etc.

No quadro esboçado pelo Autor, pode notar-se que as quatro primeiras modalidades constituem modos ou combinações de suspensão do trabalho. As restantes implicam alterações ou perturbações dos termos normais da prestação de trabalho. A tendência dominante vai no sentido de condenar estas últimas modalidades (englobando-as nas designações genéricas amplas já referidas), defendendo que o comportamento característico da greve só pode consistir na suspensão do trabalho. Os trabalhadores não poderão, legitimamente, infligir às entidades patronais quaisquer prejuízos que advenham da má execução do seu trabalho, desrespeitando os termos das obrigações contratuais a que estão vinculados.

Quanto às formas de suspensão, apenas a greve tradicional ou clássica é admitida sem controvérsia como greve própria; a greve de braços caídos, a greve intermitente e a greve rotativa são muito discutidas e frequentemente afastadas do âmbito da greve em sentido estrito, mormente a última destas modalidades, que é particularmente apta para provocar sérios prejuízos de produção, substancialmente distintos da simples paralisação produtiva. A greve de braços caídos, quando prolongada, levanta problemas jurídicos específicos; ainda que em princípio admitida como greve, discute-se se a ocupação da empresa fora do caso em que se execute o contrato de trabalho constitui ou não ato ilícito, nalguns casos qualificado como violação de domicílio.

b) Modalidades de greve quanto ao fim mediato

Os fins, em vista dos quais os trabalhadores subordinados lançam mão da greve, são variadíssimos. Abstraindo de matizes, por vezes muito importantes, referiremos os tipos normalmente considerados:

- 1) Greve contratual-profissional:** assim chamada quando se visa obter o acordo das entidades patronais sobre a fixação ou interpretação (aplicação) da disciplina do trabalho.
- 2) Greve de solidariedade:** quando se pretende obter da entidade patronal uma determinada atitude (frequentemente a revisão ou alteração de decisões tomadas) para com determinado ou determinados trabalhadores, com quem se solidarizam os grevistas.
- 3) Greve de simpatia:** quando se tem em vista influenciar a atitude de entidades patronais estranhas para com o respetivo pessoal, em relação ao qual (ou às suas pretensões) se manifesta a simpatia.
- 4) Greve de protesto:** diz-se quando se pretende manifestar um protesto, quer em relação à entidade patronal respetiva, quer a entidades patronais estranhas, quer mesmo a outras pessoas ou entidades, privadas ou públicas. Por onde se vê que, pelo menos entendida neste sentido amplo, a greve de protesto não tem grande homogeneidade, parecendo que poderá reconduzir-se a várias modalidades, inclusivamente a uma greve política.

5) *Greve de coação sobre a autoridade pública*: sempre que o objetivo seja coagir a autoridade pública a tomar certas decisões ou orientações. Em certos casos, pelo menos, é difícil a sua distinção da greve política.

6) *Greve política*: quando utilizada como instrumento de ação política.

7) *Greve revolucionária*: quando se propõe alcançar resultados que se consideram juridicamente revolucionários.

Perante esta enumeração de modalidades de greve²⁴, a maioria das quais de muito difícil caracterização, o que importa notar é o critério básico que a doutrina costuma perfilhar, e que fundamentalmente se traduz na ideia de que o fim mediato típico da greve só pode ser a defesa de interesses coletivos profissionais. Resta saber, porém, até onde e em que termos é que se aceita esta defesa de interesses coletivos profissionais.

Os limites do interesse coletivo profissional são, por vezes, muito discutidos: designadamente a propósito da greve de simpatia, discute-se se há ou não um interesse coletivo (próprio dos grevistas) em causa; e ainda, mas com menos peso, se discute a interpretação dominante da doutrina quanto à greve de solidariedade – quando vê nela em jogo um princípio ou interpretação que interessa a todos os trabalhadores da empresa, existindo, neste sentido, um interesse coletivo próprio dos grevistas. No que respeita aos termos em que se admite a utilização da greve para defesa de interesses profissionais, a tendência mais limitadora pretende restringi-la às hipóteses em que a satisfação desses interesses é pedida e depende da entidade patronal correspondente. De acordo com este critério, estão excluídas todas as modalidades em que a pretensão dos trabalhadores se dirige a outrem que não a entidade patronal contra quem é dirigido imediatamente o comportamento grevista. E assim, restaria concretamente a greve contratual-profissional; e ainda, uma vez admitida a existência de um interesse coletivo em jogo na greve de solidariedade (problema que referimos há pouco), esta última modalidade, bem como, e em idênticos termos, a greve de protesto contra a entidade patronal dos trabalhadores grevistas. Quanto à greve política, só aparecem algumas dificuldades quando se trate de uma greve não puramente política. Abstraindo destes aspetos, que se põem num plano já mais minucioso do que o que perfilhamos aqui, pode dizer-se que é unânime a tendência na doutrina jurídica para excluir a legitimidade desta forma de greve, bem como, naturalmente, a da greve de coação sobre a autoridade pública e da greve revolucionária.

²⁴ MÁRIO PINTO, *idem*, págs. 51 a 55.

VI. O direito à greve na atual LGTFP

Depois de discorrermos sobre a evolução histórica da greve, tanto no panorama internacional como no ordenamento jurídico português, da noção estrita de greve, suas diversas modalidades, faremos uma última incursão sobre o regime legal da greve no que diz respeito aos trabalhadores com vínculo de emprego público.

Na atual LGTFP, o direito à greve consta dos artigos 394.º a 406.º, encontrando-se dividida em duas secções: uma de carácter geral, enunciando os termos e condições gerais aplicáveis à greve, nomeadamente quanto ao direito à greve, e outra, referindo-se expressamente sobre a arbitragem dos serviços mínimos. Na parte respeitante ao direito de greve, apenas os artigos 394.º a 396.º a ela se referem expressamente, estabelecendo o art.º 394.º, n.º 3, que se aplica o regime previsto no CT, embora com as adaptações e especificidades da LGTFP. Assim, e porque a norma citada faz apelo à aplicação subsidiária do CT, as disposições legais previstas para o regime da greve constam dos artigos 530.º a 545.º.

1 - Competência para a declaração de greve

A competência para a declaração de greve consta do art.º 395.º da LGTFP, e é atribuída às associações sindicais²⁵ e, em determinadas circunstâncias, às assembleias de trabalhadores. Resulta do conteúdo da norma que a opção legislativa foi no sentido de não atribuir o monopólio da declaração de greve às associações sindicais, reconhecendo esse direito a assembleias de trabalhadores que estabeleçam coligações ocasionais para esse efeito.

Porém, a lei observa algumas limitações ou condicionalismos à sua constituição. Com efeito, para que seja possível constituir a comissão de trabalhadores, será necessário que:

- (i) No respetivo órgão ou serviço, a maioria dos trabalhadores não esteja representada por associações sindicais, que
- (ii) A assembleia seja convocada para o efeito por 20% ou 200 trabalhadores, que
- (iii) A maioria dos trabalhadores do órgão ou serviço participe na votação, sendo esta votação efetuada por voto secreto e, por último, que
- (iv) O resultado da votação seja obtido pela maioria dos votantes.

²⁵ É de referir, a este propósito, que a Lei da Greve, aprovada pela Lei n.º 65/77, de 26 de agosto, apenas concedia às estruturas sindicais (limitava somente a estas), legitimidade para declarar a greve. Na opinião de Albino Mendes Baptista, ob. cit., nota 16, esta limitação sofria do vício de inconstitucionalidade material, aderindo à posição defendida por Gomes Canotilho e Vital Moreira, *“Constituição da República Portuguesa Anotada”*, págs. 310-311, entendendo que as associações sindicais não tinham o monopólio constitucional da contratação coletiva, atenta a dignidade constitucional das “convencções coletivas inominadas”. Entendimento diferente perfilha Bernardo Lobo Xavier, *“Direito da Greve”*, Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa, Verbo, 1984, págs. 154-155, onde defende que o nosso sistema adere à conceção “orgânica” de greve, pelo que a reserva da declaração às associações nada tem de inconstitucional.

Verificando-se todos os requisitos elencados, confirma-se a regularidade e validade da constituição da assembleia de trabalhadores, conferindo-lhe substantividade própria²⁶ para iniciar (desencadear) todo o iter procedimental que culminará na declaração de greve.

2 – Legitimidade

A LGTFP (assim como o CT) confere às associações sindicais bem como, às comissões de greve saídas da constituição das assembleias de trabalhadores, a legitimidade para representar os trabalhadores em todas as negociações respeitantes à greve. É evidente²⁷ a necessidade operativa de uma estrutura que, ao mesmo tempo, enquadre os trabalhadores aderentes a uma greve, mantendo-os informados da evolução do conflito, coordenando a sua atuação, servindo de interlocutor das entidades empregadoras e das autoridades públicas no decurso da paralisação.

A representação a que aludimos tem em vista, por um lado, os contactos que venham a tornar-se necessários para a superação do conflito e, por outro, os atos e diligências inerentes à gestão da greve.

3 – A decisão de greve

A decisão de fazer greve, tomada no quadro do sindicato ou por uma assembleia de trabalhadores, constitui um dos momentos coletivos do exercício deste direito, que não contende com a sua titularidade individual. Se ela é decidida pela assembleia de trabalhadores, cada um decidirá a forma mais adequada às pretensões coletivas, votando nas diferentes (se as houver) propostas apresentadas, sendo que a adesão à forma de greve votada depende inteiramente da vontade individual. Nas situações em que a decisão é tomada no âmbito do sindicato, é imperioso cumprir as disposições estatutárias (poderá ser decidido em assembleia geral ou através de mandato nas respetivas direções). Nestes casos, localizando-se a titularidade da greve no sindicato, a decisão de paragem constitui o momento essencial do seu exercício e a atuação individual de cada associado assume carácter instrumental, cabendo-lhe executar a decisão, no quadro da disciplina sindical²⁸.

4 – O pré-aviso

O art.º 396.º da LGTFP estabelece, no seu n.º 1 que *“As entidades com legitimidade para decidirem o recurso à greve devem dirigir ao empregador público, ao membro do Governo responsável pela área da Administração Pública e aos restantes membros do Governo competentes, por meios idóneos, nomeadamente por escrito ou através dos meios de comunicação social, um aviso prévio, com o prazo mínimo de cinco dias úteis ou, no caso de*

²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, LEITE, Jorge, *“Ser ou não ser uma greve (a propósito da chamada «greve self-service»”*, revista *Questões Laborais*, ano VI-1999, Coimbra Editora, pág. 4.

²⁷ FERNANDES, António Monteiro, *“A lei e as greves, comentário a dezasseis artigos do Código do Trabalho”*, Almedina, 2013, págs. 51 e 52.

²⁸ FERNANDES, António Monteiro, *idem*, págs. 44 a 49. Veja-se a doutrina mencionada a respeito da Organização Internacional do Trabalho e da Convenção n.º 87, desenvolvida pelo Comité da Liberdade Sindical da OIT.

órgãos ou serviços que se destinem à satisfação de necessidades sociais impreteríveis, de 10 dias úteis”.

Por sua vez, o n.º 2 estipula que *“O aviso prévio deve conter uma proposta de definição dos serviços necessários à segurança e manutenção do equipamento e instalações, bem como, sempre que a greve se realize em órgão ou serviço que se destine à satisfação de necessidades sociais impreteríveis, uma proposta de definição de serviços mínimos”.*

O pré-aviso de greve tem como princípio geral a boa-fé no exercício do direito da greve²⁹. Com efeito, mesmo em situações de greve, a atuação segundo as regras da boa-fé nas suas relações deve manter-se, constituindo o pré-aviso uma consagração de regras de boa-fé nas relações laborais, pois mesmo as formas de luta têm de ser leais³⁰.

A consagração legal do pré-aviso de greve destina-se, portanto, a permitir às empresas e aos serviços públicos, por um lado, e aos utentes e à comunidade em geral, por outro saber com o que podem contar, tomando as necessárias precauções de modo a minimizar eventuais danos ou constrangimentos na sua vida. Também por esta via, evita-se que todos sejam surpreendidos com a paralisação por via da greve, permitindo a toda a comunidade afetada, tomar precauções no sentido de procurarem alternativas aos serviços que não estarão a laborar. Daí que o legislador tenha imposto como uma das formas de comunicação do pré-aviso, a divulgação através dos meios de comunicação social, forma que permitirá a um maior número de pessoas tomar conhecimento da intenção de greve. Por outro lado, o momento da receção do aviso prévio desempenha o papel de uma referência temporal para certos elementos do regime jurídico do exercício da greve: a partir da receção do aviso prévio, a entidade empregadora não poderá substituir os grevistas (art.º 535.º do CT, *ex vi* art.º 394, n.º 3, da LGTFP).

O pré-aviso implica, também, uma autovinculação de quem o emite aos termos precisos do seu conteúdo, que deverá incluir uma *“proposta de serviços necessários à segurança e manutenção do equipamento e instalações”*, dispondo, nestes casos, de cinco dias úteis para o fazer ou, estando em causa *“a satisfação de necessidades impreteríveis”*, uma proposta de serviços mínimos, dispondo, para o efeito, de um prazo de 10 dias úteis.

5 – Efeitos da greve

O efeito primacial da greve é a suspensão dos contratos de trabalho dos aderentes. Tal suspensão inclui a perda de retribuição e os deveres de subordinação e assiduidade (cfr. art.º 536.º do CT, *ex vi* art.º 394.º, n.º 3, da LGTFP). Tal como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA³¹, o direito à greve como meio de «ação direta» dos trabalhadores constitucionalmente reconhecido, traduz-se num incumprimento lícito da obrigação de

²⁹ BAPTISTA, Albino Mendes, *“Breves considerações em torno da greve self-service”*, Prontuário de Direito do Trabalho n.º 57, Centro de Estudos Judiciários, 01/11/1998 a 31/12/1998, pág. 66.

³⁰ MARTINEZ, Pedro Romano, *“Direito do Trabalho”*, II, Lisboa, 1994/1995, pág. 174, citado em BAPTISTA, Albino Mendes, cit., págs. 66 e 67.

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *“Constituição da República Portuguesa anotada”*, Volume I, 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, 2014, pág. 751.

prestação de trabalho, com os prejuízos inerentes para as entidades empregadoras. Porém, a greve também constitui um sacrifício para os trabalhadores, que perdem o direito à remuneração pelo trabalho não prestado durante a greve, sem nenhuma garantia de sucesso da mesma.

Os efeitos de greve declarada ou executada de forma contrária à lei encontram-se previstos no art.º 541.º do CT e implicam para os trabalhadores aderentes a sujeição ao regime das faltas injustificadas e, conseqüentemente, às sanções disciplinares correspondentes, com observância dos princípios e normas aplicáveis ao procedimento disciplinar, designadamente, o princípio do contraditório, da tipicidade taxativa das sanções, da proporcionalidade, etc. Poderá suceder, porém, que a ação ou omissão configure a prática de um ilícito penal e/ou civil, caso em que serão aplicáveis os respetivos regimes gerais, podendo ainda suceder que em determinados casos, a recusa da prestação de trabalho seja censurável no plano deontológico, o que poderá motivar sanções de natureza profissional³².

VII. Conclusões

O direito de greve é, plenamente, um “*direito, liberdade e garantia*” e assim foi acolhido na Constituição da República Portuguesa, mormente no art.º 57.º. Nele convergem esses três atributos ou dimensões³³:

(i) Em primeiro lugar, é uma *liberdade*, pois está excluída a legitimidade da repressão ou punição da recusa de trabalhar, em contraste com o sistema de greve-crime ou greve-delito que vigorou entre nós, com o Código Penal de 1852 até 1910, e depois, com o DL 23870, de 18/05/1934, e o Código Penal revisto em 1945, até 1974;

(ii) Em segundo, é um direito, uma vez que está também excluída a responsabilidade pelo incumprimento da prestação de trabalho, havendo apenas lugar, de acordo com o sinalagma contratual, à perda do salário, contrastando com o sistema de greve-liberdade ou greve-tolerância, em que é reconhecida aos trabalhadores a imunidade penal, mas não deixa de se considerar a recusa do trabalho como quebra do contrato, possibilitando o despedimento – foi o que prevaleceu entre nós com o Decreto 13138, de 15/02/1927, que revogou a lei da greve de 1910, afastando assim o direito de greve, mas não fixando sanções para as paragens coletivas;

(iii) Finalmente, é uma garantia constitucional, enquadrante e condicionante de quaisquer variações da lei ordinária, tal como resulta especificamente do art.º 57.º, n.º 1, da CRP, garantia que não constava da Constituição de 1911.

³² CANOTILHO, J.J. Gomes, LEITE, Jorge, “*Ser ou não ser uma greve (A propósito da chamada «greve self-service»*”, Revista Questões Laborais, Ano VI, Coimbra Editora, 1999, pág. 43.

³³ FERNANDES, António Monteiro, “*A lei e as greves, comentário a dezasseis artigos do Código do Trabalho*”, Almedina, 2013, págs. 30 a 42.

O direito de greve é, por outro lado, um direito individual de cada trabalhador, sindicalizado ou não, embora coletivamente condicionado quanto ao seu exercício; daí que a decisão, a declaração e a gestão da recusa de trabalho sejam reguladas pela lei, como expressões do carácter coletivo deste direito; conseqüentemente, a concretização do projeto coletivo manifesta-se na adesão, momento tipicamente individual e onde verdadeiramente se corporiza a greve.

O direito de greve é, também, um direito privativo de todos os trabalhadores juridicamente subordinados, aqui estando incluídos os trabalhadores da função pública, independentemente de estarem em regime de contrato ou nomeação, e é irrenunciável, corolário da sua natureza de direito fundamental (o direito de greve é um direito subjetivo próprio, insuscetível de ser expurgado da sua esfera jurídica; porém, a gestão que o trabalhador faça do seu exercício é, também, um direito próprio que ele pode, ou não, usar, aderindo ou não à greve).

Nem a lei ordinária nem a Constituição apresentam uma definição de greve. Porém, a necessidade de uma adequada noção revela-se de extrema importância na medida em que, a partir dos seus elementos nucleares, pode classificar-se as diferentes e diversas manifestações coletivas como modalidades de greve lícitas ou ilícitas. Assim, os elementos nucleares que presidirão à classificação de determinada modalidade de greve como lícita ou ilícita assentarão na:

- (i) Abstenção (incumprimento) da prestação de trabalho,
- (ii) Na ação coletiva e concertada de trabalhadores e,
- (iii) Num instrumento de pressão para realização de objetivos comuns.

Bibliografia consultada

- BAPTISTA, Albino Mendes, *“Breves considerações em torno da greve self-service”*, *Prontuário de Direito do Trabalho* n.º 57, Centro de Estudos Judiciários, 01/11/1998 a 31/12/1998.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”*, 7.ª Edição, Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, LEITE, Jorge, *“Ser ou não ser uma greve (A propósito da chamada «greve self-service»)”*, *Revista Questões Laborais*, Ano VI, Coimbra Editora, 1999.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *“Constituição da República Portuguesa anotada”*, Volumes I e II, 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, 2014.

- CARVALHO, Catarina de Oliveira, *“Titularidade do direito à greve, dever de paz social e exercício do direito à greve nas microempresas”*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches, Volume II, Coimbra Editora, 2011.

- FERNANDES, António Monteiro, *“A lei e as greves, comentário a dezasseis artigos do Código do Trabalho”*, Almedina, 2013.

- FERNANDES, Francisco Liberal,
 - *“A obrigação de Serviços Mínimos como técnica de regulação da Greve nos serviços essenciais”*, Coimbra Editora, 2010.
 - *“Crise económica e direito à greve”*, RED – Revista de Direito Eletrónico, FDUP/CIJE, outubro de 2013.

- PINTO, Mário, *“O direito perante a greve”*, revista Análise Social n.º 13, 1966, acessível em «analisesocial.ics.ul.pt/documentos».

- RAMOS, Ana Luísa Meurer, *“A greve no setor público: o caso dos magistrados”*, Dissertação de Mestrado na área de especialização em Ciências Jurídico-Empresariais com menção em Direito Laboral, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

- REDINHA, Maria Regina, *“A vol d’ oiseau: desenvolvimentos recentes no direito de greve na União Europeia”*, RED – Revista de Direito Eletrónico, FDUP/CIJE, abril de 2013.

- SEABRA, Ruy Manuel Correia de, *“Sobre a greve e sobre o direito de greve”*, Galileu, Revista de Economia e Direito, Vol. XVI, n.º 2, 2011, págs. 127-139.

- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *“Direito da Greve”*, Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa, Verbo, 1984.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**41 . Necessidades sociais impreteríveis,
serviços mínimos e serviços essenciais
- Um triângulo das Bermudas?**

Rui Carvalho

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

NECESSIDADES SOCIAIS IMPRETERÍVEIS, SERVIÇOS MÍNIMOS E SERVIÇOS ESSENCIAIS - UM TRIÂNGULO DAS BERMUDAS? -

Rui Carvalho

Introdução

- I – Os Serviços Mínimos na Administração Pública
- II – Dos pressupostos em si
- III – Das implicações constitucionais dos serviços mínimos
- IV – Do fundamento da limitação do direito à greve
- V – Sobre o conceito de necessidades sociais impreteríveis
- VI – Do outro caso da necessidade de prestação de serviços mínimos
- VII – Dos serviços mínimos em especial
- VIII – Conclusões
- IX – Bibliografia

Introdução

Sorteio efectuado. Tema atribuído. Estudo a iniciar.

Junto com o número 42 veio o tema que nos traz: os serviços mínimos. Especificamente os serviços mínimos no quadro das relações laborais da Administração Pública.

De entre as várias formas ou ângulos que poderíamos escolher para partir para a análise de tal temática, uma dimensão em especial do quadro e regime legal dos serviços mínimos cativou a nossa atenção: o recorte legal da hipótese de mobilização de tal instituto. Isto é, as circunstâncias que susceptibilizam a mobilização da aplicação do instituto jurídico.

Qual a razão de nos prendermos na “Partícula” ou “Bosão de Higgs” dos serviços mínimos? Porque, ao mergulharmos no estudo da matéria dos serviços mínimos, nos confrontamos com doutrina não raras vezes tautológica relativamente à caracterização e conformação jurídica dos “casos da vida” que caberão dentro da hipótese da norma que habilita à existência e definição de serviços mínimos durante períodos de greve. Que em certas circunstâncias nos levou mesmo a crer que, em pleno final de século XX, estaríamos a assistir a uma aproximação bastante estreita a uma jurisprudência dos conceitos, tal a forma como conceitos indeterminados geravam conceitos indeterminados para condensar o conteúdo dos primeiros.

Facto que nos surpreendeu. Mas que, à medida que nos fomos embrenhando no universo dos serviços mínimos¹, acaba-se por compreender a dificuldade em se avançar para uma

¹ Que também não pode ser desligado do próprio universo conceptual da greve (para cuja apreensão total necessita da compreensão e congregação da conceptualização económica, da sociológica, da política – ou da ciência política se se achar melhor -, assim como da conceptualização jurídica – esta na dupla dimensão de por um lado aparecer reconhecida como um direito fundamental com legitimação constitucional, quer por também, numa outra dimensão, influenciar o desenvolvimento da relação laboral contratualmente regulada) pois, este sim, é o “prius” sem o qual nunca se poderá estar perante uma situação de ser exigível ou não a existência de serviços mínimos. Se nunca houver greve, nunca haverá sequer que se proceder à ponderação se deverão ou não existir serviços mínimos).

dogmática própria do instituto dos serviços públicos, e a cujo receio de avanço em concretização se percebe na mesma medida em que são também muito ténues os apoios sobre os quais se poderá erguer uma construção com tendência à completude relativamente à matéria de serviços mínimos.

Após a leitura do parágrafo supra torna-se totalmente legítima a pergunta: se é assim tão difícil, o que de novo se poderá trazer para uma arena onde já tantas mentes devidamente autorizadas, mesmo se notando que querendo ir mais além, não se sentiram seguras o suficiente para mais avançarem?

A resposta é fácil: no quadro da pura metódica exegética dos preceitos constitucionais e legais que enformam os serviços mínimos, nada.

Agora, ao não replicarmos o que de um ponto de vista técnico, de forma mais ou menos qualificada, qualquer jurista poderá descrever (tal como, os elementos normativos, as hipóteses consagradas em norma que podem fundamentar ou não o recurso à definição de serviços mínimos, o procedimento a observar, etc...), desde logo estamos a colocar novos elementos em discussão (ainda que sirvam meramente para serem rejeitados – mas, ainda assim, tal servirá para refundamentar o entendimento que hoje se encontra pacificado) e, num outro prisma, tomaremos opções. Tomaremos opções no meio onde lei e norma não têm de ser neutras, nem puras em suas dimensões gerais e abstractas.

Seremos sempre da opinião que o trabalho dos jurisconsultos alcançará sempre a sua maior dimensão quando o mesmo for capaz de se tornar fonte a ser mobilizada por quem tem a obrigação de decidir bem. E é o que pretendemos, na forma humilde que o tempo, recursos e espaço de dissertação que possuímos, para este nosso empreendimento: que se possa tornar também num contributo para quem bem tenha que decidir.

I – Os Serviços Mínimos na Administração Pública

Sendo o nosso trabalho enquadrado no âmbito da disciplina de Direito das Relações Laborais na Administração Pública é preferencialmente (para não dizermos exclusivamente) no universo destas particulares formas de relações laborais que iremos centrar a nossa análise.

Assim sendo, há que iniciar a nossa excursão pela identificação dos elementos normativos que consagram quer o direito à greve – tal como no intróito já referimos, haver greve é *“conditio sine qua non”* para que se pondere sobre a existência ou não de pressupostos que levem à definição de serviços mínimos –, quer a obrigação de prestação de serviços mínimos no quadro da Administração directa e indirecta do Estado.

O direito à greve dos trabalhadores com vínculo de emprego público vem consagrado no n.º 1 do artigo 394.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (de ora em diante LGTFP), Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, na versão que lhe foi conferida pela Lei 18/2016, de 20 de Junho².

O regime da susceptibilidade da definição de serviços mínimos para os trabalhadores com vínculo público vem legalmente regulado nos artigos 397.º a 399.º da LGTFP. Embora o artigo 396.º imponha já um “obrigação procedimental embrionária” relativamente aos serviços mínimos – na medida em que estipula no seu número 2 que o aviso prévio de greve deverá, ele próprio, conter uma proposta de definição dos serviços mínimos sempre que a greve se realize em órgão ou serviço que se destine à satisfação de necessidades sociais impreteríveis –, e os artigos 400.º e seguintes estabeleçam o processo a observar em caso de falta de acordo quanto à necessidade de existência ou extensão dos serviços mínimos.

A referência à consagração legal do direito à greve por parte dos trabalhadores com vínculo de emprego público, embora possa parecer ingénua, não o é na medida em que durante largos anos não existiu um diploma ou norma legal que garantisse o direito à greve aos trabalhadores com tal vínculo. Nos tempos democráticos iniciais, tal direito, e consequente legitimidade de exercício, vivia do facto de o direito de greve ser um direito fundamental com garantia constitucional e da respectiva aplicabilidade directa de que gozam os direitos fundamentais – embora tempos houve em que a construção teve que ser mais elaborada, com conjugação de um maior número de preceitos constitucionais, nomeadamente nos tempos em que a relação de emprego público se arquitectava sobre o signo da relação especial de poder.

O facto de durante largo tempo não ter existido um diploma ou norma legal que consagrasse e regulasse o direito à greve dos trabalhadores com vínculo de emprego público levou a que se tivesse de aplicar a esses trabalhadores o regime da Lei da Greve – Lei n.º 65/77, de 26 de Agosto, alterada depois pela Lei n.º 30/92, de 20 de Outubro – com as devidas adaptações até à publicação e entrada em vigor do Código do Trabalho em 2003, que derogou a Lei da Greve, mas incorporou o seu regime. Sendo certo que já no quadro da Lei da Greve estava contemplada a possibilidade de haver que definir serviços mínimos durante o período de greve. O que faz com que nos apercebamos que, em virtude da aplicação legal subsidiária supra referida, desde a entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa de 1976, aos trabalhadores com vínculo de emprego público foi admitido que fizessem greve, assim como às suas greves lhes foi aplicável o regime dos serviços mínimos.

II – Dos pressupostos em si

Foi já supra afluado que os serviços mínimos, embora possuam uma identidade jurídica própria, não podem ser mobilizados por mera declaração de vontade de uma das partes da relação laboral concretamente em causa. Para que se possa avaliar sequer da possibilidade de se ter que proceder à definição de serviços mínimos é imperativo que tenha já sido

² Lei e versão em vigor à data da elaboração do presente trabalho e a que corresponderão todas as seguintes indicações da LGTFP sem indicação em contrário, nomeadamente quer quanto à numeração dos artigos, assim como quanto ao texto das normas referidas).

desencadeado o procedimento conducente à realização de uma greve, nomeadamente que tenha já sido remetido o pré-aviso de greve à respectiva entidade patronal por quem tenha legitimidade para tal – arts. 395.º e 396.º da LGTFP. Pelo que se torna evidente que o primeiro pressuposto para que se possa ou tenha de recorrer a serviços mínimos é que se esteja ou perante uma eminência sustentada de que uma greve se irá realizar (caso de o pré-aviso já ter sido remetido) ou que uma greve esteja a decorrer ou em curso. Sem greve, ou greve em potência, nunca se poderá discutir se haverá sequer a necessidade de definir ou estipular serviços mínimos simplesmente por um argumento de maioria de razão: os serviços mínimos estão consagrados como instrumento jurídico destinado a dar suprimento a determinadas necessidades ou a efectivar determinados direitos durante o período que a greve durará, cuja efectivação ou materialização depende indefectivamente (total ou unicamente) do resultado do trabalho empreendido no concreto órgão ou serviço em greve. Já isso nos diz o n.º 3 do artigo 57.º, da CRP: “...durante a greve...”; e o art. 397.º, n.º 1, da LGTFP “...,durante a greve,...”. Sendo que um argumento de mera lógica discursiva nos permitiria chegar a essa mesma conclusão, pois quando não há greve os serviços estão em serviço normal ou regular, pelo que não haverá necessidade de estabelecer serviços mínimos de funcionamento para um serviço que está a funcionar normalmente.

Como já supra se deu o afloramento, a possibilidade ou exigência de estipulação e definição de serviços mínimos tem consagração constitucional, mais precisamente no n.º 3 do art. 57.º, da CRP.

No entanto, esse enunciado normativo constitucional não se limita a conferir uma autorização para que por via legal se proceda à definição dos serviços mínimos a serem observados pelos trabalhadores em greve. Ele próprio estipula um critério material para essa definição através de lei: serão definidos por lei os serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis.

O que desde logo vem limitar o universo de real ao qual se poderá aplicar a necessidade de fixação de serviços mínimos. Só quando os serviços mínimos forem definidos para dar satisfação a necessidades sociais impreteríveis é que quer a lei que as mesmas defina, quer o acto que consubstancie a concreta definição dos serviços mínimos a serem observados, estarão em situação de conformidade constitucional. Impedindo-se, desta forma, que a lei consagre outra base, mesmo que principiológica, para impor a obrigação de prestação de serviços mínimos.

Quando não esteja em causa a necessidade de dar satisfação a uma necessidade social impreterível não haverá lugar a definição de serviços mínimos.

Ficam elencados, do modo acima explanado, os dois pressupostos a observar para que se desencadeie o procedimento de definição e estipulação de serviços mínimos.

Em bastante doutrina, nomeadamente naquela, que há já mais anos vem abordando esta temática, é referido também um outro requisito, que poderíamos também classificar como um pressuposto para a estipulação de serviços mínimos: o de ser necessário estarmos perante

uma greve num serviço essencial. No entanto, com as actuais redacções em vigor das normas aplicáveis, as quais fazem directa referência às “necessidades sociais impreteríveis” (art. 537.º do Código do Trabalho e art. 397.º da LGTEFP) deixou de fazer sentido empreender uma abordagem à temática dos serviços mínimos em que se autonomizasse a questão do serviço essencial e do que se deverá considerar como serviço essencial.

Em jeito de conclusão: para que haja a necessidade de fixar serviços mínimos tem que se estar perante uma greve, ainda que em potência, e que a greve incida sobre um órgão ou serviço cujo resultado concreto do trabalho nele empreendido supra necessidades sociais impreteríveis.

III – Das implicações constitucionais dos serviços mínimos

Como já se referiu, não se pode desligar a abordagem ao regime e instituto dos serviços mínimos do instituto da greve. A greve é um direito com consagração constitucional. Mais é um direito fundamental constitucionalmente garantido. Pode ler-se no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 289/92: “...O direito à greve é um direito fundamental garantido aos trabalhadores pela Constituição. Integra o conjunto de direitos, liberdades e garantias enunciados no Título II e apresenta uma dimensão de essencial de defesa ou liberdade negativa...”.

Ora o direito à greve está incluído dentro do círculo de direitos com maior nível de protecção admitido na ordem jurídica nacional. Desde logo porque a sua limitação estará sujeita ao regime do artigo 18.º da CRP, mais concretamente ao regime estabelecido nos seus números 2 e 3. Em termos esquemáticos diremos que o n.º 2 aponta para a imperatividade da observância do Princípio da Proporcionalidade pela lei que restrinja direitos, liberdades e garantias e sempre na dependência da salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; e que o n.º 3 identifica um limite às putativas restrições – nunca poderão ferir o núcleo essencial do direito a restringir – e que só serão admissíveis leis restritivas que revistam carácter geral e abstracto.

Lançando novamente mão do prescrito no artigo 57.º, n.º 3, da CRP constata-se em forma de evidência que tal conteúdo cria uma restrição ao direito à greve. De fonte constitucional, pois é o próprio texto constitucional que define e estabelece a hipótese em que tal compressão ao direito à greve poderá ocorrer. E bem assim determinando o instrumento através do qual se poderá efectivar tal restrição: a lei; será a lei a definir e a operativizar ou regular as situações em que existirão necessidades sociais impreteríveis a reclamar a definição de serviços mínimos.

Pelo que se observa temos por um lado um direito fundamental – o direito à greve – e por outro uma limitação ao exercício de tal direito – a necessidade de prestação de serviços mínimos durante a greve. Ambos com a mesma fonte: a Constituição.

Deste modo, somos compelidos a alinhar com aqueles³ que vêm sustentando que as necessidades sociais impreteríveis que legitimam a exigência da prestação de serviços mínimos serão aquelas que tenham também elas fonte, ou factor genético ou sejam ainda concretização de direitos, interesses ou bens constitucionalmente protegidos da mesma ordem, ou, por outras palavras, colocadas pelo texto constitucional no mesmo patamar de dignidade, protecção e regime jurídico. Do que fácil se torna inferir, que somos também da opinião que as “necessidades sociais impreteríveis” serão, ou melhor, só serão aquelas que apresentem uma ligação substancial com a defesa, concretização ou materialização de direitos fundamentais. Pelo que a arena dos serviços mínimos será uma arena onde se darão conflitos entre direitos fundamentais. Na sistemática de Gomes Canotilho⁴: uma situação de colisão de direitos fundamentais.

Acompanhe-se o seguinte trecho de Liberal Fernandes⁵: “Ora, o facto de a greve constituir um problema de tensão entre direitos fundamentais que se impõe harmonizar em moldes normativamente adequados significa que não é possível recorrer a interesses de natureza económica ou mercantilista, designadamente o interesse da livre circulação de bens e serviços, para justificar a imposição do limite de serviços mínimos.”

Como óbvio se torna, a proposta do autor supra referido remete para uma operação de metódica organização do princípio da concordância prática ou da harmonização a fim de se tornar operativa tal proposta de colocação da dialéctica “greve vs necessidades sociais impreteríveis”.

Operação de concordância prática que, seguindo a lição do Professor Gomes Canotilho⁶, parte da assunção que todos os valores e bens constitucionais possuem igual valor – o que de imediato faz emergir a não existência de uma diferença de hierarquia entre bens e valores de tal ordem – e que se consubstancia no impedimento do sacrifício de um bem em relação ao outro, impondo, por sua ordem, “o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre ... (os) bens”.

IV – Do fundamento da limitação do direito à greve

Não se negue que a questão de tudo quanto envolve a greve e seu regime é tema, porque multidimensional e multidisciplinar, que desperta interesse, motivação e mesmo paixões em grande parte dos cidadãos. Razão pela qual logo no início desta nossa excursão começámos por afirmar que a greve apresenta conceptualizações e modos de abordagem distintas consoante a área de saber que sobre a mesma se debruça.

³ Fernandes, Francisco Alexandre Liberal, “A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da greve nos serviços essenciais”, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, págs. 123 a 132.

⁴ Canotilho, J.J. Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Coimbra, Almedina, 7ª Ed., págs. 1269 a 1272.

⁵ Ob. cit., pág. 128.

⁶ Ob. cit., pág. 1225.

No entanto, numa dimensão social transversal tem-se que a greve ainda é vista como uma das mais importantes prerrogativas à disposição dos trabalhadores a poder ser mobilizada para que o desequilíbrio natural das relações laborais não tombe sempre para o mesmo lado. Sendo-lhe ainda reconhecido muito do mesmo potencial progressista que possuía ao tempo e modo da sua consagração constitucional.

Porque filha de um tempo diferente, só com a revisão constitucional de 1997 é que se estabeleceram constitucional e formalmente limitações ao exercício do direito à greve, precisamente a introdução das necessidades de prestação de serviços mínimos.

No entanto, também já referimos que, desde sempre (v.g. 1976), o exercício do direito à greve encontrou limitações.

E tais limitações, ainda que em serviços essenciais, que é uma forma de referir os serviços ou órgãos responsáveis por suprir necessidades sociais impreteríveis (antes e mesmo após a revisão constitucional de 1997) encontraram fundamento na necessidade de dar guarida e cumprimento a determinados interesses com consagração constitucional, de entre os quais se pode salientar, na senda dos ensinamentos de Vieira de Andrade⁷, a preservação da solidariedade entre os membros da comunidade jurídica. Ao que poderemos acrescentar com Umberto Romagnoli⁸ “que a intervenção do legislador no âmbito da greve nos serviços essenciais está dirigida à realização de interesses supra individuais e inscreve-se num programa de actuação do princípio constitucional da solidariedade, visando vincular o exercício do direito à greve em sectores onde o seu carácter nocivo se propaga naturaliter para além da esfera dos interesses do empregador para prejudicar interesses constitucionalmente protegidos dos restantes trabalhadores.”

V – Sobre o conceito de necessidades sociais impreteríveis

Pelo que temos vindo a explicar evidente se torna que o múnus da existência ou da exigência da fixação de serviços mínimos está siamisticamente agregada ao conceito de necessidades sociais impreteríveis. Isto é, ao universo de realidade que se pretende recortar pelo normativamente orientado conceito de necessidades sociais impreteríveis, desde logo nos termos em que nos é oferecido pela sua inserção e localização sistemática que a constituição lhe consagra. Assim como, pela concretização que o mesmo sofre através da lei, e ainda pelo conteúdo enformador e concretizador que os tribunais lhe vai conferindo.

O conceito de necessidades sociais impreteríveis é o nó górdio de toda a engenharia do instituto dos serviços mínimos. Seu fundamento e limite. E ainda seu instrumento de medida.

Já tivemos a oportunidade de referir a indissociabilidade que existe entre os serviços mínimos e a greve. Também já enunciámos a multiplicidade conceptual e, conseqüentemente, de

⁷ Andrade, José Carlos Veira de, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 4.ª ed., 2009, (reimp. 2010), pág. 103.

⁸ “Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali”, LD, 1991, pág. 547.

produção de efeitos da greve, assim como a sua consagração constitucional como direito fundamental.

Assim sendo, também o conceito operativo dos serviços essenciais – “necessidades sociais impreteríveis” – não poderá sobreviver fora do ecossistema supra referido.

Por forma a que possamos captar o concreto campo de aplicação do conceito de necessidades sociais impreteríveis seguiremos de perto a proposta metódica de aquiescência de tal conceito desenvolvida por Liberal Fernandes⁹. Ainda que editada antes da entrada em vigor do actual regime jurídico dos trabalhadores com vínculo de emprego público – a LGTFP, Lei n.º 75/2014, de 20 de Junho –, e das normas que disciplinam também a greve e suas condições e limitações de exercício a esse tipo de trabalhadores, tal obra aparece como um compêndio doutrinário relativamente à matéria que tratamos, sendo certo também que, embora tal obra se debruce em termos concretos sobre o regime legal de serviços mínimos estabelecido no Código do Trabalho, confrontando-se o regime dos serviços mínimos estabelecido nesse Código (seus artigos 537.º e 538.º) e o estabelecido na LGTFP (seus artigos 397.º e 398.º) se constata que, em termos substanciais, o regime é profundamente idêntico.

O primeiro passo metodológico a dar prende-se com a constatação da primeira evidência, e, concomitantemente, da grande tarefa jus-constitutiva da abordagem a este tema: “necessidades sociais impreteríveis” é um conceito indeterminado. Cujas indeterminabilidade, somente, em medida bastante escassa é reduzida pela lei, tanto pelo Código do Trabalho, como pela LGTFP.

Assumindo-se desde já que se concorda com o que Liberal Fernandes sustenta no que à centralização (ou digamos do “prius”) de análise da questão que aqui tratamos. Uma coisa é a comunidade jurídica aperceber-se da multiplicidade de pontos de contacto que a greve apresenta com outros ramos de ciência ou saber – pois é evidente para qualquer jurista que a greve é objecto de estudo de vários campos do saber e fundamento de produção de efeitos concretos na vida de pessoas. Outra coisa totalmente diferente e, que com aquela que acabámos de dizer já não tem pontos de contacto, é trazer-se para o campo da juridicidade, isto é, para aquilo que são já as consagrações legais (dentro das quais se incluem as consagrações constitucionais) e, conseqüentemente, jurídicas de valorações de ordem específica de outras ordens de saber (sejam da ordem da sociologia, da economia, ou mesmo da política – em termos daquilo que se habituou denominar ciência política¹⁰).

A partir do momento em que é reconhecido em termos jurídicos o direito à greve e as suas limitações, será dentro do quadro da juridicidade, isto é, será a partir de valorações específicas do campo do jurídico, e dos seus valores enformadores apreendidos, que se terá de construir o edifício quer da garantia do exercício do direito à greve, quer das limitações a que o mesmo possa estar sujeito. Serão, conseqüentemente, valorações especificamente jurídicas

⁹ Ob. cit., pág 337 e ss.

¹⁰ Deixem-nos referir o espanto de ver atribuída a categoria de ciência a esse ramo, na medida em que ainda estamos para descobrir um caso onde: primeiro, os factos sejam os mesmos; segundo, as acções segundo os mesmos factos sejam as mesmas; e terceiro, que as mesmas acções, com os mesmos factos tenham conduzido aos mesmos resultados.

(orientadas pela normatividade contida nos preceitos normativos) a dar corpo ao que se deve entender por “necessidades sociais impreteríveis” e sua conjugação com o direito à greve.

Daqui se retira, ainda que em momento algum se possa excluir ou negar o carácter indeterminado que o conceito de necessidades sociais impreteríveis apresenta na sua formulação constitucional (art. 57.º, n.º 3) e na legal (Código do Trabalho e LGTFP), que o mesmo apresenta vinculações. Não se podendo concebê-lo como um mero conceito aberto a ser concretizado pela Administração (quer a nível directo, enquanto entidade empregadora, quer em termos indirectos, quando chamada, nos termos do art. 538.º, n.º 4, do Código do Trabalho, a definir os serviços mínimos no âmbito de relações laborais de direito privado), com um mero conteúdo mínimo de vinculação legal.

A primeira aproximação que se faz no sentido de se extrair o conteúdo normativamente orientado do conceito de necessidades sociais impreteríveis vai no sentido de distinguir, ou melhor, de não fazer confluir o conceito de necessidades sociais impreteríveis com o de interesse geral, em que este (também uma subdimensão do conceito de interesse público) representa somente “um simples relevo colectivo”. Rebuscando-se novamente a centralização das necessidades sociais impreteríveis para o domínio dos “conteúdos normativos susceptíveis de integrar o quadro constitucional das restrições dos direitos fundamentais” – que como já enunciámos supra, e agora trazemos para o nosso lado, “trata(r)-se-(á), por conseguinte, de definir o critério constitucionalmente adequado que permita proceder àquela delimitação”¹¹ (págs. 334 e 335).

De seguida, há que proceder também a uma clarificação metodológica no quadro que se estabelece quando a constituição remete para a lei a densificação, concretização e/ou operacionalização de um determinado princípio ou direito nela consagrado. Não será metodologicamente admissível, no quadro do “ius”, que se proceda a uma análise ou actividade de interpretação do conteúdo normativo de uma norma ou princípio constitucional através da conformação que a Lei lhe dá. Tal exercício redundará numa interpretação da Constituição segundo a Lei, facto que, de forma evidente, representaria uma inversão total do sistema de hierarquia de normas em vigor no nosso ordenamento jurídico, assim como uma completa disrupção do nosso sistema jurídico. Assim sendo, não poderá ser a partir do elenco normativo constante quer dos artigos 537.º e 538.º do Código do Trabalho, quer dos artigos 397.º e 398.º da LGTFP - que aliás, em termos objectivos, somente apresentam um elenco não taxativo de actividades que, nesses termos legais, corresponderão à satisfação de necessidades sociais impreteríveis -, que se poderão encontrar quais as concretas situações em que, por se incorrer, por motivo de greve, na possibilidade séria de se vir a estar numa situação em que se não poderão satisfazer necessidades sociais impreteríveis. O que nos dizem os referidos enunciados legais é que as actividades neles elencadas, ou melhor, uma greve nessas actividades que coloque em causa os bens fornecidos ou protegidos por essas mesmas actividades é susceptível de lesar necessidades sociais impreteríveis. Mas para isso não necessitaríamos da lei. Não necessitaríamos da lei para que ficássemos conscientes, ainda e só no plano constitucional, que uma greve que incidisse sobre o sistema que garantisse o acesso a

¹¹ Fernandes, Francisco Xavier Liberal, Ob. cit. págs. 334 e 335.

cuidados médicos pelos cidadãos colocasse em causa necessidades sociais impreteríveis. Neste sentido, ao conteúdo de necessidade social impreterível, a lei nada vem acrescentar – nem se olvide que o que lei elenca são “actividades” e numa interpretação mas estreita ao das ciências económicas dir-se-á que o que a lei elenca são sectores de actividade. A Lei vem sim desempenhar um papel operativo, lançando desde logo sinais imediatos quando se estejam para dar greves nas actividades elencadas que desde logo será de ponderar sobre a necessidade de se proceder ou não à fixação ou determinação de serviços mínimos.

Perante isto, não temos pejo em nos socorrer das cristalinas palavras de Liberal Fernandes¹², quando o mesmo afirma que há que “determinar com rigor o conceito de necessidades sociais impreteríveis, de forma a considerar como essenciais os serviços que verdadeiramente o sejam na perspectiva do direito constitucional, tendo em conta a natureza dos interesses em presença em cada situação litigiosa (princípio da adequação), e, por outro lado, delimitar o conteúdo da obrigação de serviços mínimos ao estritamente necessário para alcançar o fim pretendido pelo legislador (princípio da necessidade) ” e mais à frente: “... Só através da ligação estreita do conceito de necessidades sociais impreteríveis aos direitos fundamentais será possível uma leitura do preceito que seja segura do ponto de vista jurídico e mais resguardada de interpretações manipulativas” e ainda um pouco mais à frente: “a resposta a estas duas questões deverá ser necessariamente encontrada no interior do sistema constitucional, uma vez que se trata de decidir em ambos os casos sobre uma questão relativa à determinação de um limite a um direito fundamental”.

Depois de aquiescido o que ficou dito nos últimos dois parágrafos poderemos formular já uma conclusão: o conteúdo do conceito de necessidades sociais impreteríveis há-de estar sempre implicado com actividades ou serviços que concretizem ou satisfaçam direitos ou bens constitucionalmente garantidos e que na lei fundamental encontrem fonte imediata de tutela.

Outro passo que ainda é necessário dar nesta nossa busca pelo concreto conteúdo do conceito de necessidades sociais impreteríveis constante do art. 57.º, n.º 3, da CRP, e neste caso específico olhando para o regime legal, nomeadamente para o seu elenco de actividades susceptíveis nas quais a realização de greve poderá levar à lesão de necessidades sociais impreteríveis, passa por saber se é intenção do legislador constitucional confinar a necessidade de prestação de serviços mínimos a sectores de actividade (neste caso já legalmente elencados), sectores estes que possuam a classificação de sectores que asseguram a prestação ou o suprimento de necessidades sociais impreteríveis, ou se, por outro lado, é intenção do legislador constitucional que a obrigação de serviços mínimos exista sempre que, em virtude de greve, o suprimento de necessidades sociais impreteríveis esteja em risco independentemente da actividade em que a greve se dê?

Ora, seguindo a nossa posição de que a dialéctica greve/serviços mínimos/necessidades sociais impreteríveis se dá na arena dos direitos fundamentais e dos bens constitucionalmente consagrados e tutelados, teremos de sustentar que a necessidade de prestação de serviços mínimos não poderá estar recortada nem vedada pelo sector de actividade em que a greve

¹² Ob. cit. págs. 339 a 341.

tenha lugar, mas sim pelo tipo de bens que, concretamente, o serviço ou órgão em greve (ou com a substancial eminência de poder entrar em greve) visam satisfazer ou dão satisfação. Isto é, a leitura constitucionalmente conforme do preceito que institui a necessidade de prestação de serviços mínimos só poderá ser aquela que:

- Primeiro, não delimite a necessidade de prestação de serviços mínimos por referência ao sector de actividade em que a greve aconteça ou vá (previsivelmente) acontecer;
- Segundo, não delimite a necessidade de prestação de serviços mínimos por critérios não especificamente jurídicos;
- Terceiro, não delimite a necessidade de prestação de serviços mínimos em virtude da natureza privada ou pública da actividade, órgão ou serviço que esteja ou vá entrar em greve.

Organizando o aqui ainda há pouco enumerado e enunciando-o pela positiva teremos que a leitura constitucionalmente adequada do preceito contido na parte final do art. 57.º, n.º 3, da CRP, será aquela que sustentar que a obrigação da prestação de serviços mínimos existirá sempre que a abstenção da prestação de trabalho em certa actividade, órgão ou serviço coloque em risco ou impossibilite o suprimento de necessidades sociais impreteríveis (bens ou direitos constitucionalmente consagrados e tutelados), independentemente do concreto tipo de actividade desenvolvido pela estrutura que esteja ou vá entrar em greve e do tipo de natureza público ou privado dessa estrutura.

O nosso percurso discursivo até ao momento impele-nos agora a dar concretização a um elemento essencial para que se possa dar operatividade a tudo quanto vimos a dizer sobre a dialéctica entre direitos fundamentais: afinal quem são os titulares dos direitos que se pretendem salvaguardar através da imposição da prestação de serviços mínimos?¹³

Ainda que se possa indagar qual a formulação mais correcta para definir os titulares de tais direitos, poderemos, até por uma questão de mera facilidade discursiva, afirmar que os titulares dos direitos cuja necessidade de efectivação poderá levar à obrigatoriedade de prestação de serviços mínimos serão os utentes ou beneficiários das prestações cuja realização é da responsabilidade do órgão ou serviço em greve.

O que de imediato faz emergir a presente constatação é que existe uma parte estranha à relação laboral, neste caso os utentes ou beneficiários do conteúdo ou do produto do trabalho do órgão ou serviço em greve, a influenciar, no que aqui tratamos, uma vicissitude dessa mesma relação laboral. Isto é, a obrigação de serviços mínimos surge não para dar cumprimento a um qualquer interesse do empregador (mesmo que o empregador seja a Administração), mas sim para salvaguardar direitos constitucionalmente garantidos daqueles

¹³ Os titulares do direito de greve são fácil e intuitivamente reconhecíveis: os trabalhadores - obviamente tomados no sentido geral do termo, embora não se olvide que existem certas categorias profissionais (máxime elementos das forças de segurança e das forças armadas, só para enunciar alguns exemplos) a quem, por via legal, mas dando cumprimento a exigências constitucionais, se encontra vedado o direito à greve.

que necessitam da laboração do órgão ou serviço em greve para que não vejam tais direitos irremediavelmente perdidos.

Sigamos mais uma vez as palavras de Liberal Fernandes, quer para sustentar o que acabamos de afirmar, quer para introduzirmos um outro factor essencial para esta nossa excursão. “...pode dizer-se que através da expressão necessidades sociais impreteríveis, o legislador procurou englobar os titulares dos direitos fundamentais directamente afectados pela paralisação do trabalho, e, portanto, os utilizadores imediatos ou potenciais daqueles serviços, pelo que o limite definido pelo legislador não compreende outros interessados para além dos utentes...” e mais à frente: “... a obrigação de serviços mínimos apenas se justifica se tivermos presente a relação que se estabelece entre o exercício da greve e os cidadãos-utentes, pelo que aquele limite só é exigível quando a paralisação dos trabalhadores afecte bens da pessoa que sejam objecto de tutela a nível de direitos fundamentais e cuja lesão origine danos irremediáveis ou irreparáveis”¹⁴. Como transparente se torna, à necessidade de estabelecimento de serviços mínimos é totalmente alheia os interesses próprios do empregador (para o que nos interessa, da Administração) na continuidade da laboração, será sempre por referência ao risco de lesão de direitos ou bens constitucionais daqueles que beneficiam da prestação do órgão ou serviço em greve que se aferirá da necessidade da estipulação de serviços mínimos.

Mas as últimas palavras de Liberal Fernandes que transcrevemos dão-nos o mote para que possamos dar o último passo, talvez mesmo o mais decisivo no que à influência na aplicação e operatividade do instituto dos serviços mínimos, relativamente à perimetração do conceito de necessidades sociais impreteríveis. Que é precisamente a enunciação do(s) critério(s) que deverão ser convocados para que se possa classificar uma prestação, ou colocação à disposição de determinado(s) bem(ns) ou ainda a susceptibilidade de remoção de obstáculos jurídicos como uma “necessidade social impreterível” e, conseqüentemente, seja fundamento da obrigatoriedade da definição de serviços mínimos.

E mais uma vez ressalta a evidência que é impossível desligar a análise de toda a questão que envolve os serviços mínimos do próprio regime da greve. Como já referimos de forma veemente, a consagração constitucional do direito à greve como um direito fundamental, bem como as implicações e as exigências que o regime das restrições aos direitos fundamentais do artigo 18.º da CRP transporta para a ordem jurídica, sendo os serviços mínimos uma limitação do exercício do direito à greve, torna indissociáveis (como a lógica bem recomenda) o direito (à greve) e a sua limitação de exercício (obrigação de prestação de serviços mínimos).

Metodologicamente somos colocados no quadro dos direitos fundamentais e dos fundamentos que poderão obrigar à sua compressão. E tal facto influenciará as concretas necessidades que poderão ser catalogadas como impreteríveis no quadro do actual regime constitucional por duas ordens de razões:

¹⁴ Ob. cit. págs. 348 e 349.

– Primeiro, porque se fosse intenção do legislador constitucional sujeitar a limitação do exercício do direito à greve ao regime geral da limitação dos direitos fundamentais (art. 18.º da CRP) não haveria razão para a inclusão no n.º 3 do artigo 57.º, pois nada viria a acrescentar; segundo, ao consagrar o n.º 3 do artigo 57.º da CRP, e nos termos e inserção sistemática em que o faz, torna-se, se não evidente, de percepção segura, que foi intenção do legislador constitucional imprimir um conteúdo mais restritivo aos casos que poderão obrigar a uma limitação do exercício do direito à greve pela imposição da prestação de serviços mínimos, do que aqueles que, abstractamente podem configurar uma restrição dos direitos fundamentais no quadro do regime do artigo 18.º da CRP.¹⁵

De forma óbvia se torna que o próximo momento a observar passa por se fazer a indicação de que necessidades ou interesses recortarão o conceito normativo-constitucionalmente orientado de necessidades sociais impreteríveis com o conteúdo que supra lhe conferimos. E para isso existem bastantes propostas.

Gomes Canotilho e Jorge Leite, em artigo conjunto¹⁶, sustentam que a obrigatoriedade da prestação de serviços mínimos somente poderá ser mobilizada como meio de salvaguardar os direitos fundamentais da pessoa relacionados com a vida, a saúde e a segurança.

José João Abrantes¹⁷ é da opinião que os serviços mínimos deverão ser definidos para assegurar uma tutela efectiva a “bens de relevo constitucional indiscutivelmente geral e primário (vida, saúde, liberdade e segurança), bem como de outros bens que se perfilam mais particulares em relação àqueles (liberdade de circulação, comunicação... e assistência social) e que podem considerar-se facilmente como uma sua especificação”.

Por sua vez, Liberal Fernandes abre ainda mais o espectro de prestações que podem justificar a definição de serviços mínimos, desde logo centrando a questão da necessidade impreterível no concreto bem cuja não prestação poderá causar a lesão recusando-se, conseqüentemente, a perfilhar uma orientação de recusa directa de atribuição de natureza impreterível a direitos ou bens que se enquadrem no catálogo dos direitos sociais, acabando por sintetizar a sua posição nos seguintes termos: “Um serviço é essencial não tanto pela actividade que desenvolve, mas pela natureza dos interesses que satisfaz ou assegura, o que significa que apenas reveste essa característica quando a respectiva paralisação lesa ou compromete aqueles bens ou necessidades inadiáveis ou invioláveis da pessoa humana que são objecto de tutela a nível dos direitos constitucionais. Ou seja, o legislador constituinte limitou o âmbito da obrigação de serviços mínimos àquelas actividades que satisfazem necessidades primárias dos

¹⁵ Nas palavras de Liberal Fernandes¹⁵: “... com a norma do art. 57.º n.º 3, (o legislador) pretendeu adoptar um conceito estrito de serviço essencial, considerando como tal não todas as actividades que satisfazem necessidades que aproveitam à sociedade em geral, mas um círculo mais restrito, integrado apenas por aqueles serviços que asseguram os bens indispensáveis ou incompressíveis da pessoa humana: julga-se, por isso, que apenas possuem característica da impreteribilidade ou da essencialidade as necessidades ou os interesses relacionados com os bens fundamentais da pessoa garantidos a nível de direitos com reconhecimento constitucional”.

¹⁶ “Ser ou não ser uma greve – a propósito da chamada greve “self-service”, in *Questões Laborais*, Ano VI, n.º 13, 1999.

¹⁷ “Direito de greve e serviços essenciais”, in *Questões Laborais*, Ano II, nº 6, 1995, p. 130.

indivíduos relacionadas com a preservação da respectiva existência, entendida esta numa dimensão ajustada às exigências das sociedades modernas”¹⁸.

Também a Procuradoria Geral da República se tem vindo a pronunciar, nomeadamente através de pareceres consultivos, sobre o que deve ser entendido como necessidades sociais impreteríveis. Nesse sentido, no parecer n.º 18/98, cujo argumentário se reafirmou no parecer n.º 32/99, lavrou-se “a vida, a liberdade, a saúde, a tranquilidade pública, a segurança dos cidadãos, a preservação dos suportes do emprego e da economia têm sido apresentados como direitos e valores cuja protecção o sistema constitucional garante e que podem entrar em rota de colisão com certas condições de exercício em concreto do direito de greve”.

Também o Supremo Tribunal Administrativo foi chamado a pronunciar-se e a densificar o conceito de necessidades sociais impreteríveis: assim, no processo 05/06 com acórdão datado de 06/03/2008 afirmou o STA “As necessidades sociais impreteríveis são as que se relacionam com a satisfação de interesses fundamentais da sociedade e, nessa medida, com uma tranquila e segura convivência social e, porque assim, devem ser integradas nesse conceito todas as necessidades cuja não satisfação importaria não só a violação de direitos fundamentais como poderia causar insegurança e desestabilização social”; no processo 0599/07, o mesmo tribunal afirma: “a realização de exames nacionais do 9.º e 12.º anos, nas datas previamente designadas, deve considerar-se uma necessidade social impreterível dadas as consequências devastadoras do seu adiamento” (e concretiza o aqui citado aresto: “... o bem jurídico... defendido...foi... o interesse concreto da realização nas datas previamente designadas... Ora, esta concreta necessidade social... já se nos afigura uma necessidade social cuja satisfação é impreterível...Um adiamento da data tinha implicações devastadoras na planificação das férias de centenas de milhares de famílias portuguesas, na planificação de um novo calendário... e estaria aberta a possibilidade da greve ser marcada e desmarcada em função das datas que viessem a ser escolhidas e re-escolhidas para a realização de tais exames”).

Como acabou de ser salientado, e a título meramente exemplificativo, pois mais aproximações e densificações concretizadoras do que deve estar incluído no conceito de necessidades sociais impreteríveis para efeitos de imposição de prestação de serviços mínimos poderiam ser oferecidas, constata-se desde logo que não há uma definição concretizadora que se possa reportar de unânime. Do mesmo modo também se constata que, embora se utilize uma linguagem que apela e salienta uma dimensão de restrição aos casos em que será exigível a prestação de serviços mínimos, ao mínimo irredutível para que se garanta a não lesão permanente e irremediável (que significa sem qualquer tipo de remédio) do direito pessoal constitucionalmente garantido, depois, a nível judicial se dá abertura à consideração como necessidades sociais impreteríveis de dimensões ou concretizações de direitos constitucionalmente garantidos que visam dar resposta essencialmente a incómodos que a greve poderá carrear e a dar resposta a interesses que, não se negando que sejam comunitários, não consubstanciam critérios especificamente jurídicos para o dirimento de conflitos jurídicos. Facto que subverte a orientação normativo-constitucional da limitação ao exercício do direito à greve.

¹⁸ Ob. cit. pág. 360.

VI – Do outro caso da necessidade de prestação de serviços mínimos.

Embora tal não possa parecer, em virtude do tempo que dispensamos à análise das “necessidades sociais impreteríveis”, existe um outro caso que obriga à definição e prestação de serviços mínimos durante o período de greve. Tal vem enunciado na primeira parte do n.º 3 do artigo 57.º da CRP, e importa a prestação de serviços mínimos quando tal seja necessário para garantir a segurança e manutenção dos equipamentos e instalações do órgão, serviço ou local de trabalho onde se dará a greve. A norma e seu fundamento acabam por ser bastante intuitivas, pelo que nos limitaremos a referir que este limite de exercício do direito à greve se prende com a própria noção de greve assumida normativamente pela Constituição, na medida em que a mesma foi apreendida como um direito potestativo de abstenção da prestação de trabalho, não sendo admitida como meio susceptível de inviabilizar no futuro a prestação de trabalho devida, com fundamento na inexistência ou ineptidão dos meios ou instrumentos de trabalho, bem como com a destruição ou ineptidão das instalações que corporizam o local de trabalho.

VII – Dos serviços mínimos em especial

Arranquemos desde já com uma noção de serviços mínimos. Serviços mínimos “designa as actividades concretas que garantem de um modo específico ou imediato bens sociais impreteríveis”¹⁹.

No contraponto que a indissociabilidade dos conceitos de greve (e susceptibilidade de sua limitação) e serviços mínimos implica, o autor que atrás referimos ilumina-nos assim: “o conceito de serviço essencial define a actividade que assegura a satisfação de um determinado tipo de necessidades, enquanto a noção de serviços mínimos designa um segmento dessa actividade, mais especificamente, as prestações que são indispensáveis para garantir um conjunto mais restrito dessas necessidades, legalmente parametrizado”²⁰.

Desde logo do enunciado constitucional se retira que recorte dos serviços mínimos se terá de fazer por contraposição com o de funcionamento normal dos órgãos ou serviços onde a greve se dará. Não será concebível que pela necessidade de se definir e estabelecer a necessidade da prestação de serviços mínimos se chegue a uma situação em que o órgão ou serviço acabe por ter um funcionamento em tudo igual ao que teria caso a greve não existisse. A acontecer tal desiderato, estar-se-ia perante uma compressão totalmente desproporcional do direito à greve.

Depois há que reafirmar a estreita dependência que a necessidade de definição de serviços mínimos possui com as necessidades sociais impreteríveis, sobre as quais discorreremos. E aqui duas dimensões serão convocadas, pese embora numa primeira aproximação possam parecer antagónicas:

¹⁹ Fernandes, Francisco Xavier Liberal, ob. cit., págs. 372 e 373.

²⁰ Idem, pág. 375.

– A primeira passa por relevar que servindo, ou melhor, estando os serviços mínimos na dependência da existência de necessidades sociais impreteríveis a que se imponha dar resposta, e estando estas necessidades definidas, como já supra descrevemos, por referência a direitos pessoais constitucionais cuja não realização imediata consubstanciar-se-á na lesão permanente e irremediável do direito do cidadão, os serviços mínimos só poderão ser definidos por referência a dar resposta a esses casos, diremos mais: só a esses casos e mais nenhuns outros;

– A segunda das dimensões que é necessário atender na definição de serviços mínimos é que, uma vez identificadas as concretas necessidades sociais a que será impreterível dar resposta apesar da greve, a tais necessidades terá de ser dada resposta completa.

Talvez um exemplo ilustre melhor o que pretendemos demonstrar:

– Imagine-se que dá entrada um pré-aviso de greve dos trabalhadores do hospital Santa Maria;

– Sabe-se que o hospital Santa Maria detém a responsabilidade da intervenção sobre pacientes urgentes politraumatizados de uma área considerável do país;

– Havendo a óbvia necessidade de se definir serviços mínimos no serviço de urgências, o serviço que responderá a urgências de politraumatizados funcionará nesse regime;

– No entanto, ainda que esteja enquadrado na definição dos serviços mínimos a prestar, caso dê entrada um paciente politraumatizado, o respectivo serviço de urgência não poderá proceder à incisão de apenas dois parafusos para responder ao estrago compreendido numa perna fracturada, se as normas médico-terapêuticas exigirem 4, para isso justificando que estão em serviços mínimos e que tais 2 parafusos serão os suficientes para que a “perna aguenta” até que a greve termine.

Tal situação não será admissível.

A partir do momento em que se define que há necessidades impreteríveis a salvaguardar durante a greve e que para tal é necessário estabelecer serviços mínimos, tais necessidades são para ser devida e completamente supridas.

Questão diferente é entender-se que tais necessidades devem ser cumpridas através do mecanismo dos serviços mínimos nos mesmos termos em que seriam num quadro de funcionamento normal do órgão ou serviço. E a este problema tenderemos a responder que, por princípio, não. E isto por um imperativo metodológico que dê operatividade a todo o universo de princípios, normas e “indirizzos” constitucionais que confluem nesta matéria; pois se a existência de (pelo menos) uma necessidade social impreterível é fundamento e pressuposto da estipulação de serviços mínimos, se nem todas as necessidades supridas pelo órgão ou serviço poderão ser consideradas como impreteríveis, se o próprio conceito constitucional de necessidades sociais impreteríveis pretende recortar um universo mais restrito que o dos direitos fundamentais formalmente considerados, no fim de tudo isto não se

poderá considerar como metodologicamente coerente que a concreta definição dos serviços mínimos viesse a estabelecer que se satisfizesse tais necessidades nos mesmos termos em que são supridas em caso de funcionamento normal do órgão ou serviço.

Assim, na nossa opinião, definindo-se as necessidades impreteríveis a que há que dar resposta através de serviços mínimos, será a essas e somente a essas que haver-se-á que dar resposta e a resposta a dar terá de ser a estritamente necessária para evitar, ainda que por completo, a concreta lesão iminente. Consequentemente tudo o que seja acessório não deverá ser contemplado em sede de definição de serviços mínimos.

Tratada na jurisprudência foi também a questão de saber quem tem a competência para definir os concretos serviços mínimos a serem prestados numa certa e determinada greve (pois durante bastante tempo houve uma querela sobre se tal competência seria das associações sindicais concretamente envolvidas no processo grevista; outra sobre se o governo poderia definir em casos concretos quais os concretos serviços mínimos a terem de ser prestados; outra – que ainda obrigou a pronúncia dos tribunais – prendeu-se com a obrigatoriedade ou não de pagamento por parte do empregador aos trabalhadores que assegurassem os serviços mínimos²¹.

Por último, a grande nota que queremos dar relativamente aos serviços mínimos em si considerados prende-se com uma noção que desde há largo tempo vem sendo assimilada quando se trata do instituto dos serviços mínimos: a de que o conceito de serviços mínimos é “fluído e indeterminado”²².

Embora se tenha quase a certeza que tal expressão já tenha sido utilizada em momento anterior, a mesma vem afirmada no Parecer n.º 32/99 do Conselho Consultivo Procuradoria Geral da República.

Dada a influência que tal constatação vem tendo nas diversas entidades que sobre esta matéria se têm vindo a pronunciar, temos que não poderemos terminar esta nossa excursão sem tecer alguns considerandos sobre tal perspectiva.

Para que se torne claro o que pensamos, começemos desde já por afirmar que na nossa opinião o conceito de serviços mínimos não é fluído nem indeterminado. Quer o enunciado constitucional, quer o legal, nos dão o preciso recorte que o conceito de serviços mínimos possui no nosso ordenamento jurídico. O que de específico possui o conceito de serviços mínimos é que o mesmo existe na estrita e total dependência de um outro conceito, esse sim fluído e indeterminado: o de necessidades sociais impreteríveis.

É o conceito de necessidades sociais impreteríveis que apresentará dimensões e conteúdos diferentes consoante a concreta “necessidade” em causa no processo grevista, o sector de

²¹ Todas estas querelas acabaram por ser resolvidas no quadro do bom senso, que encontrou sempre respaldo na lei e nas normas e princípios constitucionais. Positivamente são questões que a legislação que foi sendo emitida veio a resolver, de modo que hoje em dia, o procedimento de definição e estipulação dos serviços mínimos se encontra perfeitamente definido e num sentido totalmente equilibrado.

²² Parecer n.º 32/99 do Conselho Consultivo Procuradoria Geral da República.

actividade em causa, os concretos direitos fundamentais em conflito, ou mesmo se haverá mais que um direito pessoal constitucionalmente garantido a ter de obter guarida.

Por seu lado, o conceito de serviços mínimos continuará sempre estável no seu conteúdo (medidas necessárias para evitar a lesão iminente e irreparável de necessidades sociais impreteríveis), não trazendo é agregado a si uma lista ou elenco das concretas medidas a serem adoptadas em cada situação em que seja necessária a fixação de serviços mínimos.

Mas tal não quer dizer que o conceito de serviços mínimos não possua orientação normativa e correspondente vinculatividade que o torna capaz de oferecer orientações abstractas sobre a sua susceptibilidade de mobilização. Não existirá um conceito de serviços mínimos a ser condensado a cada decisão de estipulação, pelo contrário o próprio conceito de serviços mínimos, máxime o seu carácter funcional ou funcionalizado relativamente às necessidades sociais impreteríveis, pré-existe e pré-condiciona a própria definição concreta que se faça de serviços mínimos. O conceito de serviços mínimos não sofre de variações de amplitude, o que poderá variar é o concreto conteúdo das prestações a serem prestadas pelos trabalhadores em greve.

Por tudo quanto discorremos não seguimos a orientação de quem sustenta a fluidez e indeterminabilidade do conceito de serviços mínimos.

Uma última nota final para relevar uma nota do regime dos serviços mínimos que não abona muito a favor da lógica do sistema jurídico.

Já tivemos oportunidade de enunciar que o instituto dos serviços mínimos existe como forma de dar resposta a necessidades e direitos dos utentes dos órgãos ou serviços que, pelo menos, previsivelmente irão entrar em greve. Assim sendo e analisando-se o regime e procedimento da definição de serviços mínimos, de forma clara se constata que em momento algum, em qualquer uma das fases é admitida ou sequer permitida a participação daqueles (ou seus representantes) cujos interesses se pretendem proteger com a imposição da necessidade de serviços mínimos. O que para além de ser estranho em si mesmo considerado, objectivamente leva à possibilidade de existência de casos em que ainda que não dê qualquer cobertura aos interesses que a lei pretende salvaguardar com a imposição da necessidade de prestação de serviços mínimos caso o acordo seja celebrado entre o empregador e as associações sindicais (ou outra estrutura com legitimidade legal para convocar a greve) o mesmo entre em vigor com plena validade e eficácia. Facto que se torna ainda mais pernicioso pois nem o conteúdo do pré-aviso de greve, nem o desenrolar das negociações, acrescido da tremenda velocidade com que todo este processo há-de estar concluído permitirá com que os particulares possam em tempo útil promover a sindicância judicial de tal acordo celebrado entre empregador e representantes dos trabalhadores em clara violação dos seus direitos.

VIII – Conclusões

Estamos cientes que ultrapassámos o limite espacial concedido para o nosso trabalho. Opção consciente. Consciente de que as questões são em si simples ou complexas. E que as questões complexas não perdem a sua complexidade por terem de ser contidas dentro de determinado continente.

Cientes também estamos de que a holística do tema abordado, também nem teve espaço para a enunciação de todas as dimensões fundamentais de abordagem à dialéctica dos serviços mínimos – faltou a devida incursão sobre a dimensão do conteúdo essencial do direito de greve e sua influência sobre os serviços mínimos²³.

Mas não nos sentiríamos satisfeitos caso nos limitássemos a um ensaio meramente descritivo do procedimento de serviços mínimos, e não nos embrenhássemos a agitar águas que parecem (demasiadamente) calmas²⁴. Assim, excedemos o limite, de forma ciente e conscientes das implicações consequentes.

No entanto, vimos que, de alguma forma, se encontrou um ponto de equilíbrio, juridicamente sólido, na dogmática própria que os serviços mínimos deverão ter. Sendo a definição quer da necessidade de fixação, quer do concreto conteúdo das prestações laborais a prestar a título de serviços mínimos ainda empreendidas de forma bastante intuitiva e pouco normativamente orientada por valorações especificamente jurídicas.

Também constatámos que a própria doutrina e jurisprudência, por falta dos sólidos alicerces nos quais se assente uma lógica e discurso próprios do instituto dos serviços mínimos, balança entre o pior de dois mundos: partindo da indeterminabilidade do conceito de necessidades sociais impreteríveis refugia-se em conceitos também indeterminados para condensar ou para revelar o conteúdo do primeiro; depois, na elaboração e enunciação de tais conceitos também indeterminados, segue sempre num sentido de maior e maior restrição no seu enunciado e, paralelamente, vai aumentando o círculo de matérias ou necessidades que merecem o qualificativo de impreteríveis.

Vimos que não há nenhuma especificidade no regime dos serviços mínimos relativamente ao tipo de vínculo que os trabalhadores possuem. O operador será sempre a actividade e as necessidades supridas por essa mesma actividade.

Esperemos ter dado pequeno contributo para que esta temática volte a receber a atenção que, indubitavelmente, merece.

²³ Dimensão enquadrada na problemática das teorias absolutas e relativas quanto à concreta delimitação do conteúdo do núcleo essencial de cada direito fundamental – por todos, Canotilho, ob. cit., 458 a 461 e 1275 a 1284.

²⁴ Consulte-se os acórdãos do tribunal arbitral de serviços mínimos que funciona junto do Conselho Económico e Social. Disponíveis em www.ces.pt.

IX – Bibliografia

Acórdãos do Tribunal Constitucional

- Ac. n.º 289/92;
- Ac. n.º 199/2005;
- Ac. n.º 572/2008.

Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo

- Proc. n.º: 035/06;
- Proc. n.º: 046732;
- Proc. n.º: 05/06;
- Proc. n.º: 078/06;
- Proc. n.º: 035/06.

Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República

- 32/99;
- PGRP00000196;
- PGRP00000510.

Andrade, José Carlos Veira de, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 4.ª ed., 2009, (reimp. 2010).

Canotilho, J.J. Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Coimbra, Almedina, 7ª Ed.

Fernandes, A. Monteiro, “Reflexões sobre a Natureza do Direito à Greve”, Estudos sobre a constituição, 2.º vol.; e Direito do Trabalho, Almedina, 12.ª ed.

Fernandes, Francisco Alexandre Liberal, “A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da greve nos serviços essenciais”, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

Xavier, Bernardo da Gama Lobo, “Direito de Greve”, Lisboa, 1984.

Título:

Direito das Relações Laborais na Administração Pública

Ano de Publicação: 2018

ISBN: 978-989-8908-05-6

Série: Caderno Especial

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt